

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 40

E-Klausur und Elektronische Fernprüfung

**Rechtsfragen der Umstellung
von Hochschulprüfungen auf zeitgemäße,
digitale Prüfungsformate**

Von

Dirk Heckmann und Sarah Rachut



Duncker & Humblot · Berlin

DIRK HECKMANN UND SARAH RACHUT

E-Klausur und Elektronische Fernprüfung

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 40

E-Klausur und Elektronische Fernprüfung

Rechtsfragen der Umstellung
von Hochschulprüfungen auf zeitgemäße,
digitale Prüfungsformate

Von

Dirk Heckmann und Sarah Rachut



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Die E-Book-Version dieses Titels ist
im Open Access auf Basis einer CC BY-NC-ND 4.0-Lizenz
(s. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) veröffentlicht
und unter <http://elibrary.duncker-humboldt.com/978-3-428-55508-6> abrufbar.

D 29

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-15508-8 (Print)
ISBN 978-3-428-55508-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humboldt.de>

Vorwort

Als mein damaliger Passauer Lehrstuhl 2014/15 über neue Formen des Lehrens und Prüfens auf Internetplattformen geforscht hat (hierzu *Heckmann/Seidl/Pfeifer/Koch*, *Compliant Teamwork. Teamorientiertes Lernen in den Rechtswissenschaften*, 2015), waren wir voller Innovationsdrang, aber noch weit entfernt von den Bedingungen einer Pandemie, die uns sechs Jahre später in einen Lockdown und die Notwendigkeit von Lehre und Prüfung auf Distanz zwingen sollte. 2016 erreichte uns der Auftrag durch das Bayerische Staatsministerium der Justiz (Landesjustizprüfungsamt) zur Erstellung einer Machbarkeitsstudie für die Umstellung der Klausuren des Zweiten Juristischen Staatsexamens in das Format einer E-Klausur. Die Studie wurde 2018 fertiggestellt und fand ihren Weg in die bundesweite Reformdiskussion. Auch dies waren nur Vorboten einer elektronischen (Fern-)Prüfung und der sie flankierenden Überlegungen zur Digitalen Transformation des Prüfungswesens an Hochschulen.

Eigentlich sollte diese Machbarkeitsstudie nach einer Aktualisierung aufgrund der mittlerweile verstärkten rechtswissenschaftlichen Diskussion 2019 veröffentlicht werden. Der Wechsel von der Universität Passau an die Technische Universität München mit dem Neuaufbau des dortigen Lehrstuhls für Recht und Sicherheit der Digitalisierung verzögerte dieses Vorhaben – was sich als glückliche Fügung erweisen sollte.

2020 kam die Corona-Pandemie und mit ihr die Notwendigkeit, in kurzer Zeit Rechtsgrundlagen für die Durchführung elektronischer Fernprüfungen zu schaffen. Als wir an der TU München die Anpassung unserer Prüfungsordnungen und die Einhaltung der neuen datenschutzrechtlichen Anforderungen diskutierten, erreichte uns die Anfrage des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst, den Erlass einer Rechtsverordnung wissenschaftlich zu begleiten. Der Entwurf der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung, den wir auf Grundlage unserer verfassungsrechtlichen, prüfungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Überlegungen verfassten, stieß auf große Zustimmung im Ministerium, so dass er nach Anhörung von Verbänden sowie Expertinnen und Experten der bayerischen Hochschulen mit wenigen Änderungen verabschiedet wurde und am 16.9.2020 in Kraft trat. Damit war bundesweit die erste Rechtsverordnung für elektronische Fernprüfungen entstanden, an denen sich die meisten anderen Bundesländer wortgleich oder der Sache nach orientierten. Nachdem wir unsere Grundlagenforschung hierzu in Aufsätzen und Entscheidungsanmerkungen veröffentlicht hatten, entschieden wir, das Manuskript zur E-Klausur um einen zweiten Teil zur elektronischen Fernprüfung zu erweitern. So entstand das vorliegende

Buch, das die Entwicklung dieses Rechtsgebietes nachzeichnet und die wichtigsten Rechtsfragen der Umstellung von Hochschulprüfungen auf zeitgemäße, digitale Prüfungsformate abhandelt. Es soll Nachschlagewerk und Diskussionsanstoß zugleich sein. Wir freuen uns auf den wissenschaftlichen Austausch in diesem „Neuland“.

Am ersten Teil haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Passauer Lehrstuhls mitgewirkt, von denen wir stellvertretend Anne Paschke (heute Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht, Technikrecht und das Recht der Digitalisierung an der TU Braunschweig) hervorheben möchten. Ihnen sei herzlich gedankt.

Im zweiten Teil, der an der TU München entstanden ist, wirkte unser Team des TUM Center for Digital Public Services (CDPS) mit. Pars pro toto danken wir sehr unserem wissenschaftlichen Mitarbeiter Benjamin Ferri, LL.M. und dem studentischen Mitarbeiter Jonas Hacker, B.A.

Ein besonderer Dank gilt dem Bayerischen Kompetenzzentrum für Fernprüfungen, Pro Lehre | Medien und Didaktik an der TU München, namentlich Herrn Andreas Fleischmann und Herrn Matthias Gerstner. Durch einen großzügigen Förderbetrag haben Sie es ermöglicht, dass dieses Werk mit Erscheinen der Printfassung zugleich im Open Access Format als eBook kostenfrei allen Interessierten zum Download zur Verfügung steht. Auf diese Weise möchten wir einen breiten Fachdiskurs ermöglichen und zur Weiterentwicklung des Fernprüfungsrechts beitragen. Unter <https://www.prolehre.tum.de/prolehre/bayerisches-kompetenzzentrum-fuer-fernpruefungen/> finden Sie weitere Materialien zu unserem Thema.

Unser Dank gilt schließlich auch dem Verlag Duncker & Humblot, Frau Diana Güssow und Frau Norina Stefan, für die wie immer hervorragende verlegerisch-redaktionelle Betreuung des Werks.

Dass Sarah Rachut, die das Thema bereits 2017 als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Passau begleitet hat und seit 2020 Geschäftsführerin des CDPS ist, ebenfalls von Passau nach München wechselte, erwies sich – nicht nur, aber auch – für den vorliegenden Forschungsgegenstand als Glücksfall. Sie hat nicht nur große Teile des Werkes verfasst, sondern auch die Gesamtfassung redaktionell betreut. Ihr gebührt größter Dank.

Wenn Sie uns ein Feedback, Fragen oder Anregungen senden möchten, erreichen Sie uns am einfachsten per E-Mail (dirk.heckmann@tum.de, sarah.rachut@tum.de).

München, im Mai 2022

Dirk Heckmann Sarah Rachut

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Die E-Klausur 15

Kapitel 1

Einleitung: Die E-Klausur als Zukunft der juristischen Staatsexamina 15

A. Digitalisierung, Recht und Juristenausbildung	16
B. Modernisierung des Prüfungswesens	22
C. Auftrag zur Machbarkeitsstudie	22
D. Vorarbeiten und Einbindung der Studie in das länderübergreifende Projekt	23

Kapitel 2

Rechtsstatsächliche und strategische Vorbemerkungen 23

A. Die E-Klausur als Teil einer E-Prüfung	24
I. Elektronische Form der schriftlichen Klausurleistung	24
II. Weitere Komponenten einer digitalisierten Prüfungsumgebung	24
1. Elektronische Authentifizierung des Prüfungskandidaten	24
2. Bereitstellung der technischen Prüfungsumgebung	25
3. Digitaler Sachverhalt	26
4. Digitale Hilfsmaterialien (Gesetzestexte, Kommentare)	26
5. Elektronische Anfertigung der Klausurlösung	27
6. Elektronische Speicherung	27
7. Elektronische Verschlüsselung des Klausurdokumentes	28
8. Elektronische Übermittlung der Klausurdatei an die Korrektoren	28
9. Elektronisch unterstützte Klausurkorrektur/Auswertung	28
10. Elektronisch unterstützte Klausurstatistik	28
11. Elektronische Übermittlung von Klausurergebnissen an das LJPA	29
12. Elektronische Übermittlung von Klausurergebnissen an die Prüfungs- kandidaten	29
13. Elektronische Archivierung	29
14. Elektronisches Beschwerdeverfahren	29
III. Vorteile und Nachteile der E-Klausur	29

1. Nachteile und Risiken der E-Klausur	30
a) Nachteile aus Sicht des Justizprüfungsamtes	30
b) Nachteile aus Sicht der Prüfungskandidaten	33
c) Nachteile aus Sicht der Prüfenden	34
2. Vorteile und Chancen der E-Klausur	34
a) Vorteile aus Sicht des Justizprüfungsamtes	34
b) Vorteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden	36
c) Vorteile aus Sicht der Prüfenden	37
3. Exkurs: Chancen und Risiken von BYOD-Lösungen	39
B. Ergebnis	41
 Kapitel 3 	
Rechtlicher Rahmen und rechtliche Grenzen	42
A. Rechtliche Ausgangslage: § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG als Ermächtigungs- grundlage zur E-Klausur?	42
I. Auslegungsvarianten einer E-Klausur	43
1. Elektronisches Antwort-Wahl-Verfahren (Multiple Choice)	44
2. Elektronische Niederschrift	44
3. Elektronische Speicherung	44
II. Die E-Klausur als elektronische Niederschrift einer schriftlichen Prüfungs- leistung	44
III. § 5d Abs. 2 und 3 DRiG: Schriftlichkeit, Schriftform und elektronische Form	44
1. Auslegung nach dem Wortlaut	45
2. Systematische Auslegung	45
3. Historische (subjektive) Auslegung	47
4. Teleologische (objektive) Auslegung	48
5. Zwischenergebnis	49
IV. Erkenntnisse aus dem Nachteilsausgleich durch elektronische Hilfsmittel ..	50
V. Vergleich mit anderen Prüfungsordnungen	50
VI. Rechtsprechung	58
VII. Ergebnis	59
B. Erfordernis einer eindeutigen Rechtsgrundlage?	59
I. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungs- gerichts	60
II. Wesentlichkeit des Klausurmodus: Die E-Klausur als Paradigmenwechsel? ..	63
III. Ergebnis	67
C. § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu – Rechtsgrundlage für E-Klausuren ab dem 1. August 2021	68

D. Die „Show-Stopper“: Rechtliche Gegenargumente zur E-Klausur und ihre Widerlegung	71
I. Ist die E-Klausur unsicher? Aspekte des IT-Sicherheitsrechts	72
1. Einleitung: Typologie der IT-Sicherheitsrisiken bei elektronischen Prüfungsumgebungen	72
2. Schutzpflicht des Staates zur IT-Sicherheitsgewährleistung	73
3. Gesetzliche Vorgaben zur Herstellung von Datensicherheit als Teilbereich der IT-Sicherheit	77
a) Das relevante Datenschutzrecht für die E-Klausur	77
aa) Der institutionelle Anwendungsbereich des BayDSG	78
bb) Das Verhältnis des BayDSG zur DS-GVO	79
cc) Zwischenergebnis	80
b) Die sachliche Anwendbarkeit der DS-GVO	80
c) Die Vorgaben des Art. 32 DS-GVO	81
aa) Allgemeine Vorgaben zur Datensicherheit gem. Art. 32 Abs. 1, Abs. 2 DS-GVO	81
bb) Die Regelbeispiele des Art. 32 Abs. 1 HS. 2 DS-GVO	83
4. Prüfungsraster einer sicheren Prüfungsgestaltung („Security by Design“)	84
5. Exkurs: Arbeitsplatzsicherheit	86
6. Ergebnis	88
II. Ist die E-Klausur ungerecht? Aspekte von Gleichbehandlung und Prüfungsgerechtigkeit	89
1. Zum Maßstab des Gleichheitsgebots bei der Durchführung staatlicher Prüfungen	90
2. Wahrung der Chancengleichheit durch Achtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	91
a) Verhinderung einer diskriminierenden Gestaltung (Art. 3 Abs. 3 GG)	91
b) Beachtung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV)	92
c) Wahrung der Chancengleichheit durch Missbrauchsunterbindung	94
3. Ergebnis	96
III. Ist die E-Klausur unbezahlbar? Rechtliche Bindungen der Refinanzierung staatlicher Leistungen	97
1. Die E-Klausur als „Kostentreiber“	97
2. Rechtliche Grenzen einer Gebührenfinanzierung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung	98
a) Begriffliche Grundlegung	98
b) Prüfungsgebühren heute	98
c) Rechtliche Grenzen auf internationaler Ebene	99
d) Rechtliche Grenzen des nationalen Rechts	100
e) Ergebnis	102

3. Rechtliche Grenzen eines Sponsorings der Zweiten Juristischen Staatsprüfung	103
a) Begriffliche Grundlegung	103
b) Sponsoringmodelle	104
c) Sponsoringverbot von Justiz und Staatsexamensprüfungen?	104
aa) Rechtliche Vorgaben zum Sponsoring im öffentlichen Bereich	104
bb) Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungssponsorings in Bayern	105
cc) Verbote eines Verwaltungssponsorings	106
d) Exkurs: Allgemeines Sponsoringverbot für Hochschulprüfungen? ..	108
4. Ergebnis	109

Kapitel 4

Optionen und verfassungsrechtliche Grenzen zur Gestaltung des Übergangs in die E-Prüfung/E-Klausur 110

A. Denkbare Regelungsmodelle auf Bundesebene (im DRiG)	110
I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Prüfungsrecht	111
II. Harmonisierungspflicht für Formfragen bei staatlichen Prüfungen?	113
III. Ergebnis	115
B. Individuelles Wahlrecht der Prüfungsteilnehmenden?	116
I. Wahlrecht und Gleichheitssatz: Sachwidrige Gleichbehandlung?	116
II. Ergebnis	117
C. Übergangsrecht	118
I. Rechtsstaatliche Implikationen bei der Änderung von staatlichen Prüfungen	118
II. Anforderungen an das Übergangsrecht	120
III. Gestaltungsoptionen	121
IV. Ergebnis	122

Kapitel 5

Einzelfragen 123

A. IT-Outsourcing	123
I. Einbindung privater Dienstleister in die staatliche E-Prüfung	123
II. Anforderungen an die Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO	124
1. Allgemeine Anforderungen	124
2. Mindestinhalte des Vertrags	125
3. Festlegung der Pflichten und Rechte des Verantwortlichen	126
4. Exkurs: IT-Outsourcing nach <i>Schrems II</i>	127
III. IT-Outsourcing und Vergaberecht	129
IV. Ergebnis	130

Inhaltsverzeichnis	11
B. Rechtsschutz, Rechtssicherheit und Zulassungsverfahren	130
I. Rechtsschutz gegen die (neue) Rechtsgrundlage der E-Klausur	130
II. Rechtsschutz gegen die Prüfungsmodalitäten	131
1. Anfechtung der Prüfung wegen Verfahrensfehler	132
2. Präventiver Rechtsschutz auf Zulassung einer handgeschriebenen Klausur	132
III. Ergebnis	133

Kapitel 6

Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen	133
Chancen/Vorteile der E-Klausur	137
Risiken/Nachteile der E-Klausur	138

Zweiter Teil

Elektronische Fernprüfung	139
----------------------------------	-----

Kapitel 1

Einleitung – Rechtliche und tatsächliche Fragen	139
--	-----

Kapitel 2

Merkmale einer elektronischen Fernprüfung	140
A. Elektronische Komponente	141
B. Distanzkomponente	141
C. Aufsichtskomponente	141
D. Arten elektronischer Fernprüfungen und typische Szenarien	141
I. Schriftliche elektronische Fernprüfung	142
II. Mündliche elektronische Fernprüfungen	142
III. Praktische elektronische Fernprüfungen	143
E. Abgrenzung zu bestehenden Prüfungsformaten	143

Kapitel 3

Rechtlicher Rahmen und rechtliche Grenzen elektronischer Fernprüfungen	144
A. Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen	144
I. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin	145
1. Die elektronische Fernprüfung als wesentlicher Eingriff in die Grundrechte der Studierenden	146

2. Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken	148
3. Grundrechtliche Abwägungsentscheidungen im Rahmen elektronischer Fernprüfungen	149
4. Zwischenergebnis	149
II. Besonderheiten aufgrund der Corona-Pandemie	150
1. Trilemmasituation der Hochschulen	150
2. Rechtliche Konsequenzen	151
3. Notwendigkeit einer rückwirkenden Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen	155
III. Fazit	157
B. (Weitere) Verfassungsrechtliche Vorgaben	158
I. Prüfungsanspruch, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG	158
II. Exkurs/Sonderfall: Gesundheitsschutz, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	160
III. Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG	161
IV. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG	162
V. Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	163
VI. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	164
VII. Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG	166
VIII. Freiheit der Lehre, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG	169
IX. Grundrechtliches Spannungsfeld	171
1. Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahmen	171
a) Videoaufsicht im Allgemeinen	172
b) Weitere Ausgestaltung der Videoaufsicht	174
c) Bildschirmübertragung (screen-sharing)	176
d) Aufzeichnung und Speicherung	177
e) Technische Einschränkungen	178
2. Verhältnismäßigkeit in Kumulation	179
X. Fazit	179
C. Einfachgesetzliche Vorgaben	180
I. Datenschutzrecht	180
1. Rechtfertigung für die Datenverarbeitung	180
a) Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO	181
b) Rechtsgrundlage, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a, Abs. 2, 3 DS-GVO ...	182
c) Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 DS-GVO	183
2. Allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung	185
3. Informationspflichten und Betroffenenrechte	185
II. Prüfungsrecht	185

D. Ausgewählte Rechtsgrundlagen für elektronische Fernprüfungen	186
I. Regelungen auf Bundesebene	187
II. Rechtsverordnungen für elektronische Fernprüfungen	187
1. Modellverordnung: Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung	187
a) Rechtliche Ausgestaltung	187
b) Geregelte Prüfungsformate	189
c) Zentrale Regelungen	189
d) Grundprinzip 1: Umfassendes Wahlrecht der Studierenden	190
e) Grundprinzip 2: Transparenz	190
f) Grundprinzip 3: Verhältnismäßigkeit	191
g) Grundprinzip 4: Vertrauen	192
h) Grundprinzip 5: Gestaltungsspielraum der Hochschulen	194
i) Evaluation	195
2. Weitere Bundesländer	195
a) Hessen	195
b) Sachsen-Anhalt	196
c) Rheinland-Pfalz	196
d) Bremen	197
3. Zwischenfazit	197
III. Regelungen in den Landeshochschulgesetzen	197
1. Regelfall: Rudimentäre Rechtsgrundlage für Datenverarbeitung	197
2. Sonderfall: Baden-Württemberg	199
IV. Satzungen der Hochschulen	200
1. Satzung zur Ermöglichung von elektronischen Fernprüfungen	201
2. Satzungen zur Ausfüllung bestehender Verordnungen	201
V. Fazit	202
VI. Übersicht der Rechtsgrundlagen elektronischer Fernprüfungen in Deutschland (Stand März 2022)	203

Kapitel 4

Risiken und Chancen elektronischer Fernprüfungen	205
A. Nachteile und Risiken elektronischer Fernprüfungen	206
I. Nachteile aus Sicht der Hochschulen	206
II. Nachteile aus Sicht der Prüfenden	209
III. Nachteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden	210
B. Vorteile und Chancen elektronischer Fernprüfung	213
I. Vorteile aus Sicht der Hochschulen	213
II. Vorteile aus Sicht der Prüfenden	215
III. Vorteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden	216

C. BYOD und elektronische Fernprüfung	217
--	------------

Kapitel 5

Paradigmenwechsel im Hochschulprüfungswesen durch elektronische Fernprüfungen?	218
A. Die elektronische Fernprüfung als eigenes Prüfungsformat	218
I. Keine Abbildung von Präsenzprüfungen als elektronische Fernprüfung ...	218
II. Technische Besonderheiten	220
III. Didaktische Besonderheiten	221
B. Exkurs: Umgang mit Täuschungsversuchen im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen	222
I. Risiken für Täuschungshandlungen im Vergleich zu herkömmlichen Prü- fungsformaten	222
II. Rechtliche Bewertung des bestehenden Risikos	224
III. Paradigmenwechsel: Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser	226
C. Zusammenfassung und Fazit	227
Ausblick: Aktuelle Entwicklungen im Bereich elektronischer Fernprüfungen ..	230
Literaturverzeichnis	235
Stichwortverzeichnis	242

Erster Teil

Die E-Klausur

Kapitel 1

Einleitung: Die E-Klausur als Zukunft der juristischen Staatsexamina

Digitalisierung als Gebot der Stunde. Dieser Gemeinplatz hat im Angesicht der SARS-CoV-2-Pandemie (gemeinhin als Corona-Pandemie bezeichnet) seit 2020 Aufwind erhalten. Kritiker,¹ die schon lange zuvor auf die Defizite bei der Digitalisierung hingewiesen haben, fühlen sich in ihren Prognosen bestätigt. Tatsächlich forcierten die mit der Pandemie einhergehenden drastischen, flächen-deckenden Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen sowie Geschäftsschließungen vielfach die Nutzung digitaler Medien und Online-Dienste. Sie zwangen Unternehmen, Institutionen und Behörden zumindest vorläufig zu einer Verlagerung vieler Geschäfts- und Wertschöpfungsprozesse in den virtuellen Raum. Privatpersonen sind in ihrer Rolle als Bürgerinnen und Bürger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Kundinnen und Kunden, Versicherte, Schülerinnen und Schüler oder Studierende etc. ebenfalls betroffen. Am Beispiel des Gesundheitswesens²: Mit Blick auf die krisenbedingten Herausforderungen für Arztpraxen, Kliniken und weitere Leistungserbringer (aber auch darüber hinaus) zeigt sich die dringende Notwendigkeit eines zügigen, umfassenden Ausbaus digitaler, integrierter Dienste wie Online-Sprechstunden oder qualitätsgesicherte Health-Apps sowie einer effizienten Erfassung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten. So galt es auch, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung unter den pandemiebedingten Einschränkungen zu gewährleisten. Die Verfügbarkeit digitaler Dienste spielt im Leben mit Kontaktbeschränkungen eine zentrale Rolle. Aber auch die zeitnahe Verarbeitung von Daten ist für die logistische Bewältigung eines stark geforderten Gesundheitssystems von großer Bedeutung.

Dies gilt genauso für viele andere Lebens- und Arbeitsbereiche: von der öffentlichen Verwaltung über neue Geschäftsmodelle für Lieferdienste bis zu der

¹ Sprachlicher Hinweis: Bei der Erstellung des Textes wurde auf inkludierende und genderneutrale Sprache geachtet und wurden neutrale Bezeichnungen oder die Paarform gewählt. In Einzelfällen wird aus Gründen der Lesbarkeit die männliche Form auch dort verwendet, wo Gruppen verschiedener Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

² Hierzu *Heckmann*, Praktische Konkordanz von Gesundheitsschutz und Freiheitsrechten, in: Heinemann/Matusiewicz, Rethink Healthcare, 2021, S. 299 ff.

Digitalisierung im Bildungswesen. Es ist nicht verwunderlich, dass besonders die Hochschulen die kurze vorlesungsfreie Zeit im März und April 2020 genutzt haben, um im Eiltempo große Teile des Lehrprogramms für das Sommersemester 2020 zu digitalisieren. Während allerdings E-Learning als solches schon seit über 20 Jahren etabliert (wenn auch nicht flächendeckend implementiert) ist, ist die elektronische Prüfung für die meisten Hochschulen noch Neuland: Sind schriftliche oder auch mündliche Prüfungen bei umfassenden Kontaktbeschränkungen möglich, wenn also die Prüfungsteilnehmenden ins „Homeoffice“ gezwungen sind? Genügen solche „Prüfungsumgebungen“ den prüfungsrechtlichen Anforderungen, etwa im Hinblick auf den Gleichheitssatz, insbesondere zur Unterbindung von Unterschleif (Nutzung unzulässiger Hilfsmittel)? Dies sind Fragen, denen man sich unter dem Eindruck der aktuellen Pandemie stellen muss. Unabhängig davon, wie und wann man die derzeitige SARS-CoV-2-Pandemie bekämpft oder überwindet, zeigt diese weltweite Ausnahmesituation, wie verletzlich die Lebensführung ist, die wir in den letzten Jahrzehnten als selbstverständlich vorausgesetzt haben: in sozialer Nähe und ohne übermäßige Angst um das Leben vieler Angehöriger. So oder so werden wir uns auf diese neue Situation einstellen müssen. Und das hat tatsächlich viel mit der Nutzung digitaler Technologien zu tun, mit ihren großen Chancen, aber auch einigen Risiken. Digitalisierung ist das Gebot der Stunde, nicht zuletzt, um wichtige, zum Teil lebenswichtige Geschäftsprozesse und soziale Interaktionen in Zeiten notwendiger sozialer Distanz aufrechtzuerhalten.

Die Herausforderungen für eine Umstellung auf elektronische Prüfungen werden in diesem Buch im 2. Teil behandelt. Der 1. Teil zur „E-Klausur“ wurde bereits „vor Corona“ geschrieben. Er beruht auf der Machbarkeitsstudie, die zur Umstellung (papier-)schriftlicher Klausuren auf elektronische, computergeschriebene Klausuren (eben E-Klausuren) bereits 2017/2018 im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz und Verbraucherschutz verfasst wurde.

Die Intention des vorliegenden Werkes ist es, die Weichen in Richtung eines Paradigmenwechsels des Prüfungswesens im digitalen Zeitalter zu stellen und die „rechtliche Machbarkeit“ einer solchen Modernisierung darzulegen: Gerade, weil es gelingen kann, eine E-Klausur rechtskonform und akzeptanzstiftend zu gestalten, sollten die Herausforderungen für eine komplette E-Prüfung angenommen und an einer solchen Gestaltung gearbeitet werden. Und zwar umgehend. Denn auch in Bezug auf Lehre und Prüfung an Schulen und Hochschulen gilt: Digitalisierung ist das Gebot der Stunde.

A. Digitalisierung, Recht und Juristenausbildung

Die zunehmende Digitalisierung fordert auch das Recht, die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis heraus.³ Bestehende Gesetze müssen überprüft werden, ob sie zu den neuen, technologisch geprägten Sachverhalten passen und ob

sie noch genügend Steuerungskraft zur Bewältigung der Interessenkonflikte entfalten. Neue Gesetze werden erlassen, um den Bedarf an Regulierung der Internetnutzung zu befriedigen, wobei diese Regulierung zuweilen sehr umstritten ist.⁴ Juristen müssen sich nicht nur mit den Neuregelungen und neuen Auslegungsvarianten des überkommenen Rechts auseinandersetzen. Sie müssen auch die Lebenssachverhalte kennen und begreifen lernen, auf die sie das Recht als Richter, Rechtsanwälte oder in anderer Funktion anwenden sollen. Dem muss auch die Juristenausbildung Rechnung tragen. Man spricht unter anderem von E-Justice-Kompetenz.⁵

Eine solche E-Justice-Kompetenz, oder allgemeiner auch: Digital- oder Medienkompetenz, hat im März 2020 eine ganz neue Dimension erhalten. Bedingt durch die Corona-Pandemie (Infektionen mit dem Covid-19-Virus) kam das öffentliche Leben auch in Deutschland weitgehend zum Erliegen. Die von den zuständigen Behörden bundesweit verhängten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zur Abflachung der Infektionskurve (Verringerung von Neuinfektionen, um die Intensivstationen der Krankenhäuser nicht zu überlasten) haben dazu geführt, dass die Universitäten ihren Präsenzbetrieb einstellen mussten und dass auch die Gerichte den Parteiverkehr weitgehend eingeschränkt haben. Mit dem Beginn des Wintersemesters im Oktober 2021 sind die meisten Universitäten in den Präsenzbetrieb zurückgekehrt; ob dies dauerhaft aufrechterhalten bleiben kann, wird sich zeigen. Für Studierende bedeutet dies eine Rückkehr zu Vorlesungssälen und Aufsichtsklausuren. An der grundsätzlichen (bereits vor der Corona-Pandemie verzeichneten⁶) Notwendigkeit für Reformen am bestehenden System der juris-

³ Hierzu *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 ff.; *Krüger*, ZRP 2016, 190 ff.; *Beck*, in: *Beck/Meier/Momsen*, Cybercrime und Cyberinvestigations, 2015, S. 9; *Krause*, NZA-Beilage 2017, 53 ff.; *Omlor/Meister*, ZRP 2021, 59.

⁴ Vgl. etwa den Streit um das Netzwerkdurchsetzungsgesetz *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721 ff.; *Schütze*, ZD-Aktuell 2017, 05723; *Richter*, ZD-Aktuell 2017, 05623; *Guggenberger*, ZRP 2017, 98 ff.; *Spindler*, ZUM 2017, 473 ff.; *Nolte*, ZUM 2017, 552 ff.; *Gersdorf*, MMR 2017, 439 ff.; *Höferlin/Widlok*, MMR 2021, 277; oder um den Entwurf der europäischen Digitale-Dienste-Verordnung (Digital Services Act, DSA) *Basedow*, ZEuP 2021, 217; *Eisenreich*, RDt 2021, 289; *Kaesling*, ZUM 2021, 177; *Kühling*, ZUM 2021, 461; *Schmid/Grewe*, MMR 2021, 279.

⁵ *Bernhardt/Leeb*, IT in der Juristenausbildung: E-Justice-Kompetenz, in: *Kramer/Kuhn/Putzke* (Hrsg.), Tagungsband zur dritten Fachtagung des Instituts für Rechtsdidaktik an der Universität Passau zum Thema „Was muss Juristenausbildung heute leisten?“, 2019; *Heckmann*, E-Justice-Kompetenz: ein Muss in der künftigen Juristenausbildung, in: *Der Wirtschaftsführer* 2016/2017, S. 14 f.

⁶ Exemplarisch hierfür steht die Aussage des Juristen Andreas Schlüter aus dem Jahre 2007, der damals als Generalsekretär des Stifterverbandes für die deutsche Wissenschaft Teil einer Expertenkommission zur Reform der Juristenausbildung war: „An der Notwendigkeit einer weiteren Modernisierung der Juristenausbildung kann es keinen Zweifel geben.“, www.azur-online.de/artikel/hochkaratig-besetzte-kommission-soll-jurastudium-reformieren/.

tischen Ausbildung ändert dies nichts. Vielmehr ist der Ruf nach Modernisierung und Reformierung kaum noch zu überhören:

In jüngeren Jahren mehren sich Studien und Gutachten, die dies zum Ausdruck bringen. Exemplarisch zu nennen sind hier das Gutachten des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DHZW) vom September 2017, welches sich den Ursachen von Studienabbrüchen im Jurastudium widmet,⁷ eine Studie des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zu Reformbedarf, die aus dem August 2020 stammt,⁸ sowie die Ergebnisse der „Digital Study“ aus den Jahren 2019⁹, 2020¹⁰ und 2021¹¹, einem Gemeinschaftsprojekt von vier juristischen Organisationen (LEX superior, dem Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften (BRF), ELSA Deutschland und Legal Revolution), das sich mit der digitalen Transformation der juristischen Ausbildung und Arbeitswelt befasst. Betrachtet man die Akzeptanz für die E-Klausur, zeigt sich ein eindeutiger Trend. Während sich unter den befragten Studierenden 2019 und 2020 nur etwa die Hälfte der Befragten mit „Ja“ oder „eher Ja“ für ein Schreiben der Examensklausuren am Computer aussprach, waren dies 2021 bereits 75 Prozent.¹² Einen Schritt weiter geht die Kampagne iur.reform. Ihr erklärtes Ziel ist die Bündelung sowie Auswertung des gesamten Diskurses¹³ um die Reform des juristischen Studiums. Getragen wird iur.reform von dem Verein Bündnis zur Reform der juristischen Ausbildung e. V., bestehend aus jungen Juristinnen und Juristen. Das im Januar 2022 veröffentlichte White Paper stellt das Ergebnis der Auswertung vor: 44 Reformthesen, die für einen Zeitraum von sechs Monaten Gegenstand der bislang umfangreichsten Umfrage unter juristischen Akteuren sein werden (angesprochen ist jeder mit Bezug zur juristischen Ausbildung, vom Studienabbrecher bis zur Verfassungsrichterin). Auf Basis dieser breit angelegten Abstimmung sollen konkrete Reformvorschläge ermittelt werden.¹⁴ Ebenso sprechen sich mehr

⁷ Das Gutachten ist zu finden unter: www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/gutachten_studienabbruch_juras/DZHW-Gutachten-Ursachen-Studienabbruch-Staatsexamen-Jura.pdf.

⁸ Die Studie ist zu finden unter: anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/veranstaltungen/forum-juristenausbildung/2020-dav-juristenausbildung-bericht-final-neu.pdf.

⁹ Zu finden unter: <https://digital-study.de/wp-content/uploads/2020/05/Digital-Study-eMagazin-2020-03.pdf>.

¹⁰ Zu finden unter: digital-study.de/wp-content/uploads/2021/02/Digital-Study-eMagazin-2021-01.pdf.

¹¹ Zu finden unter: <https://digital-study.de/wp-content/uploads/2022/01/Digital-Study-Magazin-2022-01-Digitale-Ausgabe.pdf>.

¹² Digital Study 2021, S. 23.

¹³ Bestehend aus Studien, Gutachten und Literatur der letzten 20 Jahre, vgl. das White Paper, S. 5 ff.

¹⁴ Das iur.reform White Paper, Stand Januar 2022, ist abrufbar unter: https://iur-reform.de/wp-content/uploads/2022/01/220131_IUR-whitepaper.pdf.

und mehr Stimmen aus der Professorenschaft für einen Wandel aus¹⁵, bei der Studierendenschaft sieht dies nicht anders aus.¹⁶ Es entstehen immer mehr juristische, aber auch überfachliche Initiativen und Vereinigungen, die sich von den Universitäten vernachlässigten Themen – wie etwa besonders Legal Tech – widmen¹⁷ oder gar juristische Apps entwickeln.¹⁸ Auf dem Fachkongress „JURTECH:JURSTUDY“ vom Februar 2022 fanden sich all diese relevanten Akteure wieder an einen Tisch – bzw. auf einer Bühne. Organisiert vom Ministerium der Justiz Nordrhein-Westfalen wurde einen ganzen Tag lang die Digitalisierung (in) der Juristenausbildung thematisiert und debattiert.¹⁹ Einen Schwerpunkt bildete das Thema „Digitale Prüfung: Voraussetzungen und Möglichkeiten der Durchführung universitärer und staatlicher Prüfungen in digitaler Form“.²⁰

Im Winter 2020 gab es zwei Anträge im Bundestag, die in unterschiedlicher Ausprägung die Reform und Modernisierung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung zum Gegenstand hatten.²¹ Während die FDP²² darauf abzielte, das Jurastudium vor allem inhaltlich an das digitale Zeitalter anzupassen, forderte

¹⁵ Vgl. Protokoll der Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz vom 11.12.2020 zum Thema „Juristische Ausbildung an das digitale Zeitalter anpassen“ (Protokoll-Nr. 19/122), wo sich u. a. Barbara Dauner-Lieb, Michael Beurskens, Elisa Hoven, Sebastian Omlor, Heribert Anzinger und Anne Sanders klar für eine Reform aussprechen.

¹⁶ Betreffend digitaler Staatsprüfungen vgl. § 27 des Grundsatzprogramms des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V., Stand 30.5.2021, abrufbar unter: <https://bundesfachschaft.de/wp-content/uploads/2021/06/Grundsatzprogramm-BRF-Stand-30.05.2021.pdf>.

¹⁷ In Münster etwa *recode.law*, in München *Munich Legal Tech*, in Köln *Legal Tech Lab Cologne* oder in Frankfurt a.M. *Legal Tech Lab*.

¹⁸ Als Beispiel soll hier die App „gesetze.io“ genannt sein, die als Nachschlagewerk für sämtliche Gesetzestexte dient und damit herkömmliche Kommentare hinfällig macht.

¹⁹ JURTECH:JURSTUDY Fachkongress Digitalisierung (in) der Juristenausbildung vom 23.2.2022, Ministerium der Justiz Nordrhein-Westfalen; der Kongress zeichnete sich aus durch Vorträge und Diskussionsrunden, basierend auf Thesenpapieren, die in zuvor stattgefundenen Workshops erarbeitet wurden: (1) Digitale Lehre – Voraussetzungen und Möglichkeiten digitaler Lehrveranstaltungen; (2) Rechtsanwendung auf digitale Sachverhalte; (3) Rechtsgewährung der Zukunft – Juristinnen und Juristen der Zukunft; sowie (4) Digitale Prüfung; die Thesenpapiere sind abrufbar unter <https://beteiligung.nrw.de/portal/justiz/beteiligung/themen/1000660>; der gesamte Kongress kann angeschaut werden unter <https://www.youtube.com/watch?v=4GQfM-xcRdE>.

²⁰ Das diesbezügliche Thesepapier kann abgerufen werden unter https://www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/jurtech_jurstudy_fachkongress/workshop/IV/2021-10-26-WS-IV-Thesen-DYL-ueberarbeitet-CLEAN.PDF.

²¹ Vgl. hierzu *Omlor/Meister*, ZRP 2021, 59.

²² Antrag „Rechtsstandort Deutschland stärken – Juristische Ausbildung an das digitale Zeitalter anpassen“, 6.10.2020 (BT-Drucksache 19/23121).

DIE LINKE²³ grundsätzliche strukturelle Reformen des Studiums. Trotz positiver Signale in der Sachverständigenanhörung²⁴ vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurden beide Anträge auf Empfehlung des Ausschusses hin abgelehnt.²⁵ Der Entwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Jura-Studiums vom 1.1.2021 sieht die Einführung der Möglichkeit des Teilzeitreferendariats sowie die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die elektronische Durchführung schriftlicher juristischer Prüfungen²⁶ vor.²⁷ Auf inhaltlich-didaktischer Ebene besteht die einzige Neuerung in einer Erweiterung der verpflichtenden Studieninhalte um eine Beschäftigung mit dem nationalsozialistischen Justizunrecht.²⁸ Während also eine grundlegende Modernisierung der juristischen Ausbildung auf sich warten lässt²⁹, zeigen sich auf der Verfahrensebene langsam Fortschritte:

Schon seit langem wird diskutiert, Staatsexamina am Computer anfertigen zu können, um die juristische Ausbildung so endlich der Realität der Arbeitswelt anzupassen.³⁰ Der Durchbruch erfolgte im April 2019, als Sachsen-Anhalt in einem Pilotprojekt als erstes Bundesland seinen Referendaren die Möglichkeit bot, die Klausuren des Zweiten Examens am Computer zu schreiben.³¹ Nur drei der 45 Teilnehmenden entschieden sich für Stift und Papier anstatt Tastatur und Bildschirm³², im Oktober 2021 hat sich diese Zahl auf Null reduziert.³³ Im Juni-Ter-

²³ Antrag „Juristische Ausbildung reformieren, Transparenz und Qualität erhöhen, Chancen gewährleisten“, 24.11.2020 (BT-Drucksache 19/24643).

²⁴ 122. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, 11.12.2020 (Protokoll-Nr. 19/122).

²⁵ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, der die Ablehnung beider Anträge empfahl, 27.1.2021 (BT-Drucksache 19/26308); sowie endgültige Ablehnung des Antrags der FDP: BT-Plenarprotokoll 19/233, 10.6.2021, S. 30080D; sowie des Antrags der LINKEN: BT-Plenarprotokoll 19/235, 23.6.2021, S. 30451C.

²⁶ Hierzu ausführlich S. 68 ff.

²⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des notariellen berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften“, 1.1.2021 (BR-Drucksache 20/21) sowie 19.2.2021 (BT-Drucksache 19/26828).

²⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 19.2.2021 (BT-Drucksache 19/26828), S. 248 f. (BGBl. 2021 I Nr. 38).

²⁹ So auch *Omlor/Meister*, ZRP 2021, 59 ff.

³⁰ Bereits 2008 begannen Bundesländer wie NRW und Bayern mit ersten Pilotprojekten, die damals jedoch in erster Linie aus finanziellen Gesichtspunkten nicht weiter verfolgt wurden, *Michael Beurskens*, FAZ Einspruch vom 17.6.2019, www.faz.net/einspruch/exklusiv/elektronisches-staatsexamen-juristen-an-die-computer-16241286.html.

³¹ Ausführlich zu diesem Pilotprojekt *Burgdorf*, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 111.

³² www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/sachsen-anhalt-e-examen-am-pc-april-2019.

³³ <https://www.lto-karriere.de/jura-referendariat/stories/detail/sachsen-anhalt-e-examen-setzt-sich-durch-erstes-examen-in-planung>.

min 2021 entschieden sich 140 der 157 Referendare in Sachsen, das Zweite Examen in elektronischer Form zu schreiben.³⁴ Im Oktober-Termin 2021 wählten 154 von 184 Referendaren in Rheinland-Pfalz die erstmalige Möglichkeit, ihr Examen am Computer zu schreiben.³⁵ Bereits 2018 wurde im Hamburgischen Landesparlament ein Antrag von den beiden Regierungsparteien SPD und Grünen gestellt, mit dem Titel „Staatsexamen 2.0 – Die Digitalisierung im Jurastudium vorantreiben“.³⁶ In Hamburg läuft das Projekt „eKlausur & Software“ mit dem Ziel, die juristischen Staatsexamina in das digitale Format zu überführen. In Auftrag gegeben wurde das Projekt von der Behörde für Justiz und Verbraucherschutz, geleitet wird es vom Hanseatischen Oberlandesgericht. Dabei sind Bremen und Schleswig-Holstein eng eingebunden.³⁷ Das Regierungskabinett in Thüringen hat am 25.1.2022 eine Änderung des Juristenausbildungsgesetzes (ThürJAG) verabschiedet, wonach die E-Klausur erstmalig für das zweite Staatsexamen im Dezember 2022 vorgesehen ist. Darüber hinaus soll auch die Online-Korrektur möglich sein.³⁸ In bevölkerungsstärkeren³⁹ Bundesländern, wie etwa Nordrhein-Westfalen und Bayern, geht es schleppender voran. In Nordrhein-Westfalen ist am 17.2.2022 eine Änderung des Juristenausbildungsgesetzes (JAG NRW) in Kraft getreten, wonach sowohl das Erste als auch das Zweite Staatsexamen ab dem 1.1.2024 in elektronischer Form von den Prüfungsämtern ermöglicht werden muss.⁴⁰ In Bayern wird mit einer Einführung des elektronischen Staatsexamens ebenfalls ab 2024 gerechnet.⁴¹

³⁴ Vgl. Pressemitteilung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz vom 16.6. 2021, www.medienservice.sachsen.de/medien/news/253292.

³⁵ Vgl. Website des rheinland-pfälzischen Justizministeriums mit umfangreich bereitgestellten Informationen zum Pilotprojekt sowie zum folgenden Termin April 2022, jm.rlp.de/de/service/landespruefungsamt-fuer-juristen/elektronisches-examen/.

³⁶ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache 21/14523 – 21. Wahlperiode; vgl. hierzu auch *Geib*, in: Beurskens et al., *Juristenausbildung* 4.0, 2021, S. 120.

³⁷ Vgl. eine diesbezügliche Anfrage des Portals FragDenStaat an die Hamburgische Behörde für Justiz und Verbraucherschutz vom 27.9.2020, fragdenstaat.de/anfrage/digitales-juristisches-staatsexamen-sachstand/.

³⁸ Vgl. Pressemitteilung des Thüringer Ministeriums für Migration, Justiz und Verbraucherschutz vom 25.1.2022, <https://justiz.thueringen.de/aktuelles/medieninformationen/detailseite/3-2022>.

³⁹ Anzahl Prüfungsteilnehmer Bayern: EJS ca. 1.500 pro Termin, ZJS ca. 900 pro Termin (zwei Termine pro Jahr); NRW: EJS ca. 3.500 (monatliche Termine); ZJS ca. 2.200 jährlich (monatliche Termine), siehe hierzu Jahresberichte des Bundesamts für Justiz und der LJPAs, abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html.

⁴⁰ JAG-Änderungsgesetz vom 17.11.2021 (GV. NRW 2021, S. 1190). Für Prüfungsämter soll dies verpflichtend sein, für die Studierenden besteht ein Wahlrecht.

⁴¹ Vgl. Pressemitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 29.10. 2020, www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2020/107.php.

B. Modernisierung des Prüfungswesens

Vor dem Hintergrund der allgegenwärtig voranschreitenden Digitalisierung ist es zu begrüßen, dass nunmehr (zumindest) die E-Klausur Schritt für Schritt Einzug in den bundesweiten Prüfungsalltag hält. Bislang gilt dies zwar nur für das Zweite Juristische Staatsexamen, von dort ist es jedoch bloß noch ein kurzer Weg zum Ersten Examen und schließlich zur Modernisierung des Prüfungswesens insgesamt. Nachdem auch der Arbeitsalltag der angehenden Juristinnen und Juristen von Digitalisierung geprägt ist und die Justiz ab dem 1.1.2018 schrittweise die elektronische Aktenführung, elektronische Klageerhebung u. a. m. eingeführt hat, ist es erforderlich, dass man untersucht, inwieweit elektronische Medien bei der Ablegung der juristischen Staatsexamina, die für genau diese von der Digitalisierung erfassten juristischen Berufe qualifizieren sollen, eingesetzt werden können. Das kann mit der Anfertigung einer Klausur am Prüfungscomputer beginnen, die sich vielleicht später in eine weitgehend digitalisierte Prüfung einfügt.⁴² Wenn man bedenkt, dass heutzutage kaum mehr ein persönlicher Brief, geschweige denn ein juristisches Dokument handschriftlich angefertigt wird, erscheint es geradezu zwingend, die Vorteile einer am Prüfungscomputer geschriebenen Klausur auszuloten und mit den etwaigen Nachteilen oder Risiken abzuwägen.⁴³

So enthielt schon 2017 das Investitionsprogramm der Bayerischen Staatsregierung für die digitale Zukunft Bayerns unter der Rubrik der Digitalen Bildung den Punkt „E-Exam“: Einführung der vollständig elektronischen Abwicklung der Staats- und Qualifikationsprüfungen in der bayerischen Justiz.⁴⁴

C. Auftrag zur Machbarkeitsstudie

Vor diesem Hintergrund erteilte das Landesjustizprüfungsamt im Bayerischen Staatsministerium der Justiz 2017 den Auftrag zu einer wissenschaftlichen Studie, mit der die juristischen Herausforderungen einer Umstellung der schriftlichen Prüfungsleistung (zunächst) in der (Zweiten) Juristischen Staatsprüfung auf eine elektronisch verfasste Klausur untersucht werden. Dabei sollten einzelne Aspekte gutachterlich vertieft, im Übrigen aber grundsätzlich geklärt werden, ob

⁴² Die einzelnen Phasen und Bestandteile eines elektronischen Prüfungsverfahrens werden unten unter Kap. 2, A. II. (S. 24 ff.) dargestellt.

⁴³ Hierzu auch *Jeremias*, Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, JM 1 (2018), S. 25 ff.; ebenso: *Röhm/Gilbergs*, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 80.

⁴⁴ Bayerische Staatskanzlei, Bayern Digital II, Investitionsprogramm für die Zukunft Bayerns (Folie 11), Stand 29.5.2017, abrufbar unter <https://docplayer.org/47609298-Bayern-digital-ii-investitionsprogramm-fuer-die-digitale-zukunft-bayerns.html>; vgl. auch die Antwort der Bayerischen Staatskanzlei auf eine schriftliche Anfrage vom 26.1.2018 (Bayerischer Landtag, Drs. 17/20946), S. 3.

etwaige Hürden mit vertretbarem Aufwand genommen werden können (Machbarkeitsstudie).

D. Vorarbeiten und Einbindung der Studie in das länderübergreifende Projekt

Das bayerische Landesjustizprüfungsamt hat Anfang 2014 ein Pilotprojekt gestartet, das die Möglichkeiten des EDV-Einsatzes in den Juristischen Staatsprüfungen sowie in den Qualifikationsprüfungen beleuchten soll. In Zusammenarbeit mit einem privaten Anbieter, der im Bereich des elektronischen Prüfens an Universitäten etabliert ist, wurden mehrere Testläufe durchgeführt, bei denen freiwillig teilnehmende Rechtsreferendare bzw. Studierende fünfstündige Übungsklausuren unter examensähnlichen Bedingungen elektronisch angefertigt haben; die Prüfungsarbeiten wurden anschließend auch elektronisch korrigiert. Das Feedback der Referendare sowie der Prüfenden war insgesamt positiv. Die Hauptprobleme einer elektronischen Prüfung, nämlich die Gewährleistung eines reibungslosen Prüfungsablaufs, die Verhinderung eines Zugriffs auf unzulässige Hilfestellungen wie E-Mail und Internet und die sichere und zuverlässig dokumentierte Speicherung der angefertigten Prüfungsarbeiten ohne Datenverluste, wurde im Rahmen dieses Pilotprojekts durch eine technische Lösung, bei der mit einer speziellen Prüfungssoftware ausgerüstete Laptops und ein mobiles WLAN bereitgestellt wird, zufriedenstellend bewältigt. Daneben wurden noch andere Lösungen geprüft, bei denen die Prüfungsteilnehmenden ihre Laptops selbst mitbringen, nachdem sie sich vorher eine Prüfungssoftware beschafft haben, in der das Klausurdokument angefertigt wird. Prüfungen dieser Art werden in großem Umfang an den US-amerikanischen Law Schools sowie im US-amerikanischen Bar Exam praktiziert. Allerdings sind hierbei ebenfalls größere technische Herausforderungen zu bewältigen.

Die organisatorischen, technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen von juristischen E-Klausuren waren auch Gegenstand länderübergreifender Arbeitsgruppen mit den Ländern Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen und Thüringen.

Kapitel 2

Rechtstatsächliche und strategische Vorbemerkungen

Bevor sich diese Machbarkeitsstudie den rechtlichen Herausforderungen zuwenden kann, ist in rechtstatsächlicher Hinsicht erst einmal der Gegenstand der Betrachtung darzustellen. Dies ist auch notwendig, weil sich hinter der praktischen Abkürzung „E-Klausur“ (für elektronische Klausur oder auch: mit elektronischen Medien verfasste Klausur) eine große Bandbreite an Gestaltungsmöglichkeiten verbirgt, deren einzelne Komponenten rechtlich unterschiedlich gewertet werden können. Es stellt sich also die Frage, was eine E-Klausur ist, und wie sie

sich in ein mehr oder weniger digitalisiertes Prüfungsverfahren einfügt. Damit einher gehen auch Argumente, warum man eine E-Klausur einführen sollte (Vorteile/Chancen) oder was gegen eine solche Einführung spricht (Nachteile/Risiken). Die Chancen und Risiken werden dann im Rahmen der Abwägung, etwa zur Chancengerechtigkeit oder zur IT-Sicherheitsgewährleistung, aufgegriffen.

A. Die E-Klausur als Teil einer E-Prüfung

Die E-Klausur als Sinnbild für den Einsatz elektronischer Medien bei der Anfertigung einer schriftlichen Prüfungsleistung ist Teil einer „E-Prüfung“, die sich in ihren Verfahrensschritten mehr oder weniger elektronisch abbilden lässt. Auch wenn das Pilotprojekt nur einen kleinen Teil der technischen Möglichkeiten nutzen will, ist der Gesamtkontext darzustellen. Nur so können einzelne Prüfungskomponenten sinnvoll entwickelt werden.

I. Elektronische Form der schriftlichen Klausurleistung

Die E-Klausur wird im vorliegenden Kontext als elektronische Form der schriftlichen Klausurleistung, also der Anfertigung der Klausurlösung, verstanden. Statt Papier und Stift werden Computer und Schreibprogramm verwendet. Ebenso wie der klassische handgeschriebene Brief längst durch E-Mail und andere Formen elektronischer Nachrichtenübermittlung (Messenger-Dienste, Portaleinträge etc.) abgelöst wurde, soll die Erzeugung einer Klausurlösungsdatei an die Stelle der handgeschriebenen Klausurlösung auf Papier treten. Der wesentliche Teil der Prüfungsleistung, nämlich das Ermitteln einer richtigen bzw. vertretbaren Falllösung und deren gutachterliche Ausformulierung, also die Anforderungen an den Denkprozess, bleiben unverändert. Neu sind die veränderte Darstellungsform, die Möglichkeit der Textbearbeitung und die elektronische Speicherung der Klausurlösungsdatei.

II. Weitere Komponenten einer digitalisierten Prüfungsumgebung

Auch wenn dies wie gesehen in der ersten Projektphase nicht unmittelbar relevant sein mag, sollen die weiteren Komponenten einer digitalisierten Prüfungsumgebung kurz dargestellt werden. So können sie in der Diskussion um die Pilotierung bereits mitgedacht werden.

Geht man den gesamten Prozess einer (Staats-)Prüfung durch, sind es die folgenden Verfahrensschritte, die einer Digitalisierung zugänglich wären:

1. Elektronische Authentifizierung des Prüfungskandidaten

Bevor überhaupt die Prüfung und die Anfertigung der Klausurlösung beginnen kann, ist der Prüfungskandidat zweifelsfrei zu authentifizieren (dies auch aus

Gründen der Prüfungsgerechtigkeit bzw. Chancengleichheit – hierzu S. 89 ff. Dies geschieht bislang durch eine konventionelle Ausweiskontrolle. Zukünftig wäre auch eine elektronische Authentifizierung des Prüfungskandidaten, etwa mit Hilfe der eID-Funktion des Personalausweises, ggf. in Verbindung mit einer speziellen Prüfungskennung, denkbar. Insoweit muss aber gewährleistet sein, dass eine Manipulation durch „Ghost Writer“ ausgeschlossen ist. So könnte auch ein Dritter unter Verwendung des fremden Authentifizierungsmittels die Klausur anfertigen. Solange man nicht fälschungssichere Mittel (wie etwa einen digitalen Fingerabdruck, einen Iris-Scan o. Ä.)⁴⁵ verwendet, wird man auf die klassische Kontrolle mit Abgleich des Lichtbildes wohl nicht verzichten können.

2. Bereitstellung der technischen Prüfungsumgebung

Damit die elektronische Prüfung überhaupt stattfinden kann, bedarf es des Vorliegens einer passenden, funktionsgerechten Prüfungsumgebung. Hierzu gehören die erforderlichen Hard- und Softwarekomponenten. Für die Gewährleistung der Prüfungsumgebung bestehen grundsätzlich zwei verschiedene Modelle, entweder die technische Prüfungsumgebung wird von Seiten des LJPA verantwortet und gestellt, oder die Prüfungsteilnehmenden bringen ihre eigenen Geräte mit.

a) Es wird ein „amtlicher Prüfungscomputer“, d. h. sowohl Hard- als auch Softwarekomponenten, vom Freistaat Bayern gestellt. In diesem Kontext sind auch Systeme zu verorten, bei denen ein privater Anbieter im Auftrag des Freistaats Bayern die vom LJPA bereitgestellten Prüfungsräume mit der Hard- und Softwareumgebung für den Prüfungsbetrieb ausstattet, sog. „Full Service Provider“ (so geschehen in den bislang erfolgten Pilotversuchen).⁴⁶

b) Jeder Prüfungskandidat ist für seine Prüfungsumgebung selbst verantwortlich (sog. „Bring your own Device“, BYOD), wobei auch hier verschiedene Varianten vorstellbar sind. So könnten die Prüfungsteilnehmenden verpflichtet werden, sich um die erforderliche Hard- als auch Softwarelösung komplett eigenständig zu kümmern oder die Prüfung zwar auf ihrem eigenen Gerät abzulegen, dazu aber eine entsprechende Software vom LJPA zu erhalten, die zwingend zu verwenden ist. Die Softwarebereitstellung kann beispielsweise durch eine vorher gegebene Downloadmöglichkeit oder erst im Prüfungsraum erfolgen, in dem den Prüfungsteilnehmern zum Beispiel ein USB-Stick mit einem entsprechenden Prüfungsprogramm ausgehändigt wird. Bei dieser digitalen Umgebung bestehen verschiedene Gestaltungsvarianten.

⁴⁵ Vgl. hierzu *Karg/Kühn*, ZD 2014, 285 ff.; übersichtlich zu biometrischen Authentifizierungsmöglichkeiten *Schütze*, ZD-Aktuell 2012, 02991; *Schröder*, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2021, 3. Kapitel, X. Biometrische Verfahren.

⁴⁶ Vgl. nur *Becker/Weidt*, ZRP 2017, 114 ff. zum Pilotversuch der Universität Siegen.

Um Unterschleif durch die Nutzung unerlaubter elektronischer Hilfsmittel zu verhindern, könnte die elektronische Prüfungsumgebung derart gestaltet sein, dass sichergestellt ist, dass ein „digitales Verlassen der Prüfungsumgebung“ über das Internet sowie die Rezeption unerlaubter Hilfsmittel oder anderer Softwareprogramme nicht möglich ist.

3. Digitaler Sachverhalt

Die schriftliche Prüfung beginnt mit dem Austeilen und der Lektüre des Sachverhaltes sowie der Aufgabenstellung (bislang auf Papier). Dies könnte zukünftig durch einen digitalen Sachverhalt abgelöst werden. Nachdem die Aufgabenstellung ohnehin als Datei vorliegt, wäre es ein Leichtes, diese am Bildschirm des Klausurbearbeiters anzuzeigen. Besonders bei umfangreichen Sachverhalten (wie der „Akte“ im 2. Staatsexamen) hätte dies auch Vorteile für die Prüfungsteilnehmenden wie etwa die Volltextsuche oder die Übernahme von Textpassagen. Dem stehen aber auch Nachteile gegenüber, weil sich Sachverhalt und Lösung nur mit weiterer Technik (etwa Splitscreen oder zwei Bildschirmen) „nebeneinander“ darstellen lassen, was je nach Bildschirmgröße die Lesbarkeit und Übersichtlichkeit deutlich erschwert. Dies könnte für einen Papiersachverhalt sprechen, den man am Arbeitsplatz liegen hat und den man quasi parallel einsehen kann. Zu bedenken ist dabei, dass das menschliche Auge letztlich immer nur eine Quelle auf einmal betrachten kann.⁴⁷

4. Digitale Hilfsmaterialien (Gesetzestexte, Kommentare)

Anders fällt die Bewertung aus, wenn man eine weitere Komponente, nämlich die zugelassenen Hilfsmaterialien wie Gesetzestexte oder Kommentare hinzuzieht. Stehen diese in digitaler Form zur Verfügung, hätte dies zweifellos den Vorteil einer effizienteren Nutzung, besonders im Hinblick auf die Suchfunktion, aber auch das Einfügen zulässiger Markierungen oder die Nutzung von Hyperlinks. Dies entspräche auch der Arbeitsweise im Studium und in der Referendarzeit, wo am häuslichen Arbeitsplatz oder in der Bibliothek längst auch Datenbanken, ebooks und Online-Kommentare genutzt werden. Ob man dem entgegenhalten kann, die Prüfungsteilnehmenden sollen als Teil der Prüfungsleistung auch zeigen, dass sie gut mit konventionellen Rechtsquellen umgehen können, ist zweifelhaft. Genauso gut könnte es das Leitbild künftiger Jura-Prüfungen sein, juristische Fragen mit Hilfe elektronischer Quellen effizient lösen zu können. So bliebe das Argument der „parallelen Bearbeitung“, zu dem die Aussagen zum digitalen Sachverhalt gleichermaßen gelten. Ein Nebeneffekt der Zulassung digi-

⁴⁷ Vgl. hierzu die abgedruckte Diskussionsrunde in Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, S. 95 f., sie war Bestandteil der Tagung an der Universität Passau „Juristenausbildung 4.0, Digitalisierung in Praxis, Studium und Prüfung“.

taler Hilfsmaterialien wäre auch, dass diese nicht manuell auf unzulässige Markierungen überprüft werden müssen, wenn sie zentral über den Prüfungsserver allen Prüfungsteilnehmenden zur Verfügung gestellt würden.⁴⁸

Darüber hinaus wäre es zukünftig auch denkbar, dass die „digitalen Hilfsmittel“ mitgebracht, d.h. mit den persönlichen Markierungen vorher über ein Portal hochgeladen werden und durch Software auf ihre prüfungstechnische Korrektheit überprüft werden.

5. Elektronische Anfertigung der Klausurlösung

Nach erfolgreicher Authentifizierung und dem Vorliegen von Aufgabenstellung und Hilfsmaterialien ist die Anfertigung der Klausurlösung das Herzstück der schriftlichen Prüfung. Dieser Teil soll im Pilotprojekt elektronisch abgebildet werden. Dies setzt zunächst das Vorliegen des technischen Equipments (also Hardware: ein Laptop, der entweder zur Verfügung gestellt wird oder mitgebracht werden kann, sowie Software zur Verwendung eines speziellen Texteditors oder Prüfungsprogramms) voraus. Auf dieser Grundlage erstellen die Prüfungsteilnehmenden letztlich die Prüfungsdatei. Die elektronische Erstellung der Klausurlösung hat neben den noch darzustellenden Weiterverarbeitungsmöglichkeiten den Vorteil, dass die „Reinschrift“ bei jedem Urheber gleichermaßen gut lesbar ist (anders als die individuelle Handschrift) und auch unproblematisch in jeder Klausurphase „verlustfrei“ bearbeitet werden kann.

6. Elektronische Speicherung

Zur E-Klausur in der Pilotphase zählt auch die elektronische Speicherung der Klausurdatei, weil ohne eine solche der Wert einer elektronischen Klausurniederschrift begrenzt wäre. Außerdem bedeutet ein Ausdruck der Klausurlösung auf Papier einen Medienbruch. Für die elektronische Speicherung der Klausurdatei wird demnach ein Speichermedium benötigt. Dies kann ein lokales Medium (wie ein USB-Stick oder die lokale Festplatte des Arbeitsplatzrechners) oder ein zentraler Server (wie ein für solche elektronische Prüfungen eigens konfigurierter Server in der Hand des Justizprüfungsamtes oder möglicherweise auch extern innerhalb eines Rechenzentrums) sein. Die Herausforderung der Klausurspeicherung besteht vor allem in der Datensicherung. Anders als bei der Papierniederschrift gibt es ein gewisses Risiko des Datenverlustes bei Fehlbedienungen oder „Systemabstürzen“, dem man durch (automatisierte) Sicherheitsbackups begegnen kann.⁴⁹

⁴⁸ Vgl. auch hierzu Beurskens et al., *Juristenausbildung* 4.0, S. 95 f.

⁴⁹ So auch beim Test in Siegen, siehe *Becker/Weidt*, ZRP 2017, 114, 115.

7. Elektronische Verschlüsselung des Klausurdokumentes

Mit der elektronischen Speicherung der Klausurdatei ist es nicht unbedingt getan. Es stellt sich nämlich die Frage, wie sichergestellt werden soll, dass die Klausurlösung als Textdatei auch künftig jenem Prüfungsteilnehmenden zugerechnet wird, der sie verfasst hat. Außerdem sollte die Datei vor nachträglichen Manipulationen geschützt werden. Es geht also um Authentizität und Integrität des elektronischen Dokumentes. Dies wird üblicherweise durch eine entsprechende Verschlüsselung sichergestellt. Hier sind verschiedene technische Lösungen möglich, zum Beispiel eine qualifizierte elektronische Signatur.

8. Elektronische Übermittlung der Klausurdatei an die Korrektoren

Mit der Speicherung (und ggf. Verschlüsselung) der Klausurdatei, die der „Abgabe“ der Klausurlösung im konventionellen Verfahren entspricht, ist die E-Klausur im engeren Sinne zunächst beendet. Ein digitales Prüfungsverfahren könnte aber weiter gehen. So wäre etwa denkbar, die Klausurdatei auf elektronischem Wege an die Prüfenden zu übermitteln bzw. zum Abruf auf einem Server des Prüfungsamtes bereitzuhalten. Das wäre schneller und letztlich kostengünstiger als der Versand der Klausuren, nachdem diese ausgedruckt wurden. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob man zum einen auch eine „elektronische Korrektur“ anschließen möchte und zum anderen, ob selbst bei Ausdruck der Klausurdateien den Prüfenden die elektronische Datei zu Abgleichzwecken oder einer vereinfachten Recherche innerhalb der Klausurlösung zur Verfügung gestellt werden soll.

9. Elektronisch unterstützte Klausurkorrektur/Auswertung

Eine elektronisch unterstützte Klausurkorrektur würde die elektronische Form auch auf Seiten der Prüfenden einführen. Diese könnten sich statt der handgeschriebenen Hinweise am Klausurrand der Kommentarfunktion des Schreibprogramms bedienen. Vorteilhaft wäre dies etwa wegen einer besseren Lesbarkeit für die Prüfungskandidaten (bei der Klausureinsicht) und für den Zweitprüfenden. Gleichlautende Kommentare, die sich bei Hunderten von Klausuren und durchaus vergleichbaren Fehlern nicht vermeiden lassen, könnten über eine Macro-Funktion standardisiert und ohne weitere Schreibarbeit an der passenden Stelle eingefügt werden.

10. Elektronisch unterstützte Klausurstatistik

Bei durchweg elektronischer Korrektur ist auch eine schnellere und differenzierte Erstellung von Statistiken denkbar. Nebenbei ergeben sich zudem interessante Auswertungsmöglichkeiten für die allgemeine Fehleranalyse der Klausuren. Dies wird wegen der digitalen Vorlagen durch die Volltextsuchfunktion erleichtert.

11. Elektronische Übermittlung von Klausurergebnissen an das LJPA

Nach erfolgter Korrektur könnten die Prüfenden die Klausurergebnisse und die Voten elektronisch an das Landesjustizprüfungsamt übermitteln. Auch dies spart Zeit und eröffnet die Möglichkeit der digitalen Weiterverarbeitung.

12. Elektronische Übermittlung von Klausurergebnissen an die Prüfungskandidaten

Wiederum daran anschließend ist eine elektronische Übermittlung der Klausurergebnisse an die Prüfungskandidaten möglich. Dies muss, wie zuvor in der Kommunikation zwischen Prüfenden und Prüfungsamt, nicht mittels E-Mail geschehen. Denkbar wäre auch die Gestaltung eines Justizprüfungsportals, über das die gesamte elektronische Kommunikation läuft. Bei Entwicklung und Nutzung der passenden Prüfungsorganisationssoftware könnten die Einzelnoten bei Abschluss der Korrektur automatisch ins System hochgeladen werden, wo sie Teil der (durch Algorithmen gesteuerten) Gesamtnote werden, die ebenso wie die Einzelnoten zu einem vorgegebenen Zeitpunkt von den jeweils berechtigten Kandidaten abgerufen werden können. Teilweise gibt es eine solche elektronische Bekanntgabe von Prüfungsergebnissen bereits heute, auch im juristischen Bereich durch die Online-Notenbekanntgabe in den juristischen Staatsprüfungen des Freistaats Bayern.

13. Elektronische Archivierung

Auch nach Abschluss der eigentlichen Prüfungsphase ist ein IT-Einsatz noch möglich, etwa im Rahmen der elektronischen Archivierung. Dadurch kann ortsunabhängig auch nachträglich Einsicht in die Klausuren bzw. den elektronischen Verwaltungsvorgang genommen werden.

14. Elektronisches Beschwerdeverfahren

Schließlich ist ein elektronisches Beschwerdeverfahren möglich. Eine entsprechende Beschwerde könnte auf elektronischem Wege eingereicht werden, wobei eine Synchronisierung mit E-Justice und E-Government sinnvoll wäre.

III. Vorteile und Nachteile der E-Klausur

Die Digitalisierung der schriftlichen Prüfungsleistung im Staatsexamen birgt verschiedene Vorteile bzw. Chancen, aber auch Nachteile bzw. Risiken. Diese werden im Folgenden getrennt voneinander betrachtet. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die technischen Gestaltungsmöglichkeiten Grenzen aufheben und damit ein wesentliches Element der Ausrichtung darstellen, die in die jeweilige Betrachtung miteinzubeziehen ist. Die technische Gestaltung ermöglicht,

(vermeintliche) Risiken zu Chancen zu wandeln. Umgekehrt vermag Technikgestaltung bei Nichtbeachtung bestimmter Erfordernisse bzw. bei Mangelhaftigkeit eines Programmes aber auch Vorteile zu Nachteilen umzukehren.⁵⁰

Daher beruhen die nachfolgenden Ausführungen auf der Prämisse, dass die eingesetzte Software dem Stand der Technik entspricht und den Anforderungen an IT-Sicherheit genügt.

1. Nachteile und Risiken der E-Klausur

Potentielle Nachteile werden im Nachfolgenden aus der Perspektive der unterschiedlichen Akteure dargestellt.

a) Nachteile aus Sicht des Justizprüfungsamtes

- Kosten und Finanzierung

Nachteile bei der Digitalisierung des schriftlichen Prüfungswesens sind in erster Linie monetärer Natur. Je nach Gestaltung der digitalen Prüfungsumgebung (amtliche Prüfungscomputer oder die Nutzung eigener Computer der Teilnehmenden in verschiedenen Varianten⁵¹) können die hierbei entstehenden Kosten erheblich divergieren. Während bei der Anschaffung von amtlichen Prüfungscomputern neben der Netzinfrastruktur die Hardware mit der erforderlichen Software sowie der entsprechenden regelmäßigen Wartung zu Buche schlagen, ist die Schließung von Sicherheitslücken bei kandidatenseitig eingebrachten Rechnern ein nicht zu vernachlässigender Posten. Des Weiteren müssen gegebenenfalls kostenpflichtig Personalschulungen vorgenommen werden, um beispielsweise das Aufsichtspersonal in die Lage zu versetzen, Softwaremanipulationen und den Einsatz unerlaubter elektronischer Hilfsmittel zu erkennen oder im Falle eines Technikausfalls adäquat reagieren zu können. Daneben muss hierfür zusätzliches Personal während der Prüfung bereitgestellt werden. Zudem müssen den zukünftigen Prüfungskandidaten Übungsmöglichkeiten zur Klausurvorbereitung gewährt werden.

Wird die elektronische Prüfungsumgebung durch amtliche Computer hergestellt, muss zudem beachtet werden, dass die jeweilige Vorbereitung der Prüfung und Umrüstung der (zumeist angemieteten) Prüfungsräume weitere Kosten erzeugt und Personal bindet. Ein Personalbedarf ergibt sich überdies dann, wenn die eingesetzte Software auf den eigenen Computern der Prüfungsteilnehmer erfolgen soll und die Softwarebeschaffung durch technischen Support begleitet werden muss.

Darüber hinaus müssen gegebenenfalls neue Prüfungsräume angemietet werden, da die bisherigen u. U. nicht die notwendigen Voraussetzungen für eine Di-

⁵⁰ So auch *Fries*, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 55.

⁵¹ Hierzu ausführlich S. 25 f. sowie S. 39 ff.

gitalisierung des Prüfungswesens beispielsweise im Hinblick auf das Erfordernis der Stromversorgung erfüllen. Bei der Raumwahl ist insbesondere zu beachten, dass diese den elektronischen Gegebenheiten entsprechen müssen, d.h. sie müssen beispielsweise über genügend Steckdosen verfügen und es muss gleichzeitig sichergestellt sein, dass herumliegende Stromkabel keine Unfallgefahr in der Prüfung darstellen und der Raum weiterhin das Erfordernis der Barrierefreiheit erfüllt.

Besonders in der ersten Phase der Digitalisierung der Prüfungsverfahren wird ein gewisser Umstellungsprozess aller Beteiligten zu erwarten sein, mithin ist mit Verzögerungen und auch verstärkten ressourcenbindenden Nachfragen beim Justizprüfungsamt und ggf. einem hierfür eingerichteten technischen Ansprechpartner zu rechnen.

- Gefährdung der Chancengleichheit/neue Täuschungsmöglichkeiten

Unabhängig von der Art der Prüfungsumgebung ist der Staat gehalten, Chancengleichheit der Prüfungskandidaten bestmöglich zu gewähren. Dies erfolgt durch (1.) die Gewährung einer chancengerechten Prüfungsumgebung und (2.) die Verhinderung von Täuschungsmöglichkeiten.

(1.) Das Landesjustizprüfungsamt setzt sich mit der Digitalisierung des schriftlichen Prüfungsverfahrens dem Risiko aus, dass Gerichte deren Gestaltung bzw. Wahl der Prüfungsumgebung als nicht chancengerecht bewerten. Dieser Rechtsunsicherheit muss sich das Landesjustizprüfungsamt stellen.

Wird die elektronische Prüfungsumgebung den Prüfungskandidaten in Form von amtlichen Prüfungscomputern zur Verfügung gestellt, ist grundsätzlich keine Gefährdung der Prüfungsgerechtigkeit anzunehmen. Alle Teilnehmenden erhalten die gleiche Hardware- und Softwarelösung.

Werden BYOD-Modelle gewählt, könnte möglicherweise geltend gemacht werden, dass darin – unabhängig davon, ob das Landesjustizprüfungsamt die Software stellt – eine Benachteiligung finanziell schlechter gestellter Studierender oder Referendare liege.⁵² Es ist zwar davon auszugehen, dass heutzutage jeder Studierende und jeder Referendar Zugang zu einem Computer hat und auch über ein entsprechendes Gerät verfügt. Inwieweit dies jedoch für prüfungstaugliche Laptops gilt, lässt sich derzeit ebenso wenig sicher abschätzen wie deren Kosten. Allerdings ist es denkbar, dass – sofern die E-Klausur sich durchsetzt – Privatunternehmen kostengünstige Geschäftsmodelle zum Ausleihen von Prüfungsrechnern entwickeln. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die den Rechtsreferendaren gezahlte Unterhaltsbeihilfe so bemessen wird, dass hieraus grundsätzlich auch die Kosten für die notwendigen Hilfsmittel bestritten werden können wie bereits derzeit die zugelassenen Gesetzes-

⁵² *Schmees/Horn*, E-Assessments an Hochschulen, S. 174.

sammlungen und Kommentare. Finanziell schwächere Studierende können eine Förderung nach dem BAföG erhalten. Für besondere Härtefälle könnte zudem eine Bereitstellung entsprechender Leihgeräte durch das Landesjustizprüfungsamt angedacht werden.

Des Weiteren bieten die unterschiedlichen auf dem Markt angebotenen Betriebssysteme ein Risiko. Unabhängig von dem Betriebssystem müsste es Prüfungskandidaten nämlich ermöglicht werden, ihre Prüfungsleistungen ablegen zu dürfen. Dies bedeutet für das Prüfungsamt, dass gegebenenfalls Softwarelösungen für die unterschiedlichen Betriebssysteme zu entwickeln und bereitzuhalten sind. Alternativ ist zu erwägen, diese Anforderungen durch die Vorgabe bestimmter Anforderungen an das Betriebssystem oder Laptop-Modell zu erfüllen. In diesem Kontext kann sich immer auch das Risiko stellen, dass die angebotene Software nicht auf der Hardware des Prüfungsteilnehmers abspielbar ist. Dies darf nicht zu Lasten des Prüfungskandidaten gehen.

(2.) Der digitale Wandel bietet Prüfungskandidaten zudem neue Täuschungsmöglichkeiten. Obwohl derzeit wohl nur ein eher geringer Prozentsatz der Prüfungsteilnehmenden zur Technikmanipulation in der Lage ist (das mag sich künftig ändern, etwa durch „Anleitungen“ im Internet) und davon auszugehen ist, dass auch nur wenige hiervon Gebrauch machen würden, ist dieses Risiko bei der Digitalisierung der Klausurerstellung zu beachten, um Chancengerechtigkeit zu gewährleisten.

Das Missbrauchsrisiko ist besonders hoch bei der Ermöglichung der Nutzung eigener Computer durch die Prüfungsteilnehmenden. Da hierbei ein Missbrauch nie ausgeschlossen werden kann und die Manipulationsmöglichkeiten mannigfaltig sind, ist „Bring your own Device (BYOD)“ in der Form, dass neben der eigenen Hard- auch Software durch die Prüfungskandidaten eingesetzt wird, im Rahmen von Staatsexamensprüfungen kritisch zu sehen.

Auch die bloße Zurverfügungstellung von Hardwarelösungen durch die Prüfungskandidaten bietet Risiken. Die amtliche Softwarelösung muss hinreichend sicherstellen, dass die Nutzung des Internets sowie anderer Programme nicht möglich ist. Ist das gewährleistet, ist das Manipulationsrisiko gering. Allerdings muss hierbei sichergestellt werden, dass keine Möglichkeit des Aufspiels neuer eine Manipulation der Prüfung ermöglichende Programme besteht.

- Störungen des Prüfungsablaufs aufgrund Technikversagens

Ein prüfungsstörendes oder -beendendes Risiko stellt zudem der Technikausfall dar. Insbesondere bei der durch die Prüfungskandidaten mitgebrachten Hardware ist ein entsprechendes Risiko gegeben. Ein technisches Problem kann einerseits aufgrund der uneinheitlichen Hardwarelösungen und andererseits aufgrund der unbekannten Vorgeschichte der Geräte in solchen Fällen

teilweise u.U. in der konkreten Prüfungssituation nicht zeitnah behoben werden. Trojaner oder auch Viren sind heutzutage derart komplex, dass diese erst nach bestimmter Zeit aktiv werden und für Laien grundsätzlich nicht erkennbar ist, ob ein Computer befallen ist. Daher bedarf es eines ressourcenbindenden Konzepts durch das Landesjustizprüfungsamt, wie in solchen Fällen zu verfahren ist. Zur Gewährleistung der Chancengerechtigkeit muss auch für ausfallende Laptops während der Prüfung eine Lösung beispielsweise durch Ersatzgeräte gefunden werden.

b) Nachteile aus Sicht der Prüfungskandidaten

- Mängel bei der Chancengleichheit/neue Täuschungsmöglichkeiten Dritter

Die oben aufgezeigten Risiken bei der Gewährleistung der Chancengleichheit stellen auch ein Risiko bzw. einen Nachteil der E-Klausur für die Prüfungskandidaten dar, da diese ebenfalls hiervon betroffen sind. Allerdings bedeuten etwaige Mängel für die Prüfungsteilnehmer nicht nur ein rechtliches Risiko, sondern betreffen sie unmittelbar bei ihrer Klausurerstellung und damit ihrem berufsqualifizierenden Abschluss.

- Technische Störungen

Wie bereits zuvor erwähnt, ist IT-Sicherheit ein elementarer Bestandteil bei rechtssicheren elektronischen Prüfungsleistungen. Hierdurch werden Risiken für den Prüfungsablauf beispielsweise durch Datenverlust beseitigt. Eine mangelhafte Software kann (berechtigten) Frust der Prüfungskandidaten erzeugen, beispielsweise weil sie gezwungen sind, mit ihrer Lösungserstellung zu warten, wenn das Programm unnötigerweise lädt und keine Eingabebefehle akzeptiert oder abstürzt und bereits geschriebene Inhalte verloren gehen.

- Neue Fehlerquellen

Durch die elektronische Klausur wird zudem die neue Gefahr von Tippfehlern geschaffen, da solche bei Klausuren, die mit der Hand geschrieben werden, nicht in vergleichbarer Weise vorkommen.

- Störungen durch die Technik

Die Digitalisierung schriftlicher Klausuren kann zu einer erhöhten Geräuschkulisse im Rahmen der Prüfung durch die Tipp- und Klickgeräusche und etwaige Computerlüftung führen. Dass dennoch ein produktives Arbeiten möglich ist, zeigt sich am Beispiel des Trends zu Großraumbüros. Bereits heute besteht jedoch eine gewisse Geräuschkulisse durch die Prüfungskandidaten. Daher nutzen viele Prüfungsteilnehmende Gehörschutzstöpsel. Dies kann für all jene auch zukünftig eine Lösung sein, die monotone Geräusche während der Arbeit nicht ausblenden können. Außerdem ist der Einsatz von besonders leisen Tastaturen denkbar.

- Umstellungsprozess

Besonders in der Anfangsphase wird ein gewisser Umstellungsprozess aller Beteiligten zu erwarten sein. Dies kann zu Unsicherheiten führen.

c) Nachteile aus Sicht der Prüfenden

- Umstellungsprozess für Prüfende

Auch für die Prüfenden kann die Umstellung auf die E-Klausur gerade in der Anfangsphase zu Unsicherheiten führen, sodass in dieser Phase mit Verzögerungen gerechnet werden kann. Für Prüfende, die es gewohnt sind, die Bewertungsbegründung auf einem ausgedruckten Begründungsblatt handschriftlich niederzulegen, erfordert die Umstellung eine erhebliche Umgewöhnung der Arbeitsweise.

- Mit einem Qualitätsverlust der Arbeiten verbundene Abnahme des Rezeptionsgenusses

Ein potentielles Risiko kann zudem in einem drohenden Qualitätsverlust der Arbeiten durch das Schreiben auf einer Tastatur zu sehen sein. Im Rahmen einer elektronischen Erstellung der Klausurlösung besteht nämlich erstmalig die Möglichkeit von Tippfehlern. Darüber hinaus kann ein nunmehr mögliches Umkopieren von Satzteilen zu grammatikalischen Ungenauigkeiten und dadurch zu einem unsauberem Stil führen. Allerdings ist zu beachten, dass auch die heutigen schriftlichen Klausurlösungen vielfach Rechtschreib-, Interpunktions- und Grammatikfehler aufweisen.

2. Vorteile und Chancen der E-Klausur

a) Vorteile aus Sicht des Justizprüfungsamtes

- Arbeitsentlastung

Die Digitalisierung der Klausurlösungen erleichtert die Speicherung entsprechender Dateien. Durch technische Sicherheitsvorkehrungen wie Backups kann sichergestellt werden, dass Dateien während der Prüfung und danach nicht beschädigt werden oder verloren gehen. Durch eine rechtssichere Speicherung in der Verantwortungssphäre des Landesjustizprüfungsamtes stellt ein Verlust einer Klausur durch einen Korrektor, wie dies in der Vergangenheit in Einzelfällen vorgekommen ist, kein Risiko mehr dar. Mithin minimiert die technisch abgesicherte E-Klausur(-Lösung) das Verlustrisiko und den damit in Zusammenhang stehenden Arbeitsaufwand. Gleichsam wird hierdurch auch ein Beschädigungsrisiko der Klausuren aufgehoben.⁵³

⁵³ So auch *Röhm/Gilbergs*, in: Beurskens et al., *Juristenausbildung 4.0*, 2021, S. 81.

Durch den flächendeckenden Einsatz eines Computers als Hilfsmittel bei der Klausurlösungserstellung wird die Gewährung eines Nachteilsausgleichs für Menschen mit körperlichen Beeinträchtigungen erleichtert. Da die meisten Computer serienmäßig über beeinträchtigungsausgleichende Programme wie beispielsweise Bildschirmrunden verfügen, sodass das Schriftbild beliebig vergrößert werden kann, und Vorleseprogramme technisch vorhanden sind, kann durch die Einbindung dieser Programme eine individuelle bedarfsgerechte Gestaltung des Arbeitsplatzes im Wege des Nachteilsausgleichs erfolgen; dies natürlich unter Berücksichtigung organisatorischer Vorkehrungen gegen Störungen, Einsehbarkeit durch andere Prüflinge etc. Wird die Klausurumgebung durch das Landesjustizprüfungsamt vorgegeben, ist sicherzustellen, dass technische Hilfsmittel hierbei ebenfalls Anwendung finden können oder dort bereits implementiert sind.

Das elektronische Prüfungsformat wird die „Akteneinsicht“ – die Klausureinsicht durch die Prüflinge – vereinfachen. Seit einem Urteil des EuGHs vom 20.12.2017⁵⁴ sind die Prüfungsämter verpflichtet, Einsicht in die Klausuren elektronisch und kostenfrei zu gewähren.⁵⁵

Darüber hinaus erlaubt die Digitalisierung der Klausurlösungen dem Justizprüfungsamt, Passagen aus entsprechenden Klausuren der Prüflinge zu entnehmen und diese nachfolgenden Studierenden und/oder Referendaren zu Übungszwecken zugänglich zu machen. Aus dem Schriftbild ist insbesondere kein Rückbezug auf den Ersteller der Klausurlösung möglich.

- **Ökonomische Vorteile**

Auch in ökonomischer Hinsicht bietet die E-Klausur Vorteile. Zum einen kann der Papierverbrauch durch die Verlagerung der Leistungsprüfung in den digitalen Raum minimiert werden, vorausgesetzt, die Klausur wird nicht ausgedruckt. Zum anderen wird der Versand von Klausuren durch deren Digitalisierung einfacher, schneller und zumeist kostengünstiger. Man darf freilich nicht übersehen, dass solchen Kosteneinsparungen ein hoher Aufwand durch die Bereitstellung der technischen Prüfungsumgebung (Prüfungscomputer, Prüfungssoftware, Server etc.) gegenübersteht.

- **Weitere Vorteile**

Anhand lückenloser elektronischer Protokollierung kann stets nachvollzogen werden, wer wann an welchem Klausurdokument gearbeitet hat. Dies eröffnet im Falle eines rechtlichen Vorgehens des Prüflings gegen die Prüfung an sich oder die Bewertung seiner Arbeit zusätzliche Beweismöglichkeiten. Gibt eine Person etwa an, die ihm zugeordnete Arbeit sei nicht von ihm angefertigt wor-

⁵⁴ Az.: C-434/16 = NJW 2018, 767.

⁵⁵ Röhms/Gilbergs, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 81.

den, so kann dies technisch zeitnah und effizient überprüft werden. Auch nachträgliche Manipulationen bzw. Manipulationsversuche können mit Hilfe der technischen Gestaltung entdeckt und verhindert werden.

b) Vorteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden

- Fairere/gerechtere Klausurbearbeitung

Durch die E-Klausur könnte sichergestellt werden, dass jeder Prüfungsteilnehmende exakt die gleiche Bearbeitungszeit erhält, da die E-Klausur-Software derart programmierbar ist, dass jedem Teilnehmenden zum gleichen Startzeitpunkt die Möglichkeit des Schreibens gestattet wird und bei Ende der Bearbeitungszeit (einschließlich etwaiger Schreibzeitverlängerung) alle Bearbeitungsrechte entfallen. Sofern eine solche Lösung (natürlich in rechtskonformer Weise) gewählt wird, wäre auch für eine gefühlte Ungleichbehandlung somit kein Raum mehr. Ein Nummerieren von Seitenzahlen vor, während und nach der Schreibzeit ist – soweit dies in der Papierversion noch durch den Prüfungskandidaten erfolgen muss (in Bayern wegen der Verwendung von Prüfungsheften nicht mehr relevant) – nicht mehr erforderlich. Insbesondere entfällt das Markieren von Textseiten, die an einer bestimmten Stelle eingefügt werden sollen, da bereits beim Erstellen der elektronischen Klausur ein Umkopieren entsprechender Abschnitte möglich ist.

Die Beseitigung des Verlustrisikos für Klausuren ist ebenfalls im Interesse der Prüfungskandidaten, da somit sichergestellt ist, dass sie für ihre Leistungen ein adäquates Ergebnis erhalten.

Auch die Anpassung des Arbeitsplatzes an die persönlichen Bedürfnisse mit Hilfe des Computers und weiterer Hardwarekomponenten – sei es durch den Einsatz einer Bildschirmlupe oder die Anzeigenanpassung u. a. durch ein vergrößertes Schriftbild – ist ein Vorteil für die Prüfungskandidaten.

Durch die einheitliche Schrift bietet die E-Klausur für Prüfungsteilnehmende den Vorteil, dass das individuelle Schriftbild auch nicht mehr (mittelbar) auf die Notengebung Einfluss nehmen kann und unleserliche Textpassagen bei der Bewertung unberücksichtigt bleiben. Somit werden das Wissen und die Qualität einer Examensklausur noch weiter in den Vordergrund gerückt und die Objektivität der Korrekturen erhöht.⁵⁶

- Arbeitserleichterung

Die nachträgliche, „spurenlose“ Änderungsmöglichkeit (keine Sternchenhinweise oder Streichungen etc.) ist für die Prüflinge einer der größten Vorteile.⁵⁷

⁵⁶ So auch *Fries*, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 55; sowie *Röhm/Gilbergs*, in: Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0, 2021, S. 80.

⁵⁷ So auch das Feedback nach dem Pilotprojekt an der Universität Siegen, *Becker/Weidt*, ZRP 2017, 114, 116.

Elektronische Schreibprogramme erlauben nachträgliche Gedanken nahtlos in den bisherigen Text einzufügen oder Textbausteine zu verschieben. Gleichzeitig können Prüflinge die zu Beginn der Arbeitszeit erstellte Gliederung unmittelbar nutzen, um aus den Gliederungspunkten die endgültige, ausführliche schriftliche Prüfungsleistung zu entwickeln bzw. zu erstellen. Diese mit der Gliederung verbundene bisher erforderliche doppelte Schreibarbeit würde für die Prüflinge durch die Digitalisierung entfallen. Die E-Klausur(-Lösung) besitzt damit Möglichkeiten der Zeitersparnis für alle Prüfungsteilnehmenden. Eine weitere Zeitersparnis bietet die Möglichkeit des Suchens von Worten oder Textpassagen in dem verwendeten Schreibprogramm.

Darüber hinaus kann bei entsprechendem Training die Tippgeschwindigkeit deutlich schneller sein als die Schreibgeschwindigkeit mit der Hand. Diese Möglichkeit können Prüfungskandidaten nutzen, um ihr Wissen ausführlicher darzustellen. Gleichzeitig würden etwaige Formatierungsmöglichkeiten (Fettdruck, automatisches Inhaltsverzeichnis etc.) es erlauben, die Klausur mit wenig Zeitaufwand in größtmöglicher Übersichtlichkeit zu gestalten.

Wenn die Schreiboberfläche des Programms, in dem die Prüflinge ihre E-Klausur-Lösung eingeben können, Ähnlichkeit mit den herkömmlichen Schreibprogrammen wie z. B. Microsoft Word besitzt, ist die Arbeitsoberfläche für die Prüfungsteilnehmenden bekannt und es ist grundsätzlich keine bzw. kaum eine Umstellung erforderlich.

Vorliegend wird zudem davon ausgegangen, dass der Bewegungsablauf beim Tippen grundsätzlich körperlich schonender ist, als derjenige bei der Anfertigung längerer handschriftlicher Arbeiten, da letztere für die Prüfungsteilnehmenden ungewohnt sind.

- **Zusätzliche Vorteile**

Durch das Schreiben an einem Computer wird der Arbeitsplatz der Prüfungsteilnehmenden übersichtlicher. Insbesondere entfallen die unterschiedlichen Notizblätter, die Stifte sowie Textmarker und das Heft, in dem die Klausurlösung einzutragen ist. Lediglich der Computer, die Gesetze, der Sachverhalt und ggf. die Kommentare nehmen noch die Schreibfläche ein. Theoretisch wäre zukünftig aber auch eine Nutzung von ebooks entsprechender Kommentare oder der aktuellen digitalen Gesetzesfassungen denkbar.

c) Vorteile aus Sicht der Prüfenden

- **Reduzierung des Verlustrisikos**

Neben den Chancen, die die E-Klausur für die Prüfungsteilnehmenden bietet, erleichtert sie auch den Korrektoren die Arbeit. Einerseits bedarf es nicht mehr des Transports der schweren Klausurpakete. Andererseits wird die eigentliche Korrekturarbeit erleichtert. Die Korrektur schriftlicher Klausuren

kann durch den Korrektor bisher aufgrund des bestehenden Verlustrisikos nicht überall erfolgen. Dies wandelt sich durch die Abkehr von der Papiergebundenheit. Mithin ermöglicht die Digitalisierung des schriftlichen Prüfungswesens den Prüfenden mehr Flexibilität.

- Arbeitserleichterung

Aufgrund der alltäglichen Arbeit mit elektronischen sowie gedruckten Schriftstücken tun sich Prüferinnen und Prüfer, wie die meisten Menschen, beim Lesen entsprechender (elektronischer) Schriftstücke leichter. Die bessere Lesbarkeit führt zudem zu einem schnelleren Erfassen des Textes durch die standardisierte Computerschrift. Gleichsam kann durch Formatierungsmöglichkeiten ein größeres Maß an Übersichtlichkeit gewährleistet werden. Zumindest aufgrund des einheitlichen Schriftbildes wird die Korrektur erleichtert.

Eine nicht individuell abänderbare Formatierungsvorgabe, beispielsweise hinsichtlich des Freibleibens des Korrekturrands, erleichtert ebenfalls die Korrektur. Zudem werden Sternchenverweise und Durchstreichungen bei elektronischen Klausuren der Vergangenheit angehören, da Prüfungsteilnehmende technisch in der Lage sind, nachträgliche „spurenlose“ Änderungen und Ergänzungen vorzunehmen.

Darüber hinaus zwingt das deutliche elektronische Schriftbild die Prüfungskandidaten zu klaren Aussagen in der Klausur. Die Erfahrung zeigt, dass einige Prüfungskandidaten in manchen Situationen „Schriftschnörkel“ nutzen, die der Interpretation des Korrektors überlassen sollen, ob beispielsweise das Wort zulässig oder unzulässig gemeint ist. Entsprechende (zeitaufwändigere) Schriftbildinterpretationen gehören nach einer Einführung der E-Klausur der Vergangenheit an.

Die Möglichkeit einer automatisierten Vorkorrektur könnte die Arbeit von Prüfenden erheblich erleichtern. Zwar darf diese niemals eine ernst- und gewissenhafte Hauptkorrektur ersetzen, sie könnte jedoch zu einer Qualitätssteigerung beitragen. Hier zeigen sich Parallelen zu der Diskussion rund um automatisierte Prüfungsaufsicht, die unter dem Stichwort „proctoring“ intensiv und kritisch geführt wird.⁵⁸ Im Ergebnis wird die konkrete Ausgestaltung der betreffenden Systeme ausschlaggebend sein für eine rechtliche wie praktische Bewertung. Wie im Kontext von Proctoring-Software könnten solche Vorab-Prüfssysteme in vielfältiger Art und Weise zum Einsatz kommen. Dabei wird

⁵⁸ Vgl. *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851 für eine intensive Auseinandersetzung mit den denkbaren Einsatzfeldern von automatisierten Systemen im Beaufsichtigungskontext, der Funktionsweise von Proctoring-Software sowie deren rechtliche Zulässigkeit; s. auch *Morgenroth*, OdW, 2021, 117; ausführlich zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit *Hoeren*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 2020.

insbesondere das technisch Mögliche vom rechtlich Zulässigen (sowie ethisch Gebotenen) zu differenzieren sein. Auf der einen Seite der Skala fände sich eine (technisch wohl in nicht allzu ferner Zukunft realisierbare⁵⁹) nahezu vollständig automatisierte Korrektur samt Bewertung.⁶⁰ Auf der anderen Seite stehen eine (menschliche) Hauptkorrektur lediglich unterstützende (erleichternde) Funktionen in Form von z.B. Markierungen oder Hervorhebungen bestimmter Schlagworte („buzz-words“), Überschriften oder Textabschnitte in der elektronischen Fassung einer Klausur anhand eines automatischen Abgleichs mit einer digitalen Muster-Lösungsskizze. Jedoch ist auch hier Vorsicht angemahnt. Bereits heute wird die amtlichen Lösungsskizze von manchen Korrektoren als das Maß aller Dinge gesehen, was es Prüflingen oftmals sehr schwierig macht, alternative Lösungswege zu verfolgen, ohne mit einem erheblichen Punkteabzug rechnen zu müssen. Gerade in juristischen Prüfungen – und in den Staatsexamina besonders – ist dies jedoch als kritisch zu bewerten. So wird angehenden Juristinnen und Juristen in Vorlesungen und Repetitorien vermittelt, dass es nicht „die eine Lösung“ gäbe und es vielmehr auf eine nachvollziehbare und schlüssige Argumentation ankomme. Automatisierte Vorab-Korrekturen würden dieses Phänomen wohl verstärken. Kreativität würde noch weiter eingeschränkt und im Zweifel eher bestraft als belohnt.

3. Exkurs: Chancen und Risiken von BYOD-Lösungen

Im Rahmen der E-Klausur kann auch an die Nutzung eigener technischer Endgeräte gedacht werden. Diese Praxis ist unter dem Namen „bring your own device“ (BYOD) im Rahmen von Unternehmensstrategien nicht unüblich.⁶¹ Hierbei können Mitarbeitende Arbeitsaufträge bequem vom eigenen Smartphone, Tablet oder Laptop ausführen. Würde man dieses Konzept auf die E-Klausur übertragen, könnten die Prüfungsteilnehmenden die Klausur nicht nur elektronisch, sondern zudem auf ihrem eigenen Gerät verfassen.

Dies böte diverse Vorteile. Zum einen könnten im Hinblick auf die Gerätebeschaffung und Ausstattung Kosten eingespart werden. Heutzutage ist geradezu jeder Studierende mit einem eigenen Laptop ausgestattet, sodass die Notwendigkeit einer Beschaffung von Seiten des LJPA entfiel. Aus Sicht der Prüfungsteil-

⁵⁹ So könnte ein hierauf ausgerichteter Algorithmus mit der mittlerweile immerhin zu einem Großteil digitalisierten juristischen Literatur sowie Examensklausuren der vergangenen Jahrzehnte trainiert werden, um auf Basis dieser Daten das Problem mitunter willkürlichen – von der augenblicklichen Stimmungslage eines Korrektors abhängigen – Korrektur zu lösen. Aus grundrechtlicher Perspektive ist dies jedoch als hoch problematisch einzustufen, vgl. zur parallelen Diskussion bei Proctoring-Software *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851, 854.

⁶⁰ Hier ließe sich fragen, ob noch von einem „Vorteil aus Sicht der Korrektoren“ gesprochen werden kann, wenn diese dann nicht mehr gebraucht werden.

⁶¹ Übersichtlich dazu *Wisskirchen/Schiller*, DB 2015, 1163 ff.

nehmenden bietet das Prinzip BYOD darüber hinaus die Möglichkeit, die Klausur in einer vertrauten Umgebung zu verfassen. Dies könnte – gerade in Stresssituationen wie dem Juristischen Staatsexamen – als Konstante zur besseren Leistungsfähigkeit beitragen.

Dennoch begegnet die BYOD-Strategie auch und insbesondere im Rahmen von Prüfungsleistungen einige Risiken. Zum einen stellt sich die Gewährleistung der Gleichbehandlung als große Herausforderung dar.⁶² Die Nutzung eigener Geräte für Klausuren in diesem Umfang setzt einen einheitlichen technischen Standard voraus. Technische Mängel und die unterschiedliche Leistungsfähigkeit von verschiedenen Computermodellen werfen Fragen der Chancengleichheit auf. Diese könnte etwa dadurch gesichert werden, dass in der Prüfungsordnung zur Konkretisierung der E-Klausur spezifische Anforderungen an die Version des Betriebssystems oder an das Laptopmodell gestellt würden. Hierfür genügen aber allgemeine Standards zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des IT-Systems. Weil es bei der Klausuranfertigung um simple Textverarbeitung geht, dürfte die Leistungsfähigkeit eines Rechners (anders als etwa bei aufwändigen Grafikberechnungen) keinen Ausschlag zugunsten oder zulasten des jeweiligen Prüflings geben.

Einheitliche Standards können zwar auch bei herkömmlich geschriebenen Klausuren nicht allumfassend gewährleistet werden. Man denke etwa an Unterschiede bei der Beschaffung von Schreibmaterial: Mit einem teuren Markenfüller lässt es sich zuweilen sehr angenehm und somit schneller schreiben. Auch diesen Luxus können sich Studierende vielfach nicht leisten. Hier ist jedoch das Ausmaß der ungleichen Voraussetzungen nicht so eklatant wie bei technischen Geräten. Letztlich wird man dem Grundsatz der Chancengleichheit am ehesten gerecht, wenn die Prüfungsteilnehmenden nur ihre Hardware als solche nutzen, die gesamte Software aber vom Prüfungsamt zur Verfügung gestellt wird (besonders das eigentliche Schreibprogramm).

Dies bietet sich auch aus Gründen der Prüfungsgerechtigkeit an. Der Einsatz von IT in der Prüfung erweitert die Möglichkeit von Täuschungsversuchen. Das Verfassen einer Klausur auf dem eigenen Gerät setzt demnach voraus, dass der Zugriff auf private Daten für die Prüfungszeit ausgeschlossen ist. Dem müsste durch entsprechende technische Vorrichtungen entgegengewirkt werden. Dies ist jedoch nicht zwingend ein Risiko, welches sich nur im Rahmen von BYOD-Strategien stellt: Auch bei der Nutzung der vom LJPA zur Verfügung gestellten Computer muss (technisch) sichergestellt werden, dass während der Prüfung nicht auf andere Funktionen des Computers (wie etwa den Webbrowser) zugegriffen wird.

⁶² So im Ergebnis auch *Eikelberg*, in: *Eikelberg/Krätzschel, Digitale Lehre*, 2021, § 5 Rn. 200, der jedoch auf die digitale Lehre im Allgemeinen abstellt; kritisch auch *Dylla-Krebs*, in: *Beurskens et al., Juristenausbildung 4.0*, 2021, S. 93 f.

Dass dies funktioniert, zeigt bereits die elektronische Durchführung vieler außer-universitärer Tests (wie der TOEFL-Test). Entsprechende technische Vorrichtungen beruhen vielfach auf softwarebasierten Lösungen. So kann durch Virtualisierung eine Benutzeroberfläche erzeugt werden, die eine IT-Nutzung ganz unabhängig von den weiteren Programmen des genutzten Computers ermöglicht.⁶³ Die Darstellung könnte auf die aktive Schreibsoftware im Kontext der Prüfungssoftware (die ihrerseits Grundfunktionen wie die Speicherung, Wiederherstellung oder auch „elektronische Abgabe“ bereithält) begrenzt werden. So wie Arbeitszeiten im Rahmen von BYOD durch Ein- und Ausloggen aufgezeichnet werden können,⁶⁴ könnte die E-Klausur auf eigenen Geräten so konzipiert sein, dass für das Verwenden der Software ein Einloggen notwendig ist. Umgekehrt erfolgt ein automatisches Ausloggen bei Verlassen des Prüfungsprogramms. Organisatorische Maßnahmen könnten dann dahingehend getroffen werden, dass die Klausur beim Verlassen der Prüfungssoftware in dem gegenwärtigen Stand beendet wird oder bei frühzeitigem Verlassen des Programms die Klausur gar nicht gewertet wird. Kontrolle ließe sich etwa durch Mobile-Device-Management-Systeme (MDM-Systeme) ausüben.⁶⁵ Diese Systeme ermöglichen den Fernzugriff auf die eingesetzten Geräte, sodass auch hier die Gefahr von Täuschungsversuchen minimiert werden könnte.

Obwohl für die BYOD-Strategie im Rahmen der E-Klausur fundierte Lösungsansätze vorhanden sind, verbleiben Risiken, die sich nur durch Einsatz spezifischer Prüfungs- und Kontrollsoftware minimieren lassen. Insoweit stellt sich die Frage, ob die Einsparung der reinen Hardwarekosten als wirtschaftliches Argument für die BYOD-Variante durchschlägt.

B. Ergebnis

Es zeigt sich, dass die E-Klausur nicht nur zu einer gerechteren Prüfung beitragen kann, sondern auch logistische Vorteile gegenüber der herkömmlichen, papierbasierten Variante bietet. Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, dass die E-Klausur einen monetären Aufwand darstellt.

Zusammenfassend lassen sich sowohl die Chancen bzw. Vorteile, als auch die Risiken bzw. Nachteile in fünf Kategorien einordnen: Es finden sich ökonomische, technische, organisatorische, rechtliche und prüfungsgegenstandsbezogene Aspekte.⁶⁶

⁶³ Schrey/Kielkowski/Gola, MMR 2017, 656, 661.

⁶⁴ Wiebauer, NZA 2016, 1430, 1433.

⁶⁵ Schwartmann (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 237.

⁶⁶ Siehe hierzu auch die Grafik S. 137/138.

Auf der Seite der Vorteile fallen vor allem technische Faktoren (Minimierung von Unterschleif sowie Speicherung und damit Sicherung der Klausuren) und rechtliche Gesichtspunkte (Erhöhung der Chancengleichheit und bessere Beweisbarkeit) ins Gewicht. Nicht zu vernachlässigen sind zudem die prüfungsgegenstandsbezogenen Vorteile für Prüfungsteilnehmende und Korrektoren, die sich u. a. in der effizienteren Klausurbearbeitung und einer einfacheren, vielleicht gar objektiveren Korrektur darstellen.

Wird durch die Technikgestaltung eine bedienerfreundliche und IT-sichere Nutzung gewährleistet, besteht grundsätzlich Chancengleichheit und das Missbrauchsrisiko ist gering.

Risikofaktoren, die auf den ersten Blick schwer ins Gewicht zu fallen scheinen, lassen sich in vielen Fällen auf ein Minimum reduzieren. Dazu gilt es stets das Gesamtsystem durch eine gesamtheitliche Strategie bestehend aus vorausschauender und umfassender Planung, Technikgestaltung sowie rechtlichen und organisatorischen Maßnahmen zu optimieren. So kann insbesondere bei technischen Störungen während und nach der Prüfung durch Bereithaltung von Ersatzgeräten und eine intelligente Technikgestaltung Verlust und Manipulation der Prüfungsleistungen verhindert werden.

Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, dass die E-Klausur einen monetären Aufwand darstellt. Dieser Punkt wurde vorliegend weitgehend ausgeklammert, da die Kosten insbesondere von der Gestaltung der elektronischen Prüfungsumgebung abhängen. Dies müsste an anderer Stelle vertieft werden. Den finanziellen Herausforderungen kann wie aufgezeigt zum Beispiel durch Einführung einer Prüfungsgebühr begegnet werden.

Im Ergebnis überwiegen somit die Chancen und Vorteile die im Rahmen einer optimalen Technikgestaltung noch verbleibenden Risiken und Nachteile.

Kapitel 3

Rechtlicher Rahmen und rechtliche Grenzen

A. Rechtliche Ausgangslage: § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG als Ermächtigungsgrundlage zur E-Klausur?

Die Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung unterfallen als Teil der juristischen Ausbildung dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Danach dürfen Einschränkungen der Berufsfreiheit, wozu auch die Ausbildungsfreiheit zählt, nur durch Gesetz oder auf Grundlage eines Gesetzes geregelt werden. Zu solchen Regelungen gehört auch die nähere Ausgestaltung einer für den Zugang zu den reglementierten juristischen Berufen verpflichtend vorgeschriebenen

(Staats-)Prüfung. Nach § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG sind „in der staatlichen Pflichtfachprüfung [...] schriftliche und mündliche Leistungen zu erbringen“. Dies greift § 5 BayJAPO⁶⁷ auf: „Die Staatsprüfungen bestehen aus einem schriftlichen und aus einem mündlichen Teil, soweit die Bewerber zum mündlichen Teil zugelassen sind.“ In den §§ 28 und 62 BayJAPO ist die „schriftliche Prüfung“ für die Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung geregelt. An vielen anderen Stellen finden sich die Formulierungen „schriftliche Aufgabe“ oder „schriftliche Arbeit“. Dies betrifft aber nur die Prüfungsinhalte oder die Zahl der anzufertigenden Arbeiten; nähere Regelungen zur Form fehlen. Bis zum 25.6.2021 stellte sich demnach die Frage, ob die E-Klausur bereits von dieser Formulierung erfasst war. Durch eine Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber diese Frage (zwar nur) indirekt beantwortet, jedenfalls aber wurde Rechtsklarheit geschaffen, da mit § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu eine eindeutige Rechtsgrundlage für die elektronische Erbringung schriftlicher Leistungen geschaffen wurde.⁶⁸

Gleichwohl ist es notwendig, sich zunächst das Ausgangsproblem zu vergegenwärtigen und sich dessen rechtlicher Implikationen bewusst zu werden, um sodann das Erfordernis einer eindeutigen Rechtsgrundlage nachvollziehen zu können. So stellt auch der Gesetzentwurf fest, dass das „bloße Schreiben [einer Klausur] auf einem Laptop oder PC statt einer handschriftlichen Anfertigung [...] noch unter den Begriff der ‚schriftlichen Leistungen‘“ gefasst werden kann – dies jedoch einen Unterschied zu einer „vollständig elektronisch durchgeführte[n] Prüfung“ darstelle.⁶⁹ Letztere muss vielmehr als Paradigmenwechsel angesehen werden und bringt gänzlich andere Anforderungen mit sich.⁷⁰ Insofern ist der folgende Abschnitt unter dem Vorbehalt zu lesen, dass er die Rechtslage vor dem 25.6.2021 widerspiegelt. Schließlich ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass der Gesetzentwurf in seiner Begründung der in dieser Machbarkeitsstudie damals bereits angelegten Argumentationsstruktur hinsichtlich einer Unterscheidung zwischen „elektronischer Leistungserbringung“ einerseits und einem „vollständig elektronisch durchgeführten Prüfungsverfahren“ andererseits folgt.

I. Auslegungsvarianten einer E-Klausur

Ob eine E-Klausur alleine von § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG als Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist, hängt vor allem davon ab, wie genau eine solche Prüfung ausgestaltet wird. Dabei sind folgende Formen möglich:

⁶⁷ Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Oktober 2003 (GVBl S. 758), zuletzt geändert durch Verordnung vom 25.2.2021 (GVBl S. 82).

⁶⁸ Ausführlich hierzu S. 68 ff.

⁶⁹ Vgl. Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 19/26828), S. 188.

⁷⁰ Ausführlich hierzu S. 59 ff.

1. Elektronisches Antwort-Wahl-Verfahren (Multiple Choice)

Wird die Klausur in Form eines elektronischen Antwort-Wahl-Verfahrens gestellt, so sind die verschiedenen Antwortmöglichkeiten vom Aufgabensteller vorgegeben. Die Leistung des Prüflings besteht dann darin, sich am PC für eine oder mehrere richtige Antworten zu entscheiden und seine Lösung mittels Mausclick in der vorgefertigten Maske abzugeben.⁷¹

2. Elektronische Niederschrift

Bei der elektronischen Niederschrift wird die Fragestellung per Fließtext bearbeitet, wobei die Lösung mittels Computer und eines Schreibprogramms eingegeben wird. Anschließend kann die Prüfungsleistung ausgedruckt oder weiter elektronisch übermittelt und gespeichert werden. Dies kommt sowohl bei einer Hausarbeit oder einem schriftlichen Seminarreferat, als auch bei einer unter Aufsicht geschriebenen Klausur in Betracht.

3. Elektronische Speicherung

Durch die elektronische Speicherung können die verschiedenen Prüfungsleistungen auf einem elektronischen Medium gespeichert werden, auch dann handelt es sich um eine E-Klausur. Dies kann sowohl nach elektronischer Eingabe geschehen, als auch bei einer „klassischen“, händisch geschriebenen Lösung mit anschließendem Einscannen der papierschriftlichen Klausur der Fall sein.

II. Die E-Klausur als elektronische Niederschrift einer schriftlichen Prüfungsleistung

Im Rahmen der Ersten und Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist vor allem die elektronische Niederschrift als Form der E-Klausur relevant. Nach Abgabe kann diese zudem elektronisch weiterverarbeitet, korrigiert etc. werden, wenn dies gewünscht ist. Die elektronische Niederschrift wird im Rahmen der weiteren Ausführungen als E-Klausur bezeichnet und der Argumentation zu Grunde gelegt.

III. § 5d Abs. 2 und 3 DRiG: Schriftlichkeit, Schriftform und elektronische Form

Die Absätze 2 und 3 des § 5d DRiG schreiben mündliche und schriftliche Leistungen der Prüfungsteilnehmenden vor (ebenso § 5 BayJAPO). Eine elektronische Prüfung wird dabei nicht erwähnt, aber auch nicht explizit ausgeschlossen. Fraglich ist, ob die E-Klausur den Anforderungen einer „schriftlichen Leistung“

⁷¹ Hierzu näher *Jeremias*, JM 1 (2018), S. 25, 28 f.

i. S. v. § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG genügt und daher von dieser Ermächtigungsgrundlage erfasst ist.

Das Merkmal „schriftlich“ ist hierbei nicht näher definiert und daher durch Auslegung, anhand von Wortlaut, Systematik, Historie sowie Sinn und Zweck näher zu bestimmen.

1. Auslegung nach dem Wortlaut

Als Schrift versteht man die „Gesamtheit der in einem System zusammengefassten grafischen Zeichen [...] einer Sprache [, die] sichtbar festgehalten werden und so die lesbare Wiedergabe einer Sprache ermöglichen“.⁷² Bei einer E-Klausur werden am Computer grafische Zeichen einer Sprache sichtbar festgehalten. Dass dies „handschriftlich“ geschehen müsste, lässt sich dem Wortlaut des § 5d DRiG nicht entnehmen. Vielmehr werden hier nur „schriftliche“ Leistungen im Kontrast zu „mündlichen“ Leistungen genannt.

Nach der Wortlautauslegung kann auch die Bearbeitung der E-Klausur als „schriftlich“ i. S. d. § 5d Abs. 2 und 3 DRiG gelten.⁷³

2. Systematische Auslegung

In weiteren Normen des DRiG finden sich keine Anhaltspunkte für eine Unterscheidung von schriftlicher und elektronischer Form. Auch soweit im Hinblick auf schriftliche Leistungen zwischen Klausuren und Hausarbeiten unterschieden wird, gibt das Gesetz keine Hinweise auf den Modus der Leistungserstellung. Es besteht unterdessen kein Zweifel daran, dass Hausarbeiten „maschinenschriftlich“ erstellt werden dürfen, soweit nichts anderes geregelt ist. In manchen Prüfungsordnungen im juristischen⁷⁴ und nicht-juristischen Bereich⁷⁵ ist wiederum vorgeschrieben, dass eine Prüfungsarbeit „maschinenschriftlich“ anzufertigen ist.

⁷² <https://www.duden.de/rechtschreibung/Schrift#Bedeutung1a>.

⁷³ A. A. Jeremias, Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, JM 1 (2018), S. 27.

⁷⁴ Etwa § 15 Abs. 4 der Ordnung über die universitäre Schwerpunktbereichsprüfung der Universität Regensburg (<http://www.uni-regensburg.de/Einrichtungen/Verwaltung/Abteilung-I/Abt.I-Kr/sonstige/jurunipruefung.html>), § 40 Abs. 2 der Prüfungs- und Studienordnung der LMU München (http://www.uni-muenchen.de/aktuelles/amtl_voe/0800/892-03ju-2012-ps00.pdf), § 5 Abs. 4 der Studien- und Prüfungsordnung der ALU Freiburg [https://www.jura.uni-freiburg.de/de/einrichtungen/pruefungsamt/downloads/gesetze-und-po/stpro-stand-01-04.2016_Zulassungs-,Ausbildungs-undPruefungsordnung_für_den_Justizwachmeister-,Justizfachwirte-,Gerichtsvollzieher-undRechtspflegerdienst_\(Ausbildungsordnung_Justiz_-_ZAPO-J\)_v._16.6.2016_](https://www.jura.uni-freiburg.de/de/einrichtungen/pruefungsamt/downloads/gesetze-und-po/stpro-stand-01-04.2016_Zulassungs-,Ausbildungs-undPruefungsordnung_für_den_Justizwachmeister-,Justizfachwirte-,Gerichtsvollzieher-undRechtspflegerdienst_(Ausbildungsordnung_Justiz_-_ZAPO-J)_v._16.6.2016_), <https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/japo/zafo-j.pdf>, dort § 46 Abs. 1 Satz 1 ZAPO-J.

⁷⁵ So regelt etwa § 15 Abs. 2 der Gemeinsamen Prüfungsordnung für Bachelor- und Master-Studiengänge an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, dass die Abschlussarbeit maschinenschriftlich einzureichen ist (https://ipk.uni-greifswald.de/fileadmin/uni-greifswald/fakultaet/phil/ipk/Studium/B.A._KoWi/PO/GPO-2007.pdf). Weiter-

Dies alles zeigt keinerlei systematische Stringenz im Prüfungswesen, das zwar eine präzise Unterscheidung von schriftlichen und mündlichen Leistungen kennt (und auch fordert), hinsichtlich der „Schriftlichkeit“ aber eher pragmatisch Raum für Festlegungen in der Prüfungspraxis lässt. Offenbar sah man seit Aufkommen von Schreibmaschinen, elektrischen Schreibmaschinen und schließlich Computern keinen Regelungsbedarf für den Erstellungsmodus von schriftlichen Prüfungsarbeiten: handschriftlich angefertigte und eingereichte Hausarbeiten wurden als Einzelfälle im Zweifel genauso hingenommen wie gar nicht erst versucht wurde, als Prüfling mit Laptop zu einer Prüfungsklausur zu erscheinen.

Wenig hilfreich erscheint es, unter systematischen Erwägungen auf die Regelungen zu Schriftform und Schriftformersatz in den Verwaltungsverfahrensgesetzen und E-Government-Gesetzen abzustellen. Zwar galt das BayEGovG bzw. gilt etwa das mittlerweile in Kraft getretene Bayerische Digitalgesetz (BayDiG) auch für die Verwaltungstätigkeit der Universitäten im Freistaat Bayern.⁷⁶ Die Normen ergänzen die allgemeinen Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz, das allerdings für die „Tätigkeit [...] der Behörden bei [...] Prüfungen von Personen nur [gilt], soweit nicht die Besonderheiten des Prüfungsrechts entgegenstehen“ (Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 BayVwVfG). So kann jeder Bürger „verlangen, dass Verwaltungsverfahren nach Maßgabe des Art. 6 ihm gegenüber elektronisch durchgeführt werden“ (Art. 2 Satz 2 BayEGovG).⁷⁷ Nach Art. 6 Abs. 1 BayEGovG waren Behörden „auf Verlangen eines Beteiligten verpflichtet, Verwaltungsverfahren oder abtrennbare Teile davon ihm gegenüber elektronisch durchzuführen, soweit dies wirtschaftlich und zweckmäßig ist“. Dies wurde unverändert in Art. 19 Abs. 1 BayDiG übernommen. Ob diese Regelungen unmittelbar auf die Durchführung des schriftlichen Teils einer juristischen Staatsprüfung anwendbar sind, mag unterdessen dahinstehen. Unabhängig davon, ob einzelne Verfahrensbestandteile wie der Antrag auf Zulassung zur Prüfung oder auch die Bekanntgabe der Prüfungsentscheidung als elektronisches Verwaltungsverfahren abbildbar sind, unterliegt die staatliche Prüfung selbst nicht dem E-Government-Recht. Die Gestaltung einer Prüfung, etwa einer Examensklausur, muss sich an den Zwecken der Leistungsermittlung und Leistungsbewertung orientieren, die wiederum in einem engen Zusammen-

re Beispiele: § 7 Abs. 5 der Prüfungsordnung für den Bachelor-Studiengang Wirtschaftsrecht der University of Applied Sciences Frankfurt a. M. (https://www.frankfurt-university.de/fileadmin/standard/Aktuelles/Amtliche_Mitteilungen/PO_B_LL_B_2011__Lesefassung_21.06.2017_.pdf), § 21 Abs. 5 Satz 1 der Prüfungs- und Studienordnung der Universität Passau (https://www.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/beschaeftigte/Rechtsvorschriften/StO_und_PO/WWF/StuPO_BSc_Business_Administration.pdf), § 10 Abs. 7 der Studien- und Prüfungsordnung für den Studiengang Betriebswirtschaftslehre der FU Berlin (www.wiwiwi.fu-berlin.de/studium-lehre/bachelor/studien-pruefungsordnungen/BWLabi12017.pdf).

⁷⁶ Ausgenommen waren bzw. sind nach Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BayEGovG bzw. Art. 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BayDiG nur die Schulen, nicht die Hochschulen.

⁷⁷ Inzwischen findet sich eine entsprechende Regelung in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 BayDiG mit Verweis auf den dortigen Art. 19.

hang zu den Besonderheiten des jeweiligen Prüfungsfachs stehen. Das Prüfungsrecht folgt in seinem so beschriebenen Kern eigenen Gesetzmäßigkeiten. Das sieht man bereits bei dem Beurteilungsspielraum, den Prüfende im Gegensatz zu anderen Akteuren der öffentlichen Verwaltung haben. Vor allem aber ist die „Schriftlichkeit“ als Leistungsmodus nicht mit der „Schriftform“ vergleichbar, die bei der Erstellung von Antrags- und Entscheidungsdokumenten im Verwaltungsverfahren angeordnet sein kann. Während etwa die Schriftform, nicht zuletzt bei eigenhändiger Unterschrift⁷⁸ oder schriftformersetzender elektronischer Signatur, eine dezidierte Authentifizierungsfunktion hat, verbindet sich bei der Schriftlichkeit von Prüfungen ein besonderer Modus der Leistungserbringung durch Anfertigung eines Prüfungsdokumentes (Klausur, Hausarbeit etc.), das die Befähigung des Prüflings zur eigenständigen Lösung einer gestellten Prüfungsaufgabe unter Beweis stellen soll. Hierbei fließt auch der Vergleich mit entsprechenden Leistungen weiterer Prüfungsteilnehmender mit ein. Gerade weil idealtypisch eine Vielzahl von Prüflingen die gleiche Aufgabe zur selben Zeit in „stiller Arbeit“ zu bewältigen haben, um die Lösungen anschließend vergleichend zu bewerten (liegt die Prüfungsleistung etwa über oder unter dem Durchschnitt), bedarf es der Manifestation der erbrachten Prüfungsleistung. Dem dient die Schriftlichkeit in diesem Fall. Die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist insofern durch Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 BayVwVfG eingeschränkt. Dies betrifft insbesondere Art. 3a Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG. Nach dieser Vorschrift kann „eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform [...] durch die elektronische Form ersetzt werden“. Diese Regelung ist auf die E-Klausur nicht anwendbar.

Die systematische Auslegung spricht so gesehen jedenfalls nicht gegen die E-Klausur als Prüfungsmodus im schriftlichen Teil der Juristischen Staatsprüfungen. Allenfalls ist zu bedenken, dass es umgekehrt keinerlei Regelungen im Kontext der schriftlichen Prüfung gibt, die die Nutzung von Prüfungscomputern und andere technisch-organisatorische Details einer „E-Prüfung“ beschreiben würden. Das aber hätte nahe gelegen.

3. Historische (subjektive) Auslegung

Im zeitlichen Kontext bestand die Norm des § 5d Abs. 2 und 3 DRiG (ebenso wie § 5 BayJAPO) bereits vor der Einführung des § 3a VwVfG bzw. Art. 3a BayVwVfG. Einerseits kann man anführen, dass der Gesetzgeber zu diesem Zeitpunkt die E-Klausur gar nicht als Form der Prüfung bedacht hat und deswegen auch kein Regelungsbedarf, d.h. aber auch kein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille, bestand. Andererseits wurde § 5d DRiG auch nach der Einführung des § 3a VwVfG (Art. 3a BayVwVfG), bzw. der voranschreitenden Digitalisie-

⁷⁸ Eine Prüfungsklausur darf im Übrigen gar nicht unterschrieben werden, weil die Verwendung einer Prüfungsnummer als Pseudonym eine objektive Korrektur ermöglichen soll.

rung, unverändert gelassen, was dafür sprechen könnte, dass der Gesetzgeber nach wie vor von der Papier-Schriftform als Modus der schriftlichen Examensklausuren ausgeht.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass früher die Prüfungsordnungen verschiedener Länder auch die Anfertigung einer häuslichen Arbeit (in Maschinschrift am Computer) als Teil der schriftlichen Prüfung im Rahmen der Ersten Juristischen Staatsprüfung vorsahen. Diese Regelungen wurden zwar aufgrund der hohen Unterschleifmöglichkeiten inzwischen revidiert, beruhten indes auf der noch heute geltenden Fassung des § 5d DRiG. Danach wären die Länder auch heute noch bundesrechtlich ermächtigt, die Erstellung (maschinen-)schriftlicher Hausarbeiten als Prüfungsbestandteil vorzusehen.⁷⁹ Gleiches gilt aktuell auch für Seminararbeiten als Teil der Universitätsprüfung im Schwerpunktbereich. Hier kommt es sogar in der Praxis vor, dass diese Seminararbeiten als elektronische Dokumente (PDF-Datei) eingereicht werden. Dass hierbei (Rechts-)Fragen hinreichender Authentifizierung aufgeworfen werden⁸⁰, hat keinen Einfluss auf die generelle Anerkennung elektronisch angefertigter Leistungsnachweise. Allerdings ist umstritten, ob eine Einreichung ausschließlich in elektronischer Form, sofern eine solche in der Prüfungsordnung nicht ausdrücklich zugelassen ist, die „(Maschinen-)Schriftlichkeit“ wahrt.⁸¹

Letztlich ergibt die Auslegung nach dem „Willen des Gesetzgebers“, dass dieser den Prüfungsmodus weniger proaktiv gestaltet hat, sondern eher nachvollziehend auf die Prüfungspraxis rekurriert. In der Tat besteht ein großer praktischer Unterschied zwischen maschinengeschriebenen Hausarbeiten und ebensolchen Klausuren. Es kann vermutet werden, dass der Gesetzgeber des DRiG die E-Klausur als Variante „schriftlicher“ Prüfungsleistungen nur deshalb nicht geregelt und ggf. ausgeschlossen hat, weil er sich nicht ansatzweise vorstellen konnte, dass dies ernsthaft in der Prüfungspraxis erwogen werden könnte.⁸² Die Auswirkungen der digitalen Transformation haben die Gesetzgebung noch kaum erreicht.

4. Teleologische (objektive) Auslegung

Die Aufzählung der Prüfungsformen (mündlich und schriftlich) dient der Umschreibung des Anforderungsprofils eines ausgebildeten Juristen: Man soll sich

⁷⁹ Schmidt-Räntsch, in: Schmidt-Räntsch, DRiG, 6. Aufl. 2009, § 5d Rn. 22; Staats, in: Staats (Hrsg.), Nomos DRiG, 1. Aufl. 2012, § 5d Rn. 10.

⁸⁰ Hierzu allgemein etwa OVG Bautzen, Beschl. v. 19.10.2015 – 5 D 55/14 – NVwZ-RR 2016, 404; zu Möglichkeiten der Verifizierung von elektronischen Dokumenten am Beispiel von Unternehmensrechnungen vgl. Crantz, BC 2010, 168 ff.

⁸¹ Vgl. einerseits OVG Hamburg, Beschl. v. 31.5.2002 – 3 Bs 156/02 – juris; VG Frankfurt, Urt. v. 5.4.1989 – V/3 E 2023/87 – NJW 1990, 339; andererseits Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 757.

⁸² Die bereits angedeutete und weiter unten ausführlich behandelte Einführung des § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu unterstützt diese These.

fachlich korrekt in Wort und Schrift ausdrücken und auf unbekannte Sachverhalte eingehen können. All dies wird den Kandidatinnen und Kandidaten in den mündlichen und bisher handschriftlichen Prüfungen abverlangt. In der Ausbildung darf jedoch nicht hinter diesen Anforderungen zurückgeblieben werden (beispielsweise nur mündliche Prüfungen⁸³).⁸⁴ Eine andere Prüfungsform, wie beispielsweise das Erbringen einer praktischen Leistung, ist hingegen in anderen Ausbildungsberufen (etwa im Handwerk) sinnvoll.

Um der von dem DRiG angestrebten Überprüfung der Qualifikation der Rechtskandidatinnen und -kandidaten nachzukommen, ist indes auch die E-Klausur geeignet. Sinn und Zweck der Regelung sprechen jedenfalls nicht gegen die Einbeziehung einer elektronischen Klausur unter das Merkmal „schriftlich“, weil im Rahmen der Prüfung die Bedienung von Textverarbeitungsprogrammen keine abgeprüfte Fähigkeit ist. So sehr die Beherrschung moderner Technologien sinnvoll für die Berufsausübung im digitalen Zeitalter sein mag, ist dies doch – bislang – kein Gegenstand der Studien- und Prüfungsordnungen für Juristen.⁸⁵

Sinn und Zweck der Regelungen im DRiG und auch in der JAPO sprechen nicht gegen eine Auslegung, nach der die E-Klausur bereits *de lege lata* zulässig wäre. Umgekehrt ist eine solche Auslegung nach der *ratio legis* aber auch nicht zwingend. Die Regelungen zur „schriftlichen Prüfung“ befassen sich eben nur mit der Prüfungsart im Kontrast zu mündlichen Prüfungen und lassen die nähere Prüfungsform offen.

5. Zwischenergebnis

Es kann festgehalten werden, dass die E-Klausur nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften durchaus zulässig erscheint, während sie nach der systematischen und teleologischen Auslegung sowie dem Willen des Gesetzgebers zumindest dann nicht ausgeschlossen ist, wenn die am Computer angefertigte Klausurlösung ausgedruckt wird.

⁸³ VG Hamburg, Beschl. v. 17.12.2014 – 2 E 4793/14 – BeckRS 2015, 48159.

⁸⁴ Schmidt-Räntsch, in: Schmidt-Räntsch, DRiG, 6. Aufl. 2009, § 5d Rn. 21.

⁸⁵ Zur Berücksichtigung der E-Justice-Kompetenz in der Juristenausbildung vgl. etwa das Protokoll des Arbeitskreises „E-Justice-Kompetenz in Ausbildung und Beruf“, Herberger/Bernhardt auf dem 21. Deutschen EDV-Gerichtstag 2012 des Deutschen EDV-Gerichtstags e.V., abrufbar unter: <https://www.edvgt.de/veranstaltungen/deutscher-edv-gerichtstag/edvgt2012/arbeitskreise/e-justice-kompetenz-in-ausbildung-und-beruf/>; Heckmann, E-Justice-Kompetenz: ein Muss in der künftigen Juristenausbildung, in: Der Wirtschaftsführer 2016/2017, S. 14f.; Bernhardt/Leeb, IT in der Juristenausbildung: E-Justice-Kompetenz, in: Kramer/Kuhn/Putzke (Hrsg.), Tagungsband zur dritten Fachtagung des Instituts für Rechtsdidaktik an der Universität Passau zum Thema „Was muss Juristenausbildung heute leisten?“, 2019.

IV. Erkenntnisse aus dem Nachteilsausgleich durch elektronische Hilfsmittel

Computer und andere elektronische Hilfsmittel sind auch den juristischen Prüfungen nie völlig unbekannt gewesen. Im Rahmen des Anspruchs auf Nachteilsausgleich, welcher sich auf Bundesebene aus Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2, 20 Abs. 1 GG, § 2 Abs. 4, 16 Satz 4 HRG und in Bayern aus § 13 BayJAPO ergibt, kann auch die Nutzung eines Computers gestattet werden. Das kommt besonders bei Sehbehinderten oder dort in Betracht, wo etwa wegen einer Handverletzung eine handschriftliche Anfertigung der Arbeit nicht oder nur schwer möglich ist. Dabei wurde die Praxis zur regelmäßigen Gewährung der Computernutzung aufgrund der vielfältigen Vorteile, die eine elektronische Bearbeitung für Prüflinge ergeben kann, ab dem Prüfungstermin 2007/II eingeschränkt. Um eine Überkompensation zu verhindern, ist die Nutzung technischer Hilfen inzwischen nur subsidiär zu einer Schreibzeitverlängerung möglich.⁸⁶

Das Beispiel des Nachteilsausgleichs zeigt indes, dass die Anforderungen, welche an einen Prüfungsteilnehmenden bei einer händisch geschriebenen Klausur gestellt werden, auch im Rahmen der Bearbeitung am PC erfüllt werden können. So gesehen, wäre diese Prüfungspraxis eher ein Beleg für die Berechtigung zum Angebot von E-Klausuren *de lege lata*. Soweit die Einschränkung der PC-Nutzung im Rahmen des Nachteilsausgleichs gerade mit der Chancengerechtigkeit aller Prüfungsteilnehmenden begründet wurde, ergibt sich auch kein Gegenargument: Eine obligatorische Einführung dieses Prüfungsmodus würde für alle Prüflinge gleichermaßen gelten und damit gleiche Verhältnisse bieten.

V. Vergleich mit anderen Prüfungsordnungen

Im Bereich der juristischen Prüfungsordnungen spielte die E-Klausur als eigene Prüfungsform lange keine Rolle.⁸⁷ Während in anderen geisteswissenschaft-

⁸⁶ Vgl. VGH München, Beschl. v. 5.12.2007 – M 4 E 07.5630 – BeckRS 2008, 34538.

⁸⁷ Mit Änderung vom 17.11.2021 (GV. NRW. 2021, S. 1190) fand die E-Klausur Einzug in das Juristenausbildungsgesetz von Nordrhein-Westfalen (JAG NRW), vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 JAG NRW-neu. Bezugspunkt ist jedoch alleine der staatliche Teil des ersten Examens. Ob auch die (schriftliche) Schwerpunktbereichsprüfung hiervon erfasst wird, ist unklar. Dagegen spricht der neu eingefügte Satz 3, der alleine die Justizprüfungsämter, nicht jedoch die Universitäten adressiert. Zudem adressiert Abs. 1 die „staatliche“ Pflichtfachprüfung, der universitäre Teil wird nicht explizit genannt. Thematisiert wurde die Frage der E-Klausur im Rahmen der universitären Zwischenprüfungen auf dem JURTECH:JURSTUDY Fachkongress (S. 16 ff.). Exemplarisch hierzu die Stellungnahme von Matthias Casper, WWU Münster: „Ein vollständiger Gleichlauf von universitären Prüfungen und dem staatlichen Teil der ersten Prüfung mit dem E-Examen ist nicht anzustreben. Der erforderliche Übungseffekt ist durch die Schwerpunktklausuren und die Probeklausuren im Rahmen der Examensvorbereitung hinreichend gewährleistet. Eine Erwartungshaltung, dass die Universitäten künftig auch alle Zwischen-

lichen Studiengängen E-Klausuren häufig im Antwort-Wahl-Verfahren vorkommen, lassen sich Bestrebungen, E-Klausuren auch in juristischen Studiengängen, einzuführen erst in jüngeren Jahren erkennen. Dies mag einerseits mit der Neueinführung bestimmter rechtswissenschaftlicher Bachelor- und Masterstudiengänge zusammenhängen und andererseits durch die seit März 2020 herrschende Pandemie beschleunigt worden sein.

Inzwischen finden sich E-Klausuren z.B. in der Rahmenprüfungsordnung vom 6.5.2020⁸⁸ der Universität Regensburg, deren Anwendungsbereich sich auf alle Studiengänge im Sinne des Art. 56 Abs. 1 BayHSchG erstreckt – und damit auch auf das Studium der Rechtswissenschaften.⁸⁹ Die Universität Passau ist dem gefolgt und hat die E-Klausur in ihrer Prüfungsordnung für den jungen Bachelor-Studiengang Legal Tech vorgesehen. Die Universität Halle-Wittenberg hat für ihre Bachelor- und Masterstudiengänge⁹⁰ eine Rahmenprüfungsordnungen erlassen, die dies ebenfalls ausdrücklich regelt.

Bei diesen Prüfungsordnungen, die sich auch auf rechtswissenschaftliche Studiengänge beziehen, lässt sich die E-Klausur dabei sowohl als Unterfall der schriftlichen Prüfung (Regensburg) ebenso wie als eigenständige Form neben der schriftlichen Form (Halle, Passau) verorten. Auch bei den Begrifflichkeiten fehlt es an Einheitlichkeit. Anders als die in diesem Werk vorgenommene explizite Unterscheidung zwischen „E-Klausur“ und „E-Prüfung“⁹¹ werden diese Begriffe teils synonym verwendet (Regensburg), teils gar nicht (Halle), teilweise auch nur der „E-Prüfung“ (Passau). Ein Grund hierfür kann darin gesehen werden, dass ein möglichst großer Spielraum bei der Gestaltung des entsprechenden Verfahrens gewahrt werden soll. Die jeweiligen Vorschriften sollen im Zweifel also auch als Rechtsgrundlagen für eine elektronische Erstellung und Bewertung (als Teil einer umfassenden „E-Prüfung“ i. S. d. Werkes) herhalten, nicht nur für das elektronische Verfassen einer Klausur als solches (also der „E-Klausur“). Die Universität Regensburg verwendet den Begriff der „Durchführung“ von Prüfungen, welcher bewusst über das bloße Verfassen einer schriftlichen Prüfungsleis-

prüfungsklausuren als E-Klausuren anbieten, ist zumindest angesichts der derzeitigen sachlichen und räumlichen Ausstattung der Universitäten völlig unrealistisch. [...]“, Fachkongress zur Digitalisierung der Juristenausbildung (Workshop IV – Digitale Prüfung), Stellungnahme von Matthias Casper zu dem Thesenpapier von Corinna Dylla-Krebs, S. 1, abrufbar unter: https://www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/jurtech_jurstudy_fachkongress/workshopIV/Zu-den-Teilnehmenden-und-deren-Stellungnahmen/Stellungnahme-Prof_-Dr_-Matthias-Casper.pdf.

⁸⁸ Abrufbar unter <https://www.uni-regensburg.de/studium/pruefungsordnungen/startseite/index.html>.

⁸⁹ Aulehner, in: von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Ed., Stand 1.11.2021, BayHSchG, Art. 56 Rn. 7.

⁹⁰ Hierzu zählt auch der Master-Studiengang „Wirtschaftsrecht/Business Law and Economic Law“, auf den in Beispiel 4 eingegangen wird.

⁹¹ So i. Ü. auch die Gesetzesbegründung zur Änderung des DRiG, vgl. S. 68 ff.

tung in elektronischem Format hinausgeht. Umfasst sein können demnach etwa auch der elektronische Versand sowie die elektronische Korrektur⁹² (i. S. e. umfassenden „E-Prüfung“).⁹³ Diese Formulierung fand sich bereits in anderen Prüfungsordnungen (vgl. Beispiele 6, 7 und 8). Hierin kann eine gewisse Orientierung an bereits bestehenden Ordnungen erkannt werden. Gemeinsam ist den Prüfungsordnungen, dass sie versuchen, die technischen Rahmenbedingungen für die Prüfungsteilnehmenden zu regeln, etwa dass stets Personal zur Unterstützung bei technischen Problemen anwesend sein muss. Hierin kommt auch zum Ausdruck, dass die E-Klausur grundsätzlich „vor Ort“, also in von den Universitäten bereitgestellten Räumlichkeiten stattfindet. Die „BYOD“-Variante wird zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, erwähnt wird sie jedoch ebenfalls nicht.

Beispiel 1:

Universität Regensburg (Rahmenprüfungsordnung für die Durchführung von elektronischen Prüfungen [e-Prüfungen] und Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren sowie von Online-Distanzprüfungen [elektronische Fernprüfungen] und weiteren alternativen Prüfungsformaten als Ersatz für Präsenzprüfungen an der Universität Regensburg vom 22.11.2021)⁹⁴

§ 4 Elektronische Prüfungen (e-Prüfungen)

„Eine schriftliche Modulprüfung oder Modulteilprüfung kann auch in elektronischer Form abgenommen werden. Eine elektronische Prüfung („e-Prüfung“, „E-Klausur“) ist eine Prüfung, deren Erstellung, Durchführung und Bewertung (mit Ausnahme der Aufgaben mit Texteingaben) computergestützt erfolgt. Den Studierenden wird vor der Prüfung ausreichend Gelegenheit gegeben, sich mit dem elektronischen Prüfungssystem vertraut zu machen. E-Klausuren werden von zwei Prüfern oder Prüferinnen erarbeitet. Verwendete Fragen-/Aufgabentypen können sein:

- Freitextaufgaben,
- Lückentexte,
- Zuordnungs- und Anordnungsaufgaben,
- Aufgaben im Antwort-Wahl-Verfahren,
- Fehlertextaufgaben,
- Textteilmengenaufgaben,
- Fragen mit numerischer Antwort,
- ImageMap-Fragen oder geeignete Frage-/Aufgabeformen.

⁹² Hinsichtlich der Korrektur ist zu beachten, dass hier explizit Ausnahmen formuliert sind, vgl. den im folgenden Beispiel 1 wiedergegebenen § 4.

⁹³ Vgl. zum Begriff der „Durchführung“ auch *Röhm/Gilbergs*, in: Beurskens et al., *Juristenausbildung* 4.0, 2021, S. 83.

⁹⁴ Abrufbar unter <https://www.uni-regensburg.de/studium/pruefungsordnungen/startseite/index.html>; erstmals wurde diese Möglichkeit für das Sommersemester 2020 eingeführt, vgl. die Rahmenprüfungsordnung vom 6.5.2020.

Auch die Erstellung der Antworten über andere Programme mit anschließendem Dateiupload ist möglich. Die Dauer von E-Klausuren beträgt mindestens 30 und höchstens 120 Minuten. Die E-Klausur ist in Anwesenheit eines Protokollführers oder einer Protokollführerin durchzuführen; daneben muss während der gesamten Klausurdauer die Erreichbarkeit einer technisch sachkundigen Person gewährleistet sein. Über den Prüfungsverlauf ist eine Niederschrift anzufertigen, in die mindestens die Namen des Protokollführers oder der Protokollführerin sowie der Prüflinge, Beginn und Ende der Prüfung sowie eventuelle besondere Vorkommnisse aufzunehmen sind. Es muss sicher gestellt werden, dass die elektronischen Daten eindeutig und dauerhaft den Studierenden zugeordnet werden können. Für den Fall einer technischen Störung wird durch entsprechende Sicherheitsmaßnahmen gewährleistet, dass keine der von den Prüflingen durchgeführten Aktionen verloren geht; der damit verbundene Zeitverlust wird durch eine entsprechende Schreibverlängerung ausgeglichen. Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen sind einzuhalten.“

§ 5 Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren

„(1) Eine (E-)Klausur kann auch ganz oder zum Teil in Form des Antwort-Wahl-Verfahrens durchgeführt werden. [...]“

Beispiel 2:

Universität Passau (Studien- und Prüfungsordnung für den Studiengang Legal Tech mit dem Abschluss Bachelor of Laws vom 31.7.2020)⁹⁵

§ 13 Allgemeine Vorgaben zu studienbegleitenden Prüfungsleistungen

„(1) [...] Prüfungen können nach Maßgabe der in § 10 genannten Prüfungsformen insbesondere erfolgen durch

1. Klausuren, Seminararbeiten, Hausarbeiten und mit diesen vergleichbare Leistungen (§ 14)
2. Aufgabenstellungen im Antwort-Wahl-Verfahren (§ 15)
3. mündliche Prüfungen (§ 16)

[...]“

§ 14 Besondere Bestimmungen für Klausuren, Hausarbeiten und Seminararbeiten sowie vergleichbare Leistungen

„(1) Die Bearbeitungszeit von Klausuren und vergleichbaren Leistungen ergibt sich aus § 10. Prüfungsleistungen im Sinne des Satzes 1 können auch unter Einsatz elektronischer Systeme in Räumen der Universität unter Aufsicht abgenommen werden (E-Prüfungen); dabei ist den Anforderungen an Sicherheit, Datenschutz, Archivierbarkeit und Chancengleichheit in angemessenem Umfang Rechnung zu tragen. [...]“

⁹⁵ Abrufbar unter: <https://www.uni-passau.de/stupos-modulkataloge/>.

Beispiel 3:

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Rahmenstudien- und Prüfungsordnung für das Bachelor- und Masterstudium an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg vom 11.11.2020)⁹⁶

§ 14 Modulbezogene Studien- und Prüfungsleistungen

„(2) Jedes Modul schließt in der Regel mit nur einer Prüfungsleistung ab. Prüfungsleistungen sind Moduleilleistungen und Modulleistungen. [...] Moduleilleistungen und Modulleistungen können in verschiedenen Formen erbracht werden, u. a. durch Klausur, Hausarbeit, mündliche Prüfung. [...] Näheres regeln die Studien- und Prüfungsordnungen in Verbindung mit den Modulbeschreibungen.“

„(2a) Modulvorleistungen und Studien- und Prüfungsleistungen können mit Zustimmung der Prüferin bzw. des Prüfers auch in einem onlinebasierten Format abgenommen werden, insbesondere kann danach die mündliche Prüfung als mündliche Online-Prüfung oder die schriftliche/elektronische Klausur als Online-Klausur durchgeführt werden. Den Studierenden ist vor der Prüfung ausreichend Gelegenheit zu geben, sich mit dem verwendeten technischen System vertraut zu machen.“ [...]

„(4) Prüfungen i. S. v. Abs. 2 und 3 können im Antwort-Wahl-Verfahren durchgeführt werden, sofern dieses ausdrücklich in der Studien- und Prüfungsordnung vorgesehen ist. [...]“

„(5) Bei der Abgabe von schriftlichen Modulleistungen hat die Studentin bzw. der Student schriftlich zu versichern, dass sie ihre bzw. er seine Arbeit – bei einer Gruppenarbeit ihren bzw. seinen entsprechend gekennzeichneten Anteil der Arbeit – selbstständig, ohne unzulässige fremde Hilfe und unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt hat.“

§ 14a Elektronische Studien- und Prüfungsleistungen

„(1) Studien- und Prüfungsleistungen können computergestützt abgenommen werden. Computergestützte Prüfungen sind Prüfungen an einem Computer, bei denen z. B. Freitextaufgaben, Lückentextaufgaben, Zuordnungsaufgaben oder Antwort-Wahl-Verfahren zu beantworten sind. Vor der computergestützten Prüfung stellt die prüfende Person sicher, dass die elektronischen Daten eindeutig identifiziert und unverwechselbar und dauerhaft den Studierenden zugeordnet werden können. Der Nachweis hierüber wird gegenüber dem Prüfungsamt durch Übergabe des Prüfungsprotokolls und des Datenträgers geführt. Der störungsfreie Verlauf einer computergestützten Prüfung wird durch entsprechende technische Betreuung gewährleistet. Die Prüfung wird in Anwesenheit einer fachlich sachkundigen Person durchgeführt.“

„(2) Den Studierenden wird vor der Prüfung ausreichend Gelegenheit gegeben, sich mit dem elektronischen Prüfungssystem vertraut zu machen.“

⁹⁶ Abrufbar unter: <https://studium.verwaltung.uni-halle.de/ref1.4/pruefungsordnungen/>.

„(3) Vor der Durchführung der elektronischen Prüfungsleistung wird ein umfangreicher Fragenkatalog zusammengestellt, in dem definiert wird, welche der Fragen gemessen an objektiven Kriterien wie Schwierigkeit, Themenzugehörigkeit oder erforderlicher Bearbeitungsdauer untereinander vergleichbar sind, um für den Fall der Zuweisung unterschiedlicher Fragen Ungleichbehandlungen zu verhindern.“

„(4) Durch eine Nachkorrektur der elektronischen Prüfungsleistung ist zu gewährleisten, dass offensichtliche Tippfehler bei Aufgaben mit Texteingaben nicht zu einer Bewertung der Antwort als unzutreffend führen können. Dies gilt nicht, wenn aufgrund der spezifischen Anforderungen des Faches die Sorgfalt und Genauigkeit bei der Beantwortung für die Bewertung der Studien- und Prüfungsleistungen relevant sind.“

„(5) Für den Fall einer technischen Störung wird der damit verbundene Zeitverlust durch eine entsprechende Schreibverlängerung ausgeglichen. In besonderen Ausnahmefällen kann der Studien- und Prüfungsausschuss festlegen, dass die Prüfungsleistung wiederholt werden muss.“

Beispiel 4:

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Studien- und Prüfungsordnung des Studiengangs „Wirtschaftsrecht/Business Law and Economic Law“ vom 11.3.2020)⁹⁷

§ 10 Formen von Modulleistungen und Modulvorleistungen

„(2) Formen von Modulleistungen und Moduleilleistungen sind:

- a) Klausur: Schriftliche oder Elektronische Prüfung von in der Regel 1–2 Stunden Dauer, welche auch ausschließlich oder anteilig im Antwort-Wahl-Verfahren durchgeführt werden kann,
- b) Seminararbeit: Eine schriftlich verfasste wissenschaftliche Arbeit von maximal 50.000 Textzeichen/25 Seiten mit anschließendem mündlichen Vortrag von in der Regel 20–30 Minuten Dauer,
- c) Mündliche Prüfung: Maximal 45 Minuten Dauer,
- d) Referat: ein mündlicher Vortrag von max. 45 Minuten Dauer,
- e) Ausarbeitung: eine im Anschluss an ein Referat schriftlich fixierte Arbeit von maximal 10.000 Textzeichen/5 Seiten,
- f) Rechtsschriften: Detaillierte Schriftsätze zur Darlegung der juristischen Bewertung eines Sachstandes (ähnlich einer Klageschrift) mit anschließender Darstellung im Rahmen einer fiktiven Gerichtsverhandlung (Plädoyer),
- g) Master-Arbeit: Näheres regelt § 15,
- h) Take-Home-Exam: Schriftliche Ausarbeitung mit einer Bearbeitungszeit von in der Regel bis maximal 72 Stunden, die keine Ausarbeitung i. S. v. lit. e ist,
- i) Elektronische Prüfung: Eine Prüfung i. S. v. § 14a RStPOBM.“

⁹⁷ Abrufbar unter: <https://pruefungsamt.jura.uni-halle.de/rechtsvorschriften/#anchor194116>.

Beispiel 5:

Universität Siegen (Prüfungsordnung für das Bachelorstudium an der Philosophischen Fakultät)⁹⁸

§ 8 Studienleistungen und Prüfungsleistungen

„(7) Für den Erwerb von Studienleistungen im Rahmen von Lehrveranstaltungen sind im Umfang von 3 LP insbesondere folgende Erbringungsformen vorgesehen:

[...]

2. schriftlicher Test (auch elektronische Form der Leistungsfeststellung und schriftlicher Test im Antwortwahlverfahren) (ca. 30–45 Minuten) oder [...].“

„(8) Für den Erwerb von Prüfungsleistungen sind im Umfang von 3 LP insbesondere folgende Erbringungsformen vorgesehen:

[...]

5. Klausur (auch elektronische Form der Leistungsfeststellung und Klausur im Antwortwahlverfahren, vgl. § 9 der Prüfungsordnung) (ca. 45–120 Minuten) oder

6. eine Kombination aus den genannten Erbringungsformen oder alternative Formen der Leistungsfeststellung [...].“

Beispiel 6:

Universität Bremen (Allgemeiner Teil für Prüfungsordnungen im Bereich der wissenschaftlichen Weiterbildung vom 3.6.2013)⁹⁹

§ 7 Durchführung von Prüfungen als „E-Klausur“

„(1) Eine ‚E-Klausur‘ ist eine Prüfung, deren Erstellung, Durchführung und Auswertung (mit Ausnahme der offenen Fragen) computergestützt erfolgt. Eine ‚E-Klausur‘ ist

⁹⁸ http://www.uni-siegen.de/start/news/amtliche_mitteilungen/jahrgang_2013/20_2013_po_fuer_das_ba_studium_an_der_fak_i.pdf; weitere Beispiele für elektronische Prüfungsvorgänge: Zulassungs-, Ausbildungs- und Prüfungsordnung für den Justizwachmeister-, Justizfachwirte-, Gerichtsvollzieher- und Rechtspflegerdienst (Ausbildungsordnung Justiz – ZAPO-J) v. 16.6.2016, abrufbar unter: <https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/japo-zapo-j.pdf>, dort § 46 Abs. 1 Satz 1 ZAPO-J; Rahmenstoffplan, abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/sonderseiten/justizakademie/ausbildungsangebot/rahmenstoffplan_01.09.15.pdf (Festlegung des unter 2) genannten Tests; Betonung des EDV-Bezugs); in Hessen: § 16 Abs. 1 Satz 4 APOaJD, abrufbar unter: https://studienzentrum-rotenburg.hessen.de/sites/studienzentrum-rotenburg.hessen.de/files/content-downloads/APO_mJD_mit_Anlage_Pr%C3%BCfungszeugnis_%28pdf-Datei_121_KB%29.pdf; in NRW: § 23 Abs. 2 APOmJD, abrufbar unter: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_detail?sg=0&menu=1&bes_id=40785&anw_nr=2&aufgehoben=N&det_id=431563; in Sachsen: § 30 Abs. 2 APOmJD, abrufbar unter: <https://www.revosax.sachsen.de/vorschrift/17615-Saechsische-Ausbildungs-und-Pruefungsordnung-Justizfachwirte#p30>; nicht dagegen in Brandenburg, vgl. § 21 hier: <https://bravors.brandenburg.de/de/verordnungen-211730#21>.

⁹⁹ Abrufbar unter: https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/sites/qm_portal/AT-Weiterbildung-07-13-berichtigt.pdf.

zulässig, sofern sie dazu geeignet ist nachzuweisen, dass die Prüfungskandidatin/der Prüfungskandidat die Inhalte und Methoden des Moduls in den wesentlichen Zusammenhängen beherrscht und die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten anwenden kann; erforderlichenfalls kann sie durch andere Prüfungsformen ergänzt werden.

(2) Die ‚E-Klausur‘ ist in Anwesenheit einer fachlich sachkundigen Person (Protokollführerin/Protokollführer) durchzuführen. Über den Prüfungsverlauf ist eine Niederschrift anzufertigen, in die mindestens die Namen der Protokollführerin/des Protokollführers sowie der Prüfungskandidatinnen und -kandidaten, Beginn und Ende der Prüfung sowie eventuelle besondere Vorkommnisse aufzunehmen sind. Den Kandidatinnen und Kandidaten wird vor der Prüfung ausreichend Gelegenheit gegeben, sich mit dem elektronischen Prüfungssystem vertraut zu machen. Es muss sichergestellt werden, dass die elektronischen Daten eindeutig und dauerhaft den Kandidatinnen und Kandidaten zugeordnet werden können. Den Kandidatinnen und Kandidaten ist die Möglichkeit der Einsichtnahme in die computergestützte Prüfung sowie in das von ihnen erzielte Ergebnis zu gewähren. Die Aufgabenstellung einschließlich der Musterlösung, das Bewertungsschema, die einzelnen Prüfungsergebnisse sowie die Niederschrift sind gemäß den gesetzlichen Bestimmungen zu archivieren.“

Beispiel 7:

*Ausbildungsordnung Justiz Bayern (ZAPO-J, Zulassungs-, Ausbildungs- und Prüfungsordnung für den Justizwachtmeister-, Justizfachwirte-, Gerichtsvollzieher- und Rechtspflegerdienst vom 16.6.2016)*¹⁰⁰

In der bayerischen Qualifikationsprüfung für den Justizfachwirtedienst ist die elektronische Erstellung einer Prüfungsarbeit als Teil der schriftlichen Prüfung explizit vorgesehen:

§ 46 Schriftliche Prüfung

„(1) Die schriftliche Prüfung besteht aus sechs schriftlichen Aufgaben, wobei Aufgaben ganz oder teilweise zur Bearbeitung mit der automatisierten Datenverarbeitung gestellt werden können. Die Arbeitszeit beträgt jeweils zwei Stunden, bei einer der sechs Aufgaben vier Stunden (Doppelaufgabe).“

Beispiel 8:

*Ausbildungsordnung Rechtspflegende Baden-Württemberg (APrORpfl) Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger vom 27.7.2011)*¹⁰¹

Infolge eines erfolgreichen Pilotprojekts im Jahr 2018¹⁰² sieht in Baden-Württemberg die Prüfungsordnung für Rechtspflegende seit 2019 explizit die Möglichkeit der Durchführung einer elektronischen Prüfung vor:

¹⁰⁰ GVBl S. 123.

¹⁰¹ Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger (APrORpfl) vom 27.7.2011 (GBl. S. 429), zuletzt geändert durch Verordnung am 22.12.2021 (GBl. S. 25).

§ 14 – Schriftliche Prüfung

„(1) Die schriftliche Prüfung findet während des Studiums II statt und kann auch elektronisch durchgeführt werden. [...]“

VI. Rechtsprechung

Höchststrichterliche Rechtsprechung gibt es bisher nicht zu diesem Thema. Die bislang zum Antwort-Wahl-Verfahren als dem typischen Fall einer elektronischen Prüfung ergangenen gerichtlichen Entscheidungen sind nicht einheitlich:

Das VG Hannover hält „[e]ine Prüfung, bei der die auf einem Bildschirm angezeigten Prüfungsfragen ausschließlich durch das Markieren der vom Anwendungsprogramm vorgegebenen Antwortfelder mit einem Eingabegerät beantwortet werden und die Fragen und Antworten ausschließlich als digitale Information auf einem Speichermedium verbleiben, [...] [für] keine schriftliche Prüfung“. ¹⁰³

Indes entschied das OVG Koblenz, „dass es der Schriftlichkeit einer ‚Prüfung‘ nicht entgegensteht, dass lediglich angekreuzt werden muss, welche der zu einer schriftlich gestellten Aufgabe – schriftlich – vorgelegten Antworten für zutreffend gehalten wird. Die Schriftlichkeit ist dann aber auch noch gewahrt, wenn zu im PC schriftlich gestellten Aufgaben per Maus-Klick angekreuzt werden muss, welche der ebenso vorgelegten Antworten richtig ist“. ¹⁰⁴

Auch das OVG Lüneburg stellt in Bezug auf eine medizinische Studienordnung der Georg-August-Universität Göttingen fest, dass „[...] auch die Beantwortung von Prüfungsfragen am Computerbildschirm nach den maßgeblichen Prüfungsbestimmungen eine ‚schriftliche‘ Prüfung dar[stellt]“. ¹⁰⁵

Auch wenn es sich bei einer elektronischen Klausur in der juristischen Staatsprüfung um eine andere Art von Aufgabenstellung handelt, würde eine Übertragung der zuletzt genannten Entscheidung zumindest nahelegen, dass eine „schriftliche Prüfungsleistung“ nicht zwingend auf Papier, sondern auch an einem Computer erbracht werden kann. Insoweit könnte der „Erst-recht-Schluss“ gezogen werden: Wenn schon das Anklicken von richtigen Antworten eine „schriftliche“ Prüfungsleistung darstellt, dann erst recht die Anfertigung einer Falllösung in Textform.

Allerdings hat die Rechtsprechung für im Rahmen der juristischen Staatsprüfungen zu erstellenden Hausarbeiten diesen Schluss bislang nicht gezogen, son-

¹⁰² Vgl. speziell zu diesem Pilotprojekt *Röhm/Gilbergs*, in: Beurskens et al., Juristen-ausbildung 4.0, 2021, S. 79.

¹⁰³ VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 – 6 B 5583/08 – BeckRS 2009, 30465.

¹⁰⁴ OVG Koblenz, Beschl. v. 19.1.2009 – 10 B 11244/08 – BeckRS 2009, 31662.

¹⁰⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 14.11.2018 – 2 LB 50/17 – BeckRS 2018, 31504; jüngst nochmal bestätigt in OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.5.2019 – 2 ME 360/19, BeckRS 2019, 10961.

dern dezidiert die gegenteilige Auffassung vertreten. So haben sowohl das OVG Hamburg¹⁰⁶ als auch das VG Frankfurt/Main¹⁰⁷ übereinstimmend entschieden, dass die Einreichung einer Diskette mit der am Computer erstellten Hausarbeit nicht das in der damaligen Hamburger bzw. Hessischen Juristenausbildungsordnung (JAO) normierte Formerfordernis der Ablieferung oder Übersendung der Arbeit in Maschinschrift bzw. Schriftform erfülle.

VII. Ergebnis

§ 5d Abs. 2 und 3 DRiG kann durchaus entnommen werden, dass schriftliche Prüfungsleistungen (insbesondere Klausuren) nicht nur solche Texte erfassen, die von Hand geschrieben sind. Ganz zwingend ist dies allerdings nicht, zumal der Gesetzgeber dies offenbar nicht in Betracht gezogen hat. Problematisch erscheint im Hinblick auf die oben genannten Entscheidungen zur Form der Ablieferung juristischer Hausarbeiten jedenfalls, ob von einer schriftlichen Prüfungsleistung auch dann noch gesprochen werden kann, wenn die am Computer angefertigte Prüfungsarbeit vom Prüfling nicht ausgedruckt und in Papierform abgegeben wird, sondern ausschließlich in elektronischer Form abgespeichert und in die Bewertung gegeben wird.

Ob auch § 5 BayJAPO entsprechend ausgelegt werden kann, erscheint vor dem Hintergrund der ausdrücklichen Regelung der Bearbeitung einer schriftlichen Prüfungsaufgabe mit der automatisierten Datenverarbeitung in der vergleichbaren Vorschrift des § 46 Abs. 1 Satz 1 ZAPO-J, welche in § 5 JAPO bislang keine Entsprechung findet, eher zweifelhaft. Hier könnte auch der Umkehrschluss aus § 46 Abs. 1 Satz 1 ZAPO-J gezogen werden, weswegen sich selbst dann, wenn man davon ausginge, dass § 5d DRiG eine E-Klausur de lege lata decken würde, in jedem Fall eine explizite Regelung in der JAPO empfehlen dürfte.

B. Erfordernis einer eindeutigen Rechtsgrundlage?

Nachdem sowohl § 5d DRiG (in seiner Fassung vor dem 25.6.2021) als auch § 5 BayJAPO die Einbeziehung von E-Klausuren zunächst nicht explizit regelten, stellt sich die Frage, ob es einer eindeutigen gesetzlichen Rechtsgrundlage für diesen Prüfungsmodus bedarf oder E-Klausuren unabhängig von einer zwischenzeitlichen Anpassung des § 5d DRiG durchgeführt werden durften. Eine ausdrückliche Änderung wäre notwendig, wenn die E-Klausur einen Grundrechtseingriff für die Prüfungsteilnehmenden darstellen würde und § 5d DRiG nicht als ausreichende gesetzliche Schrankenbestimmung angesehen wird.

¹⁰⁶ OVG Hamburg, Beschl. v. 31.5.2002 – 3 Bs 156/02 – juris.

¹⁰⁷ VG Frankfurt, Urt. v. 5.4.1989 – V/3 E 2023/87 – NJW 1990, 339.

Zweifellos greifen Bestimmungen, die eine staatliche, berufsqualifizierende Abschlussprüfung näher ausgestalten, in die Berufsfreiheit ein.¹⁰⁸ Solche Grundrechtseingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG können durch Gesetz oder auf Grundlage eines Gesetzes verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Fraglich ist aber, ob § 5d DRiG bereits eine solche ausreichende Gesetzesgrundlage darstellt oder ob es einer expliziten, den Prüfungsmodus dezidiert ausgestaltenden Gesetzesänderung bedarf.

Dies richtet sich nach der Reichweite des sog. Parlamentsvorbehalts.¹⁰⁹ Dieser verlangt eine parlamentarische Entscheidung für solches Staatshandeln, das einer besonderen demokratischen Legitimation bedarf. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt das etwa für „wesentliche“ Entscheidungen, womit solche gemeint sind, die „wesentlich“ sind für die Verwirklichung der Grundrechte (sog. Wesentlichkeitstheorie).¹¹⁰ Eine gewisse Ausprägung hat der Parlamentsvorbehalt in Art. 80 GG gefunden, wenn dort das Verhältnis des parlamentarischen Gesetzgebers gegenüber der Verwaltung als Verordnungsgeber geregelt wird: „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ gesetzlicher Regelungen muss der Bundestag als unmittelbar demokratisch legitimierte Legislative festlegen, alles Weitere darf dann die Exekutive auch im Verordnungsweg konkretisieren. Die Rechtsprechung ist insoweit aber nicht unbedingt einheitlich und sorgt keineswegs für die gerade in dieser Frage notwendige Rechtssicherheit.

I. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts

Die wichtigsten Grundsätze hierzu hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 21.4.2015¹¹¹ zusammengefasst, die hier wegen ihrer Prägnanz im Wortlaut wiedergegeben (Hervorhebungen durch die Verf.) und kurz kommentiert bzw. eingeordnet werden:

„Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen.“

Der Parlamentsvorbehalt ist ein Wesensmerkmal des demokratischen Rechtsstaats. Er kennzeichnet das Verhältnis legislativer und exekutiver Gestaltungsmacht.

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – NJW 1958, 1035; übersichtlich dazu Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 12 Rn. 355 ff.

¹⁰⁹ Grundlegend zum Parlamentsvorbehalt Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 20 Rn. 105 ff.

¹¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – NJW 1978, 807.

¹¹¹ BVerfGE 139, 19.

„Wann es aufgrund der *Wesentlichkeit einer Entscheidung* einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom *jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes* ab.“

Kurz gesagt: Das Parlament trifft die „wesentlichen“ Entscheidungen, die vollziehende Verwaltung kümmert sich um die Details. Was „wesentlich“ ist, kann nicht pauschal gesagt werden. Das ist eine Frage des Einzelfalls.

„Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten *Grundrechten* zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel ‚wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte‘.¹¹² Als wesentlich sind also Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen. Die Tatsache, dass eine Frage politisch umstritten ist, führt dagegen für sich genommen nicht dazu, dass diese als wesentlich verstanden werden müsste.“

Bei der Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls ist zu prüfen, inwieweit durch die zu treffende Entscheidung Grundrechte der Adressaten betroffen sind: Wie intensiv ist ein etwaiger Eingriff? Wie stark beeinflusst die Entscheidung den Adressaten bei der Verwirklichung seiner Grundrechte? Nicht relevant ist demgegenüber die Vorstellung einzelner politischer Akteure, der Streit müsse – ggf. auch des eigenen Einflusses wegen – im Parlament ausgetragen werden. Entscheidend sind vielmehr die verfassungsrechtlichen Wertungen, insbesondere auch objektive Wertentscheidungen des Grundgesetzes, wie sie in den Grundrechten, aber auch in anderen Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck kommen.

„Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers besteht insbesondere in mehrdimensionalen, komplexen Grundrechtskonstellationen, in denen *miteinander konkurrierende Freiheitsrechte* aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind.“

Wenn eine entsprechende Grundrechtsrelevanz besteht, greift der Parlamentsvorbehalt besonders dort, wo es gilt, kollidierende Grundrechtspositionen sorgfältig abwägend in Einklang zu bringen. Hier kommt dann auch die pluralistische Zusammensetzung der parlamentarischen Interessenvertretung zum Ausdruck, die sich in den etwa für Rechtsverordnungen oder einfache Verwaltungsentscheidungen zuständigen Ministerien und ihrer nachgeordneten Behörden nicht vergleichbar abbildet.

„Eine solche Pflicht ist regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre *verfassungsimmanenten Schranken* bestimmen und konkretisieren muss. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Schranken der widerstreitenden Frei-

¹¹² BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 147/75 – BVerfGE 47, 46, 79; BVerfG, Urf. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 251, jeweils m.w.N.

heitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie eine solche Festlegung für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich ist.“

Nahezu unabdingbar ist das Tätigwerden des Gesetzgebers bei der Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken (wie etwa bei Art. 5 Abs. 3 GG), weil das Fehlen eines ausdrücklichen Gesetzesvorbehalts zu Wertungen zwingt, die nur das demokratisch unmittelbar legitimierte Parlament vornehmen kann.

„Denn nach der Verfassung sind die Einschränkung von grundrechtlichen Freiheiten und der Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten dem Parlament vorbehalten, um zu gewährleisten, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in *öffentlicher Debatte* zu klären. Es geht darum sicherzustellen, dass die wesentlichen Regelungen aus einem Verfahren hervorgehen, das sich durch einen Transparenz auszeichnet und die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet.“

So sind es die Wesensmerkmale und Funktionen der parlamentarisch konstituierten Volksvertretung, die den Parlamentsvorbehalt aktivieren und zugleich rechtfertigen: vor allem die in deren Sitzungen hergestellte Öffentlichkeit, die damit geschaffene Transparenz der Willensbildung und Entscheidungsfindung sowie die Pluralität der Besetzung, die einen zielführenden Diskurs ermöglicht.

„Zugleich sollen staatliche Entscheidungen möglichst *richtig*, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Dieses Ziel darf nicht durch einen Gewaltmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden.“

Entscheidungen, die demzufolge durch das Parlament getroffen werden, können als „gerecht“ empfunden werden und Akzeptanz stiften. Sie sollen aber auch „richtig“ sein. So sehr eine entsprechende Expertise bei den Abgeordneten, aber auch bei den in den Ausschussberatungen hinzugezogenen Sachverständigen vorliegen mag, so sehr hängt die Richtigkeitsgewähr doch auch davon ab, welches Organ in welchem Verfahren tätig wird. Das Parlament muss keineswegs der richtige Ort sein, um etwa naturwissenschaftliche Erkenntnisse umzusetzen. Dafür bedarf es nicht der Debatte, sondern der Subsumtion. So ist es zum Beispiel zwar geradezu zwingend, dass der Bundestag darüber entscheidet, ob und inwieweit Kraftfahrzeuge künftig autonom gesteuert werden sollen. Es ist ihm auch vorbehalten, in Systemfragen – etwa zentrale oder dezentrale Verkehrssteuerung – die Weichen zu stellen. Umgekehrt wäre es nicht zielführend, die Konfiguration der hierfür benötigten IT-Systeme auch noch gesetzlich zu bestimmen. Dies kann dem Verordnungsgeber, ggf. aber auch der Verwaltungspraxis überlassen bleiben.

„Grundsätzlich können zwar auch Gesetze, die zu Rechtsverordnungen und Satzungen ermächtigen, den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts genügen, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Die Wesentlichkeitsdoktrin beantwortet daher nicht nur die Frage, ob über-

haupt ein bestimmter Gegenstand gesetzlich zu regeln ist. Sie ist vielmehr auch dafür maßgeblich, wie genau diese Regelungen im Einzelnen sein müssen. Das Erfordernis der *hinreichenden Bestimmtheit* der Ermächtigungsgrundlage bei Delegation einer Entscheidung auf den Verordnungsgeber stellt insoweit eine notwendige Ergänzung und Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar.“

Neben die Frage des „Ob“ bzw. „Wer“ tritt damit die Frage des „Wie“. Deren Verhältnis wird besonders durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der Bestimmtheit geprägt, der seinerseits mit dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns einhergeht. Damit sich eine gesetzgeberische Leitentscheidung mit ihrer Wertung und Gewichtung so durchsetzt, wie sie getroffen wurde, bedarf es einer für Alle nachvollziehbaren Vorgabe, die am Ende auch gerichtlicher Überprüfung zugänglich ist.

„Die parlamentarische Leitentscheidung ist an den rechtsstaatlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen, wonach *Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz* bestimmt werden müssen. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG führt als eine Ausprägung des „allgemeinen Gesetzesvorbehalts“¹¹³ den staatlichen Eingriff durch die Exekutive nachvollziehbar auf eine parlamentarische Willensäußerung zurück. Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird: Je erheblicher diese in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden. Eine Ermächtigung darf daher nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können. Schon aus der Ermächtigung muss daher erkennbar und vorhersehbar sein, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“

Gleiches gilt, wenn keine Verordnungsermächtigung gegeben wird, sondern die Behörden unmittelbar auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben handeln sollen. Auch hier muss erkennbar und vorhersehbar sein, welche konkrete Entscheidung das Ergebnis der Subsumtion unter das Gesetz sein wird. Dass es insoweit auch immer mal wieder Streit um die richtige Auslegung und Anwendung gibt, ändert nichts an der skizzierten idealtypischen Abgrenzung von gesetzgebender und vollziehender Gewalt.

II. Wesentlichkeit des Klausurmodus: Die E-Klausur als Paradigmenwechsel?

Betrachtet man nun die Umstellung des Klausurmodus in der Juristischen Staatsprüfung auf eine elektronische Schreibweise vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, sollen die eingangs aufgeworfenen Fragen nun beantwortet werden: Bedarf es einer Gesetzesänderung des § 5d DRiG, um

¹¹³ BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE 49, 89, 127.

die E-Klausur als obligatorischen Prüfungsmodus einzuführen? Oder ist das Sache der zuständigen Behörden, also der Landesjustizprüfungsämter, die Einführung zu beschließen und den Wechsel auf die E-Klausur nach sachlichen, selbst festgelegten Kriterien zu organisieren?

Nach den vorstehend skizzierten Abgrenzungskriterien ist zunächst zu fragen, ob der Klausurmodus „wesentlich“ für die Grundrechtsverwirklichung ist. Das möchte man auf den ersten Blick verneinen, weil es nur um ein technisch-organisatorisches Detail der Prüfungsorganisation geht.¹¹⁴ Zwar hat die Art und Weise, wie Leistungsnachweise in einem Staatsexamen zu erbringen sind, Grundrechtsrelevanz. Das Bestehen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist Voraussetzung für eine Reihe von juristischen Berufen (wie Rechtsanwalt, Richterin, Staatsanwalt oder Verwaltungsjuristin) und berührt damit die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Grundrechtsrelevanz als solche genügt aber noch nicht. Es muss eine Gewichtung hinzukommen, die die zu regelnde Materie zu einer Sache des Parlaments macht. Das ist vorliegend weder dadurch gegeben, dass hier unterschiedliche Grundrechte kollidieren, noch wegen einer Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken veranlasst. In Betracht kommt deshalb nur die Bemessung der Intensität des Grundrechtseingriffs. Handelt es sich bei dem Wechsel des Prüfungsmodus von der bisherigen handschriftlichen Anfertigung hin zu einer obligatorischen E-Klausur um eine für die Verwirklichung der Berufs- bzw. Ausbildungsfreiheit wesentliche Frage? Ist der Grundrechtseingriff durch den Zwang zur Verwendung einer elektronischen Prüfungsumgebung (Anfertigung der Klausurlösung an einem Prüfungscomputer, Speicherung der Lösung als Klausurdatei auf einem Prüfungsserver, ggf. Übermittlung der Klausurdateien an die Prüfenden, soweit diese nicht konventionell ausgedruckt und wie zuvor zugesandt werden, etc.) wesentlich, weil intensiv? Warum sollte sich der Gesetzgeber eines solchen Organisationetails annehmen, statt dies den Justizprüfungsämtern zu überlassen?

Diese Fragen hängen mit einer grundsätzlichen Bewertung zusammen: Handelt es sich bei der E-Klausur um eine einfache, modernere Variante der schriftlichen Prüfungsleistung oder liegt hier ein Paradigmenwechsel vor, der so viel verändert, dass es einer akzeptanzstiftenden breiten Debatte im Parlament bedarf?

Hier muss unterschieden werden: Die Änderung des Klausurmodus an sich mag für die betroffenen Grundrechtsträger, die Prüfungsteilnehmenden, nicht unwichtig sein. Sie hat aber keineswegs eine Intensität, die ihr das Gewicht der Grundrechtswesentlichkeit verleiht. Es ist zu bedenken, dass der wichtigste Teil der Juristischen Staatsprüfung unverändert bleibt: die Erfassung des Sachverhaltes und der Aufgabenstellung sowie der gedankliche Weg zur Klausurlösung. Lediglich die Niederschrift erfolgt nunmehr nicht handschriftlich, sondern mit

¹¹⁴ So auch *Forgó/Graupe/Pfeifferbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 20.

einem Computer.¹¹⁵ Selbst dies ist für sich aber nichts ganz Neues, darf man doch davon ausgehen, dass praktisch alle Prüfungsteilnehmenden aus anderen Kontexten Erfahrung mit Textbearbeitungsprogrammen haben. Dies schon deshalb, weil Hausarbeiten und Referate im Jurastudium ebenfalls elektronisch angefertigt werden. Natürlich mag es einen Unterschied machen, ob man ein Referat am häuslichen Schreibtisch ohne besonderen Zeitdruck anfertigt oder eine Klausur im Prüfungsraum am Rechner schreibt. Nachdem es aber ohnehin eine Übergangszeit mit vielen Übungsmöglichkeiten geben wird (geben werden muss)¹¹⁶, scheint sich die Belastung für den Grundrechtsbetroffenen in Grenzen zu halten. Dies gilt selbst dann, wenn ein BYOD-System eingeführt und hierbei den Prüfungsteilnehmenden aufgegeben wird, selbst für Laptops zu sorgen und diese mitzubringen. Der hier entstehende finanzielle Aufwand ist letztlich mit der Zulassung von (bestimmten) Kommentaren als Hilfsmittel vergleichbar, die die Prüfungsteilnehmenden auch selbst zu beschaffen haben.

Was unterdessen einen Paradigmenwechsel bewirken kann, ist demgegenüber die Einbettung der E-Klausur in eine E-Prüfung. Unabhängig davon, in welchem Tempo und in welcher Reihenfolge die einzelnen Verfahrensschritte des gesamten Prüfungsverfahrens¹¹⁷ digitalisiert werden: Die E-Klausur kann nicht ohne weiteres isoliert betrachtet werden. Vielmehr kennzeichnet sie den Beginn einer umfassenden Modernisierung und Anpassung des Prüfungswesens an das digitale Zeitalter. Auch wenn es vielleicht einige Jahre dauert, bis weitere Prüfungsbestandteile ein digitales Abbild finden, ist es kaum vorstellbar, dass die E-Klausur auf lange Zeit die einzige digitale Komponente bleiben sollte. Dies kann man an parallelen Entwicklungen im E-Commerce, E-Government, E-Health etc. beobachten: Zunächst geht es um Information, dann um Kommunikation, schließlich Interaktion. So hat sich das Internet vom web 1.0 zum web 2.0 fortentwickelt, nunmehr ist bereits von web 3.0¹¹⁸ sowie Industrie 4.0 die Rede.¹¹⁹

Auf der anderen Seite wäre es auch verwunderlich, wenn alle direkten Bezugspunkte, die sich einem Juristen bieten (von E-Justice bis Legal Tech¹²⁰) den „Gesetzen“ der Digitalisierung unterliegen, nicht aber die Juristenausbildung und juristische Prüfungen.

¹¹⁵ So auch *Solomon* in der Diskussionsrunde der Tagung „Juristenausbildung 4.0“, abgedruckt in Beurskens et al., *Juristenausbildung 4.0*, 2021, S. 103 f.

¹¹⁶ Zur Übergangsregelung S. 118 ff.

¹¹⁷ Hierzu die chronologische Übersicht S. 24 ff.

¹¹⁸ Die Begrifflichkeit erläutern: *King*, Web3: The hype and how it can transform the internet, 1.2.2022, abrufbar unter <https://www.weforum.org/agenda/2022/02/web3-transform-the-internet/>.

¹¹⁹ Vgl. übersichtlich dazu *Schlinkert*, ZRP 2017, 222 ff.; *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 ff.

¹²⁰ Hierzu *Wagner*, BB 2017, 898 f.; *Fries*, NJW 2016, 2860 ff.; *Grupp*, AnwBl 2014, 660 ff.

Dass es insoweit zahlreiche unterschiedliche Konzepte geben mag, wie man die Chancen einer digitalen Juraprüfung auslotet, ist insoweit nicht der springende Punkt. Gerade weil sich mit der E-Klausur so viel mehr als nur der Ersatz der Handschrift durch eine Computertastatur verbindet, kann man wohl von einem Paradigmenwechsel sprechen. Würde man nämlich den einzelnen Landesjustizprüfungsämtern überlassen, wie sie den Begriff „schriftlich“ in § 5d DRiG interpretieren, könnte es in den nächsten Jahren zu einem „Auseinanderdriften“ der Prüfungsbedingungen in den Bundesländern kommen. Während in manchen Bundesländern die Klausuren weiter in konventioneller Weise geschrieben werden, führen andere bereits die E-Klausur ein. Wieder andere Bundesländer mögen bereits verschiedene Komponenten einer E-Prüfung umsetzen (wozu sie auch die E-Government-Gesetze ermächtigen könnten). Es käme zu einem „diversifizierten Juraprüfungsraum der unterschiedlichen Geschwindigkeiten“. Gerade das Deutsche Richtergesetz will demgegenüber auch in einer föderalen Struktur einheitliche Prüfungsbedingungen festschreiben, von denen nur in dem dort vorgesehenen Umfang abgewichen werden kann (vgl. § 5d Abs. 1 Satz 2 DRiG). Als Begriffe wie „schriftlich“ in das DRiG eingeführt wurden, ahnte der Gesetzgeber nicht, dass dies der Aufhänger für eine exekutiv verantwortete Digitalisierung des Prüfungswesens in der Juristenausbildung sein würde.

Und so kommt ein Aspekt hinzu, der bislang nicht erwähnt wurde: Die länderübergreifende Gleichbehandlung bzw. Chancengerechtigkeit für die Prüfungsteilnehmenden. Es genügt nämlich nicht, nur die jeweilige Prüfungskohorte anzuschauen. Schließlich befinden sich alle Kandidatinnen und Kandidaten, die sich einer Juristischen Staatsprüfung stellen, im Wettbewerb um attraktive Stellen in Justiz, Anwaltschaft, Verwaltung oder Wirtschaft. Genau diese Gleichbehandlung ist aber in Gefahr, wenn es zu einer „digitalen Kluft (digital gap¹²¹)“ zwischen einzelnen Prüfungsarten kommen sollte. Mit dem Ausbau einer elektronischen Juraprüfung sind solche Folgen verbunden, die sich auch auf die Grundrechtsverwirklichung der Prüfungsteilnehmenden auswirken. Das beginnt mit der Prüfungs- und Korrekturdauer, die erheblich abweichen kann, wenn man die Effizienz-Vorteile einer E-Prüfung nutzt. Ein anderer Punkt ist die Frage der Gebührenpflichtigkeit für die Prüfung, die vielleicht als Mittel zur Finanzierung des Mehraufwands einer E-Klausur eingeführt werden mag. Hinzu kommen Aspekte der IT-Sicherheit und Prüfungsgerechtigkeit, wenn je nach technischer Lösung die Prüfungsbedingungen in den einzelnen Prüfungsbezirken stark voneinander abweichen.

Insoweit gehört zur „Wesentlichkeit“ im vorliegenden Kontext auch die aufzuwerfende Frage, ob der Bundesgesetzgeber aus Gründen der Chancengleichheit

¹²¹ Allgemein hierzu *Kuntz*, MMR-Aktuell 2017, 387494; *Hartmann*, MMR-Aktuell 2013, 346113 zur Studie der Europäischen Kommission „Has the Digital Divide Been Reversed? Evidence from Five EU Countries“ (2013), diese abrufbar unter: publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC85724.

eine bundesweit einheitliche elektronische Prüfung vorsehen muss oder ob er sich insoweit mit einer Länderöffnungsklausel begnügen könnte.¹²² Dabei geht es nicht nur um Grundrechtspositionen der Prüflinge, sondern auch um die Frage, ob der Bund den Ländern eine bestimmte – für diese kostenintensive und erheblichen organisatorischen Aufwand verursachende – Art der Prüfungsabnahme verpflichtend vorgeben will oder nicht.¹²³

Auch wenn die soeben genannten Punkte bei isolierter Betrachtung der E-Klausur bereits eine (wenn auch geringere) Rolle spielen mögen, ist es doch der Blick auf die Weiterungen im Rahmen einer E-Prüfung, der den Parlamentsvorbehalt aktiviert. Dabei ist es unerheblich, ob eine solche E-Prüfung zeitnah geplant oder eher theoretisch für die Zukunft denkbar ist. Gerade wegen der skizzierten Interdependenzen mag es Sache des Gesetzgebers sein, die Weichen zu stellen und ein Konzept vorzustellen, das einen sicheren, chancengerechten und sinnvollen Übergang gewährleistet. Es ist damit die durch grundrechtliche Wertungen in Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG veranlasste Ordnungsfunktion, die die E-Klausur in ihrem Kontext der Digitalisierung des Prüfungswesens zu einer auch für die Grundrechtsverwirklichung „wesentlichen“ Angelegenheit macht. Das alles schließt allerdings nicht aus, dass einzelne Bundesländer gleichsam mit Pilotprojekten zur Erprobung voranschreiten, wie dies etwa in Sachsen, Sachsen-Anhalt oder Rheinland-Pfalz schon geschehen ist. Auf mittlere Sicht wird es hier zu einer Abstimmung zwischen den Bundesländern kommen müssen. Die im folgenden Abschnitt skizzierte DRiG-Novelle sieht diesbezüglich eine Evaluation der neuen Regelung nach drei Jahren vor.

III. Ergebnis

§ 5d DRiG-alt regelt die Prüfungsart der schriftlichen im Kontrast zur mündlichen Prüfungsleistung. Ob die schriftliche Leistung (im Sinne der Prüfungsform) nur handgeschriebene Klausuren erfasst oder auch eine mit Computern angefertigte Klausur (sog. E-Klausur) zulässt, ist nicht eindeutig festzustellen. Nach den anerkannten Auslegungsmethoden ist eine Erweiterung auf die E-Klausur denkbar, wenngleich nicht zwingend. Umgekehrt gibt es gute Argumente, dass die E-Klausur nicht auf der Grundlage der bisherigen Gesetzesfassung eingeführt wird, sondern nach einem parlamentarischen Willensbildungsprozess erst eine dezidierte gesetzliche Grundlage erhält. Zwar mag die E-Klausur für sich keinen „wesentlichen“ Grundrechtseingriff darstellen. Sie steht aber im Kontext mit einer E-Prüfung, die bei einer unkoordinierten Etablierung in den Bundesländern solch uneinheitliche Prüfungsbedingungen schaffen könnte, dass die Grundsätze der Chancen- und Belastungsgleichheit der Prüfungsteilnehmenden wesentlich

¹²² Hierzu der nachfolgende Abschnitt S. 68 ff.

¹²³ Hierzu näher S. 110 ff.

betroffen sind.¹²⁴ Auch dieses Ergebnis ist aber nicht so zwingend, dass man nur so verfahren könnte. So haben in der jüngeren Zeit bereits einige Justizprüfungsämter einen Vorstoß de lege lata gewagt und wurden nunmehr vom Bundesgesetzgeber in ihrem Vorgehen durch eine (verhaltene) Novelle des DRiG bestätigt.

C. § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu – Rechtsgrundlage für E-Klausuren ab dem 1. August 2021

Am 25.6.2021 wurde vom Bundestag das „Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften“ beschlossen, welches am 1.8.2021 in Kraft getreten ist.¹²⁵ Im Rahmen des vorliegenden Werks sind es letztere, die unscheinbar anmutenden „weiteren Vorschriften“, die von besonderem Interesse sind. Auf der ersten Seite des Gesetzesentwurfs heißt es:

„Im Bereich der juristischen Ausbildung erscheint derzeit nicht hinreichend sicher, ob in den staatlichen juristischen Prüfungen schriftliche Leistungen auch als generelles Prüfungsformat elektronisch erbracht werden können.“¹²⁶

Hinter dieser Formulierung verbirgt sich die Einsicht des Gesetzgebers, dass bis zum 25.6.2021 keine Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage bestand, ob § 5d Abs. 2 Satz 3 DRiG als Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung elektronischer Examen herhalten kann.¹²⁷ Wenngleich er diese Frage nicht ausdrücklich beantwortet hat, schafft er dennoch Abhilfe. So wird auf der zweiten Seite des Entwurfs die Lösung präsentiert:

„Schriftliche juristische Prüfungen sollen künftig auch elektronisch durchgeführt werden.“¹²⁸

Dieses gesetzgeberische Ziel soll durch die Schaffung einer expliziten neuen Rechtsgrundlage im Deutschen Richtergesetz erreicht werden. § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu lautet fortan wie folgt (Hervorhebung durch die Verf.):

„Das Nähere regelt das Landesrecht. *Es kann auch bestimmen, dass in den staatlichen Prüfungen schriftliche Leistungen elektronisch erbracht werden dürfen.*“

Damit wurde eine Rechtsgrundlage in Form einer Länderöffnungsklausel geschaffen. Der entsprechende Gesetzesentwurf wurde am 1.1.2021 dem Bundesrat vorgelegt.¹²⁹ Dieser machte von seinem Recht zur Stellungnahme nach Art. 76 Abs. 2 GG Gebrauch und brachte Änderungsanträge ein, u. a. wonach die

¹²⁴ Im Ergebnis so auch *Jeremias*, Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, JM 1 (2018), S. 25 ff.

¹²⁵ BGBl. I 2021, Nr. 38, S. 2154.

¹²⁶ BT-Drucksache 19/26828, S. 1.

¹²⁷ Vgl. diesbezüglich die Diskussion in Kap. 3, A. und B. (S. 42 ff. und S. 59 ff.).

¹²⁸ BT-Drucksache 19/26828, S. 2.

¹²⁹ BR-Drucksache 20/21.

nach § 5a Abs. 2 DRiG verpflichtenden Studieninhalte um eine Auseinandersetzung mit dem Justizunrecht während und nach der NS-Herrschaft erweitert werden sollten.¹³⁰ Nach einer ersten Lesung im Bundestag am 25.2.2021 wurde der Entwurf an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen.¹³¹ Dieser legte am 9.6.2021 seinen Abschlussbericht und seine Beschlussempfehlung vor.¹³² In einem entscheidenden Punkt weicht diese Beschlussempfehlung von dem ursprünglichen Gesetzesentwurf ab, und zwar im Hinblick auf ein Wahlrecht, welches durch die Länderöffnungsklausel statuiert wird – oder eben auch nicht. Während der ursprüngliche Entwurf noch die Formulierung enthielt „... schriftliche Leistungen elektronisch *zu erbringen sind oder* erbracht werden dürfen.“, hat der Ausschuss das „*zu erbringen sind oder*“ gestrichen, wodurch die Länder verpflichtet werden, den Prüfungsteilnehmenden ein Wahlrecht dahin, ob sie die schriftliche Leistung elektronisch oder handschriftlich erbringen wollen, einräumen müssen.¹³³ Einen Tag später, am 10.6.2021, erfolgten die zweite und dritte Lesung sowie die endgültige Abstimmung über den Gesetzesentwurf in der Ausschussfassung.¹³⁴ In seiner Sitzung vom 25.6.2021 stimmte schließlich auch der Bundesrat dem Entwurf gem. Art. 74 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 27 GG zu¹³⁵, sodass das Gesetz an diesem Tag mit Wirkung zum 1.8.2021 in Kraft getreten ist.¹³⁶ Es kann als kleiner – wenn auch notwendiger und begrüßenswerter – Schritt in Richtung Modernisierung der juristischen Ausbildung gewertet werden kann. Er bleibt weit hinter dem zurück, was seit Jahren von Reformern gefordert wird.¹³⁷

Bemerkenswert dagegen – und hier nimmt die Gesetzesbegründung einen zentralen Aspekt dieser Studie auf – ist, dass der Gesetzesentwurf die Einführung der E-Klausur als ersten Schritt hin zu einem Paradigmenwechsel anerkennt:

„Mag das bloße Schreiben auf einem Laptop oder PC statt einer handschriftlichen Anfertigung der Klausuren noch unter den Begriff der ‚schriftlichen Leistungen‘ zu fassen sein, bedeutet die im Entwurf als Perspektive aufgezeigte vollständig elektronisch durchgeführte Prüfung einen Paradigmenwechsel.“¹³⁸

¹³⁰ BT-Drucksache 19/26828, S. 249f.; vgl. zudem die Gegenäußerung der Bundesregierung, welche diesen Vorschlag des Bundesrates begrüßt, BT-Drucksache 19/26920, S. 6.

¹³¹ BT-Plenarprotokoll 19/212, 25.2.2021, S. 26738D.

¹³² BT-Drucksache 19/30503.

¹³³ BT-Drucksache 19/30503, S. 9.

¹³⁴ BT-Plenarprotokoll 19/233, 10.6.2021, S. 30072D–30080D; die Annahme erfolgte durch die Stimmen aller Fraktionen bei Enthaltung der AfD-Fraktion.

¹³⁵ BR-Plenarprotokoll 1006, 25.6.2021, TOP 36, S. 298–298.

¹³⁶ BGBl. I 2021, Nr. 38, S. 2154.

¹³⁷ Vgl. die bereits in der Einleitung zitierten Studien. Insbesondere sei auch auf ein Thesenpapier des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften e. V. (BRF) verwiesen: anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/veranstaltungen/forum-juristenausbildung/forum-juristinnenausbildung-finales-thesenpapier.pdf.

¹³⁸ BT-Drucksache 19/26828, S. 188.

Der Gesetzgeber erkennt mithin an, dass auch das Prüfungswesen angesichts einer unaufhaltsam fortschreitenden Digitalisierung vor grundlegenden Veränderungen steht. Hier befindet er sich auf einer Linie mit den Verfassern dieser Studie. Er folgt damit der dieser Studie zu Grunde liegenden Argumentation¹³⁹, wonach das bloße Schreiben einer Examensklausur am Computer nicht notwendigerweise dem Parlamentsvorbehalt unterliegt, jedoch unter Berücksichtigung einer perspektivisch angestrebten vollständig elektronischen Prüfung die Wesentlichkeit eines Eingriffs in Chancen- und Prüfungsgleichheit der Prüfungsteilnehmenden gegeben sein könnte bzw. bei zu erwartenden bundesweiten divergierenden Prüfungsbedingungen gegeben sein wird.

§ 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG-neu erweitert den Rechtsrahmen auf Bundesebene dahingehend, dass schriftliche Leistungen in staatlichen Prüfungen auch elektronisch erbracht werden können. Dabei hat sich der Bundesgesetzgeber für eine Länderöffnungsklausel entschieden, die dem Landesgesetzgeber die Wahl hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung überlässt.¹⁴⁰ Entscheiden kann dieser sowohl über das Ob – auch in zeitlicher Hinsicht – sowie das Wie. Mit Blick auf das Wie ist allerdings zu beachten, dass den Prüfungsteilnehmenden ein Wahlrecht gewährt werden muss.¹⁴¹ Durch diesen Regelungsspielraum soll in erster Linie den tatsächlichen, teils stark voneinander divergierenden Verhältnissen in den einzelnen Bundesländern Rechnung getragen werden. Dies jedoch stets vor dem Hintergrund eines perspektivisch vollkommen digitalisierten Prüfungsverfahrens.¹⁴²

Drei Jahre nach Einführung der Öffnungsklausel soll eine Evaluation der von den Ländern ergriffenen Maßnahmen erfolgen, auf deren Grundlage über gesetzgeberische Schritte zur Einführung einer bundesweit einheitlich verpflichtenden elektronischen Klausur entschieden werden soll.¹⁴³ Obwohl der Gesetzgeber einen einheitlichen Rechtsrahmen geschaffen hat, lässt die Öffnungsklausel Raum

¹³⁹ Vgl. die beiden vorangehenden Abschnitte S. 42 ff. und S. 59 ff., zusammenfassend insbesondere S. 67 ff.

¹⁴⁰ BT-Drucksache 19/26828, S. 188.

¹⁴¹ Vgl. BT-Drucksache 19/30503, S. 9.

¹⁴² Vgl. BT-Drucksache 19/26828, S. 101: „Das von den Ländern angestrebte Ziel ist perspektivisch eine vollständig elektronische Prüfung, die über die elektronische Leistungserbringung, nämlich das IT-gestützte Schreiben der Klausur mit nachfolgendem Ausdruck der Bearbeitung hinausgeht. Dies bedeutet eine vollständig medienbruchfreie digitale Durchführung des Prüfungsverfahrens von der eigentlichen Leistungserbringung durch die Kandidatinnen und Kandidaten, über den Versand an die Korrigierenden und zwischen denselben, die elektronische Korrektur der Klausuren, die Übermittlung von Korrektur und Bewertung an das Landesjustizprüfungsamt bis hin zur Gewährung elektronischer Akteneinsicht an die Prüflinge. Daneben kommt zukünftig auch eine elektronische Erstellung der Prüfungsaufgabe und Übermittlung des Aufgabentextes an den Prüfungsort sowie eine elektronische Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln (zum Beispiel Gesetzestexten, Kommentierungen und Rechnern) in Betracht.“

¹⁴³ BT-Drucksache 19/26828, S. 101.

für mittelfristig uneinheitliche Prüfungsbedingungen, was sich wiederum in erheblichem Maße auf die Chancen- und Belastungsfreiheit der Prüfungsteilnehmenden auswirken könnte. Man mag sich das Szenario vor Augen halten, dass in drei Jahren in einigen Bundesländern bereits vollständig elektronische Prüfungsverfahren eingeführt sind (von der Verwendung elektronischer Sachverhalte und Hilfsmittel bis hin zur elektronischen Korrektur), während es in anderen möglicherweise nach wie vor bei der Einführung der E-Klausur hapern wird. Insofern werden die Erfolge und bewährten Praktiken bundesweiter Pilotprojekte, wie sie in Sachsen und Sachsen-Anhalt begonnen haben, zu verfolgen sein. Es sind diese vorangehenden Länder, die Standards setzen und den anderen als Vorbild dienen werden. Was die Akzeptanz unter den Prüfungsteilnehmenden betrifft, so lässt sich bereits jetzt ein Trend in den Zahlen erkennen: 93 % in Sachsen-Anhalt, 89 % in Sachsen und 84 % der Referendarinnen und Referendare in Rheinland-Pfalz entschieden sich für das elektronische Verfassen ihrer Klausuren in den jeweils ersten Pilot-Durchgängen.¹⁴⁴

D. Die „Show-Stopper“: Rechtliche Gegenargumente zur E-Klausur und ihre Widerlegung

Nachdem in formeller Hinsicht dargelegt wurde, unter welchen Voraussetzungen es einer expliziten gesetzlichen Regelung zur Einführung einer E-Klausur für die Juristische Staatsprüfung bedarf und die diesbezügliche Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers vorgestellt wurde, soll nun erörtert werden, welche rechtlichen Gegenargumente sowie tatsächlichen Bedenken mit rechtlichen Auswirkungen dem Vorhaben entgegengehalten werden können, wie diese einzuordnen und ggf. auch zu widerlegen sind. Im Rahmen der Machbarkeitsstudie geht es darum, sog. Show-Stopper aufzuzeigen. Insoweit soll und muss auch erörtert werden, ob es rechtliche Hürden gibt, die nur schwer zu überwinden sind. Diese könnten dann Hinweise dafür sein, das Projekt ggf. nicht weiterzuverfolgen.

Es sind im Wesentlichen drei Vorwürfe, die man gegenüber der E-Klausur erheben könnte:

- Die E-Klausur ist unsicher.
- Die E-Klausur ist ungerecht.
- Die E-Klausur ist unbezahlbar.

¹⁴⁴ www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/sachsen-anhalt-e-examen-am-pc-april-2019; Pressemitteilung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz vom 16.6. 2021, www.medienservice.sachsen.de/medien/news/253292; Website des rheinland-pfälzischen Justizministeriums, jm.rlp.de/de/service/landespruefungsamt-fuer-juristen/elektronisches-examen/.

Sollte sich auch nur einer dieser drei Vorwürfe bestätigen, wäre dies eine große Bürde bei der Umsetzung dieser Innovation. Es gilt daher, diese Thesen genauer zu untersuchen, den rechtsdogmatischen Hintergrund zu analysieren und Wege zu ergründen, wie man mit ihnen verbundene Risiken minimieren kann.

I. Ist die E-Klausur unsicher? Aspekte des IT-Sicherheitsrechts

Gerade weil es bei der E-Klausur um einen nicht unerheblichen IT-Einsatz geht, drängen sich Fragen wie jene nach der Gewährleistung der IT-Sicherheit auf. Zu Beginn stehen deshalb Aspekte des IT-Sicherheitsrechts.

„IT-Sicherheit [ist] gewährleistet, wenn die in einem informationstechnischen System hinterlegten Informationen verfügbar sind, und zwar einschränkend immer dann, wenn dies erforderlich (und vereinbart) ist [Zugänglichkeit/Verfügbarkeit], für jeden Nutzer, der hierzu berechtigt ist (und dies nachweist), und zwar nur für diesen [Vertraulichkeit], mit genau dem Inhalt, den der Urheber geschaffen hat [Unversehrtheit/Integrität]. Zusätzlich müssen die Informationen jedem Urheber in dem Maße zurechenbar sein, in dem der Zweck der Informationsverarbeitung diese Zurechnung fordert [Zurechenbarkeit/Authentizität].“¹⁴⁵

1. Einleitung: Typologie der IT-Sicherheitsrisiken bei elektronischen Prüfungsumgebungen

Die IT-Sicherheit ist bei der E-Klausur in mehrfacher Hinsicht in Frage gestellt: Zum einen muss bedacht werden, dass sich die E-Klausur schon durch das Trägermedium von den herkömmlichen Klausuren unterscheidet. Es wird eben nicht auf („alterungsbeständigem“) Papier geschrieben, sondern mit Hilfe eines Prüfungscomputers eine maschinenlesbare Klausurdatei erzeugt. Diese wiederum muss zu Korrekturzwecken in eine „korrigierbare Fassung“ gebracht, also möglicherweise ausgedruckt werden, nachdem sie etwa auf einem Prüfungsserver „revisionssicher“ gespeichert wurde. Ganz unabhängig von der letztlich eingesetzten Prüfungs-IT-Infrastruktur gibt es eine ganze Reihe an Gefährdungsszenarien, die zum Verlust der Klausur oder auch zu einer manipulativen Inhaltsveränderung führen können.

Dies beginnt bereits mit einem möglichen Stromausfall, geht über einen „Systemabsturz“ aufgrund Netzwerk-, Hardware- oder Softwareschwächen hinaus und endet noch nicht bei mutwilligen Manipulationen durch einzelne Prüflinge oder (Cyber-)Angriffen von externen Dritten. Das Ausmaß mag von der jeweils gewählten technischen Lösung abhängen. Allemal sind solche Risiken nicht trivial. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Rolle eine staatliche Instanz

¹⁴⁵ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Stand 1.6.2021, Kapitel 5, Rn. 307; vgl. auch Heckmann, K&R 2009, 1, 6; sowie Heckmann, MMR 2006, 280 ff.

wie das Justizprüfungsamt bei der Gewährleistung der IT-Sicherheit solcher IT-Umgebungen spielt, die durch Entscheidungen wie jene zugunsten einer E-Klausur veranlasst werden.

2. Schutzpflicht des Staates zur IT-Sicherheitsgewährleistung

IT-Sicherheit ist nicht nur ein technisches Problemfeld. Vielmehr schafft die staatliche Verwendung der Informationstechnologie auch (verfassungs-)rechtliche Implikationen. Die Grundrechte beinhalten nämlich neben ihrer abwehrrechtlichen Dimension einen grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt, den der Staat zu achten hat.¹⁴⁶

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beinhalten Grundrechte nicht nur einen Abwehranspruch gegen staatlich-hoheitliches Handeln, sondern können auch unmittelbare grundgesetzlich verankerte Schutzpflichten begründen. Diese haben das Ziel, die grundrechtlichen Schutz- und Rechtsgüter durch staatliches Handeln vor Beeinträchtigungen nichtstaatlichen Ursprungs zu sichern. Danach sind gerade die staatlichen Handlungsträger verpflichtet, sich schützend und fördernd vor die Rechts- und Schutzgüter der grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen zu stellen. Es entsteht auf diese Weise eine Mehrheit an Grundrechtsfunktionen, nämlich einerseits die Verpflichtung des Staates, nicht gerechtfertigte Eingriffe zu unterlassen (abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte) und andererseits seine Pflicht, nicht gerechtfertigte Beeinträchtigungen von dritter Seite präventiv und repressiv zu bekämpfen (Schutzpflichtdimension der Grundrechte).¹⁴⁷ Abwehrrecht und Schutzpflicht ergänzen sich so zu einem umfassenden Gewährleistungsanspruch grundrechtlich garantierter Rechts- und Schutzgüter gegenüber staatlichen und nichtstaatlichen Eingriffen bzw. Beeinträchtigungen.

Der benannte Gewährleistungsanspruch besteht auch im Hinblick auf das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. IT-Grundrecht).¹⁴⁸ Dieser lässt sich einerseits aus dem „Muttergrundrecht“ des allgemeinen Persönlichkeitsgrundrechts ableiten und entspringt andererseits originär aus dem IT-Grundrecht selbst.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ausführlich zu den (subjektiven) Schutz- und Förderpflichten im Hinblick auf IT-Sicherheit, vgl. *Heckmann*, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit – Erste Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“, in: Rüßmann (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Käfer* (2009), S. 129 ff.

¹⁴⁷ *Heckmann*, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, S. 129 ff., 132 f.

¹⁴⁸ *Heckmann*, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, S. 129 ff., 132.

¹⁴⁹ Zur Herleitung der Schutzpflicht, vgl. ausführlich *Heckmann*, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, S. 129 ff.

Gerade aufgrund des Verständnisses der (sicheren) Informationstechnologie als eines der Wesensmerkmale der modernen Gesellschaft ist die (sichere) Informationstechnologie zu einer Grundvoraussetzung für die Wahrnehmung einer Vielzahl grundrechtlicher Freiheiten geworden. Die Wahrnehmung und Ausübung der Berufs- sowie Wissenschaftsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG, aber auch anderer Freiheitsrechte, ist heute in weiten Teilen von der Nutzung informationstechnischer Systeme geprägt, wenn nicht sogar bestimmt. Die Informationstechnologie wird so zum Medium für die Wahrnehmung anderer, umgrenzter und spezialisierter Schutzbereiche. Schon vor diesem Hintergrund gewinnt die Bedeutung einer grundrechtlichen Schutzpflicht besonderes Gewicht. Dabei geht es aber eben nicht nur um die Informationstechnologie als solche, sondern gerade um die Gewährleistung einer sicheren Informationstechnologie. Die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird somit zu einer Art „Querschnittsbedingung“ für die Grundrechtsausübung in der Bundesrepublik Deutschland.

Der inhaltliche Umfang und die Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme entsprechen inhaltlich dem komplementären Schutzbereich des korrespondierenden Freiheitsrechtes, d.h. der Reichweite und dem Regelungsgehalt der abwehrrechtlichen Dimension, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.2.2008 näher umschrieben hat.¹⁵⁰ Es begründet in diesem Sinne unter den Schlagworten „Vertraulichkeit“ und „Integrität“ einen Schutz- und Gewährleistungsauftrag des Staates mit dem Ziel der Vermeidung und Bekämpfung nichtstaatlicher Eingriffe, die darauf abzielen, durch Infiltration, Manipulation und Ausforschung informationstechnischer Systeme einen (unbefugten) Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erlangen. In seiner ersten Schutzrichtung richtet sich die Schutzpflicht dabei auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit der in einem informationstechnischen System gespeicherten Daten. Gleichzeitig wird – in seiner zweiten Schutzrichtung – die Integrität der informationstechnischen Systeme geschützt, um Systemzugriffe zu vermeiden, über die Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch unbefugte Dritte genutzt werden könnten. Insgesamt orientiert sich die Ausgestaltung des Schutzbereiches an den Gefährdungen für die Persönlichkeitsrechte, namentlich an der Vermeidung, Begrenzung und Kontrolle der Überwachung, Ausforschung und Manipulation informationstechnischer Systeme.¹⁵¹

Kern der grundrechtlichen IT-Schutzpflichten sind die Entwicklung und der Ausbau der rechtlichen Grundlagen zum Aufbau einer IT-Sicherheitsstrategie. So

¹⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – BVerfGE 120, 274.

¹⁵¹ Heckmann, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, S. 129 ff., S. 134 f.

begründet die grundrechtliche Schutzpflicht im hiesigen Kontext eine Pflicht des Staates, die Kompetenzen und Befugnisgrundlagen im Bereich der IT-Sicherheit im Geiste der verfassungsrechtlichen Garantien aufzubauen bzw. weiterzuentwickeln und in diesem Sinne zur effektiven Verwirklichung und Gewährleistung der IT-Sicherheit in Deutschland beizutragen.

Gleichzeitig darf nicht übersehen werden, dass das Feld der Informationstechnologie überaus dynamisch und einem ständigen Wandel unterworfen ist. Daraus folgt eine Notwendigkeit zur permanenten Anpassung der Rahmenbedingungen und Grundlagen im Sinne einer effektiven Sicherheitsgewährleistung.

Der Gewährleistungsauftrag des neuen Grundrechts begründet aber nicht nur die Pflicht zum Aufbau einer nachhaltigen IT-Sicherheitsstrategie. Er macht es gleichermaßen erforderlich, die insoweit (weiter-)entwickelte IT-Sicherheitsstrategie in einem weiteren Schritt in die sicherheitsrelevanten Organisationsstrukturen und Handlungsfelder zu implementieren.

Grundsätzlich beschränken sich die staatlichen Förderpflichten unter diesen Voraussetzungen auf die Gewährleistung des absolut notwendigen Mindestniveaus. Die wünschenswerten Bedingungen einer effektiven Grundrechtsverwirklichung sind in den seltensten Fällen die verfassungsrechtlich zwingend gebotenen und zu gewährleistenden Voraussetzungen einer nachhaltigen Grundrechtsausübung. Eine Leistungspflicht ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn es – ohne die sachlichen oder finanziellen Förderungen – zu einer Verletzung des unantastbaren Kernbereichs des geschützten Grundrechts kommt, das Grundrecht also „sonst mehr oder weniger leer laufen würde“. Daher kann der Staat (nur) zur Bereitstellung der zur Grundrechtsausübung absolut unentbehrlichen Mittel, d. h. der sachlichen oder finanziellen Mindestausstattung, verpflichtet sein. Das BVerfG spricht hier von der „evidenten“ Gefährdung des Bestands der Institution oder Einrichtung. Umgekehrt muss der Leistungsanspruch dann ausgeschlossen sein, wenn (1) der Staat die zur Grundrechtsausübung notwendigen Einrichtungen, Vorkehrungen oder Instrumente dem Einzelnen oder der Allgemeinheit zur öffentlichen oder individuellen Nutzung bereitstellt, (2) eine unmittelbare Notwendigkeit zum Rückgriff auf die sachlichen oder finanziellen Leistungen des Staates im Sinne der Grundrechtsverwirklichung von ihrem Wesen her grundsätzlich nicht geboten ist oder (3) die angestrebten Leistungen die Grenzen des unabdingbaren Minimalstandards überschreiten. Ausgehend von diesen Grundparametern haben die staatlichen Handlungsträger auch bei der Gewährung sachlicher oder finanzieller Leistungen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum.

Die Bürgerin oder der Bürger (hier: als Prüfling) kann als Grundrechtsträger, unabhängig von einem Sonderrechtsverhältnis zum Staat, auf Grundlage des Gewährleistungsanspruchs auf IT-Sicherheit durch den Staat Maßnahmen zur Herstellung von IT-Sicherheit einfordern, wenn er zur Nutzung einer IT-Infra-

struktur verpflichtet wird. Der IT-Sicherheitsgewährleistungsanspruch begründet allerdings keinen umfassenden Anspruch der Bürgerin oder des Bürgers in dem Sinne, dass der Staat jegliche Maßnahme wahrzunehmen hätte, die tatsächlich oder aus Sicht der Bürgerin oder des Bürgers vermeintlich zur Erhöhung des (abstrakten oder konkreten) IT-Sicherheitsniveaus (und damit der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) führt. Umfang und Reichweite des staatlichen Schutzauftrages und der staatlichen Schutzpflichten stehen vielmehr in einem permanenten Spannungsverhältnis zu den übrigen Verfassungsbestimmungen des Grundgesetzes und deren spezifischem Ziel- und Regelungsgehalt. Ausgangspunkt ist dabei die Gewährleistung eines unbedingten und insoweit unabdingbaren Minimalstandards. Neben dem „Ob“ der aktiven und effektiven Gewährleistung der IT-Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland ist hierbei auch die Verpflichtung zur Vornahme grundlegender und elementarer Maßnahmen und Strukturentscheidungen („Wie“) erfasst, deren Fehlen einer evidenten Verletzung der grundrechtlich geschützten Rechts- und Schutzgüter gleichkäme. Jenseits dieses unabdingbaren Minimalschutzes können dann – in Abhängigkeit von der Gewichtung der betroffenen Rechtsgüter – unterschiedlich weitreichende Handlungspflichten entstehen. Hierfür ist neben der betroffenen informationellen Selbstbestimmung des Prüflings auch seine Berufsfreiheit in die Abwägung mit einzubeziehen.¹⁵²

Jenseits dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen liegt es im Interesse der Prüfungsämter, die Authentizität und Integrität der Prüfungsleistungen über den erwähnten Mindeststandard hinaus zu gewährleisten. Auch einer gerichtlichen Überprüfung soll das Prüfungssystem letztlich standhalten. Mag es bei handschriftlich absolvierten Klausuren relativ unproblematisch sein, den Nachweis über ein faires und unverfälschtes Prüfungsverfahren zu erbringen, so ergeben sich im Rahmen der E-Klausur Risikoquellen, die es durch den Einsatz entsprechender IT-sicherheitsrechtlicher Möglichkeiten einzudämmen gilt.¹⁵³ Kann somit durch die Behörden der Nachweis der Unverfälschtheit der Prüfungsarbeiten erbracht werden, ist eine erfolgreiche Anfechtung durch Prüfungskandidaten nicht zu befürchten.¹⁵⁴

Der Staat ist dem Gewährleistungsanspruch bereits durch die Schaffung von Normen zur Förderung von IT-Sicherheit in bestimmten Bereichen nachgekommen. Technische Sicherheit wird somit inzwischen mit Hilfe des Rechts erreicht, indem die Herstellung von IT-Sicherheit normativ begleitet wird und konkretisierende Vorgaben gemacht werden. Eine solche Regelung findet sich in Art. 32 der

¹⁵² Die konkrete Reichweite dieses Anspruchs wird unter Kap. 3, A. und B.III. näher behandelt (S. 42 ff. und S. 67 f.).

¹⁵³ Die konkreten technischen Möglichkeiten („Security by Design“) werden unter Kap. 3, D.I.4. behandelt (S. 84 ff.).

¹⁵⁴ *Forgó/Graupe/Pfeiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 20 f.

Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO). Diese regelt in erster Linie die Vorgaben für die Sicherheit bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.

3. Gesetzliche Vorgaben zur Herstellung von Datensicherheit als Teilbereich der IT-Sicherheit

Dem Aspekt der Datensicherheit kommt als wesentlichem Bestandteil des IT-Sicherheitsrechts eine zentrale Bedeutung zu. So gilt es regelmäßig, die Vorgaben des Datenschutzrechts bei der Entwicklung und Ausgestaltung innovativer Projekte zu beachten.¹⁵⁵ Datensicherheit ist dabei weniger eine Frage des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen, als vielmehr der Auftrag an den datenschutzrechtlich Verantwortlichen, die Sicherheit und Integrität der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten zu gewährleisten.¹⁵⁶ Dies umfasst „[...] die Summe der Maßnahmen zur Sicherung des ordnungsgemäßen Ablaufs der Datenverarbeitung durch Sicherung der Hardware, der Software und der Daten vor Verlust, Schädigung und Missbrauch.“¹⁵⁷

Zu differenzieren ist dabei zwischen technischen und organisatorischen Vorgaben, die im folgenden Abschnitt mit Blick auf die E-Klausur analysiert werden sollen. Insbesondere aufgrund der Risiken bei der Datenverarbeitung im Kontext der E-Klausur gilt es anhand technischer und organisatorischer Maßnahmen bestehende Gefahrenquellen sowohl hinsichtlich der Sicherheit als auch der Integrität der zu verarbeitenden Daten zu reduzieren.

Bei der Erbringung etwaiger elektronischer Prüfungsleistungen muss sowohl die Vermeidung eines Datenverlusts als auch die Sicherstellung der Manipulationsfestigkeit im Rahmen der Datenverarbeitung das primäre Ziel der Datensicherheit sein.¹⁵⁸

Grundlegend gilt es dabei zu klären, ob und in welchem Umfang das Datenschutzrecht zur Anwendung gelangt (a) und b)), um sodann die Anforderungen an die Datensicherheit im konkreten Fall (c)) darstellen zu können.

a) Das relevante Datenschutzrecht für die E-Klausur

Auch unter Berücksichtigung der Neuordnung des Datenschutzrechts im Jahr 2018 durch die Datenschutzgrundverordnung¹⁵⁹ (DS-GVO) ist vorab zu untersu-

¹⁵⁵ Im Sinne *Enzinger/Skopik/Fiedler*, DuD 2015, 723; *Forgó/Graupe/Pfeiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 27.

¹⁵⁶ *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 32 Rn. 1b.

¹⁵⁷ *Gola/Pöppers/Wronka*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. 2019, S. 157 Rn. 462.

¹⁵⁸ *Schmees/Horn*, E-Assessments an Hochschulen, S. 184. Vgl. dazu die Matrix der Risiken und Nachteile der elektronischen Klausur.

¹⁵⁹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016, ABl. L 119 v. 4.5.2016, S. 1.

chen, welches Datenschutzregime für die Neugestaltung des Prüfungswesens durch das LJPA einschlägig ist. Wenngleich mit Geltung der DS-GVO ab dem 25.5.2018 (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO) ein solides, kohärentes und allen voran einheitliches Datenschutzrecht innerhalb der Union geschaffen wurde,¹⁶⁰ sind unter Umständen weitere (nationale) Datenschutzbestimmungen zu beachten.¹⁶¹

Neben der DS-GVO kommt die jedenfalls subsidiäre Anwendbarkeit des Bayerischen Datenschutzgesetzes (BayDSG) in Betracht. Weil der Entwurf vom 28.9.2017¹⁶² klargestellt hat, dass es auch weiterhin landesrechtliche Regelungen zum Datenschutz geben soll, ist zu untersuchen, welches Regelungsregime im Kontext der elektronischen Klausur zu beachten ist. Mit Blick auf das seit kurzem geltende neue Datenschutzrecht beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die neu eingeführten Normierungen.

aa) Der institutionelle Anwendungsbereich des BayDSG

Die maßgeblichen Vorschriften zur Frage der Anwendbarkeit des bayerischen Datenschutzrechts finden sich in Art. 1 sowie Art. 2 BayDSG.

Gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayDSG gilt das Bayerische Landesdatenschutzrecht für die Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Freistaates Bayern, der Gemeinden, Gemeindeverbände und der sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts.¹⁶³

¹⁶⁰ Vgl. dazu beispielhaft EG 7 der VO 2016/679.

¹⁶¹ Die Frage nach der Anwendbarkeit des seit dem 1.12.2021 geltenden Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) für die E-Klausur, insbesondere im Hinblick auf die zusätzlichen IT-Sicherheits- und Datenschutzvorkehrungen in § 19 TTDSG (der weitestgehend § 13 Abs. 7 TMG a.F. entspricht), wird vorliegend – vor dem Hintergrund, dass in absehbarer Zeit die ePrivacyVO in Kraft treten wird – ausgeblendet. Die ePrivacyVO wird ab diesem Zeitpunkt die anwendbaren Regelungen für die Verarbeitung elektronischer Kommunikationsdaten, die in Verbindung mit der Bereitstellung und Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste stehen, enthalten. Allerdings findet die ePrivacyVO nach Art. 2 Abs. 2 lit. c keine sachliche Anwendung auf elektronische Kommunikationsdienste, die nicht öffentlich zugänglich sind. Die öffentliche Zugänglichkeit wird im Rahmen der E-Klausur abzulehnen sein, da nicht jeder von dieser Technik Gebrauch machen kann, sondern lediglich Prüfungsteilnehmer der Ersten und Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Da allerdings der finale Verordnungstext derzeit noch nicht besteht, kann hierzu noch keine abschließende Stellungnahme gegeben werden. Ebenso bleibt die NIS-Richtlinie mit ihrem deutschen Umsetzungsgesetz außer Betracht.

¹⁶² Gesetzentwurf der Staatsregierung Bayerisches Datenschutzgesetz (abrufbar unter: https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwuerte/baydsg_stand_28_09_2017.pdf), endgültige Fassung: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayDSG>.

¹⁶³ So auch bereits Art. 2 Abs. 1 BayDSG a.F.

Daher ist davon auszugehen, dass das Bayerische Landesjustizprüfungsamt (LJPA), welches gem. § 6 Abs. 1 BayJAPO bei dem Staatsministerium der Justiz errichtet ist, grundsätzlich dem Bayerischen Landesdatenschutzrecht unterfällt.

bb) Das Verhältnis des BayDSG zur DS-GVO

Art. 2 Satz 1 BayDSG stellt klar, dass für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen vorbehaltlich anderweitiger Regelungen die Vorschriften der DS-GVO auch außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 2 Abs. 1 und 2 DS-GVO zur Anwendung gelangen. Ziel der Regelung ist die möglichst umfassende Vereinheitlichung des Datenschutzrechtsregimes innerhalb des Freistaates.¹⁶⁴ Anderweitige Regelungen im Sinne des Art. 2 Satz 1 BayDSG sollen dabei ausschließlich im Anwendungsbereich der Richtlinie zum Datenschutz bei Polizei und Justiz (JI-Richtlinie)¹⁶⁵ gemäß den Vorgaben der Art. 28–37 BayDSG sowie im Rahmen etwaiger Spezifizierungsmöglichkeiten durch den Landesgesetzgeber zum Tragen kommen.¹⁶⁶

Die spezielleren Vorschriften zur Umsetzung der JI-Richtlinie sind im Bereich der elektronischen Klausur allerdings nicht von Relevanz, da der Anwendungsbereich der Richtlinie respektive deren Umsetzungsvorschriften nicht eröffnet ist. Dies ergibt sich aus den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 BayDSG, wonach der Anwendungsbereich der JI-Richtlinie lediglich für die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit eröffnet ist.

In Betracht kommt daher lediglich, dass die Vorgaben der DS-GVO zur Datensicherheit in zulässiger Weise durch landesrechtliche Vorgaben ergänzt worden wären.

Den Mitgliedstaaten steht es grundsätzlich auch nach Geltung der DS-GVO frei, Rechtsvorschriften zu erlassen oder beizubehalten, die die Vorschriften der Verordnung genauer festlegen.¹⁶⁷ Die Spezifizierung einzelner Bereiche durch Union oder Mitgliedstaaten ist nicht ungewöhnlich¹⁶⁸ und nach der Rechtspre-

¹⁶⁴ Vgl. dazu: Gesetzentwurf der Staatsregierung Bayerisches Datenschutzgesetz, S. 3.

¹⁶⁵ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016, ABl. L 119 v. 4.5.2016, S. 89.

¹⁶⁶ Vgl. dazu: Gesetzentwurf der Staatsregierung Bayerisches Datenschutzgesetz, S. 3.

¹⁶⁷ EG 10 Satz 3 der VO 2016/679.

¹⁶⁸ *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 1. Aufl. 2017, S. 133 Rn. 3.

chung des EuGHs¹⁶⁹ grundsätzlich mit dem Instrument der Verordnung vereinbar. Insbesondere bleibt davon die unmittelbare Geltung der Verordnung im Übrigen unberührt.¹⁷⁰

Im Rahmen der Konkretisierungsmöglichkeiten wird den Mitgliedstaaten allerdings ein eng begrenzter Rahmen gesetzt, etwaige Spezialisierungen dürfen nur in dem Umfang getroffen werden, in denen diese unerlässlich sind.¹⁷¹ Zentrale Voraussetzung für die Möglichkeit zur Konkretisierung der Vorgaben der Grundverordnung ist allerdings das Vorhandensein einer Spezifizierungsklausel im Normenkörper der Verordnung.¹⁷²

Mit Blick auf die Datensicherheit besteht allerdings neben den Vorgaben der DS-GVO weder Handlungsbedarf noch Spielraum für die Mitgliedstaaten, sodass es bei den Vorgaben zur Datensicherheit in Art. 32 DS-GVO bleibt.¹⁷³ Ob vor diesem Hintergrund die ausdrückliche Verpflichtung auf das Datengeheimnis in Art. 11 BayDSG als vermeintliche Konkretisierung des Art. 32 Abs. 4 DS-GVO Bestand haben kann, ist zumindest fraglich. Neben der Frage der Kompetenz des Landesgesetzgebers ist die dezidierte Normierung insbesondere bereits deshalb obsolet, da eine entsprechende Verpflichtung bereits aus den Vorgaben des Art. 32 DS-GVO gelesen werden kann – wenngleich sie dort nicht ausdrücklich normiert ist.¹⁷⁴

cc) Zwischenergebnis

Damit kann festgehalten werden, dass sich der rechtliche Rahmen für das Datensicherheitsrecht aus Art. 32 DS-GVO ergibt.

b) Die sachliche Anwendbarkeit der DS-GVO

Zur Eröffnung der sachlichen Anwendbarkeit des Datenschutzrechts ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne des Art. 2 Abs. 1 DS-GVO erforderlich. Als personenbezogen im Sinne der DS-GVO gelten alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person („betroffene Person“) beziehen. Identifizierbar ist eine natürliche Person regelmäßig

¹⁶⁹ Vgl. nur: EuGH, Urt. v. 27.9.1979 – Rs. 230/78 – Slg. 1979, 2749.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 27.9.1979 – Rs. 230/78 – Slg. 1979, 2749, Rn. 34.

¹⁷¹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 72. Ergänzungslieferung 2021, Art. 288 AEUV Rn. 101.

¹⁷² Vgl. dazu m.w.N. *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 4.

¹⁷³ Vgl. dazu m.w.N. *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 362.

¹⁷⁴ Vgl. dazu *Ehmann*, ZD 2017, 453 ff.

dann, wenn diese direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie Name, Standortdaten, Online-Kennung, besondere Merkmale, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann, vgl. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.

Vorliegend ist davon auszugehen, dass Examensklausuren unabhängig von dem Medium, in dem sie verfasst und eingereicht werden (also papiergebunden oder elektronisch), weiterhin mit einer Prüfungsziffer, d.h. mit einem Pseudonym versehen sind, die dem LJPA einen Rückbezug auf den konkreten Prüfling ermöglicht. Auch im Falle der Pseudonymisierung im Sinne des Art. 4 Nr. 5 DS-GVO liegen regelmäßig personenbezogene Daten vor, sodass die gesetzlichen Vorschriften des Datenschutzrechts zur Anwendung gelangen. Auch Daten, welche einer Pseudonymisierung unterzogen worden sind, können nämlich durch die Hinzuziehung zusätzlicher Informationen einer natürlichen Person (wieder) zugeordnet werden. Daher sind auch diese Daten als personenbezogene Daten zu werten.¹⁷⁵

Die Vorgaben zum Datenumgang, insbesondere auch im Hinblick auf die Datensicherheitsvorschriften, sind daher auch im Kontext der E-Klausur zu beachten.

c) Die Vorgaben des Art. 32 DS-GVO

Maßgeblich, aber nicht abschließend normiert Art. 32 DS-GVO zentrale Voraussetzungen der Datensicherheit im Regelungsregime der Grundverordnung.¹⁷⁶ Weitere Vorgaben können sich insbesondere aus Art. 25 DS-GVO ergeben, welcher die Grundsätze „Privacy by Design“ sowie „Privacy by Default“ in das europäische Datenschutzrecht integriert.¹⁷⁷

aa) Allgemeine Vorgaben zur Datensicherheit gem. Art. 32 Abs. 1, Abs. 2 DS-GVO

Gem. Art. 32 Abs. 1 DS-GVO hat der Verantwortliche und gegebenenfalls der Auftragsverarbeiter geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Zur Bestimmung des Schutzniveaus sind insbesondere die folgenden Kriterien gem. Art. 32 Abs. 1 DS-GVO zu berücksichtigen:

¹⁷⁵ Vgl. dazu: EG 26 Satz 2 der VO 2016/679; weiterführend dazu *Scheurer*, Anw-Zert ITR 24/2017, Anm. 2.

¹⁷⁶ *Paulus*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 11.11.2021, Vor Art. 32 DS-GVO.

¹⁷⁷ *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 32 Rn. 4.

- Stand der Technik,
- Implementierungskosten,¹⁷⁸
- Art, Umstände und Umfang der Datenverarbeitung,
- Zweck der Verarbeitung,
- unterschiedliche Eintrittswahrscheinlichkeiten sowie das Risiko für die Rechte und Freiheiten der natürlichen Personen.¹⁷⁹

Bei der Beurteilung des angemessenen Schutzniveaus sind nach Art. 32 Abs. 2 DS-GVO weiterhin insbesondere die Risiken zu berücksichtigen, die mit der Verarbeitung verbunden sind: vor allem durch Vernichtung, Verlust oder Veränderung, ob unbeabsichtigt oder unrechtmäßig, oder unbefugte Offenlegung von bzw. unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten, die übermittelt, gespeichert oder auf andere Weise verarbeitet wurden.

In der Konsequenz ist regelmäßig eine sog. Schutzbedarfsfeststellung durchzuführen, welche sich an der Sensibilität der zu verarbeitenden Daten orientiert.¹⁸⁰ Nach Schreibauer/Spittka resultiert daraus keine „Datensicherheit um jeden Preis“¹⁸¹, vielmehr bedarf es der Abwägung aller relevanten Umstände im Einzelfall.¹⁸² Hierbei ist insbesondere die Bedeutung einer Examensklausur im Lichte von Art. 12 GG zu beachten und welche Konsequenzen ein Verlust dieser Arbeit zur Folge hätte.

Unter Umständen kann es zur sachgerechten Bewertung des Risikos der Datenverarbeitung erforderlich sein, die entsprechende Aufsichtsbehörde miteinzubeziehen.¹⁸³

¹⁷⁸ Wenngleich die Kosten der zu ergreifenden Maßnahmen zu berücksichtigen sind, können diese ein mangelhaftes Sicherheitsniveau letztlich nicht rechtfertigen, vgl. *Grages*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 3. Aufl. 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 3.

¹⁷⁹ EG 75 Satz 1 der VO 2016/679 benennt dabei zahlreiche Fälle, aus denen sich massive Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen ergeben können. Regelmäßig bedarf es allerdings einer Verarbeitung, welche geeignet ist einen physischen, materiellen oder immateriellen Schaden bei der betroffenen Person zu erzeugen.

¹⁸⁰ Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, Sicherheit der Verarbeitung – Art. 32 DS-GVO, 2016, online abrufbar unter: https://www.lida.bayern.de/media/baylda_ds-gvo_1_security.pdf; so auch: *Hladjk*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 11.

¹⁸¹ *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 32 Rn. 16.

¹⁸² *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 32 Rn. 16.

¹⁸³ *Grages*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 3. Aufl. 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 10.

bb) Die Regelbeispiele des Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 DS-GVO

Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 DS-GVO verweist ausdrücklich auf vier potentielle Maßnahmen zur Herstellung eines angemessenen Sicherheitsniveaus. Diese Maßnahmen schließen unter anderem

- die Pseudonymisierung und Verschlüsselung personenbezogener Daten (Abs. 1 lit. a),
- die Fähigkeit, die Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Verarbeitung auf Dauer sicherzustellen (Abs. 1 lit. b),
- die Fähigkeit, die Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten und den Zugang zu ihnen bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen (Abs. 1 lit. c)
- sowie ein Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung ein (Abs. 1 lit. d).

Die Aufzählung in Art. 32 DS-GVO ist nicht abschließend („diese Maßnahmen schließen unter anderem Folgendes ein“).¹⁸⁴

(1) Pseudonymisierung und Verschlüsselung personenbezogener Daten, Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 lit. a DS-GVO

Anhand der Pseudonymisierung im Sinne des Art. 4 Nr. 5 DS-GVO können zwei wesentliche datensicherheitsrechtliche Aspekte beachtet werden: der Schutz der Daten im Falle des unbeabsichtigten Verlustes bzw. die Verhinderung des Zugriffs durch unberechtigte (interne oder externe) Dritte.¹⁸⁵ Im Kontext der elektronischen Examensklausur kann bislang lediglich von einer teilweisen Pseudonymisierung gesprochen werden. Zwar werden die Klausuren nur mit der Prüfungsnummer des bzw. der Prüfungsteilnehmenden versehen, in der IT-Umgebung des LJPA besteht jedoch die Gefahr, dass Dritte Zugriff auf die entsprechenden Zuordnungsmerkmale erhalten und damit den Personenbezug herstellen können. Dies gilt es zu verhindern.

(2) Fähigkeit, die Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Verarbeitung auf Dauer sicherzustellen, Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 lit. b DS-GVO

Neben den bereits bekannten Zielen der IT-Sicherheit (Vertraulichkeit, Integrität sowie Verfügbarkeit) setzt die DS-GVO nunmehr auch voraus, dass eine ge-

¹⁸⁴ So auch *Hladjk*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 6; *Grages*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 3. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 5.

¹⁸⁵ *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 32 Rn. 9.

wisse Belastbarkeit der IT-Systeme durch den Verantwortlichen gewährleistet wird. Mangels weiterer Konkretisierungen der Merkmale ist den Verantwortlichen ein relativer „Interpretationsspielraum“ hinsichtlich der Angemessenheit der Maßnahmen zuzugestehen.¹⁸⁶

(3) Fähigkeit, die Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten und den Zugang zu ihnen bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen, Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 lit. c DS-GVO

Regelmäßig wird darunter die Implementierung eines detaillierten IT-Notfallplans zu verstehen sein, der unter anderem auch entsprechende Wiederherstellungszeiten der betroffenen Systeme vorsieht.¹⁸⁷ Für den Bereich der E-Klausur hat das zur Folge, dass dafür Sorge getragen werden muss, dass selbst bei einem Totalausfall der Infrastruktur die Wiederherstellung aller prüfungsrelevanten Systeme zeitnahe gewährleistet werden kann.

(4) Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung, Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 lit. d DS-GVO

Aufgrund der dynamischen Anforderungen an die Datensicherheit ist insbesondere die Einführung eines Managementsystems erforderlich, welches die eingesetzten technischen und organisatorischen Maßnahmen regelmäßig auf ihre Tauglichkeit hin überprüft.¹⁸⁸

(5) Weitere Maßnahmen: Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Norm spricht vieles dafür, dass bereits bekannte und bewährte Maßnahmen im Sinne des § 9 BDSG respektive der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG ebenfalls als geeignete technische und organisatorische Mittel anzusehen sind.¹⁸⁹

4. Prüfungsraster einer sicheren Prüfungsgestaltung („Security by Design“)

Soweit die staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und ihre Konkretisierung in Art. 32 DS-GVO eine IT- und datensichere Prüfungsgestaltung fordern, bietet es sich an, folgende technische und organisatorische Vorkehrungen¹⁹⁰ zu treffen:

¹⁸⁶ So Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 8.

¹⁸⁷ Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 9.

¹⁸⁸ Schmieder, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil IX, S. 1171 Rn. 68.

¹⁸⁹ Paulus, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 32 DS-GVO Rn. 6; Grages, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 3. Aufl. 2018, Art. 32 Rn. 4.

¹⁹⁰ Vgl. Djeffal, MMR 2015, 716 ff.

Technische Maßnahmen

- Bereithaltung einer Prüfungssoftware auf dem aktuellen Stand der Technik
- Umgehende Schließung bestehender Sicherheitslücken
- Nutzung von Verschlüsselungsverfahren
- Datensicherungen
- Passwortschutz
- Installation einer Firewall bei Prüfungscomputern
- Pseudonymisierung personenbezogener Daten
- Implementierung weiterer Maßnahmen, die die IT-Sicherheit fördern

Organisatorische Maßnahmen

- Erstellung eines IT-Sicherheitskonzepts
- Erstellung eines qualifizierten Notfallplans
- Schaffung klarer Verantwortlichkeiten
- Beschränkung der Administratorenrechte auf den IT-Sicherheitsbeauftragten
- Beschränkung der Zugriffsrechte der einzelnen Nutzer auf bestimmte für sie relevante personenbezogene Daten
- Schulung und Überwachung der Berechtigten
- Klare Zuständigkeitsverteilung und Rechtemanagement
- Internes Meldesystem
- Zugangs- und Zutrittskontrollen
- Klare vertragliche Abreden mit Auftrags(daten)verarbeitern
- Ggf. vertragliche Auslagerung von Sicherheitsmaßnahmen an spezialisierte Dienstleister

Die anzuwendenden Maßnahmen stehen allerdings insgesamt unter dem Vorbehalt des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren. In diesem Kontext sind daher die Maßnahmekosten im Lichte der Effektivität der Maßnahme zu betrachten. Zudem sind die Gefahren einer Unterlassung entsprechender Sicherheitsmaßnahmen in die Abwägung mit einzubeziehen und alternative (ähnlich

wirksame) kostengünstigere Maßnahmen zur Verhinderung dieser Gefahren aufzuführen.

Soll die technische Betreuung der elektronischen Klausur outgesourced werden¹⁹¹, ist vertraglich und durch entsprechende Weisungen und Kontrollen des LJPA als Auftraggeber sicherzustellen, dass der Auftragnehmer die IT- und Datensicherheitspflichten einhält.

Wird die BYOD-Variante für die Prüfungsdurchführung gewählt, ergeben sich mehr unbekannte Faktoren (beispielsweise der Umgang mit einem mit Schadsoftware befallenen Computer) für die Wahrung von IT-Sicherheit. Die Software, über die die Klausur abgenommen wird, muss daher so gestaltet sein, dass die IT-Sicherheit bestmöglich gewahrt bleibt.

5. Exkurs: Arbeitsplatzsicherheit

In Bezug auf das Prüfungsumfeld sind zudem weitere nationale und europäische Vorschriften zu beachten. Nach Außerkrafttreten der Bildschirmarbeitsverordnung finden sich konkrete Vorgaben insbesondere für die Arbeit an einem Bildschirmarbeitsplatz in dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV).

Fraglich ist hierbei jedoch, ob insbesondere die ArbStättV auch für die Prüfung im Rahmen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung Anwendung findet. Zwar befinden sich während dieser Zeit Referendare in den meisten Bundesländern in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis.¹⁹² Dagegen wurde in einigen Bundesländern in jüngeren Jahren erneut das Modell der Verbeamtung auf Widerruf eingeführt und in anderen steht dies jedenfalls zur Debatte.¹⁹³ Jedenfalls für letztere stellt sich damit die Frage der Anwendbarkeit unmittelbar.

§ 1 Abs. 1 ArbStättV verwendet für den Anwendungsbereich den Begriff des „Beschäftigten“, welcher dem des § 2 Abs. 2 ArbSchG entspricht¹⁹⁴ und grundsätzlich weit zu verstehen ist, sodass u.a. auch der öffentliche Dienst vom Anwendungsbereich erfasst ist.¹⁹⁵ Der Begriff des Beschäftigten beinhaltet alle

¹⁹¹ Näher zu den Rechtsfragen des IT-Outsourcing S. 123 ff.

¹⁹² Für Bayern folgt dies beispielsweise aus Art. 2 Abs. 1 S. 2 BaySiGjurVD.

¹⁹³ Mecklenburg-Vorpommern stellt Referendare seit 2018 als Beamte auf Widerruf ein, seit November 2019 ist dies auch in Hessen der Fall, s. G. v. 19.7.2018 (GVOBl. M-V, S. 245) und G. v. 6.9.2019 (GVOBl. für das Land Hessen, S. 232). Ebenso erwägt Thüringen eine solche Umstellung, siehe www.lto.de/recht/nachrichten/n/referendariat-thueringen-verbeamtet-widerruf-justiz-nachwuchs-mangel/.

¹⁹⁴ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 85. Aufl. 2021, § 1 ArbStättV Rn. 6.

¹⁹⁵ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 85. Aufl. 2021, § 1 ArbStättV Rn. 4.

Personen, die durch eine andere (natürliche oder juristische) Person im Rahmen einer Organisation tatsächlich in Anspruch genommen werden. Dies gilt also auch für Studierende an (staatlichen) Hochschulen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, gäbe es keinen vernünftigen Grund, die Schutzstandards nicht auf Prüfungsteilnehmer an staatlichen Pflichtprüfungen anzuwenden.

Die ArbStättV dient der Umsetzung der europäischen Richtlinien 89/654/EWG¹⁹⁶, 92/58/EWG¹⁹⁷ und 92/57/EWG¹⁹⁸, wobei sich sämtliche auf Art. 16 der RL 89/391/EWG stützen. Art. 2 Abs. 1 RL 89/391/EWG eröffnet den Anwendungsbereich indes für alle privaten und öffentlichen Tätigkeiten, wobei davon auch ausdrücklich ausbildungsbezogene Tätigkeiten umfasst sind. Das Ablegen der Abschlussprüfung stellt eine solche ausbildungsbezogene Tätigkeit dar, sodass auch dies vom Anwendungsbereich der Richtlinie und damit auch der diese umsetzenden ArbStättV erfasst ist.

Insbesondere die in Anhang 6 ArbStättV getroffenen Vorgaben für Bildschirmarbeitsplätze müssen bei der Durchführung der E-Klausur im Rahmen der Ersten oder Zweiten Juristischen Staatsprüfung beachtet werden.

Der Arbeitsplatz ist daher so einzurichten, dass Sicherheit und Schutz der Prüfungsteilnehmenden gewährleistet werden. Dies umfasst u. a. konkret:

- Funktionsfähigkeit der Geräte und Prüfungssoftware,
- uneingeschränkte Gewährleistung von Fluchtwegen, d.h. benötigte Kabel müssen entsprechend angeordnet werden,
- Schutz von Energieanlagen und Stromquellen, sodass von ihnen keine Brand- und Explosionsgefahr ausgeht,
- keine erhöhte, gesundheitlich unzuträgliche Wärmebelastung und Strahlung am Arbeitsplatz,
- ausreichend große Arbeitsplätze mit nicht/kaum reflektierenden Oberflächen,
- ausreichende Beleuchtung, die einen angemessenen Kontrast zwischen Bildschirm und Arbeitsumgebung gewährleistet,
- Möglichkeit der ergonomischen Anpassung des Arbeitsplatzes (Bildschirm, Tastatur und Stuhl),
- angemessene Bildschirmform und -größe für die Prüfungsbearbeitung sowie

¹⁹⁶ Richtlinie des Rates vom 30.11.1989 über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten.

¹⁹⁷ Richtlinie des Rates vom 24.7.1992 über Mindestvorschriften für die Sicherheits- und/oder Gesundheitsschutzkennzeichnung am Arbeitsplatz

¹⁹⁸ Richtlinie des Rates vom 24.6.1992 über die auf zeitlich begrenzte und ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz.

- vom Bildschirm getrennte Eingabegeräte, bei kurzfristiger Verwendung auch tragbare Bildschirmgeräte ohne Trennung zwischen Bildschirm und externem Eingabemittel (vgl. Anhang 6.4 der Anlage zur ArbStättV).¹⁹⁹

Der Anspruch der Prüfungsteilnehmenden auf eine sichere Arbeitsatmosphäre steht teilweise in einem Spannungsverhältnis zu der Gewährleistung einer manipulationsfreien Prüfung. So kann die individuelle Positionsveränderung der Bildschirme während der Prüfung für andere Prüfungsteilnehmende die Möglichkeit bieten auch von ihrem Arbeitsplatz aus auf diese zu sehen. Für diese Bereiche sind daher Lösungen (beispielsweise Sichtfolien auf den Bildschirmen) zu finden, die möglichst allen Interessen gerecht werden.

6. Ergebnis

IT-Sicherheit ist nicht nur eine Rechtspflicht und Handlungsanweisung an den Gesetzgeber. Das IT-Sicherheitsrecht weist ein verstreutes Regelungskonzept auf, das sich aus den Vorgaben der Europäischen Datenschutzgrundverordnung, der NIS-Richtlinie mit ihrem deutschen Umsetzungsgesetz, dem IT-Sicherheitsgesetz mit den Providerpflichten des TMG u. a. m. speist. Die IT-sicherheitsrechtlichen Vorgaben enthalten vielfach den Vorbehalt des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren und eröffnen dadurch aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten notwendige Spielräume, die aber zugleich zu Rechtsunsicherheit auf Seiten der Verpflichteten führen können.

Dem nicht konsistenten IT-Sicherheitsrecht steht ein vielfältiges und umfassendes Haftungsregime gegenüber. Dieses knüpft an altbekannte Regelungen an und eröffnet über deren unbestimmte Rechtsbegriffe ein Einfließen der Wertungen des IT-Sicherheitsrechts.

Für das LJPA bestehen verschiedene (rechtlich zumeist nach der Zielrichtung definierte) IT-Sicherheitsverpflichtungen. Insbesondere bei der Umsetzung der technischen Maßnahmen zur Gewährleistung von IT-Sicherheit sollte sich das LJPA eines professionellen Partners bedienen, welcher aufgrund einer vertraglichen Absicherung klare Handlungsanweisungen erhält,²⁰⁰ um ein hohes IT-Sicherheitsniveau zu erreichen.²⁰¹

¹⁹⁹ Empfehlungen für die Gestaltung von Bildschirmarbeitsplätzen finden sich unter: http://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm_und_Bueroarbeit/DGUV_Information_215_410_Bildschirm-_und_Bueroarbeitsplaetze.pdf?__blob=publicationFile&v=21.

²⁰⁰ Zu Fragen des IT-Outsourcings S. 123 ff.

²⁰¹ So auch *Groh*, in: Beurskens et al., *Juristenausbildung 4.0*, 2021, S. 72 ff., der in Bezug auf technische Möglichkeiten für die Durchführung eines E-Examens zwischen den drei Modellen (1) „BYOD“, (2) Externe Dienstleistung aus einer Hand („Full Service Provider“), und (3) Verwendung fest installierter Strukturen unterscheidet und Model (2) als das technisch vielversprechendste bewertet.

II. Ist die E-Klausur ungerecht? Aspekte von Gleichbehandlung und Prüfungsgerechtigkeit

In einer jüngeren Entscheidung hat das VG München zutreffend festgestellt: „Nach dem das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit müssen für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien gelten.“²⁰² Dieser Umstand ist ebenfalls im Rahmen eines digitalisierten schriftlichen Prüfungsverfahrens zu beachten. Während die Anfertigung von elektronischen Klausurlösungen zu Zwecken eines Nachteilsausgleichs bereits seit langem ermöglicht wird (S. 50), könnte sich umgekehrt eine Verletzung des Gleichheitssatzes bei einer verpflichtenden Einführung der E-Klausur ergeben. Wenn etwa Einzelne oder gewisse Personengruppen durch den neuen Schreibmodus benachteiligt werden, könnte dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (bzw. je nach Betrachtung auch eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung) bedeuten. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit dieser Problematik und zeigen auf, welche rechtlichen Implikationen die Digitalisierung des schriftlichen Prüfungsverfahrens auf die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden besitzt.

Die Frage nach der Prüfungsgerechtigkeit richtet sich sowohl nach dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG als auch nach seinem Pendant aus der Bayerischen Verfassung (Art. 118 BV), da diese Grundrechte das bayerische Landesjustizprüfungsamt binden.²⁰³ Die Durchführung von berufsbezogenen Prüfungen wie dem Ersten und Zweiten Juristischen Staatsexamen ist insbesondere als öffentlich-rechtliches Handeln zu werten. Der in diesem Kontext bestehende verfassungsrechtlich garantierte Anspruch auf fehlerfreie bzw. verfassungskonforme Ermittlung und Entscheidung über die Leistungen der Prüflinge bemisst sich darüber hinaus auch an Art. 12 Abs. 1 GG.

Hierbei sind zwei Gruppen möglicher Grundrechtsverstöße zu unterscheiden:

Erstens hat eine diskriminierende Gestaltung des Prüfungsverfahrens zu unterbleiben (vgl. Art. 3 Abs. 3, Abs. 2, Abs. 1 GG), um dem Grundsatz der Chancengerechtigkeit Rechnung zu tragen. Allerdings kann bei Vorliegen eines sachlichen Grundes eine Ungleichbehandlung Gleicher oder eine Gleichbehandlung Ungleicher (Art. 3 Abs. 1 GG) gerechtfertigt sein. Anhand der nachfolgend aufgeführten Fallgruppen werden rechtlich relevante Gleichbehandlungsrisiken identifiziert und Vorschläge unterbreitet, inwieweit bestehende Ungleichbehandlungen

²⁰² VG München, Urt. v. 25.4.2017 – M 4 K 16.508 Rn. 13 – BeckRS 2017, 111041.

²⁰³ Vgl. *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn. 113 ff. Soweit es um die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Änderung des § 5d RiG geht, richtet sich diese bundesrechtliche Gesetzesänderung alleine nach Art. 3 GG.

gen/Gleichbehandlungen durch technische oder organisatorische Modifizierung aufgehoben werden können.

Zweitens muss aktiv durch das Landesjustizprüfungsamt ein Missbrauch des digitalen Prüfungsverfahrens durch die Prüflinge unterbunden werden, um den ehrlichen Kandidatinnen und Kandidaten eine gerechte Leistungsermittlung zu gewährleisten. Letzteres erfolgt bereits durch bestehende Sanktionen wie in § 11 BayJAPO, der ein (potentiell) prüfungsergebnisbeeinflussendes Fehlverhalten sanktioniert, indem die Arbeit dieser Kandidaten mit ungenügend zu bewerten oder die Person von der Prüfung auszuschließen ist. Durch die Digitalisierung des Prüfungsverfahrens ergeben sich darüber hinaus neue Missbrauchsrisiken, die nachfolgend aufgezeigt werden.

1. Zum Maßstab des Gleichheitsgebots bei der Durchführung staatlicher Prüfungen

Inwieweit eine obligatorische Durchführung des schriftlichen Teils der Zweiten Juristischen Staatsprüfung mittels sog. E-Klausuren die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden beeinträchtigt, hängt zunächst von den Maßstäben ab, die sich insoweit aus dem Grundgesetz und konkretisierenden Vorschriften des Prüfungsrechts ergeben.

Die wesentlichen Maßstäbe zum prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 30.6.2015²⁰⁴ am Beispiel der Prüfungsgestaltung der Ersten Juristischen Staatsprüfung im Kontext mit der Erprobung eines neuen Studiengangs wie folgt zusammengefasst:

„Der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit nach Art. 12 I i. V. m. Art. 3 I GG verlangt, dass für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungsmaßstäbe gelten. Bevorzugungen und Benachteiligungen einzelner Prüflinge oder Teilnehmergruppen einer Prüfung sollen vermieden werden, um allen Teilnehmern gleiche Erfolgchancen zu bieten. Jeder Teilnehmer hat einen Anspruch auf chancengleiche Behandlung im Prüfungsverfahren.“²⁰⁵

Unter Prüfungsbedingungen sind diejenigen Regeln und Umstände zu verstehen, die das Verfahren gestalten, in dem die Prüfungsleistung erbracht wird. Sie bilden den äußeren Rahmen für die Ermittlung der Kenntnisse und Fähigkeiten der Prüfungsteilnehmenden. Insoweit verlangt das prüfungsrechtliche Gebot der

²⁰⁴ BVerwG, Beschl. v. 30.6.2015 – 6 B 11/15 (VGH Mannheim) – NVwZ-RR 2015, 858.

²⁰⁵ St. Rspr., vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 – NJW 1991, 2005, Ls.

Chancengleichheit einheitliche Regeln für Form und Verlauf der Prüfungen sowie Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse während der Prüfung.²⁰⁶

Unterschiedliche Prüfungsbedingungen für die Teilnehmenden einer Prüfung sind mit dem Gebot der Chancengleichheit nach Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn sie auf einen sachlichen Grund zurückzuführen sind, dessen Gewicht die Unterschiede nach Art und Ausmaß zu rechtfertigen vermag.²⁰⁷ Darüber hinaus darf die Ungleichbehandlung der Prüflinge keine ungleichen Erfolgchancen nach sich ziehen.²⁰⁸

Relevant sind im vorliegenden Kontext „einheitliche Regeln für Form und Verlauf der Prüfungen“ sowie die „Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse während der Prüfung“. Was die Einheitlichkeit der Regeln betrifft, ist hier die Gruppe jener Prüflinge, für die die Prüfungsform E-Klausur gilt, mit der Gruppe der Prüflinge zu vergleichen, für die diese Prüfungsform nicht gilt (zum Beispiel Teilnehmende in Bundesländern, die die E-Klausur noch nicht eingeführt haben oder auch Teilnehmende, die wegen Ausnahmebestimmungen von dieser Form befreit werden). Demgegenüber geht es bei der Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse um einen Vergleich der individuellen Prüfungsausstattung und auch der jeweiligen Fähigkeiten der Kandidaten, das System zu bedienen. Soweit eine Ungleichbehandlung von Gleichem oder eine Gleichbehandlung von Ungleichen erfolgt, kann dies ggf. durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden.

2. Wahrung der Chancengleichheit durch Achtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

a) Verhinderung einer diskriminierenden Gestaltung (Art. 3 Abs. 3 GG)

Die E-Klausur kann für Prüflinge mit Behinderung (u. a. für blinde und sehbehinderte Prüfungsteilnehmende) weitere Besonderheiten bei der Gestaltung mit sich bringen. Bereits heute werden diesen Prüfungsteilnehmenden verschiedene Hilfsmittel (u. a. Braillezeile, Bildschirmlupe, Vorleseprogramme, Klausuren mit einer größeren Schrift etc.) zur Verfügung gestellt, um ihnen ein chancengerechtes Prüfungsverfahren zu ermöglichen. Auch bei einer verpflichtend eingeführten E-Klausur ist auf die Bedürfnisse dieser Personen weiterhin gesondert einzugehen und sind etwa prüfungsspezifische Konfigurationen zuzulassen. Es wäre wünschenswert, wenn das E-Klausurprogramm entsprechende Funktionen besitz-

²⁰⁶ St. Rspr. vgl. nur BVerwG, Urt. v. 14.12.1990 – 7 C 17/90 (Münster) – NVwZ 1991, 1084.

²⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 1 BvL 5/85, 1 BvL 6/85 – NVwZ 1989, 645; BVerwG, Beschl. v. 23.2.1990 – 7 B 2490 – BeckRS 1990, 31272122; BVerwG, Beschl. v. 14.10.1992 – 6 B 2/92 – NVwZ-RR 1993, 189.

²⁰⁸ BVerwG, Beschl. v. 15.5.2014 – 6 B 25/14 – BeckRS 2014, 52755.

zen würde, die durch das Landesjustizprüfungsamt jedoch gesondert für einzelne Prüfungsteilnehmende freizuschalten sind.

Hierbei ist allerdings weiterhin darauf zu achten, dass andere Prüflinge durch diese Hilfsmittelnutzung Einzelner ihrerseits nicht beeinträchtigt werden. Beispielsweise ist ein Prüfungskandidat, der ein Vorleseprogramm nutzt, um sich den Sachverhalt oder seine Lösung in der Prüfung vorlesen zu lassen, in einem anderen Raum zu platzieren, damit er andere Prüfungsteilnehmende nicht akustisch beeinflusst.²⁰⁹

Darüber hinaus kann je nach Art der auszugleichenden körperlichen Beeinträchtigung oder eines anderen relevanten Krankheitsbildes wie bisher auch die Gewährung von Pausen oder Schreibzeitverlängerungen erforderlich sein, dies jeweils unter Beachtung von Nachweispflichten zur Missbrauchsabwehr. Hierbei muss jedoch die Digitalisierung des Prüfungsverfahrens gesondert berücksichtigt werden. So kann etwa bei einer Beeinträchtigung der Fähigkeit, Texte am PC zu schreiben, anstelle einer Schreibzeitverlängerung nunmehr auch eine analoge schriftliche Klausur als Ausgleich in Betracht kommen. Für das Schreiben an einem PC wird üblicherweise das 10-Finger-System genutzt. Bricht sich ein Prüfling beispielsweise einen Arm oder einige Finger oder fehlen ihm diese Gliedmaßen, ist er bei der Prüfungsableistung erheblich beeinträchtigt. In einer solchen Konstellation ist zu berücksichtigen, dass die Digitalisierung des schriftlichen Prüfungsverfahrens für ihn einen besonderen Nachteil mit sich bringt, sodass in entsprechenden Ausnahmefällen das Anbieten einer analogen schriftlichen Klausur zum Nachteilsausgleich (ggf. verbunden mit einer Schreibzeitverlängerung) erforderlich sein kann. Daneben sind weitere Behinderungen oder Erkrankungen denkbar, bei denen als Nachteilsausgleich eine herkömmliche schriftliche Klausur angeboten werden muss. Bei Prüfungsteilnehmenden, bei denen sowohl die Fähigkeit zum Schreiben am PC als auch die Fähigkeit zum Schreiben handschriftlicher Texte beeinträchtigt ist, kommt schließlich – wie bereits bislang – ein Nachteilsausgleich auch dergestalt in Betracht, dass gestattet wird, die Klausurlösung einer Schreibkraft zu diktieren (oder ggf. auch ein Diktierprogramm zu nutzen, soweit dieses keine zusätzlichen Autokorrekturfunktionen aufweist, über die das zur Erstellung der E-Klausur standardmäßig verwendete Programm nicht verfügt).

b) Beachtung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV)

Neben einer aktiven Benachteiligungsverhinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 (Satz 2) GG durch das Landesjustizprüfungsamt ist die E-Klausur in technischer

²⁰⁹ Alternativ ist an die Benutzung von Kopfhörern zu denken, was allerdings im Hinblick auf eine Manipulationsvermeidung einer speziellen Zulassung bzw. Produktprüfung bedarf; hierzu bereits S. 30 ff.

und organisatorischer Hinsicht derart zu gestalten, dass auch nicht gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot verstoßen wird.

Fallgruppe: Unterschiedliche Arbeitsweise der Prüflinge

Vielfach wird die unterschiedliche Arbeitsweise und -gewohnung der Prüflinge, Prüfungsvorbereitung ohne PC, Tippgeschwindigkeiten etc. als Argument gegen die Digitalisierung von schriftlichen Klausuren angeführt. Tatsächlich gibt es diesbezüglich Unterschiede zwischen den einzelnen Prüfungskandidaten. Allerdings bestehen die gleichen Argumente auch gegen schriftliche Klausuren selbst. Manche Prüflinge können schneller tippen als mit der Hand zu schreiben, darüber hinaus divergieren die Schreibgeschwindigkeiten beim handschriftlichen Schreiben²¹⁰ und das Schriftbild bei den Prüfungsteilnehmenden. Durch die E-Klausur wird zumindest Letzteres nivelliert, sodass das Schriftbild sich zukünftig nicht mehr unterscheidet und unleserliche (z. B. an den Rand gequetschte) Textpassagen in Klausuren der Vergangenheit angehören. Auch die Problematik der Sternchenhinweise wird obsolet, da der Prüfling an jeder Stelle im Dokument elektronische Ergänzungen vornehmen kann oder ein Umkopieren von Textpassagen möglich ist.

In der Praxis kann man zudem beobachten, wie sich die Arbeitsweise der Studierenden wandelt. Inzwischen besuchen immer mehr Studierende die Vorlesung mit Laptops, die ihre Mitschriften elektronisch anfertigen, Gesetzestexte werden über Smart Devices aufgerufen statt in Loseblattsammlungen nachzuschlagen. Schriftliche Haus- und Seminararbeiten sind an den Universitäten als regelmäßige Darstellungsform elektronisch anzufertigen und dann entweder nur ausgedruckt oder (auch) als elektronische Datei im PDF-Format einzureichen. Auch häufen sich die Fragen nach elektronischen Klausuren. Darüber hinaus soll im Rahmen der (Schul-)Bildung die Digitalisierung zukünftig einen größeren Raum einnehmen²¹¹, sodass davon auszugehen ist, dass in einigen Jahren für Studierende und Referendare das Tippen dem mit der Hand Schreiben vom Gewöhnungsgrad gleichzustellen ist. Solange diese Arbeitsweise jedoch noch nicht in das vorgelagerte Ausbildungssystem vollständig integriert wurde, sind zumindest im Rahmen des Studiums oder Referendariats Kurse zur Förderung des 10-Finger-Systems und Schreibübungen am Computer zu integrieren, ggf. durch Verweis auf Drittanbieter. Eine Perfektionierung dessen gelingt durch Übung und obliegt den Studierenden/Referendaren selbst.

²¹⁰ Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 36.

²¹¹ Siehe hierzu das Investitionsprogramm Bayern Digital II der Bayerischen Staatsregierung, S. 9, www.regierung.oberfranken.bayern.de/mam/regierungsbezirk_oberfranken/digitalisierung/bayern_digital_investitionsprogramm_digitale_zukunft.pdf.

Die dann noch verbleibenden Unterschiede, wie die Tippgeschwindigkeit der Prüfungsteilnehmenden sind rechtlich nicht als eine Gleichbehandlung ungleicher Vergleichsgruppen zu werten und müssen daher hingenommen werden.²¹² Gleichheit bedeutet nämlich nicht Ergebnisgleichheit, die praktisch nicht umsetzbar ist. Vielmehr heißt Gleichheit Chancengleichheit. Bei angemessenen Übergangsfristen und der Einbindung elektronischer Klausuren in die Ausbildung ist die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als auch bei der derzeit erforderlichen handschriftlichen Anfertigung der Prüfungsarbeiten die unterschiedliche Schreibgeschwindigkeit der Prüfungsteilnehmenden im Hinblick auf den Grundsatz der Chancengleichheit zu Recht nie in Frage gestellt wurde.

c) Wahrung der Chancengleichheit durch Missbrauchsunterbindung

Darüber hinaus ist durch das Landesjustizprüfungsamt so weit wie möglich sicherzustellen, dass die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden nicht durch den Missbrauch oder Täuschungen des Systems durch Einzelne beeinträchtigt wird, Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 118 BV. Dies geht einerseits mit der Herstellung von IT-Sicherheit (S. 72 ff.) einher und ist andererseits durch eine „gerechte“ Gestaltung des Prüfungsverfahrens zu verwirklichen. Für das nicht regelkonforme Teilnehmen an einer berufsbefähigenden Prüfung ist grundsätzlich auf bestehende Vorschriften zur Sanktionierung (§ 11 BayJAPO) zurückzugreifen. Allerdings könnten sich auch neue, hiervon noch nicht erfasste Täuschungshandlungen durch eine Digitalisierung ergeben, die einer Unterbindung bedürfen. In diesem Abschnitt werden Missbrauchsrisiken bei elektronischen Prüfungen in Fallgruppen kombiniert dargestellt und ihre rechtliche Bedeutung anhand der bestehenden Verbotsregelungen untersucht. Zudem werden Möglichkeiten des technischen und/oder organisatorischen Umgangs mit entsprechenden Missbrauchsrisiken dargestellt, um die Chancengleichheit zu gewährleisten.

Fallgruppe: Unterbindung der Nutzung unerlaubter Hilfsmittel

Wie im Rahmen der schriftlichen Prüfungsleistung wird es auch im elektronischen Prüfungswesen Prüflinge geben, die sich nicht regelkonform verhalten. So schreiben einzelne bei anderen oder von „(elektronischen) Spickzetteln“ ab, führen unzulässige Hilfsmittel mit sich oder suchen Kontakt zu Personen und/oder Inhalten außerhalb des Prüfungsraums, um deren Hilfe für die Klausurlösung in Anspruch zu nehmen. Dieses Verhalten ist weitreichend von § 11 Abs. 1 BayJAPO umfasst und es bedarf daher grundsätzlich keiner weiteren Gesetzesanpassung, um die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden zu verbessern. Allerdings sind die Ladung der Prüflinge sowie die entsprechende Hilfsmittelbekannt-

²¹² Handke/Schäfer, E-Learning, E-Teaching und E-Assessment in der Hochschullehre, S. 174 m.w.N.

machung und Belehrung vor der Prüfung der Digitalisierung anzupassen und auf das Verbot der digitalen Missbrauchsmöglichkeiten einzugehen. Zudem sind die Prüfungsaufsichten entsprechend einzuweisen.

Allerdings ist ein solches (missbräuchliches) Verhalten ebenfalls durch Technischeinsatz zu unterbinden. So kann ein Abschreiben vom Bildschirm anderer Personen durch die Verwendung von Blickschutzfilter(-folien) unmöglich gemacht werden. Sollten diese als zu dunkel empfunden werden, könnten Trennwände helfen, ein Abschreiben zu verhindern.

Durch ein vorgegebenes Programm zur Klausurlösungserstellung und die Unterdrückung von prüfungsbeeinflussenden Programmen kann technisch die Chancengleichheit der Teilnehmenden gewährleistet werden. Wird die Hardware des Landesjustizprüfungsamtes eingesetzt, ist sicherzustellen, dass keine externen Geräte oder Datenträger an diese angeschlossen werden können bzw. hierdurch keine Manipulationsmöglichkeit gegeben ist. Da diese Einstellung bereits innerhalb der Justiz an den Arbeitsplätzen der Richter implementiert ist, dürfte dies kein Hindernis für die Einführung der E-Klausur darstellen.

Um eine elektronische Kommunikation der Prüfungsteilnehmenden untereinander oder mit Dritten zu verhindern, darf der Computer, über den die E-Klausur geschrieben wird, während der Prüfung über keinen Zugang zum Internet verfügen.²¹³ Hierdurch wird auch der Rückgriff von Prüflingen auf Internetinhalte unterbunden.

In rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass nicht alle denkbaren technischen Mittel eingesetzt werden müssen, um Unterschleif von vornherein unmöglich zu machen. Vielmehr reicht es aus, dass die Prüfungssoftware einen Unterschleif durch Nutzung unerlaubter Dateien, Internet etc. aufzeichnet und so eine nachträgliche Aufdeckung und Sanktionierung über § 11 JAPO möglich macht. Auch bei herkömmlichen Klausuren gibt es Hinweise, Appelle und eine Klausuraufsicht. Es finden Kontrollen statt, aber keine Totalprävention.

Gerade bei Verwendung von BYOD (aber nicht nur) kann sich u. U. herausstellen, dass technische Lösungen, die Betrugsversuche von vornherein unmöglich machen, entweder nicht 100 % der denkbaren Betrugsmöglichkeiten erfassen können (etwa neuartige technische „Tricks“) oder aber, dass schlicht der Kostenaufwand für eine 100 %ige Lösung zu hoch wäre. In diesem Fall reicht es aus, dass durch Maßnahmen wie kontinuierliche oder stichprobenartige Screenshots etc. zumindest nachträglich festgestellt und bewiesen werden könnte, ob ein Unterschleif begangen wurde, was dann zu einem Unterschleifverfahren führen würde. Ein solches Verfahren wird etwa in der Justizfachwirtprüfung in Pegnitz seit Jahren praktiziert.

²¹³ *Forgó/Graupe/Pfeifferbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 37.

Fallgruppe: Unterbindung von Dateimanipulationen

Darüber hinaus sind die zur Verfügung gestellten Computer derart auszugestalten, dass eine Manipulation einer Klausurdatei nicht möglich ist (S. 81 ff.).

Fallgruppe: Prüfungsabsolvierung durch den Prüfling

Eine Form der nicht regelkonformen Absolvierung einer Prüfung kann darin gesehen werden, dass der Prüfling die Prüfung nicht selbst absolviert, sondern einen Dritten hiermit beauftragt oder versehentlich auf einem anderen Platz sitzt. Das erstgenannte Verhalten wird bereits rechtlich hinreichend sanktioniert. Hinsichtlich organisatorischer Umsetzung sind jedoch – wie bereits heute üblich – die Aufsichtspersonen gefordert.²¹⁴ Dies gilt auch für die zweite Variante. Es ist durch die Aufsicht sicherzustellen, dass jeder an seinem Platz sitzt.

Anders als in der Vergangenheit gibt es bei der E-Klausur jedoch nicht mehr die Möglichkeit, ein Schriftgutachten einzuholen, da es kein Schriftbild mehr gibt, welches mithilfe eines grafologischen Gutachtens einer Person zugeordnet werden kann. Allerdings können inzwischen das Tippverhalten, der Schreibrhythmus und sogar Stil und Wortwahl Aufschluss darüber geben, ob eine Person einen Text verfasst hat.²¹⁵ Hierfür bedarf das System jedoch der Eingabe verschiedener Texte durch die zu untersuchende Person. Beispielsweise könnte eine Klausur im Rahmen des Referendariats mithilfe eines solchen lernenden Programms genutzt werden, um eine Vergleichbarkeit zu besitzen. Allerdings ist diese Datenverarbeitung rechtlich durch eine entsprechende gesetzliche Datenverarbeitungserlaubnis zu gestatten.²¹⁶

3. Ergebnis

Die Einführung der E-Klausur verstößt nicht gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz und das damit verbundene prüfungsrechtliche Gebot der Chancengleichheit.

Wenn diese Reform der Prüfungsform richtig gestaltet wird, werden sowohl „einheitliche Regeln für Form und Verlauf der Prüfungen“ als auch die „Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse während der Prüfung“ gewährleistet. Was die Einheitlichkeit der Regeln betrifft, ist auf Folgendes zu achten:

²¹⁴ Vgl. zu den diversen (technischen) Möglichkeiten der Bestätigung der Originalität der Prüfungsleistung *Forgó/Graupe/Pfeiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 27 ff.

²¹⁵ Vgl. *Bartmann*, Benutzerauthentisierung durch Analyse des Tippverhaltens mit Hilfe einer Kombination aus statistischen und neuronalen Verfahren, 2. Aufl. 2014.

²¹⁶ Vgl. *Dotzler*, Datenschutzrechtliche Aspekte und der Einsatz biometrischer Systeme in Unternehmen, 2019.

- Grundsätzlich muss die E-Klausur als Prüfungsform für jeden Prüfungsteilnehmenden innerhalb eines Prüfungstermins gelten, soweit kein Wahlrecht in rechtskonformer Weise ausdrücklich eingeräumt wird.²¹⁷
- Unschädlich ist es, wenn im Rahmen einer Pilotphase zur gleichen Zeit Teilnehmende in anderen Bundesländern ihre Staatsprüfung unter abweichenden Formbedingungen absolvieren (sachlich gerechtfertigte „horizontale Ungleichbehandlung“).²¹⁸
- Unschädlich ist es ebenfalls, dass Teilnehmende diesseits und jenseits des Stichtages, an dem die Umstellung zur E-Klausur erfolgt, unterschiedliche Prüfungsformen haben (sachlich gerechtfertigte „vertikale Ungleichbehandlung“); S. 118 ff.

Was wiederum die Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse betrifft, ist dafür zu sorgen, dass die individuelle Prüfungsausstattung bei allen Prüfungsteilnehmenden eines Prüfungstermins vergleichbar ist. Das ist problemlos der Fall, soweit alle ihre Klausur an einem identisch ausgestatteten und konfigurierten Prüfungsrechner schreibt. Soweit das LJPA die Benutzung eigener Rechner erlaubt (BYOD-Variante), bestehen durchaus Unklarheiten hinsichtlich der unterschiedlichen Leistungskraft der technischen Ausstattung. In diesem Fall kommt es darauf an, dass die vom Prüfungsamt gestellte Prüfungssoftware und ihre Einbindung in die mitgebrachten Betriebssysteme der Kandidaten eine „Benutzeroberfläche“ schafft, die etwaige technische Leistungsunterschiede hinreichend nivelliert.²¹⁹

Unschädlich ist wiederum die jeweilige Fähigkeit der Prüflinge, das System zu bedienen. Zum einen bedarf die Umstellung auf die E-Klausur einer Erprobungs- und Übungsphase,²²⁰ die jedem Teilnehmer das notwendige Wissen und die Fertigkeit verschafft, die für eine chancengleiche Prüfung erforderlich sind. Zum anderen lässt sich im Hinblick auf eine solche Leistungsbeurteilung ohnehin auch sonst keine „Gleichheit“ herstellen.

III. Ist die E-Klausur unbezahlbar? Rechtliche Bindungen der Refinanzierung staatlicher Leistungen

1. Die E-Klausur als „Kostentreiber“

Unabhängig von der Gestaltung der Digitalisierung des Prüfungsverfahrens bedarf die mit der E-Klausur zusammenhängende Anschaffung der technischen Be-

²¹⁷ Hierzu S. 110 ff.

²¹⁸ Hierzu S. 113 ff.

²¹⁹ Vgl. *Schmees/Horn*, E-Assessments an Hochschulen, S. 174.

²²⁰ *Forgó/Graupe/Pfeifferbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 37.

triebsmittel und der technischen Infrastruktur der Finanzierung. Neben einer Finanzierung dieser Neuerung über den Staatshaushalt (die hier als politische Entscheidung ausgeblendet werden soll)²²¹, gibt es weitere direkte oder indirekte Finanzierungsmöglichkeiten. Im Folgenden werden als unmittelbare Finanzierungsmodelle die Einführung von Prüfungsgebühren (direkte Finanzierung) oder die Nutzung eines Sponsorings (indirekte Finanzierung) bezüglich ihres rechtlichen Rahmens und ihrer rechtlichen Gestattung ausgewertet.

2. Rechtliche Grenzen einer Gebührenfinanzierung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung

a) Begriffliche Grundlegung

Als Finanzierungsmöglichkeit kommt das Erheben von (Prüfungs-)Gebühren in Betracht. Darunter werden „öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die der Gebührengläubiger vom Gebührenschuldner für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen erhebt“, verstanden.²²² Eine Gebühr setzt daher zwingend eine Gegenleistung voraus.²²³ Im Bereich der Zweiten Juristischen Staatsprüfung besteht die öffentliche Leistung in der Zulassung der Prüfungsteilnehmenden, dem Abhalten der Prüfung (hierzu zählen insbesondere die Erstellung von Prüfungsaufgaben, das Korrigieren von Klausuren und die Durchführung der mündlichen Prüfung) sowie der Ergebnismitteilung. Bei der E-Klausur kommt die komplette oder zumindest teilweise Bereitstellung der IT-Infrastruktur (Hardware, Software, IT-Dienste) hinzu. Diese Leistungen sind somit grundsätzlich einer „Prüfungsgebühr“ zugänglich.

b) Prüfungsgebühren heute

Gebührenpflichtige (Abschluss-)Prüfungen sind heute bereits zahlreich vorhanden: Für das erstmalige Ablegen einer Prüfung werden Gebühren vor allem bei außeruniversitären Ausbildungen oder staatlichen Anerkennungsprüfungen erhoben.²²⁴

Im Bereich der juristischen Ausbildung finden sich Gebühren für die Wiederholung einer Prüfung zur Notenverbesserung²²⁵ oder die erfolglose Erhebung eines Widerspruchs²²⁶ oder Nachprüfungsverfahrens.²²⁷ Darüber hinaus werden

²²¹ Vgl. zu den Kosten des Pilotprojekts in Sachsen-Anhalt 2018 den Bericht von *Burgdorf*, in: Beurskens et al., *Juristusbildung* 4.0, 2021, S. 114.

²²² Vgl. § 3 Abs. 4 BGeBG.

²²³ Vgl. *Lissack*, *Bayerisches Kommunalrecht* 2009, § 6 Rn. 2.

²²⁴ U. a. § 25 ÜDPO (Bayern), § 20 BayAPOFspl, § 22 Prüfungsordnung über die staatliche Prüfung zur Heilerziehungspflegerin/zum Heilerziehungspfleger.

²²⁵ U. a. § 2 JAGebO NRW.

²²⁶ Vgl. *JurPrüfWiGebO* Berlin vom 11.4.2005, GVBl. 2005, 226.

²²⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Nr. 2 BayKG.

durch allgemeine landesrechtliche Regelungen Gebühren für das Überschreiten der Regelstudienzeit um eine bestimmte Anzahl an Semestern²²⁸, ein Zweitstudium²²⁹ oder Gaststudierende²³⁰ erhoben. Prüfungsgebühren für das erstmalige Ablegen einer Staatsprüfung werden (wohl aus bildungspolitischen, vielleicht auch rechtlichen Erwägungen) bislang nicht erhoben.

Die Regelungen legen dabei teilweise die genaue Höhe fest,²³¹ an manchen Stellen wird den Bildungseinrichtungen ein Spielraum gelassen.²³²

c) Rechtliche Grenzen auf internationaler Ebene

Die rechtliche Zulässigkeit einer Prüfungsgebühr für die Zweite Juristische Staatsprüfung ist zunächst anhand des internationalen Rechts zu prüfen.

Bedeutung erlangt hierbei der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)²³³, welcher als multinationaler völkerrechtlicher Vertrag in Deutschland seit dem 3.1.1976 in Kraft ist²³⁴ und durch die Ratifizierung gem. Art. 59 Abs. 2 GG den Rang eines formellen Bundesgesetzes inne hat (Transformationstheorie) bzw. innerstaatlich vollziehbar ist (Vollzugstheorie).²³⁵ Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedermann zugänglich gemacht werden muss.“

Der Einführung einer Prüfungsgebühr für die Zweite Juristische Staatsprüfung als Abschluss des Juristischen Vorbereitungsdienstes scheint Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR zunächst nicht entgegenzustehen. Doch ist die gesamte juristische Ausbildung, bestehend aus Hochschulstudium, Erster Juristischer Prüfung, Vorbereitungsdienst und Zweite Juristische Staatsprüfung, eventuell einheitlich zu betrachten. So könnten sich Personen gegen ein unentgeltliches Studium der Rechtswissenschaften entscheiden, wenn auf dem anschließenden Weg zum „Volljuristen“ Kosten entstünden. Dies kann indes dahinstehen, wenn bereits die Einführung von Prüfungsgebühren in der Ersten Juristischen Staatsprüfung im Einklang mit Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR vollzogen werden könnte.

²²⁸ U. a. § 4 ThürHGEG, § 112 HSGLSA.

²²⁹ U. a. § 8 LHGebG (Baden-Württemberg).

²³⁰ Bspw. § 1 HSchGebV (Bayern), § 3 LHGebG (Baden-Württemberg).

²³¹ Bspw. § 2 Abs. 1 Saarländisches Hochschulgebührengesetz.

²³² Bspw. § 111 Abs. 2 HSGLSA.

²³³ BGBl. 1973 II, 1569 ff.

²³⁴ Vgl. BGBl. 1976 II, 428.

²³⁵ Weitergehende Ausführungen zu Transformations- und Vollzugstheorie: *Butzer/Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 59 Rn. 97 f.

Eine etwaige Gebührenregelung wäre rechtswidrig, wenn der Einzelne subjektive Rechte aus Art. 13 IPwskR ableiten und die Regelung mit dieser Norm nicht in Einklang gebracht werden könnte.

Bereits die Frage, ob der IPwskR dem Einzelnen konkrete Rechte verleiht, ist umstritten. Während das OVG Münster Art. 13 IPwskR nicht als innerstaatlich unmittelbar geltendes Recht ansieht,²³⁶ zählt das BVerfG den völkerrechtlichen Vertrag zu den in Deutschland geltenden Regeln.²³⁷ Doch auch wenn man der Auffassung folgt, Art. 13 IPwskR sei konkret genug, um dem Einzelnen subjektive Rechte zu verleihen, stellt sich die Frage, ob das Einführen einer Prüfungsgebühr am Ende eines Hochschulstudiums die „allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit“²³⁸ in Frage stellt. Angesichts dessen, dass selbst die Einführung von allgemeinen Studiengebühren vom BVerwG als mit dem IPwskR vereinbar gehalten wurde,²³⁹ kann erst recht bei einer einmaligen Prüfungsgebühr davon ausgegangen werden, dass dadurch das System einer von finanzieller Ausgrenzung freien Hochschulbildung, wie es Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR bezweckt, nicht grundlegend beeinträchtigt werden würde.

Demnach wäre die Einführung von Prüfungsgebühren bereits in der Ersten Juristischen Staatsprüfung zulässig, sodass dies erst recht für die – sich nicht an ein Hochschulstudium anschließende – Zweite Juristische Staatsprüfung gelten muss.

d) Rechtliche Grenzen des nationalen Rechts

Des Weiteren sind die nationalen rechtlichen Grenzen für die Einführung einer Prüfungsgebühr auszuloten. Wie auch die allgemeinen Studiengebühren wird die Prüfungsgebühr im Lichte des chancengleichen Ausbildungszugangs zu betrachten sein.

2002 plante der Bundesgesetzgeber das Studium gebührenfrei zu gestalten. Auch wenn dies vor allem für die Erste Juristische Staatsprüfung interessant scheint, ist zu beachten, dass die damalige Regelung vom BVerfG für mit dem Grundgesetz unvereinbar gehalten wurde.²⁴⁰ Dabei erfolgte die Entscheidung jedoch nur aufgrund der mangelnden Kompetenz des Bundesgesetzgebers; eine Entscheidung über die Sozialverträglichkeit erfolgte nicht. Auch wenn sich aus dem Bestreben des damaligen Gesetzgebers ablesen lässt, dass das Bildungsangebot in Deutschland grundsätzlich kostenfrei sein soll, so endete eben die damals vorgesehene Regelung mit dem ersten berufsqualifizierenden Abschluss, somit hier der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Zudem können Erwägungen des Bun-

²³⁶ OVG Münster, Urt. v. 9.10.2007 – 15 A 1596/07 – BeckRS 2007, 27349.

²³⁷ BVerfG, Urt. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 – 1 BvL 2/11 – NVwZ 2012, 1024.

²³⁸ BVerwG, Urt. v. 15.12.2010 – 6 C 10/09 – NVwZ 2011, 1272, 1275.

²³⁹ BVerwG, Urt. v. 15.12.2010 – 6 C 10/09 – NVwZ 2011, 1272, 1275.

²⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 26.1.2005 – 2 BvF 1/03 – JuS 2005, 557.

desgesetzgebers, die außerhalb der ihm zustehenden Kompetenz liegen, eine eigenständige Bewertung und Entscheidung der Frage durch die zuständigen Länder nicht präjudizieren.

Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG beinhalten das Recht auf chancengleichen Zugang. Durch die Einführung von (Prüfungs-)Gebühren könnten finanziell schwächere Prüfungsteilnehmende in diesem Recht verletzt werden. Auch wenn eine einmalige Prüfungsgebühr im Vergleich zu anderen Ausbildungen oder den früheren Studiengebühren sozialverträglicher sein dürfte, könnte z.B. durch Ausgleichsmechanismen und Härtefallklauseln gewährleistet werden, dass jeder Prüfling die Chance zur Teilnahme an den Juristischen Staatsprüfungen hat.

Weiter zu beachten ist der ungeschriebene Grundsatz des Vertrauensschutzes. Durch die kurzfristige Einführung der Prüfungsgebühren könnten Prüfungsteilnehmende, die sich bereits im Referendariat befinden, in ihrem Vertrauen auf gebührenfreie Prüfungen verletzt sein. Wie weit der Vertrauensschutz jeweils reicht, ist unter Berücksichtigung des Einzelfalls und in Hinblick auf das Gewicht der beabsichtigten Änderung zu beurteilen.²⁴¹ Bei der Einführung einer zukünftigen, einmaligen Gebühr im Bereich von wenigen Hundert Euro, wie dies auch bei anderen Prüfungsgebühren der Fall ist, dürfte der Vertrauensschutz indes nicht beeinträchtigt sein. Die sich – in einigen Bundesländern²⁴² – zu beobachten lassende Rückkehr hin zu einer Verbeamtung (auf Widerruf) ihrer Rechtsreferendare wirft die Frage auf, ob für diese die Einführung einer Gebührenpflicht für das Zweite Staatsexamen zulässig ist. Mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 hat das Bundesverwaltungsgericht geurteilt, dass die Erhebung von Prüfungsgebühren von verbeamteten Referendaren unzulässig ist: „Nach der bundesrechtlichen Lastenverteilung zwischen Dienstherrn und Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst trägt der Dienstherr die Kosten der Ausbildung.“²⁴³ Demnach ist eine gebührenpflichtige Prüfung am Ende einer unentgeltlichen Ausbildung in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis unzulässig.²⁴⁴ Jedenfalls in jenen Bundesländern, die ihre Referendare verbeamten, würde dies der Finanzierung einer E-Klausur durch von den Prüfungsteilnehmenden erhobenen Gebühren entgegenstehen. Gegen eine solche Finanzierung in anderen Bundesländern, in denen Referendare im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnisses ausgebildet werden, spricht dagegen nichts. Die Länder der bisherigen Pilotprojekte²⁴⁵ Sachsen-Anhalt, Sachsen und Rheinland-Pfalz kamen jedoch

²⁴¹ *Dieterich*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht 8. Aufl. 2022, Rn. 68.

²⁴² Siehe oben S. 86 ff.

²⁴³ BVerwG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 C 20/02 – DVBl. 2004, 320, juris-Rn. 13.

²⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 C 20/02 – DVBl. 2004, 320; der Auffassung des BVerwG folgend *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht 8. Aufl. 2022, Rn. 163.

²⁴⁵ Vgl. Kap. 1, A. (S. 16 ff.).

bisher ohne Gebühren aus. In Sachsen-Anhalt werden den Referendaren sogar die Übernachtungskosten in Halle (Saale) erstattet, sofern sie von außerhalb anreisen.²⁴⁶

Dass bzgl. der Rechte und Pflichten der in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis ausgebildeten Rechtsreferendare nach dem jeweiligen Landesrecht weitgehend die für Beamte auf Widerruf geltenden Bestimmungen²⁴⁷ und auf die ihnen gewährte Unterhaltsbeihilfe die Vorschriften des Besoldungsrechts entsprechend anzuwenden sind²⁴⁸, ändert hieran nichts. Das BVerwG hat in der genannten Entscheidung vom 25.9.2003 eine Gebührenpflicht für Rechtsreferendare, die nicht in einem Beamtenverhältnis, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis stehen, explizit als zulässig angesehen; maßgeblich hierfür ist, dass das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis trotz der entsprechenden Anwendung beamten- und besoldungsrechtlicher Vorschriften eben kein Dienst- und Treueverhältnis zum Dienstherrn wie ein Beamtenverhältnis ist, was beispielsweise auch eine unterschiedliche Regelung der Referendarbezüge rechtfertigt.²⁴⁹ Diese divergierende Rechtslage bei verbeamteten und nicht-verbeamteten Referendaren wird Fragen hinsichtlich des Gleichbehandlungssatzes aufwerfen und – jedenfalls in diesem Punkt – möglicherweise die Rechtsprechung, des BVerwG herausfordern. Dies insbesondere angesichts des Umstandes, dass innerhalb desselben Bundeslandes verbeamtet wird oder – mangels erforderlicher Voraussetzungen – auch nicht.²⁵⁰

e) Ergebnis

Der Einführung von Prüfungsgebühren in der juristischen Ausbildung stehen keine zwingenden rechtlichen Gründe entgegen. Einzige Ausnahme hiervon bildet die Zweite Juristische Staatsprüfung insoweit, als jene Rechtsreferendare betroffen sind, die ihren Vorbereitungsdienst als Beamte auf Widerruf ableisten, wie dies derzeit in Mecklenburg-Vorpommern und Hessen der Fall ist. Die Erhebung einer Prüfungsgebühr für sie ist de lege lata unzulässig.

Bei der konkreten Ausgestaltung sind die Grundsätze der Chancengleichheit (Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG) und des Vertrauensschutzes zu beachten. Dies betrifft besonders die Berücksichtigung von Härtefällen und Aspekte des Übergangsrechts.²⁵¹ Unter diesen Umständen kommt eine Finanzierung der

²⁴⁶ Vgl. Merkblatt zur elektronischen Anfertigung von Aufsichtsarbeiten, Ministerium für Justiz und Gleichstellung, Stand Juni 2019, abrufbar unter: https://ljpa.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MJ/MJ/ljpa/zjs-merk-klausur.pdf.

²⁴⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 SiGjurVD.

²⁴⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 5 Satz 2 SiGjurVD.

²⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 C 20/02 – DVBl. 2004, 320, juris-Rn. 17.

²⁵⁰ Siehe hierzu § 26 Abs. 2 JAG-Hessen (GVBl. S. 232).

²⁵¹ Hierzu S. 118 ff.

Mehrkosten für die Organisation der E-Klausur über eine Prüfungsgebühr in Betracht. Ob man davon Gebrauch machen möchte, ist eine politische Frage. Deshalb werden im Anschluss alternative Finanzierungsmodelle erörtert.

3. Rechtliche Grenzen eines Sponsorings der Zweiten Juristischen Staatsprüfung

a) Begriffliche Grundlegung

Sponsoring beschreibt die Förderung von Personen, Organisationen, Veranstaltungen von einer Person, Organisation oder Unternehmen durch Geld-, (geldwerte) Sach- und Dienstleistungen mit dem Ziel, neben der Förderung des Begünstigten dadurch einen werblichen oder sonst öffentlichkeitswirksamen Vorteil zu erreichen.²⁵²

Gerade in Bezug auf die Verwaltungspraxis, wozu die Prüfungsorganisation gehört, wird begrifflich folgendes zugrunde gelegt: „Verwaltungssponsoring ist ein Rechtsgeschäft, bei dem sich ein Privater dazu verpflichtet, einer Verwaltungseinheit Geld, Sachen oder Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen, um die Wahrnehmung einer Verwaltungstätigkeit dieser Verwaltungseinheit zu fördern, und bei dem sich die Verwaltungseinheit im Gegenzug zu einer kommunikativen Gegenleistung verpflichtet. Sie besteht regelmäßig darin, dass die Verwaltung entweder aktiv auf die Förderung durch den Sponsor hinweist oder diesem die Gelegenheit gibt, selbstständig mit seinem Engagement zu werben.“²⁵³

Das Sponsoring ist von der Spende zu unterscheiden. Spenden sind „freiwillige und unentgeltliche Leistungen zur Förderung mildtätiger, kirchlicher, religiöser, wissenschaftlicher und staatspolitischer Zwecke“.²⁵⁴ Eine gewisse Zweckbestimmung steht der Freiwilligkeit nicht entgegen.²⁵⁵ Im Unterschied zum Sponsoring wird also auf eine Werbeleistung verzichtet.

Darüber hinaus gibt es noch mäzenatische Zuwendungen. Hierbei handelt es sich, wie bei der Spende, um die „echte, uneigennützige Förderung gesellschaftlicher Ziele und Gruppierungen ohne (konkrete) eigene geschäftliche Nutzungserwartungen“.²⁵⁶ Zur Spende ist die mäzenatische Zuwendung anhand von § 10b EStG abzugrenzen. Nur die Förderung von dort nicht aufgeführten Zwecken un-

²⁵² Abhängig von der Zugrundelegung einzelner rechtlicher Vorgaben kann der Sponsoringbegriff divergieren.

²⁵³ *Remmert*, DÖV 2010, 583, 590 ff.

²⁵⁴ *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, 2. Abschnitt. Grundelemente eines Compliance-Systems, 4. Kapitel. Compliance-Programm § 33. Tax Compliance Rn. 63 m.w.N.; vgl. BFH, Urt. v. 25.11.1987 – I R 126/85 – NJW 1988, 1110.

²⁵⁵ *Dennerlein/Weber*, in: *Gabler Wirtschaftslexikon*, abrufbar unter: <http://wirtschftslexikon.gabler.de/Archiv/54317/spenden-v12.html>.

²⁵⁶ *Betzinger*, Sponsoring im öffentlichen Raum, S. 26.

terfällt dem Spendenbegriff, während alles andere als mäzenatische Zuwendung einzuordnen ist. Die Anonymität der Zuwendung soll dagegen kein geeignetes Abgrenzungskriterium sein.²⁵⁷ Die Abgrenzung zum Sponsoring ist demnach ebenfalls anhand der Gegenleistung zu treffen.

b) Sponsoringmodelle

Als ein mögliches Sponsoringmodell kommt eine Überlassung von Sachgütern, beispielsweise den prüfungsermöglichenden Computern oder Laptops mitsamt dem erforderlichen technischen Equipment, in Betracht. Auf diesen würden die Prüfungsteilnehmer dann die Examensklausuren erstellen. Hierdurch kann das Sponsoringunternehmen einen Werbeeffect generieren. Einerseits dienen die Logos sowie der Umgang mit dem entsprechenden Gerät als Werbung. Andererseits gibt es mit Sicherheit Studierende, die sich einen entsprechenden Computer bzw. Laptop anschaffen, um sich auf „Examensrechnern“ bzw. deren Tastaturen möglichst wirklichkeitsgetreu vorbereiten zu können. Neben einer unbefristeten Überlassung der „Examenscomputer“, bestünde zudem die Möglichkeit der zeitlich befristeten Überlassung.

Darüber hinaus ist die Überlassung eines Geldbetrages als Sponsoringleistung zu sehen. Dies kann insbesondere mit der Nutzung von Werbeflächen in gewissem Kontext zum gesponserten Inhalt verknüpft werden. Beispielsweise könnten Kanzleien vor dem Prüfungsraum gegen einen entsprechenden Sponsoringbetrag Flyer auslegen und Poster aufhängen.

Weiter kann auch nur eine Dienstleistung in Form der Wartung der vorhandenen Computer oder kostenfreie Übernahme des entsprechenden IT-Outsourcings eine Sponsoringleistung darstellen.

c) Sponsoringverbot von Justiz und Staatsexamensprüfungen?

Der Einsatz von Sponsoring ist gesetzlich im öffentlichen Sektor weitgehend detailliert normiert. Dies ist erforderlich, da insbesondere im öffentlichen Bereich die Annahme von Vorteilen für sich oder Dritte problematisch ist. Die Vorteilsannahme bzw. Bestechlichkeit sowie die Vorteilsgewährung und Bestechung ist für alle Beteiligten strafbar, §§ 331 ff. StGB.

aa) Rechtliche Vorgaben zum Sponsoring im öffentlichen Bereich

So regelt die allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Schenkungen), dass Sponsoring unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein

²⁵⁷ Betzinger, Sponsoring im öffentlichen Raum, S. 26.

kann.²⁵⁸ Nach dieser Verwaltungsvorschrift liegt Sponsoring jedoch „nicht vor, wenn der Private und die Dienststelle auf Grund gleichgerichteter Zielsetzungen eine angemessene Kostenteilung vereinbaren“.²⁵⁹

In Bayern gibt die Richtlinie zum Umgang mit Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatischen Schenkungen in der staatlichen Verwaltung vom 14.10.2010 (hier bezeichnet als Sponsoring-Richtlinie) Handlungsanweisungen in diesem Bereich.²⁶⁰ Vorliegend wird die Zulässigkeit von Finanzierungsmodellen für die Zweite Juristische Staatsprüfung betrachtet. Die Bildungsverwaltung mitsamt dem Prüfungswesen erfolgt unter der Koordination durch das Landesjustizprüfungsamt, dessen Rechtsträger der Freistaat Bayern ist. Werden diese Akteure gesponsert bei ihren Aufgaben, bedarf es der Berücksichtigung der genannten Richtlinie. Eine vollständige Kostenübernahme ist hiernach nicht gestattet. Als Ergänzung kann ein Sponsoringmodell aber zulässig sein, 3.1 Sponsoring-Richtlinie.

Als Grundsätze sind nach 3.2 der Sponsoring-Richtlinie beim Sponsoring in der öffentlichen Verwaltung zu berücksichtigen:

- Wahrung der Integrität und des Ansehens der öffentlichen Verwaltung,
- Vermeidung eines Anscheins fremder Einflussnahme bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben,
- Sicherung des Budgetrechts des Bayerischen Landtags,
- vollständige Transparenz bei der Finanzierung öffentlicher Aufgaben,
- Vorbeugung gegen jede Form von Korruption und unzulässiger Beeinflussung sowie Flankierung korruptionspräventiver Maßnahmen.

Hierdurch soll sichergestellt werden, dass jeglicher Verdacht auf ein strafbares Verhalten aller Akteure vermieden wird.

bb) Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungssponsorings in Bayern

Das Sponsoring ist nach 4.1 der Sponsoring-Richtlinie grundsätzlich zulässig, wenn:

- die Neutralität der öffentlichen Verwaltung gewahrt bleibt,
- nicht gegen Rechtsvorschriften oder das öffentliche Wohl verstoßen wird,

²⁵⁸ Bundesanzeiger Nr. 126, S. 14906.

²⁵⁹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Schenkungen), Bundesanzeiger Nr. 126, S. 14906.

²⁶⁰ Richtlinie zum Umgang mit Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatischen Schenkungen in der staatlichen Verwaltung vom 14.10.2010, Az.: B II 2-G24/10 – AllIMBl, S. 239.

- das Ansehen und die Interessen der Verwaltung nicht beeinträchtigt werden,
- die sachgerechte und unparteiische Aufgabenerfüllung gewährleistet bleibt,
- der Wettbewerb nicht eingeschränkt wird.

Diese stark einschränkenden Vorgaben sollen sicherstellen, dass die Verwaltung ihren Aufgaben, Verantwortungs- und Kompetenzbereichen gerecht wird und nicht monetäre Interessen dem entgegenstehen. Zudem wird hierdurch vermieden, dass das Vertrauen in den Staat und seine Einrichtungen schwindet und der Eindruck entsteht, dass diese käuflich seien. Wird ein Sponsoringvorhaben diesen Voraussetzungen nicht gerecht, ist es unzulässig.

Insbesondere ist nach 4.2 der Sponsoring-Richtlinie ein Sponsoring im Bereich der Bildung zulässig. Darunter fällt auch die Referendarausbildung. Soweit die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, wäre ein Sponsoring von Computern für die Referendarausbildung zulässig.

cc) Verbote eines Verwaltungssponsorings

In Ausnahmefällen kann das Sponsoring jedoch auch ausgeschlossen sein. So besagt 4.3(1) der Sponsoring-Richtlinie, dass Sponsoring ausgeschlossen ist, wenn der Anschein entstehen könnte, Verwaltungshandeln würde durch die Sponsoringleistung beeinflusst werden. Ein solcher Anschein liegt vor allem vor bei Sponsoring im unmittelbaren Zusammenhang mit überwiegend hoheitlichen Kernaufgaben der Behörden und sonstigen Einrichtungen des Freistaates Bayern, insbesondere bei der Durchführung schulischer oder berufsbezogener Prüfungen oder Eignungsprüfungen.

Fraglich ist, ob in den enumerativ aufgezählten Verwaltungskontexten eine unwiderlegbare oder widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die Neutralität staatlichen Handelns oder die sachgerechte und unparteiische Aufgabenerfüllung gefährdet ist.

Der Wortlaut spricht eindeutig für eine unwiderlegbare Vermutung. Allerdings sind die vorgenommenen Ausnahmeregelungen im Hinblick auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis restriktiv auszulegen.

Deshalb stellt sich die Frage, was im unmittelbaren Zusammenhang mit überwiegend hoheitlichen Kernaufgaben des Landesjustizprüfungsamtes steht und was unter „Durchführung [...] berufsbezogener Prüfungen“ zu verstehen ist. Das Zweite Juristische Staatsexamen ist eine berufsbezogene Prüfung.

Generell dient die Vorschrift einerseits dazu, dass die Verwaltung sich nicht in ihre hoheitlichen Kernbereiche durch Dritte aufgrund monetärer Vorteilsgewährung blicken lässt und gleichsam verhindert wird, dass der Eindruck erweckt würde, man könnte von der Verwaltung (ohne Beachtung der gesetzlichen Vorgaben) einen unberechtigten Vorteil „erkaufen“.

Die Durchführung einer Klausur bezieht sich auf die inhaltliche Komponente des Prüfungsstoffes, die Modalitäten der Abnahme und die Bewertung. Diese Elemente in staatlicher Obhut zu belassen, schafft eine generationsübergreifende Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen und -ergebnisse und gewährleistet zudem Chancengleichheit für die Prüfungsteilnehmenden.

Die Durchführung von Prüfungsleistungen als hoheitliche Aufgabe des Landesjustizprüfungsamtes besitzt sowohl hoheitliche als auch nichthoheitliche Elemente. Während die erstgenannten Inhalte besonders schutzwürdig sind, sind die letztgenannten nicht dem hoheitlichen Kernbereich der Verwaltung zuzuordnen.

Hoheitliche Elemente, die der Aufgabenerfüllung des Justizprüfungsamtes dienen, sind insbesondere die Entscheidung über die Zulassung von Prüflingen, die Auswahl der Klausur, die Erstellung der Prüfungsaufgaben, die Gewährleistung der chancengleichheitsgewährenden Prüfungsdurchführung sowie die Leistungsbewertung und der Erlass des Bescheides über das Prüfungsergebnis.

Nichthoheitliche Aufgaben sind jene Tätigkeiten, die mittels fiskalischer Hilgeschäfte durch die Verwaltung erfüllt werden können. Hierzu gehört die Anschaffung von Prüfungsmaterial wie Papier oder auch Laptops sowie die Anmietung von Prüfungsräumen. Diese dienen zwar auch dem Zweck der Klausurdurchführung, gehören aber nicht zur Durchführung der Klausur selbst, da sie nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit überwiegend hoheitlichen Kernaufgaben des Landesjustizprüfungsamtes liegen.

Somit erstreckt sich das Sponsoringverbot auf alle inhaltlichen und personellen Entscheidungen im engen Kontext der Examensprüfungen. Die Beschaffung von Prüfungsmaterial erstreckt sich hierauf nicht, da diese in keinen Zusammenhang mit dem Prüfungsinhalt steht. Es liegt auch kein unbenanntes Sponsoringverbot („insbesondere“) vor, da die Grundvoraussetzung des Eindringens in den hoheitlichen Kernbereich des Verwaltungshandelns hier nicht einschlägig ist.

Zudem wäre es schwerlich vertretbar, wenn Computer zu Bildungszwecken kostenfrei Referendaren zur Verfügung gestellt werden dürfen und in der jeweiligen Prüfungssituation kein Gebrauch hiervon gemacht werden dürfte.

Darüber hinaus muss beachtet werden, dass ein herkömmlicher Kauf der entsprechenden Prüfungsmaterialien (wie etwa das Prüfungspapier) grundsätzlich als zulässig angesehen wird. Warum sollte dies beim Sponsoring anders sein? Statt der monetären Gegenleistung wird dort eine Werbemaßnahme als Gegenleistung gewertet. Wir leben in einer Zeit, in der keine Geldwirtschaft in Reinform mehr besteht. So etablieren sich immer mehr Geschäftsmodelle, bei denen mit Daten bezahlt wird, oder auch werbliche Vorteile die Gegenleistung sind. Eine Ablehnung dieser Gegenwerttheorie müsste zwangsläufig nach sich ziehen, dass auch das Bestehen von Geschäftsbeziehungen jeglicher Art mit dem Landesjustizprüfungsamt als kritisch gewertet werden könnte.

Allerdings ist im Rahmen des Sponsoringvertrags darauf zu achten, dass diese Gegenleistung plausibel begründet wird. Das Sponsoringverbot dient nämlich auch dazu, den bösen Schein in der Bevölkerung im Keim zu ersticken. Spekulationen können durch die transparente, begründete Gegenleistungsidee des Sponsors unterbunden werden.

So kann der Anschein der Beeinflussung des Verwaltungshandelns je nach Form des Sponsorings ausgeschlossen werden: beispielsweise bei einem finanziellen Sponsoring, bei dem Kanzleien und Unternehmen vor dem Prüfungsraum Werbung aufstellen dürfen. Auch die Prüfungsrechner verfügen unabhängig davon, ob sie erworben oder kostenfrei zur Verfügung gestellt wurden, immer über ein Logo. Es stellt sich die Frage, ob dieses Logo geeignet ist, bei den Prüfungsteilnehmenden einen Eindruck zu erzeugen, dass hierdurch das Verwaltungshandeln durch das Unternehmen beeinflusst wird.

In diesem Zusammenhang ist auch auf 4.3.3 der Sponsoringrichtlinie hinzuweisen, wonach Sponsoring „im unmittelbaren Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge“ unzulässig ist. Es darf somit nicht der Anschein erweckt werden, dass sich etwa ein Hersteller von Laptops durch kostenlose Lieferung Vorteile bei anderweitigen Beschaffungen des Freistaats Bayern „erkaufen“ will.

Da die Ausnahmevorschriften des 4.3 eng auszulegen sind, ist für den vorliegenden Fall insbesondere auch das Sponsoringverbot zugunsten von Gerichten und Staatsanwaltschaften (4.3.2) vorliegend als nicht einschlägig zu werten. Das Justizprüfungsamt ist eine beim Justizministerium errichtete, eigenständige oberste Landesbehörde²⁶¹, welche nicht als Gericht oder Staatsanwaltschaft, d.h. der Judikative, zuzuordnen ist, sondern der Exekutive angehört.

d) Exkurs: Allgemeines Sponsoringverbot für Hochschulprüfungen?

Was die Universitätsprüfung im Studienschwerpunkt (als Bestandteil der Ersten Juristischen Prüfung) betrifft, ist zu beachten, dass die besagte Richtlinie Hochschulen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt, vgl. 1.1 Satz 2 der RL. In anderen Bundesländern gibt es eine entsprechende Ausnahme hingegen nicht.²⁶² Daher stellen sich für die Erste Juristische Staatsprüfung weitere Fragen im Bereich des Sponsorings, welche vorliegend nur angeschnitten werden.

²⁶¹ Vgl. § 1 der Verordnung über das Landesjustizprüfungsamt und die Fortgeltung und Anerkennung von rechtswissenschaftlichen Studien und juristischen Prüfungen (StPrüfDVJu).

²⁶² Richtlinie der Landesregierung Niedersachsens zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung in der Landesverwaltung vom 1.4.2014, MI-11.31-03019/2.4.1.3. – Nds. MBl. S. 330.

Da es keine ausdrückliche Regelung für Sponsoring an Hochschulen in Bayern gibt, ist dieses Finanzierungsmodell in der Literatur umstritten. Die in der Praxis durchgesetzte Auffassung besagt jedoch, dass „das Sponsoring eines Hochschullehrers immer dann von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist, wenn die kommunikative Gegenleistung von untergeordneter Bedeutung ist bzw. vom privaten Sponsor erbracht wird. Für einen effektiven Schutz des Hochschulsponsorings sind sämtliche Verfahrensschritte geschützt, insbesondere die Suche nach Sponsoren, der Abschluss von Sponsoringverträgen, der Empfang der Sponsoringmittel sowie die Erbringung der kommunikativen Gegenleistung“.²⁶³ Damit wird auch an Hochschulen grundsätzlich eine Teilfinanzierung mittels Sponsorings für zulässig erachtet. Inwieweit dies jedoch auch Konsequenzen für Universitätsprüfungen besitzt, ist bisher in der Literatur noch nicht behandelt worden. Da das Prüfungswesen jedoch Teil des Hochschulbetriebs ist und fast alle Lehrveranstaltungen auf Prüfungen hinausführen, ist auch diesbezüglich eine Co-Finanzierung durch Private möglich, sofern dem wissenschaftlichen Neutralitätsprinzip und der Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden genüge getan wird.

Insbesondere ist vorliegend die Regelung des Art. 84 BayEUG aus dem bayesischen Schulrecht nicht auf Hochschulen übertragbar. Anders als im Bereich der Hochschulen, gibt es für Schulen nämlich klare gesetzliche Vorgaben, die Sponsoringvorhaben verbieten, vgl. Art. 84 BayEUG. Zwar haben Hochschulen sowie Schulen beide einen Bildungsauftrag, allerdings sind Kinder im Schulalter deutlich beeinflussbarer als Studierende. Zudem hat der Gesetzgeber von einer entsprechenden Regelung im BayHSchG abgesehen.

4. Ergebnis

Die Einführung einer E-Klausur bedeutet einen nicht unwesentlichen finanziellen Aufwand. Soweit diese Kosten nicht durch allgemeine Mittel aus dem Staatshaushalt gedeckt werden können oder sollen, sind alternative Finanzierungswege zu bedenken. Die Einführung von Prüfungsgebühren, die die Mehrkosten ganz oder teilweise abdecken, ist rechtlich im Ergebnis zulässig. Alternativ ist an ein Sponsoringmodell zu denken, das allerdings durch die derzeitige Fassung der „Richtlinie zum Umgang mit Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatischen Schenkungen in der staatlichen Verwaltung vom 14.10.2010“ stark begrenzt wird; diese könnte als Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung von dieser freilich auch angepasst werden, um sachgerechte Sponsoringmodelle, die keine Gefahr von Interessenkollisionen bzw. des „Ausverkaufs von Hoheitsrechten“ befürchten lassen, zu ermöglichen.

²⁶³ Hampe, Hochschulsponsorings und Wissenschaftsfreiheit, S. 88 f.

Kapitel 4

Optionen und verfassungsrechtliche Grenzen zur Gestaltung des Übergangs in die E-Prüfung/E-Klausur

Der Bundesgesetzgeber hat sich inzwischen für eine Anpassung des § 5d DRiG entschieden und so den Bundesländern ermöglicht die E-Klausur in den Staatsprüfungen anzubieten und zu erproben. Neben dieser Umsetzungsoption wären aber auch andere Modelle zur Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage denkbar gewesen. So wäre es denkbar, dass die E-Klausur

- in allen Bundesländern gleichzeitig und in gleicher Weise für alle Prüfungsteilnehmenden verpflichtend,
- zunächst in einzelnen „Pilotländern“ (von diesen freiwillig übernommen, dort aber wiederum verpflichtend für die Prüfungsteilnehmenden) oder
- in Ausübung eines Wahlrechts der Prüfungsteilnehmenden in den zur Verfügung stehenden Prüfungsregionen durchgeführt wird.

In diesem Sinne ist zunächst zwischen der Regulierung auf Bundesebene (durch Änderung/Ergänzung des Deutschen Richtergesetzes) – Kapitel 4 A. – und einer Regulierung auf Landesebene (über entsprechende Ausgestaltungsermächtigungen im Bundesrecht) – siehe Kapitel 4 B. – zu unterscheiden. Mit anderen Worten: Es stellt sich die Frage, ob der Bundesgesetzgeber die Ausgestaltung selbst vornehmen musste, oder diese den Bundesländern überlassen durfte und dies auch sollte. In beiden Fällen ist wiederum zu unterscheiden, ob die Vorgaben obligatorisch oder fakultativ sein sollen. Insoweit gilt es zu prüfen, ob die Einräumung eines Wahlrechts rechtlich zulässig oder gar geboten ist: als Wahlrecht für die Landesjustizprüfungsämter bei ihren Vorgaben der Prüfungsform und als Wahlrecht für die Prüfungsteilnehmenden für die eigene Klausuranfertigung (papierschriftlich oder elektronisch).

A. Denkbare Regelungsmodelle auf Bundesebene (im DRiG)

Geht man davon aus, dass die elektronische Anfertigung der Aufsichtsarbeiten in den juristischen Staatsprüfungen vom Bundesgesetzgeber im DRiG geregelt wird, sind hierfür grundsätzlich zwei unterschiedliche Regelungsmodelle denkbar:

Zum einen könnte der Bundesgesetzgeber zwingend vorschreiben, dass (ab einem bestimmten Stichtag) einheitlich in allen Ländern die Aufsichtsarbeiten in elektronischer Form anzufertigen sind.

Zum anderen könnte der Bundesgesetzgeber möglicherweise den Ländern auf Dauer ein Wahlrecht überlassen, ob sie durch Landesrecht eine elektronische Ablegung der Aufsichtsarbeiten einführen oder nicht. Dies könnte gesetzestechnisch

entweder dadurch erfolgen, dass bereits im DRiG schriftliche und elektronische Anfertigung als gleichwertig nebeneinandergestellt werden („sind schriftliche oder elektronisch niedergelegte und mündliche Leistungen zu erbringen [...]“) oder in Form einer Länderöffnungsklausel („Das Landesrecht kann bestimmen, dass die schriftlichen Leistungen durch elektronisch niedergelegte Leistungen ersetzt werden.“).

I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Prüfungsrecht

Eine wesentliche Vorfrage ist, inwieweit der Bund überhaupt Regelungen zum Prüfungsmodus bei den Juristischen Staatsprüfungen treffen darf. Insoweit stellt sich auch die Frage, ob speziell für die Juristenausbildung im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenzen zwischen der Ersten Juristischen Staatsprüfung und der Zweiten Juristischen Staatsprüfung zu unterscheiden ist.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die das Jurastudium abschließende Erste Juristische Staatsprüfung wird vereinzelt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG („Hochschulabschlüsse“) gestützt.²⁶⁴ In dem dort adressierten Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Das ist in Bezug auf die juristischen Staatsprüfungen durch das DRiG, insbesondere § 5d DRiG, im Grundsatz geschehen.²⁶⁵ Die Länder haben hierzu ergänzend und konkretisierend Regelungen in ihren Justizausbildungs- und Prüfungsordnungen erlassen. In Bezug auf Hochschulabschlüsse könnten die Länder nach dieser Ansicht gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 GG auch abweichende Regelungen zu bundesgesetzlichen Vorgaben treffen.

Dies würde in Bezug auf die Erste Juristische Staatsprüfung bedeuten: Der Bund dürfte Regelungen zur E-Klausur als Prüfungsmodus vorgeben, die dann aber unter dem Vorbehalt stehen, dass ein Bundesland dies abweichend selbst regelt. Es wäre (vorbehaltlich der Prüfung grundrechtlicher Bindungen durch den Gleichheitssatz/Grundsatz der Chancengleichheit, S. 44) eine politische Entscheidung, ob der Bund auf eine Reform drängen will, von der sich einzelne Länder explizit durch abweichende Regelung befreien müssten („opt-out“) oder ob er reformerisch zurückhaltend untätig bliebe bzw. ein – in diesem Fall deklaratorisches – Wahlrecht einräumt, von dem einzelne Länder ggf. Gebrauch machen („opt-in“).

²⁶⁴ Nachw. bei *Schmidt-Räntsch*, in: Schmidt-Räntsch, DRiG, 6. Aufl. 2009, Vor §§ 5 ff. Rn. 5.

²⁶⁵ Ausführlich hierzu *Staats*, in: Staats (Hrsg.), Nomos DRiG, 1. Aufl. 2012, § 5 Rn. 7.

Diese Auffassung ist unterdessen abzulehnen.²⁶⁶ Nach ganz h.M. ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung der Juristenausbildung in §§ 5 ff. DRiG entweder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG²⁶⁷ oder Nr. 27.²⁶⁸ Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG erfasst demgegenüber seit der Föderalismusreform nur noch „Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse“; eine Staatsprüfung fällt nicht unter „Hochschulabschlüsse“.²⁶⁹

In beiden Fällen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 oder 27 GG) besteht keine Abweichungskompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 3 GG. Vielmehr haben die Länder im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG nur die Möglichkeit zur Regulierung, „solange und soweit“ der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Insoweit entscheidet letztlich der Reformwille des Bundes: Er kann sowohl untätig bleiben und den Ländern die Initiative überlassen als auch selbst aktiv werden und entweder bundeseinheitliche Vorgaben zur E-Klausur machen oder explizit ein Wahlrecht auf Landesebene einräumen.

In diesem Kontext stellt sich wiederum²⁷⁰ die Frage, ob der Bund derzeit bereits eine die E-Klausur einschließende oder ausschließende Regelung durch § 5d DRiG („schriftliche Leistung“) getroffen hat. Dies kann wie gesehen nicht eindeutig festgestellt werden, weil es gute Gründe sowohl für als auch gegen eine Einbeziehung der elektronischen Form in den Begriff der Schriftlichkeit von Prüfungsleistungen gibt. Solange der Bund nicht durch eine klarstellende Regelung für Rechtssicherheit sorgt, riskiert ein Bundesland bei eigener Regelung, dass einzelne Prüfungsteilnehmer Rechtsschutz suchen mit dem Argument, für eine (verpflichtende) E-Klausur fehle es an der Regelungskompetenz des Landes.

Betrachtet man zusammenfassend die Gesetzgebungskompetenzen im Hinblick auf die Erste und die Zweite Juristische Staatsprüfung, so liegt die Gestaltungshoheit beim Bund.

²⁶⁶ *Jarass/Kment*, GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 85; *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 74 Rn. 389; *Rux*, in: *BonnerKommentar GG*, 213. EL 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 Rn. 71: Obwohl Hochschullehrer maßgeblich an der Staatsprüfung mitwirken und sich daher das Prüfungsverfahren für die Kandidaten kaum von anderen Hochschulprüfungen abhebt, trägt das Prüfungsamt die Letztverantwortung für die Prüfung. Hierfür spricht auch, dass durch eine bundesrechtliche Regelung eine Gleichwertigkeit der Regelstudienzeit und des Abschlussniveaus der Staatsexamina zu erreichen ist; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 2, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 109.

²⁶⁷ „Gerichtsverfassung“, vgl. etwa BVerfGE 34, 58; BVerwG, NJW 1986, 951; *Schmidt-Räntsch*, in: *Schmidt-Räntsch*, DRiG, 6. Aufl. 2009, Vor §§ 5 ff. Rn. 3, 7 ff.

²⁶⁸ „Statusrechte der Richter“, *Schmidt-Räntsch*, in: *Schmidt-Räntsch*, DRiG, 6. Aufl. 2009, Vor §§ 5 ff. Rn. 4.

²⁶⁹ *Rux*, in: *BonnerKommentar GG*, 213. EL 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 Rn. 71 m.w.N.; *Jarass/Kment*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 85 m.w.N.

²⁷⁰ Siehe bereits S. 44 ff.

II. Harmonisierungspflicht für Formfragen bei staatlichen Prüfungen?

Vor dem Hintergrund der geschilderten Gesetzgebungskompetenz stellt sich die Frage, ob die Gestaltungshoheit durch grundrechtliche Bindungen eingeschränkt ist.

Daher gilt es zu erörtern, ob es der Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet, dass der Bundesgesetzgeber im Fall der Einführung einer elektronischen Prüfung zwingend vorschreiben muss, dass diese auch in allen Ländern einheitlich eingeführt wird. Würde also die Einräumung eines Wahlrechts der Länder gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, da die von den Prüfungsteilnehmenden in den einzelnen Ländern erbrachten Prüfungsleistungen nicht mehr als vergleichbar angesehen werden könnten, wenn in einem Land Aufsichtsarbeiten handschriftlich und in einem anderen Land elektronisch angefertigt werden?

Nach Art. 3 Abs. 1 GG ist wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches hingegen ungleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund erlaubt etwas anderes. Hierfür werden Vergleichsgruppen gebildet, wobei es genügt, dass „sie einander nicht in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleichen“.²⁷¹

Die entscheidende Frage in diesem Kontext lautet:

Von welchen Vergleichsgruppen ist in Bezug auf den verpflichtenden Prüfungsmodus einer E-Klausur auszugehen und liegt hier eine „Wesentlichkeit“ vor, die eine Gleichbehandlung bzw. die Gewährleistung von Chancengleichheit fordert?

Alle Prüfungsteilnehmenden, die sowohl handschriftlich, als auch elektronisch die Prüfungen ablegen, lassen sich unter den Oberbegriff „Prüfungskandidaten der Ersten/Zweiten Juristischen Staatsprüfung“ zusammenfassen. Sie bilden insofern zwei Vergleichsgruppen unter dieser Kategorie. Verglichen werden bei den juristischen Examina die Absolventen in den einzelnen Bundesländern, von denen je nach Landesregelung ein Teil seine Klausuren handschriftlich anfertigt, ein anderer Teil als E-Klausur mittels Prüfungscomputer. Unabhängig davon, ob man bei der jeweiligen Prüfungsform überhaupt von einer Bevorzugung bzw. Benachteiligung sprechen kann (weil dies von zahlreichen, auch subjektiven, Faktoren abhängt), ist fraglich, ob Unterschiede, die sich aus divergierendem Landesrecht ergeben, überhaupt für die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG Relevanz haben dürfen. Es ist gerade eine Wesenseigenschaft des Bundesstaates mit seiner föderalen Ordnung, dass sich das entsprechend der jeweiligen Gesetzgebungskompetenz geschaffene Landesrecht unterscheidet oder zumindest unterscheiden kann. Vielfalt gehört zum Bundesstaat, der durch eine über Art. 3 Abs. 1 GG erzwungene Unitarisierung konterkariert würde.²⁷²

²⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvL 29/87, NJW 1992, 1815, 1815.

²⁷² So auch *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn. 159; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 27.

Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, dass der Gleichheitssatz seine Beschränkung durch die Begrenzung auf den Zuständigkeitsbereich eines Hoheitsträgers erfährt.²⁷³ Der Verfassungsgeber hat mit den verschiedenen Kompetenztiteln bereits eine sorgfältig differenzierende Entscheidung darüber getroffen, welche Materie als (eventuell) vereinheitlichungsbedürftig (dann Bundeskompetenz) und welche nicht als solche (dann Länderkompetenz) einzustufen ist. Einer darüberhinausgehenden Vereinheitlichung bedürfte es nicht.²⁷⁴

Wenn demnach im Grundsatz bundesstaatliche Vielfalt gewollt ist, kann eine „horizontale Ungleichbehandlung“ aber dann gegen das Grundgesetz verstoßen, wenn Lebenssachverhalte betroffen sind, die ihrer Natur nach über die Ländergrenzen hinausgreifen. In solchen Fällen kann es zu einer verfassungswidrigen Behinderung bei der Ausübung von Freiheitsrechten (insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG) kommen.²⁷⁵ Das BVerfG befasste sich in seiner ersten *numerus-clausus*-Entscheidung mit der Zulassung zum Medizinstudium, wobei es ein großes Missverhältnis zwischen den Bewerbern und Studienplätzen einerseits und zwischen den Bundesländern andererseits gab. Der damalige Zustand war ein solcher, der der „Natur nach über die Ländergrenzen hinaus [griff]“ und einen „intensivere[n] Eingriff [...] in Grundrechte“²⁷⁶ darstellte, sodass die Bundesländer zu einer „kooperativen Verwirklichung des Grundrechtsschutzes“²⁷⁷ angehalten wurden. Ein Berufen auf das Fehlen eines Kompetenztitels sollte ausgeschlossen werden.²⁷⁸

Der Grundsatz der „Bundestreue verpflichtet die Glieder des Bundes dazu, ihre Individualität nicht in einer Weise zu betonen, welche die Funktionsfähigkeit eines die Vielfalt zwar nicht rechtlich, aber doch tatsächlich überwölbenden Gesamtgefüges (z. B. der Bildungsinstitutionen) in Frage stellt“.²⁷⁹ Dabei kann indes nicht mehr gefordert werden, als der Verzicht auf den Missbrauch des Rechts auf Landesindividualität.²⁸⁰ Allerdings sind die Anforderungen an den Anlass, das Prinzip der Bundestreue zu mobilisieren, sehr hoch.²⁸¹ Das galt etwa für die Hochschulzulassungsregelung vor 1972, als die Hochschulzugangsberechtigung des einen Landes nicht zur Hochschulzulassung im gesamten Bundesgebiet führte.

²⁷³ Siehe BVerfGE 79, 127; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 28.

²⁷⁴ *Kisker*, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 54 f.

²⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71, BVerfGE 33, 303, 352.

²⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71, BVerfGE 33, 303, 352.

²⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71, BVerfGE 33, 303, 352.

²⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71, BVerfGE 33, 303, 352.

²⁷⁹ *Kisker*, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 57.

²⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 1.12.1954 – 2 BvG 1/54, NJW 1955, 57, 58 f.

²⁸¹ *Kisker*, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 58.

Der Grundsatz, dass die horizontale Ungleichbehandlung zu keiner Grundrechtsbeeinträchtigung führt, wird also nur in Ausnahmefällen durchbrochen. Dies ist dann der Fall, wenn ein Berufen auf die unterschiedlichen Kompetenztitel missbräuchlich wäre, da dadurch die Funktionsfähigkeit bspw. von Bildungseinrichtungen gefährdet werden würde. Auch aus dem Grundsatz der Bundesstreue folgt nichts anderes.

Die unterschiedlichen Klausurmodi (handschriftliche versus elektronisch angefertigte Klausur) stellen keinen solchen Ausnahmefall dar, auf den die Rechtsprechung übertragen werden kann.²⁸² Hier geht es insbesondere um ein Unterscheidungskriterium unterschiedlichen Landesrechts, bei dem nicht einmal festgestellt werden kann, ob es sich in der einen oder anderen Weise vorteilhaft oder nachteilig auf die Prüflinge auswirkt. Wenn man überhaupt länderübergreifende Wirkungen konstatieren wollte, müssten diese – nach der Zweiten Juristischen Staatsprüfung – an der Bewerbungssituation um Stellen ansetzen, für die die Befähigung zum Richteramt verlangt wird (Richterin, Staatsanwalt, Rechtsanwältin, Notar). In der Tat konkurrieren die Absolventinnen und Absolventen bundesweit um attraktive Stellen, sodass die Vergleichsgruppen durchaus länderübergreifend gebildet werden könnten. Ob nun aber eine Person bevorzugt oder benachteiligt wird, je nachdem auf welche Weise die Klausuren geschrieben wurde, kann objektiv nicht festgestellt werden. Würde man hier tatsächlich den Grundsatz der Chancengleichheit bemühen, müsste dies umso mehr für die vielen anderen Unterschiede bei der Ausgestaltung der juristischen Examina schon lange bestehen: Anzahl der Klausuren, Prüfungsgebiete, Art der Ausbildung, Verhältnis von schriftlicher zu mündlicher Note u. v. a. m. Genau dies wird aber nicht ernsthaft bezweifelt; so hat auch die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6.11.2014 festgestellt, dass die Prüfungsanforderungen und Leistungsbewertungen in den juristischen Prüfungen den Vorgaben des Deutschen Richtergesetzes entsprechen.²⁸³ Nichts anderes darf für den Klausurschreibmodus gelten.

III. Ergebnis

Ein Verstoß gegen die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden und damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Wird die E-Klausur bundesweit verpflichtend vorgeschrieben, macht der Bund nur von seiner durch die Gesetzgebungskompetenz gedeckten Gestaltungshoheit Gebrauch. Alle Kandidatinnen und Kandidaten werden gleichbehandelt (zum Anspruch auf Einräumung eines individuellen Wahlrechts S. 116 ff.). Überlässt der Bund die Einführung der

²⁸² Vgl. zu begrenzten Abweichungen in landesrechtlichen Regelungen BVerwG, Beschl. v. 9.6.1993 – 6 B 35/92, NJW 1993, 3340; BVerwG, Beschl. v. 9.6.1995 – 6 B 10094, BeckRS 1995, 31255170.

²⁸³ Beschluss zu TOP I.9 „Bericht des Ausschusses zur Koordinierung der Juristenausbildung“.

E-Klausur den Ländern, ist eine Berufung auf den Gleichheitssatz wegen einer unterschiedlichen Prüfungssituation in den Bundesländern so wenig möglich wie dies bereits heute bei der heterogenen Gestaltung der juristischen Examina der Fall ist.

B. Individuelles Wahlrecht der Prüfungsteilnehmenden?

Sowohl bei einer bundeseinheitlichen als auch bei einer länderspezifischen Regelung stellt sich die Frage, ob die E-Klausur als zwingender Prüfungsmodus für alle Prüfungsteilnehmenden vorgeschrieben werden darf oder ob es verfassungsrechtliche Gründe gibt, wonach den Kandidaten ein Wahlrecht zwischen elektronischer oder handschriftlicher Anfertigung einzuräumen ist.

I. Wahlrecht und Gleichheitssatz: Sachwidrige Gleichbehandlung?

Ein solches Wahlrecht könnte allenfalls aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) herzuleiten sein, diesmal in umgekehrter Diktion: Darf Ungleiches gleichbehandelt werden? Insoweit geht es um den Umstand, dass nicht alle Prüfungsteilnehmenden auf gleiche Weise mit dem Computer als Schreibgerät umgehen können. Manche mögen eine geringere Schreibgeschwindigkeit haben (selbst wenn man ein „Zehn-Finger-System“ beherrscht, was – nebenbei bemerkt – nicht einmal Gegenstand des Schulunterrichts ist), andere tun sich vielleicht schwerer in der Koordination der Gedanken und ihrem Transfer in einen getippten Text („wenn man schneller denkt als man schreiben kann“). So mag es auch verstärkt zu Tippfehlern kommen, deren Korrektur wiederum Zeit kostet – wobei solche Fehler in einem einheitlichen Schriftbild schneller auffallen als bei handschriftlichen Texten, bei denen das assoziative Lesen über die eine oder andere Schwäche hinwegsehen mag.

Man muss umgekehrt aber auch konzedieren, dass die E-Klausur u. a. auch deshalb eingeführt werden soll, weil es den meisten Menschen, die ohnehin mit Computertastatur und Spracheingabeprogrammen aufgewachsen sind, schwerer fällt, längere Texte mit der Hand zu schreiben. Auch ohne dies an dieser Stelle empirisch belegen zu können, liegt die Vermutung nahe, dass die große Mehrheit ihr Wahlrecht zugunsten einer E-Klausur ausüben würde. Es geht also nicht um eine objektivierbare Benachteiligung oder Bevorzugung Einzelner, sondern um die Frage, wie weit ein Normgeber individuelle Bedürfnisse berücksichtigen muss. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet gerade nicht dazu, jedem Einzelfall gerecht zu werden²⁸⁴, sondern einen legislativen Gestaltungsspielraum unter Berücksichtigung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Wertungen (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) auf

²⁸⁴ Vgl. *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn. 281.

der Grundlage eines vernünftigen (nicht willkürlichen), also sachorientierten Konzepts auszufüllen.²⁸⁵ Genau das lässt sich im vorliegenden Fall rechtfertigen.

Die Umstellung auf eine E-Klausur beruht auf sachlichen Erwägungen, die sich sowohl an den Bedürfnissen der Prüfungsteilnehmenden als auch an Aspekten der Prüfungsorganisation und Modernisierung der Verfahrensgestaltung orientieren. Diese Prüfungsreform ist – wie bei den Ausführungen zum Parlamentsvorbehalt näher begründet – zwar „wesentlich“ im Sinne eines Paradigmenwechsels hin zu einer E-Prüfung (Charakter einer Weichenstellung, die der Gesetzgeber selbst vornehmen sollte; Rechtssicherheit im Hinblick auf die Auslegung des § 5d DRiG). Nicht „wesentlich“ im Sinne der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG sind aber die Vergleichsgruppen der Prüfungsteilnehmenden im Hinblick auf ihre individuelle Affinität zu dem einen oder anderen Prüfungsmodus. Die „Ungleichheit“ der Prüfungsteilnehmer hinsichtlich ihrer Befähigung zur Anfertigung einer E-Klausur liegt allenfalls in der „Fingerfertigkeit“, die kein größeres Gewicht hat als etwa die intellektuelle Befähigung zur inhaltlichen Meisterung einer Klausur. Es ist nicht Aufgabe des Gleichheitssatzes bzw. des Grundsatzes der Chancengleichheit, solche gleichsam natürlichen Unterschiede zu nivellieren oder anderweitig zum Ausgleich zu bringen. Letztlich genügt hier die Möglichkeit der Prüfungsteilnehmenden, sich durch rechtzeitige Ankündigung des neuen Prüfungsmodus in Verbindung mit konkreten Übungsmöglichkeiten auf diese Situation einzustellen.

Wollte man das anders sehen, müsste schon die jetzige Form der handschriftlichen Anfertigung in Frage gestellt werden, weil auch insoweit Unterschiede etwa bei der Leserlichkeit, dem Anstrengungsgrad usw. bestehen, auf die keine Rücksicht genommen wird.

II. Ergebnis

Sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetzgeber ist frei, die E-Klausur nach einer angemessenen Ankündigungs- und Übergangsfrist für alle Prüfungsteilnehmenden verpflichtend einzuführen. Ein (verfassungs-)rechtlicher Anspruch auf Einräumung eines Wahlrechts besteht nicht. Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber bzw. Verordnungsgeber dies nicht trotzdem tun könnte. Einer solchen rein politischen Entscheidung stehen Rechtsgründe nicht entgegen. Gerade in einer Übergangszeit könnte dies akzeptanzsteigernd wirken. Langfristig wären bei einem Wahlrecht allerdings die Effizienzgewinne des neuen Prüfungsmodus in Frage gestellt, weil der Aufwand den Ertrag übersteigen könnte.

²⁸⁵ M. w. N. *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.) GG Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 18.

Davon unabhängig bleibt die Möglichkeit des Nachteilsausgleichs (siehe etwa § 13 BayJAPO)²⁸⁶, den man in „beide Richtungen“ sehen kann, je nachdem welcher Anfertigungsmodus für den benachteiligten Prüfungsteilnehmer mit seinem Handicap unzumutbar erscheint. Gerade eine moderne, technologisch aufgerüstete Prüfungsumgebung erweitert allerdings das Spektrum einer gerechten Prüfungsgestaltung für jedermann.

C. Übergangsrecht

I. Rechtsstaatliche Implikationen bei der Änderung von staatlichen Prüfungen

Bei der Änderung des Regelungsregimes staatlicher Prüfungen sind insbesondere die verfassungsrechtlichen Implikationen des Rückwirkungsverbotes zu beachten, die sich wiederum aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben. Vor allem aufgrund der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes des Einzelnen in den Bestand der geltenden Rechtsfolgenlage sind rückwirkende Regelungen grundsätzlich unzulässig.²⁸⁷ Für mögliche Ausnahmen dieses Verbots wird zunächst zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn der Gesetzgeber rückwirkend in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreift, die Rechtsfolgen des Gesetzes somit für einen vor der Verkündung beendeten Tatbestand gelten sollen; sie wird aus diesem Grund auch als tatbestandliche Rückanknüpfung bezeichnet.²⁸⁸ Diese Fallgruppe ist unabhängig von dem grundsätzlichen Verbot eines entsprechenden Handelns durch den Staat bei der E-Klausur nicht einschlägig. Allerdings könnte von einer unechten Rückwirkung auszugehen sein, wenn das Prüfungsverfahren und mithin die Prüfungsordnung (auch) für diejenigen Prüfungsteilnehmenden geändert würde, die sich bereits im Referendariat befinden und sich daher zu geänderten Bedingungen angemeldet haben.²⁸⁹ Dabei ist die Gesetzesänderung von gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalten rückwirkend grundsätzlich zulässig – etwas anderes kann sich allenfalls etwa dann ergeben, wenn überwiegende Gründe des Vertrauensschutzes gegen eine solche Änderung sprechen.²⁹⁰ Die Reichweite des Vertrauensschutzes bemisst sich im Prüfungsrecht „nach den Umständen des Einzelfalles im Hinblick auf die individuelle Situation der davon Be-

²⁸⁶ Hierzu S. 50.

²⁸⁷ BVerfGE 45, 142, 167 f.; 72, 200, 241 f.; 83, 89, 109 f.

²⁸⁸ *Geis*, in: Meder/Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 21 m.w.N.

²⁸⁹ So etwa für den Fall der Einführung einer neuen Prüfungsordnung für Studierende BayVGh, Urt. v. 29.4.2004 – 7 N 02.2640 – BayVBl 2005, 761; vgl. zur Thematik ferner VG Berlin, Urt. v. 4.5.2010 – 3 A 969.07 – BeckRS 2010, 49692.

²⁹⁰ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 20 Rn. 88 ff. m.w.N.

troffenen, das Gewicht der vorgesehenen Änderungen und [den] Anpassungsmöglichkeiten in dem vorgegebenen zeitlichen Rahmen“.²⁹¹

Zunächst ist anzuführen, dass die E-Klausur eine Rechtsposition eines Prüfungskandidaten nicht unmittelbar entwertet, sondern lediglich die Prüfungsumstände modifiziert. So richten künftige Referendarinnen und Referendare u. a. die Wahl des Ortes, an dem sie ihr Referendariat ableisten möchten, an der bestehenden Rechtslage hinsichtlich der Prüfungsmodalitäten aus. Sie haben ein berechtigtes Interesse daran, dass sich die Prüfungsinhalte und -modalitäten nicht plötzlich ändern und sie hierdurch Nachteile erleiden, auf die sie sich nicht mehr in zumutbarer Weise einstellen können.²⁹² Dies gilt insbesondere dann, wenn die betroffenen Prüflinge bei Inkrafttreten verschärfter Prüfungsbedingungen bereits zu den Prüfungen zugelassen sind,²⁹³ weswegen sich Eingriffe in das laufende Prüfungsverfahren verbieten.²⁹⁴ Die digitale Transformation aller Lebensbereiche kann aber ein Überdenken der Prüfungsumgebung veranlassen, die in einer Reform des Prüfungsverfahrens mündet und mithin auch den geänderten Anforderungen an die Kenntnisse und Fähigkeiten der Absolventen Rechnung trägt (Stichwort: E-Justice-Kompetenz).²⁹⁵ Ein Anspruch auf absolute Beständigkeit der Rechtsordnung besteht nicht, vielmehr muss diese die Wirklichkeit im Blick haben. So besteht nach der Rechtsprechung auch kein Vertrauensschutz dahingehend, dass einmal geschaffene Vorschriften einer Studien- bzw. Prüfungsordnung für immer aufrechterhalten bleiben.²⁹⁶ Dabei bilden jedoch Übergangsbestimmungen ein wichtiges Instrument zur Herstellung der Zumutbarkeit von Rechtsveränderungen.²⁹⁷

Aus den angeführten Aspekten des Vertrauensschutzes, auch um Prüflinge mit der Arbeit und Prüfungserstellung am Computer vertraut zu machen sowie auch aus Verhältnismäßigkeitserwägungen, ist mithin eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen, sofern man eine verpflichtende E-Klausur einführt (anders dann, wenn man ein dauerhaftes Wahlrecht gewährt²⁹⁸).²⁹⁹ Dies obschon bereits

²⁹¹ Schleswig-Holsteinisches VG, Urt. v. 13.9.2016 – 7 A 191/15 – BeckRS 2016, 52755.

²⁹² Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.9.2008 – 2 ME 90/08 – BeckRS 2008, 39628.

²⁹³ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 11.10.1996 – 4 VG 1696/96 – juris.

²⁹⁴ *Schmees/Horn*, E-Assessments an Hochschulen, 2014, S. 159; *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 42 m.w.N.

²⁹⁵ In eine ähnliche Richtung BayVGh, Beschl. v. 14.12.2016 – 7 CE 16.1861 – BeckRS 2016, 112486.

²⁹⁶ Vgl. BayVGh, Urt. v. 29.4.2004 – 7 N 02.2640 – BeckRS 2004, 25740; Hessischer VGh, Beschl. v. 23.3.2015 – 9 A 1479/13.Z – NJW 2015, 2904.

²⁹⁷ *Geis*, in: Meder/Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 23; *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 47.

²⁹⁸ Zur Frage ob ein solches Wahlrecht verfassungsrechtlich geboten oder umgekehrt unzulässig ist S. 116 ff.

zweifelhaft ist, ob durch die Einführung der E-Klausuren weniger ein Nachteil, sondern vielmehr ein Vorteil für die Prüflinge einhergeht, da viele durch die auch privat ungewohnte Häufigkeit des Schreibens mit der Hand und der damit verbundenen Überlastung bei zunächst 11, nun 9 Klausuren à fünf Stunden unter schmerzhaften Entzündungen im Handgelenk wie z. B. Sehnenscheidenentzündungen leiden, die auch durch Schreibzeitverlängerungen nicht oder allenfalls nur geringfügig kompensiert werden können. Hinzu kommt, dass mittels des ordentlichen Erscheinungsbilds der Klausur auch keine Probleme mehr durch unleserliche Handschriften oder nachträgliche Einfügungen bzw. Streichungen entstehen können.

II. Anforderungen an das Übergangsrecht

Im Rahmen der Übergangsregelung ist in besonderem Maße der auf dem allgemeinen Gleichheitssatz beruhende Grundsatz der Chancengleichheit zu beachten, wenn es sich – wie hier – um berufsbezogene Prüfungen handelt, deren Ergebnisse Auswirkungen auf die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der beruflichen Betätigung haben.³⁰⁰ „Der Gestaltung des Gesetzgebers unterliegt in erster Linie die für jedermann gleichermaßen geltende nähere Ausgestaltung des Ausbildungs- und Prüfungswesens sowie bei einer Änderung von Ausbildungs- und Prüfungsvorschriften die Entscheidung, ob überhaupt eine Überleitung erfolgen und in welcher Weise sie durchgeführt werden soll. Der Gesetzgeber ist aber nicht befugt, Prüfungsteilnehmende durch differenzierende Bestimmungen bis an die Grenze evidenter Unsachlichkeit verschieden zu behandeln und durch eine solche Ungleichbehandlung die Berufschancen eines Teils der zu prüfenden Berufsbewerber zu verschlechtern. Vielmehr ist er gehalten, die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden so weit wie irgend möglich sicherzustellen und dann, wenn bei Übergangsregelungen eine Verschiedenbehandlung unvermeidbar wird, jedenfalls übermäßige Benachteiligungen zu vermeiden.“³⁰¹ Mithin bedarf es der Bildung von Vergleichsgruppen, wobei Übergangsregelungen mit sachgerechten Differenzierungen ein grundsätzlich taugliches Regelungsinstrument zur Vermeidung unzumutbarer Benachteiligungen darstellen.

²⁹⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 1 BvL 5, 6/85 – NVwZ 1989, 645; BayVerfGH, Urt. v. 29.4.2004 – 7 N 02.2640 – BeckRS 2004, 25740; OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.9.2008 – 2 ME 90/08 – BeckRS 2008, 39628; Schleswig-Holsteinisches VG, Urt. v. 13.9.2016 – 7 A 191/15 – BeckRS 2016, 52755; Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 46 f. m.w.N.; Dieterich, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 82 m.w.N.; Schnellenbach, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), *Hochschulrecht*, 3. Aufl. 2016, Kap. VIII Rn. 68.

³⁰⁰ BayVerfGH, Beschl. v. 22.6.2010 – Vf. 15-VII/09 – BeckRS 2010, 51413; Schleswig-Holsteinisches VG, Urt. v. 13.9.2016 – 7 A 191/15 – BeckRS 2016, 52755. Ebenso Dieterich, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 99.

³⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 1 BvL 5, 6/85 – NVwZ 1989, 645 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 29.1.1974 – 2 BvN 1/69 – BVerfGE 37, 342, 354.

Dabei ist auch eine zeitlich begrenzte Übergangsregelung zu forcieren, nachdem unbegrenztes Übergangsrecht regelmäßig als ungebührliche Belastung der Organisation des Lehr- und Prüfungsbetriebs anzusehen ist.³⁰²

Des Weiteren muss eine Übergangsregelung noch den Anforderungen an die Diskriminierungsfreiheit genügen³⁰³ sowie selbstverständlich auch eine hinreichende Bestimmtheit aufweisen.³⁰⁴

III. Gestaltungsoptionen

Die Änderung sollte für einen zu bestimmenden neuen Referendarjahrgang und alle nachfolgenden Wirkung entfalten. Dies hätte zur Folge, dass die Jahrgänge, die sich noch angemeldet haben, ohne über die E-Klausur Bescheid zu wissen, nicht verpflichtet wären, eine E-Klausur zu schreiben. Zusätzlich wäre auch Kandidatinnen und Kandidaten, die die Staatsexamensprüfungen wiederholen oder als Folge einer Prüfungsverhinderung nachfertigen müssen, übergangsweise die Möglichkeit zu geben, die Prüfungsarbeiten nach den ursprünglichen Prüfungsbedingungen handschriftlich anzufertigen.

Zudem ist die Änderung der Prüfungsmodalitäten transparent zu machen, bestenfalls etwa dahingehend, dass die zukünftigen Prüflinge spätestens am Tag der Einstellung alle Informationen zur E-Klausur mit Empfangsbestätigung erhalten, unter Umständen sogar schon bei der Bewerbung um einen Referendarplatz in Bayern. Dies verhindert die Entstehung jeglichen schutzwürdigen Vertrauens der Referendare auf ein anderes Prüfungsverfahren. Der BayVGH hat zudem festgestellt, dass bereits die Bekanntgabe neuer Prüfungsbestimmungen (im konkreten Fall: Bekanntgabe am 27.10.2003, Geltung der Neuregelung ab dem Termin 2007/I) den Vertrauensschutz der Prüfungskandidaten aufhebt.³⁰⁵

Die geplante Änderung der Prüfungsmodalitäten und damit der JAPO würde daher eine prüfungsrechtliche Übergangsregelung besitzen. „Sie bewirkt, dass vorübergehend Prüflinge desselben Prüfungstermins nach unterschiedlichem Prüfungsrecht beurteilt werden, je nachdem, ob sie ihre Prüfung oder ihren ersten Prüfungsversuch vor oder nach Inkrafttreten der Neuregelung begonnen haben. Diese Gruppenbildung mit Hilfe eines Stichtages ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. Jede gesetzliche Regelung, die sich auf Sachverhalte von einiger Dauer bezieht, muss neben dem Datum des Inkrafttretens zusätzlich bestimmen, welche Tatbestandsmerkmale für die Zuordnung zum alten oder zum

³⁰² Vgl. BayVGH, Beschl. v. 14.12.2016 – 7 CE 16.1861 – BeckRS 2016, 112486.

³⁰³ Vgl. hierzu VG Hamburg, Urt. v. 13.4.2000 – 8 VG 569/99 – juris.

³⁰⁴ Vgl. hierzu BayVerfGH, Beschl. v. 22.6.2010 – Vf. 15-VII/09 – BeckRS 2010, 51413; BayVerfGH, Beschl. v. 7.8.2012 – Vf. 23-VII-11 – BeckRS 2012, 58610; OVG NRW, Beschl. v. 31.3.2016 – 14 B 243/16 – BeckRS 2016, 45753.

³⁰⁵ BayVGH, Urt. v. 3.3.2009 – 7 BV 08.3061 – BeckRS 2010, 48855.

neuen Recht maßgebend sein sollen. Das geschieht vielfach mit Hilfe von Stichtagen. Diese bieten zwar ein formales Kriterium, das mit gewissen Härten verbunden sein und den Betroffenen aus den verschiedensten Gründen fragwürdig erscheinen kann, sie sind jedoch als gesetzestechnisches Instrument kaum zu entbehren und deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch bei prüfungsrechtlichen Übergangsregelungen sind sie nicht ausgeschlossen. [...] Allerdings muss sich die Wahl des Stichtages am gegebenen Sachverhalt orientieren und die Interessenlage der Betroffenen angemessen erfassen.“³⁰⁶

Alternativ könnte den vorherigen Jahrgängen die fakultative Möglichkeit gewährt werden, an einer E-Klausur zu partizipieren. In diesen Fällen würde den Referendaren ein Wahlrecht eingeräumt, ob sie nach den ursprünglichen Prüfungsmodalitäten an der Klausur teilnehmen oder die Klausurlösungen elektronisch anfertigen möchten. Auf diesem Wege würde jede Form der Benachteiligung der Prüfungsteilnehmenden aufgehoben.³⁰⁷ Dies würde zwar eine kurzzeitige, zumutbare Begünstigung der betroffenen Jahrgänge auslösen, wenngleich diese jedoch keiner gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegen dürfte.³⁰⁸ Gleichzeitig böte dies aus praktischer Sicht den Vorteil, dass das LJPA bereits früher die E-Klausur nutzen und die hiermit verbundenen Vorzüge für sich in Anspruch nehmen kann. Zudem könnte dies bereits zeigen, ob und wie diese Prüfungsmodalitäten von den Prüfungsteilnehmenden angenommen werden. Bei etwaigen späteren Gerichtsverfahren, die bei einer Änderung von Prüfungsordnungen – insbesondere bei Juristen – häufig zu erwarten sind, hätte man einen gewissen Erfahrungshorizont (ggf. sogar verbunden mit einer wissenschaftlichen Akzeptanzstudie), auf den zurückgegriffen werden könnte. Eine Pflicht zur Einräumung eines dauerhaften Wahlrechts besteht genauso wenig wie das Verbot der Einräumung eines zeitweiligen Wahlrechts.³⁰⁹

IV. Ergebnis

Die Schaffung einer angemessenen Übergangsregelung im Zuge der bereits ohnehin notwendigen Anpassung der Prüfungsordnung durch eine explizite Verankerung der E-Klausuren ist dazu geeignet, zumindest im Einzelfall tragfähige Aspekte des Vertrauensschutzes und des obersten Gebots im Prüfungsrecht, der Chancengleichheit aller Prüflinge, ausreichend Rechnung zu tragen. Es spricht viel dafür, dass sich die Chancengleichheit vielmehr durch die E-Klausuren sogar erhöht, man denke z. B. an Erkrankungen des Handgelenks oder unleserliche

³⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 1 BvL 5, 6/85 – NVwZ 1989, 645.

³⁰⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.12.1988 – 1 BvL 5, 6/85 – NVwZ 1989, 645.

³⁰⁸ Hierzu *Lindner*, in: *Lindner/Möstl/Wolff* (Hrsg.), *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 48 m.w.N., welcher in diesem Zusammenhang auch auf den breiten Gestaltungsspielraum des Normsetzers verweist.

³⁰⁹ Vgl. Kap. 4, B. (S. 116 ff.).

Handschriften. Alternativ könnte für den laufenden Referendarjahrgang ein Wahlrecht eingeführt werden dahingehend, ob sie ihre Prüfungsleistungen in elektronischer Form oder weiterhin schriftlich absolvieren möchten.

Kapitel 5

Einzelfragen

A. IT-Outsourcing

Das IT-Outsourcing³¹⁰ – also die vollständige oder teilweise Auslagerung einer definierten Ressource wie der Informationsverarbeitung an ein externes Unternehmen³¹¹ – erhält durch die stetige Digitalisierung auch im öffentlichen Bereich eine zunehmende Bedeutung. Die Beteiligung privater Dienstleister geht dabei vor allem im technisch-organisatorischen Bereich mit verschiedenen Vorteilen einher. Denn einerseits bringen diese Anbieter spezifisches Know-how ein, andererseits und können je nach zugrunde liegendem Geschäftsmodell die öffentlichen Haushalte entlastet werden.³¹²

I. Einbindung privater Dienstleister in die staatliche E-Prüfung

Die Einbindung von externen Unternehmen kann dabei von der Planung von Informationstechnikleistungen über die Ressourcenbeschaffung hin zu Betrieb und Wartung reichen.³¹³ Grenzen für IT-Outsourcing im Rahmen der E-Klausur können sich jedoch aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ergeben. Dieser steht einem IT-Outsourcing durch die öffentliche Hand nicht grundsätzlich entgegen, es kommt bei der Zulässigkeit des Vorhabens aber stets auch auf die konkrete Gestaltung des IT-Outsourcings an.³¹⁴ Insbesondere bestimmte Aspekte wie der Betrieb von Netzen und/oder Hardware, das Hosting von Daten sowie die Ausführung von Softwareprogrammen sind als bloße technische Hilfsfunktionen zu qualifizieren, sodass es bei der weiterhin hoheitlichen staatlichen Aufgabener-

³¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Heckmann*, in: Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019, Teil 10. Nachfolgende Ausführungen teilweise nach *Heckmann*, in: Heckmann/Paschke, juris Praxiskommentar Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 214 ff.

³¹¹ *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 ff. Wenn im Folgenden von Unternehmen die Rede ist, so meint dies in erster Linie privatwirtschaftliche Unternehmen, schließt aber im Einzelfall öffentliche Unternehmen in Form selbstständig organisierter öffentlich-rechtlicher IT-Dienstleister (wie Dataport in Hamburg und Schleswig-Holstein oder die Anstalt für kommunale Datenverarbeitung in Bayern [AKDB]) nicht aus.

³¹² Vgl. *Nolte*, DÖV 2007, 941, 943 ff.

³¹³ *Heckmann*, in: Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019, Teil 10, S. 782.

³¹⁴ M.w.N. *Heckmann*, in: Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019, Teil 10, S. 793 ff.

füllung bleibt.³¹⁵ Im Rahmen der vertraglichen Ausgestaltung sollte darauf geachtet werden, dass die Organisationshoheit für die Aufgabenerfüllung der ausgelagerten Prozesse bei der Öffentlichen Hand verbleibt.³¹⁶

II. Anforderungen an die Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO

Zudem sind im Rahmen des IT-Outsourcings die datenschutzrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Regelungen zur Auftrags(daten)verarbeitung, zu berücksichtigen. Mit Art. 28 DS-GVO findet auch die Auftragsdatenverarbeitung, nun Auftragsverarbeitung genannt, Einzug in die DS-GVO. Dieses Instrument ist vor allem relevant für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von IT-Outsourcing. Die inhaltlichen Anforderungen der neuen Regelungen entsprechen jedoch im Wesentlichen – mit einigen Erweiterungen – der bisherigen Rechtslage. Wie bisher ist der Auftragsverarbeiter an Weisungen des Auftraggebers gebunden.³¹⁷ Legen zwei oder mehrere Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der Mittel zur Verarbeitung fest, sind sie hingegen gemeinsam Verantwortliche und haften als Gesamtschuldner dem Betroffenen gegenüber (sog. „Joint Controllershhip“³¹⁸).³¹⁹ Maßt sich der Auftragsverarbeiter rechtswidrig an, über Zwecke und Mittel der Verarbeitung zu bestimmen, ist er nach Art. 28 Abs. 10 DS-GVO selbst als Verantwortlicher anzusehen.³²⁰

1. Allgemeine Anforderungen

Das LJPA muss seiner Auswahlverantwortlichkeit nachkommen. Dies bedeutet, es muss bei der Auswahl des Auftragsverarbeiters und auch danach regelmäßig geprüft werden, ob dieser geeignete technische und organisatorische Maßnahmen i. S. d. DS-GVO trifft.³²¹ Hierbei müssen hinreichende Garantien geboten werden. Art. 28 Abs. 5 DS-GVO sieht u. a. die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln nach Art. 40 DS-GVO oder eines genehmigten Zertifizierungsverfahrens nach Art. 42 DS-GVO als Faktor für eine hinreichende Garantie vor. Auch

³¹⁵ Heckmann, in: Heckmann/Paschke, juris Praxiskommentar Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 222.

³¹⁶ Ulmer, CR 2003, 701, 704; Moos, in: Kröger/Hoffmann (Hrsg.), Rechtshandbuch zum E-Government, 2005, Teil 4 Rn. 3.

³¹⁷ Schneider, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, VI 2. Rn. 100.

³¹⁸ Vgl. hierzu auch Dovas, ZD 2016, 512.

³¹⁹ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 16; Schneider, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, VI 2. Rn. 113.

³²⁰ Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 77.

³²¹ Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 33.

können Standardvertragsklauseln nach Art. 28 Abs. 7 und 8 DS-GVO solche Garantien darstellen.³²² Daneben können ebenfalls nicht anerkannte Zertifikate oder Audits ausreichende Garantien darstellen.³²³

Die Verarbeitung im Auftrag muss auf Grundlage eines schriftlichen oder elektronischen Vertrags stattfinden. Der Vertrag muss einer bestimmten Form genügen. Was unter elektronisch i. S. d. der DS-GVO zu verstehen ist, wird noch durch die Rechtsprechung zu präzisieren sein. Eine Textform i. S. d. § 126b BGB sollte jedoch ausreichend sein.³²⁴

2. Mindestinhalte des Vertrags

Der Gegenstand der Verarbeitung muss so konkret formuliert sein, dass erkennbar wird, welche Verarbeitung geschuldet ist.³²⁵ Je nach Gegenstand, Art und Zweck der Verarbeitung kann auch eine unbestimmte Dauer festgelegt sein. Jedenfalls muss dann aber die Beendigung durch ordentliche Kündigung möglich sein. Von besonderer Bedeutung ist der konkrete Beginn der Auftragsverarbeitung.³²⁶

Art (i. S. v. Modalitäten wie Erheben, Erfassen, Speichern oder Auslesen) und Zweck der Verarbeitung müssen abschließend bestimmt werden, damit der Auftragsverarbeiter keinen Spielraum hinsichtlich der Zwecke der Verarbeitung haben kann.³²⁷ Bei der Art der Verarbeitung ist jedoch ein Spielraum des Auftragsverarbeiters möglich.³²⁸

Die Bezeichnung der Art der zu verarbeitenden Daten ist zwingend, um die notwendigen technischen und organisatorischen Maßnahmen bestimmen zu können.³²⁹ Relevant sind vor allem besondere Arten personenbezogener Daten i. S. d.

³²² *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 13; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 36.

³²³ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 13; *Gabel/Lutz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 68.

³²⁴ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 12 mit Nachweisen zu anderen Auffassungen. Vertreten wird auch, dass reine Mails nicht ausreichend seien oder sogar eine qualifizierte elektronische Signatur genutzt werden müsse.

³²⁵ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 19; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 51; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 31.

³²⁶ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 19; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 51.

³²⁷ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 19; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 31.

³²⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17.

³²⁹ *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 21; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 32.

Art. 6 Abs. 4 lit. c DS-GVO. Zudem sind die Kategorien der betroffenen personenbezogenen Daten präzise zu erfassen.³³⁰

3. Festlegung der Pflichten und Rechte des Verantwortlichen

Des Weiteren müssen bzw. sollen die Rechte und Pflichten des Verantwortlichen dezidiert vertraglich geregelt werden, vgl. Art. 28 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO.

Es ist daher zu bestimmen, dass der Auftragsverarbeiter nur aufgrund von dokumentierten Weisungen personenbezogene Daten verarbeiten darf. Ebenso ist festzulegen, ob die personenbezogenen Daten außerhalb der EU und EWR verarbeitet werden dürfen.³³¹ An dieser Stelle ist sinnvoll, Modalitäten für die Weisungen zu bestimmen.³³² Alle Personen, die beim Auftragsverarbeiter zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten verpflichtet sind, sind auf Verschwiegenheit zu verpflichten, sofern nicht bereits besondere Verschwiegenheitspflichten durch Gesetz begründet sind.

Darüber hinaus ist eine Verpflichtung zum Treffen aller erforderlichen Maßnahmen nach Art. 32 DS-GVO (Sicherheit der Verarbeitung) vertraglich vorzunehmen. Die Verpflichtung folgt zwar bereits aus Art. 32 DS-GVO, allerdings können an dieser Stelle konkrete Maßnahmen festgeschrieben werden.³³³ Derartige Maßnahmen sind nach Art. 32 und 30 DS-GVO ohnehin notwendig.

Die Bedingungen für die Inanspruchnahme von weiteren (Unter-)Auftragsverarbeitern sind ebenfalls auszuführen. Der Auftragsverarbeiter ist ohne konkrete oder allgemeine schriftliche Genehmigung des Auftraggebers nicht berechtigt, einen weiteren Auftragsverarbeiter einzubinden. Hat der Auftragsverarbeiter eine solche Genehmigung, muss dieser den Auftraggeber über die Hinzuziehung oder Ersetzung anderer Auftragsverarbeiter hinweisen. Dem Auftraggeber steht jedoch das Recht zu, Einspruch hiergegen zu erheben.³³⁴ Jeder weitere Auftragsverarbeiter ist vom ersten Auftragsverarbeiter auf die gleichen Datenschutzpflichten zu verpflichten wie der erste Auftragsverarbeiter. Die Haftung der weiteren Auf-

³³⁰ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 21; Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 56.

³³¹ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 9; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 26; vgl. insofern auch den nachfolgenden Exkurs.

³³² Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 23; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 42.

³³³ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 25; Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 38. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 75.

³³⁴ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 26; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 51; Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 38. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 72.

tragsverarbeiter für Verstöße gegen diese Pflichten trifft den ersten Auftragsverarbeiter. Für eine Haftung nach Art. 82 Abs. 4 DS-GVO kommt eine gesamtschuldnerische Haftung aller Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter in Betracht.³³⁵ An dieser Stelle ist es sinnvoll, die Übertragung auf weitere Auftragsverarbeiter und die Informationspflichten zu regeln.³³⁶

Der Auftragsverarbeiter ist vertraglich zu verpflichten, dass dieser nach Möglichkeit das LJPA mit geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen unterstützt, seiner Verpflichtung hinsichtlich der Betroffenenrechte nach Art. 12 bis 23 DS-GVO nachzukommen. Daneben muss der Auftragsverarbeiter den Auftraggeber unterstützen, den Pflichten aus Art. 32 bis 36 DS-GVO nachzukommen. Es ist an dieser Stelle sinnvoll, möglichst konkret die Unterstützungsleistungen zu benennen.³³⁷

Darüber hinaus ist der Umgang mit den personenbezogenen Daten nach Beendigung des Vertrags festzulegen, ob die Daten gelöscht oder zurückgegeben werden müssen, sofern keine Aufbewahrungspflichten entgegenstehen.

Es ist festzuhalten, dass der Auftragsverarbeiter alle erforderlichen Informationen zum Nachweis der Einhaltung der in Art. 28 DS-GVO niedergelegten Pflichten zur Verfügung stellt und Überprüfungen – einschließlich Inspektionen –, die vom Verantwortlichen oder einem anderen von diesem beauftragten Prüfer durchgeführt werden, ermöglicht und dazu beiträgt. Es kann sinnvoll sein, konkrete Informationspflichten und reguläre Prüfungen zu vereinbaren. Gegebenenfalls kann die Einhaltung von genehmigten Verfahrensregeln nach Art. 40 DS-GVO oder von bestimmten Zertifizierungsverfahren nach Art. 42 DS-GVO aufgenommen werden.³³⁸

4. Exkurs: IT-Outsourcing nach Schrems II

Will das LJPA Unternehmen für IT-Dienstleistungen oder -Anwendungen heranziehen, bei denen es im Rahmen ihrer Datenverarbeitung zu einer Übermittlung von personenbezogenen Daten in außereuropäische Staaten kommt, so muss es die in Kapitel 5 der DS-GVO normierten Anforderungen an internationale Datentransfers erfüllen.³³⁹ Deren Relevanz zeigt sich insbesondere im Umgang mit US-amerikanischen Unternehmen, nachdem der EuGH im Juni 2020 in seiner

³³⁵ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 11.

³³⁶ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 26; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 23 ff.

³³⁷ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 27; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, DSGVO, 4. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 53; Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 28 Rn. 75.

³³⁸ Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 29; Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 52.

³³⁹ Rosenkötter/Hansen/Tegeler, NZBau 2021, 355.

„Schrems II“-Entscheidung³⁴⁰ den *Angemessenheitsbeschluss* der EU-Kommission (EU-US-Privacy Shield), welcher nach Art. 45 Abs. 3 DS-GVO die bisherige Rechtsgrundlage für den Datentransfer zwischen den USA und den europäischen Staaten bildete, für ungültig erklärte.

Zur Wahrung eines der EU entsprechenden Datenschutzniveaus³⁴¹ sieht Kapitel 5 der DS-GVO neben einem solchen Beschluss *geeignete Garantien* im Sinne von Art. 46 Abs. 2 DS-GVO vor. In der Praxis kommt dabei insbesondere den von der EU-Kommission erlassenen *Standardvertragsklauseln* (*Standard Contractual Clauses, SCC*) nach Art. 46 Abs. 2 lit. c) i.V.m. Art. 93 Abs. 2 DS-GVO Bedeutung zu. Hierbei handelt es sich um standardisierte Vertragswerke, von denen die Verwender nicht abweichen dürfen.³⁴² Die Verwendung solcher Standardvertragsklauseln führt jedoch nicht automatisch zu einer Wahrung des erforderlichen Datenschutzniveaus, vielmehr können auch zusätzliche Maßnahmen erforderlich sein. Eine diesbezügliche Prüfpflicht obliegt dem Verantwortlichen (also dem LJPA).³⁴³ Solche zusätzlichen Maßnahmen können technischer oder organisatorischer Natur sein, etwa Verschlüsselung oder Anonymisierung der Daten.³⁴⁴

Betreffend US-amerikanische Unternehmen hat die Schrems II-Entscheidung sogar Konsequenzen auf Sachverhalte, bei denen es an einem grenzüberschreitenden Datentransfer mangelt. Erfasst sind demnach auch in der EU ansässige Konzernunternehmen von US-Dienstleistern, die Daten innerhalb der EU verarbeiten. Grund hierfür ist, dass amerikanische Sicherheitsbehörden durch den US-CLOUD Act³⁴⁵ dazu ermächtigt werden, auch auf Daten (amerikanischer Unternehmen) zuzugreifen, die außerhalb der USA verarbeitet werden.³⁴⁶

Die öffentliche Hand bzw. das LJPA muss sich als Verantwortlicher im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DS-GVO bei der Hinzuziehung von externen Dienstleistern also stets fragen: (1) Verarbeitet der Auftragsverarbeiter Daten in einem EWR-Staat oder einem Land, für das ein Angemessenheitsbeschluss i.S.v. Art. 45 Abs. 3

³⁴⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2020, C-311/18 = NJW 2020, 2613 = EuZW 2020, 941 = NZG 2020, 1080 = GRUR-RS 2020, 16082 – Schrems II.

³⁴¹ „[...] ein Schutzniveau [...], das dem in der Union durch die DSGVO im Lichte der Charta garantierte Niveau der Sache nach gleichwertig ist“, EuGH, Schrems II = NJW 2020, 2613 = EuZW 2020, 941 = NZG 2020, 1080 = GRUR-RS 2020, 16082 Rn. 94.

³⁴² Rosenkötter/Hansen/Tegeler, NZBau 2021, 355.

³⁴³ Rosenkötter/Hansen/Tegeler, NZBau 2021, 355, 356.

³⁴⁴ Vgl. LfDI-BW, Orientierungshilfe vom 7.9.2020, abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/08/Orientierungshilfe-Was-jetzt-in-Sachen-internationaler-Datentransfer.pdf>.

³⁴⁵ „Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act“ vom 23.3.2018, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/dag/cloudact>.

³⁴⁶ Rosenkötter/Hansen/Tegeler, NZBau 2021, 355, 357.

DS-GVO gilt? Dann bleibt es für den Verantwortlichen alleine bei den allgemeinen (in den vorangehenden Abschnitten aufgezeigten) Anforderungen. (2) Kommt es zu einem Datentransfer in die USA oder handelt es sich bei dem Auftragsverarbeiter um ein Tochterunternehmen eines amerikanischen Mutterkonzerns? In der Regel bedarf es über die SCCs hinausgehende weitere vertragliche und/oder technische Maßnahmen, um dem erforderlichen Schutzniveau zu genügen. Allerdings besteht hier noch viel Rechtsunsicherheit und selbst Datenschutzbehörden und -beauftragte sind nicht immer einer Meinung.³⁴⁷ (3) Erfolgt der Datentransfer in ein anderes Drittland ohne Angemessenheitsbeschluss? Dem Auftraggeber obliegt eine Prüfpflicht, ob Rechtslage und tatsächliche Praxis ein angemessenes Datenschutzniveau auf Grundlage der SCCs gewährleisten können. Falls nicht, müssen auch in diesem Fall zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden.³⁴⁸

III. IT-Outsourcing und Vergaberecht

Möchte das LJPA IT-Dienstleistungen auslagern, so ist es grundsätzlich nicht frei in der Auswahl der jeweiligen Partner. Hierbei sind die Vorgaben zu Beschaffungspolitik³⁴⁹ und Haushaltsrecht³⁵⁰, insbesondere aber Vergaberecht³⁵¹ zu beachten.³⁵² Hierdurch soll gewährleistet werden, dass eine sparsame und wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Gelder erfolgt und gleichzeitig eine auf objektive Erwägungen gestützte³⁵³, diskriminierungsfreie und grundrechtskonforme Beschaffungsentscheidung herbeigeführt wird.³⁵⁴

In diese sachlichen Erwägungen im Rahmen des Vergabeverfahrens fließt auch immer stärker der Aspekt der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit sowohl

³⁴⁷ Stellungnahmen verschiedener nationaler und europäischer Aufsichtsbehörden finden sich etwa hier: <https://www.dataguidance.com/opinion/international-schrems-ii-what-you-need-know>.

³⁴⁸ *Rosenkötter/Hansen/Tegeler*, NZBau 2021, 355, 357.

³⁴⁹ Beschaffung meint den Einkauf für Zwecke des Gemeinwohls und ohne Gewinnerzielungsabsicht, vgl. *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 6. Aufl. 2016, Rn. 68.

³⁵⁰ Vgl. auf Gemeindeebene beispielsweise die Art. 61 ff. BayGO.

³⁵¹ Synonym auch als öffentliches Auftrags-, Beschaffungs- oder Verdingungsrecht bezeichnet, vgl. *Elbel*, DÖV 1999, 235 ff.

³⁵² Wobei die beiden Gebiete natürlich keine Gegensätze sind. Vielmehr entspricht ein streng wettbewerblich orientiertes Vergabeverfahren auch den haushaltsrechtlichen Geboten der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Zur Vergabe von IT-Outsourcingprojekten der öffentlichen Verwaltung auch *Heinbuch*, in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, 4. Aufl. 2015, Rn. 885 ff.

³⁵³ Die Formalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe durch ein relativ strenges Vergaberecht soll als Nebenzweck auch dazu beitragen, die Möglichkeit der Korruption ein Stück weit zu unterbinden (etwa durch geheime Angebotsabgabe, Vier-Augen-Prinzip, Verbot der Nachverhandlung).

³⁵⁴ Ausführlich *Heckmann*, in: Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019, Kap. 10, D.

als Anforderung als auch Bewertungsmaßstab ein.³⁵⁵ Dies vor allem in Fällen, in denen Datenverarbeitung selbst Gegenstand der Ausschreibung ist, also etwa dann, wenn LJPAs für die Durchführung des E-Examins einen externen IT-Dienstleister hinzuziehen, der die gesamte Ausstattung für das E-Klausur-System bereitstellt.³⁵⁶ Der Nachweis einer datenschutzkonformen Leistung wäre dann ein Zuschlagskriterium bei der Auswahl.³⁵⁷

IV. Ergebnis

Der Einsatz von IT-Outsourcing in der öffentlichen Verwaltung, aber auch der Justiz, nimmt immer weiter zu. Hierbei sind verschiedene gesetzliche Vorgaben, wie das Vergabe- oder das Datenschutzrecht zu berücksichtigen. Zudem dürfen keine hoheitlichen Aufgaben nach Art. 33 Abs. 4 GG ausgelagert werden. Werden diese Vorgaben beachtet, ist ein IT-Outsourcing zur Ermöglichung der E-Klausur grundsätzlich möglich.

B. Rechtsschutz, Rechtssicherheit und Zulassungsverfahren

Wird den Prüfungsteilnehmenden kein Wahlrecht gewährt, wonach sie sich die Prüfungsmodalitäten aussuchen können (d.h. E-Klausur oder papiergebundene Klausur), besteht immer das Risiko, dass ein Prüfling gegen die Digitalisierung des Prüfungsverfahrens gerichtlich vorgeht. Es liegt auf der Hand, dass die Einführung des neuen Prüfungsmodus nicht mit der Rechtsunsicherheit einhergehen sollte, ob das was Hunderte von Prüflingen in neuer Form absolvieren, unter dem Vorbehalt der Rechtswidrigkeit und ggf. der Aufhebbarkeit steht.

In diesem Kontext bestehen zwei Möglichkeiten des Rechtsschutzersuchens. Zunächst könnte die Rechtsgrundlage für die E-Klausur gerichtlich kontrolliert werden. Darüber hinaus könnte die Prüfung als solche angefochten werden.

I. Rechtsschutz gegen die (neue) Rechtsgrundlage der E-Klausur

Wird wie oben beschrieben³⁵⁸ eine Rechtsgrundlage für die Einführung der E-Klausur beispielsweise durch Änderungen der JAPO geschaffen, könnten Prü-

³⁵⁵ Ausführlich hierzu das Kapitel „Datenschutz und das Register zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge“ von *Heckmann/Paschke*, in: Osseforth, IT-Vergabe Handbuch, 1. Aufl. 2021, § 4.

³⁵⁶ Umfassen würde dies etwa Hardware in Form von Endgeräten sowie mobiler Server, W-Lan und Prüfungssoftware, aber auch technisches Personal, vgl. *Groh*, in: *Beurskens et al.*, *Juristenausbildung 4.0*, 2021, S. 72.

³⁵⁷ *Heckmann/Paschke*, in: Osseforth, IT-Vergabe Handbuch, 1. Aufl. 2021, § 4 Rn. 27.

³⁵⁸ Siehe Kap. 3, B. (S. 59 ff.).

fungsteilnehmende diese Norm gerichtlich überprüfen lassen. Bei einem Normenkontrollantrag vor dem BayVGh nach § 47 VwGO ist in diesem Kontext die Jahresfrist nach § 47 Abs. 2 Satz 1, 2. Hs. VwGO zu beachten. Die Frist beginnt ab Inkrafttreten der Norm. Wird die JAPO-Änderung frühzeitig vorgenommen und ein Übergangsrecht geschaffen, kann in diesem Kontext Rechtssicherheit insoweit geschaffen werden, als dass nach einem Jahr ein Angreifen der Rechtsgrundlage auf Grundlage von § 47 VwGO nicht mehr zulässig ist.

Darüber hinaus käme eine Popularklage vor dem BayVerfGH nach Art. 98 Satz 4 BayVerf, Art. 55 BayVerfGHG in Betracht. Bei dieser Form des Rechtsschutzes gibt es keine dem § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO entsprechende Klagefrist. Zwar ist davon auszugehen, dass eine Popularklage gegen eine ansonsten zulässige Änderung der JAPO zur Einführung der E-Klausur keine Aussicht auf Erfolg hätte. Dies beseitigt aber nicht die Unsicherheit in der durchaus längeren Phase bis zur Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs. Zwar nimmt der BayVerfGH eine Missbrauchskontrolle vor, um eine verfassungsgerichtliche Normenkontrolle „quasi durch die Hintertür“ zu unterbinden, wenn die Frist für eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bereits verstrichen ist.³⁵⁹ Ein solcher Missbrauch kann aber nicht ohne Weiteres angenommen werden, zumal von der Regelung auch solche künftigen Prüflinge betroffen sind, die ihre Betroffenheit im Zeitpunkt des Normerlasses nicht einmal erahnen können (weil sie etwa erst später das Bundesland wechseln und ein entsprechender Prüfungsmodus an ihrem bisherigen Studienort nicht vorgesehen ist). Sie hätten zuvor nicht einmal ein Rechtsschutzbedürfnis.

II. Rechtsschutz gegen die Prüfungsmodalitäten

Prüfungskandidatinnen und -kandidaten könnten einerseits bei der E-Klausur präventiv versuchen, gerichtlich durchzusetzen, dass sie nach den bisherigen Prüfungsmodalitäten am Staatsexamen teilnehmen können. Alternativ könnten sie das Prüfungsergebnis auf der Grundlage der erbrachten Prüfungsleistung nach Ablegung des Exams mit der Begründung, dass Verfahrensfehler vorgelegen haben, anfechten.

In diesem Kontext ist wichtig, dass die E-Klausur erst nach einer angemessenen Übergangsregelung eingeführt wird und alle Teilnehmenden bereits frühzeitig gegen Empfangsbekenntnis über die Modalitäten der E-Klausur ausführlich informiert werden. Damit die Referendare sich an die Modalitäten gewöhnen können, sollten möglichst viele Klausuren auch auf diesem Wege in den einzelnen Referendarstationen und/oder dem Probeexamen abgenommen werden.

³⁵⁹ BayVerfGH, Ent. v. 21.6.2016 – 15-VII-15 – BayVBl 2017, 12.

1. Anfechtung der Prüfung wegen Verfahrensfehler

Hinsichtlich der Prüfungsmodalitäten, die Studierenden/Referendaren vor der Prüfung bekannt sind, besitzen Prüfungskandidaten eine Rügeobliegenheit, wenn sie hiergegen gerichtlich später vorgehen möchten. Diese besagt, dass etwaige (Verfahrens-)Fehler unverzüglich nachweisbar vor der Prüfung zu rügen sind. Die Kenntnisse über die Prüfungsmodalitäten kann Referendaren im Rahmen des Probeexamens oder den einzelnen Stationsklausuren vermittelt werden. Bei einer Prüfungsanfechtung nach Notenbekanntgabe bzw. im Nachgang an die Klausurerstellung ohne die entsprechende vorherige Rüge des Kandidaten oder der Kandidatin wird sich dieser nicht mehr erfolgreich auf einen Verfahrensfehler berufen können.

Sollte trotz der eindeutigen Vorgaben in dem Informationsblatt und der Ladung jemand Papier mit zu der Klausur bringen und hierauf seine Lösung anfertigen und anschließend die Annahme der papiergebundenen Klausurlösung durch die Prüfungsaufsicht verweigert werden, gäbe es zudem noch die Möglichkeit, dass sich der Prüfungskandidat im Wege des Eilrechtsschutzes hiergegen wehrt. Einem solchen Vorgehen wird vorliegend kaum Erfolg eingeräumt, wenn die oben genannten Voraussetzungen zur Schaffung einer chancengerechten Prüfungsumgebung eingehalten werden und eine eindeutige Rechtsgrundlage für die E-Klausur geschaffen wurde. Um eine einheitliche Prüfungsumgebung in Bayern herzustellen, bedürfte es einer einheitlichen Anweisung der Klausuraufsicht und der bereits heutzutage bestehenden Rückfragemöglichkeit für Aufsichtspersonen beim LJPA.

2. Präventiver Rechtsschutz auf Zulassung einer handgeschriebenen Klausur

Deutlich komplexer ist die Bewertung eines möglichen präventiven gerichtlichen Vorgehens eines Prüfungskandidaten zu werten. Erhalten die zukünftigen Prüfungskandidaten bei ihrer Einstellung in den Vorbereitungsdienst bereits alle Informationen zur E-Klausur, stellt dies lediglich eine Information und kein Verwaltungsakt dar, welche somit keine Fristen auslöst. Zudem sind die Klagearten, mit denen Prüflinge gerichtlichen Rechtsschutz suchen könnten, nicht fristgebunden. In Betracht kommt vorliegend nämlich einerseits die Leistungsklage auf Zulassung zum Staatsexamen nach Maßgabe des früheren papiergebundenen Prüfungsverfahrens oder andererseits eine allgemeine Feststellungsklage dahingehend, dass die Unrechtmäßigkeit des elektronischen Prüfungsverfahrens festgestellt werden soll, vgl. § 88 VwGO. Beide Klagevarianten sind jedoch geringe Erfolgchancen einzuräumen, wenn die oben genannten Voraussetzungen eingehalten werden und eine eindeutige Rechtsgrundlage für die E-Klausur geschaffen wurde. Gleiches gilt im Rahmen des Ersuchens eines kurzfristigen Eilrechtsschutzes vor dem Prüfungstermin nach § 123 VwGO.

Auch durch eine frühzeitige Zulassung zur E-Klausur kann das LJPA keine frühzeitige Rechtssicherheit herstellen. Die Zulassung zu der E-Klausur ist als begünstigender Verwaltungsakt nicht anfechtbar i. S. d. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO. Daher ist der Zeitpunkt der Zulassung in diesem Kontext unerheblich. Der Zulassungsbescheid löst darüber hinaus auch keine Frist für die oben genannten Klagearten aus, da diese bereits originär keine Klagefrist besitzen. Es gilt lediglich die Grenze der Verwirkung, welche bei einer ca. zweijährigen Stillhaltezeit eines Prüfungskandidaten vor Geltendmachung gerichtlichen Rechtsschutzes abzulehnen ist.

III. Ergebnis

Die Entscheidung einer Umstellung der schriftlichen Prüfungsleistungen auf die E-Klausur kann gerichtlich überprüft werden. Soweit eine neue Rechtsgrundlage geschaffen wird, könnte diese mit einer verwaltungsgerichtlichen oder verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle überprüft werden. Ohne eine solche wäre Rechtsschutz im Rahmen einer allgemeinen Leistungsklage oder Feststellungsklage denkbar. Ein solcher Rechtsschutz ist weitgehend ohne Einhaltung einer Klagefrist möglich. Es kann deshalb nicht verhindert werden, dass einzelne Prüfungsteilnehmer auch im Wege des Eilrechtsschutzes kurzfristig gegen die Prüfungsbedingungen vorgehen. Eine frühzeitige Rügepflicht ist schwer zu begründen. Dem kann man noch am ehesten dadurch begegnen, dass der Umstellungszeitpunkt sehr früh auch im Vorfeld der Übergangsfrist bekannt gemacht wird. Im Übrigen wäre bei einer Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens, die den oben dargestellten Anforderungen Rechnung trägt, ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohnehin unbegründet. Bei einer transparenten und akzeptanzstiftenden Prüfungsgestaltung sollte das Risiko eines konterkarierenden Rechtsschutzes eher gering sein.

Kapitel 6

Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen

1. Die allumfassende Digitalisierung betrifft Staat, Wirtschaft und Gesellschaft gleichermaßen und erreicht nun ebenso Justiz und Juristenausbildung. So liegt es nahe, die Vorteile eines IT-Einsatzes auch für die Durchführung von Juristischen Staatsprüfungen zu nutzen. Zwar mag eine vollständige Digitalisierung der Examina (als sog. E-Prüfung) noch Zukunftsmusik sein. Doch die Umstellung des schriftlichen Teils der (Zweiten) Juristischen Staatsprüfung von der handgeschrieben auf eine mit einem Prüfungscomputer verfasste Klausur (sog. E-Klausur) kann in Betracht gezogen werden.

2. Zur Anfertigung einer E-Klausur bedarf es einer funktionsgerechten, sicheren, nutzerfreundlichen und wirtschaftlichen IT-Umgebung. Die Prüfungscomputer sollten mit einer passenden Prüfungssoftware mit Schreibprogramm ausge-

stattet sein. Die IT-Sicherheit (Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit der Daten) muss gewährleistet sein. Auch wenn (noch) keine vollständige E-Prüfung angeboten werden soll, bedarf es neben der Benutzeroberfläche zur elektronischen Anfertigung der Klausurlösung zumindest einer Speicherung und Sicherung der Klausurdatei. Außerdem muss die Übermittlung der Klausurdatei an den Prüfungsleiter („Abgabe der Klausur“) entweder über ein lokales Netzwerk oder über Speichermedien („Prüfungsserver“, USB-Stick) eingerichtet werden. Die nähere Organisation und Ausstattung für die E-Klausur muss auch auf die rechtlichen Anforderungen, insbesondere das IT-Sicherheitsrecht, das prüfungsrechtliche Gebot der Chancengleichheit und die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit abgestimmt werden. Ob die E-Klausur als Prüfungsmodus rechtlich zulässig ist, hängt auch von ihrer technischen Gestaltung ab. Ob das Landesjustizprüfungsamt vor diesem Hintergrund die Prüfungscomputer selbst zur Verfügung stellt oder die Nutzung privater Computer (Laptops) erlaubt bzw. fordert, ist nicht nur unter wirtschaftlichen oder praktischen Gesichtspunkten zu prüfen, sondern hat auch eine rechtliche Relevanz.

3. Die Einführung einer E-Klausur in der (Zweiten) Juristischen Staatsprüfung geht einher mit der Etablierung einer technischen Prüfungsumgebung, in der das Prüfungsprogramm läuft und die Klausurdateien sicher gespeichert werden. Den Freistaat Bayern, für den das LJPA die E-Klausur organisiert, trifft die staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Dementsprechend muss er das technisch Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare unternehmen, um die Risiken, die mit dieser Prüfungsform insbesondere zu Lasten der Prüfungsteilnehmenden bestehen, zu minimieren. Hierzu zählen Maßnahmen zur Datensicherheit wie die Echtzeitsicherung der Klausurdatei (permanente Backups), aber auch Maßnahmen gegen Manipulationen und Täuschungsversuche sowie gegen Zugriffe von außen, die die Pseudonymität der Klausurteilnehmer offenlegen. Die gegenwärtige Übergangsphase von einem eher national geprägten zu einem EU-weit vereinheitlichten Datenschutz- und IT-Sicherheitsrecht führt zu unklaren Gemengelagen, die der Rechtssicherheit abträglich ist. Die wesentlichen Pflichten zur Gewährleistung von Datenschutz und Datensicherheit lassen sich unterdessen identifizieren. Ihre Einhaltung widerlegt den Vorwurf, die E-Klausur sei „unsicher“ und sei deshalb nicht empfehlenswert.

4. Die Einführung einer E-Klausur in der (Zweiten) Juristischen Staatsprüfung berührt die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmer in mehrfacher Hinsicht. So muss gewährleistet werden, dass die Prüfungsteilnehmende eines Jahrgangs (einer Prüfungskohorte) die gleichen Prüfungsbedingungen haben, was auch die technischen Bedingungen einer bestimmten Prüfungsform – wie eben der E-Klausur – einbezieht. Deshalb ist sicherzustellen, dass für alle eine gleiche technische Ausstattung des Arbeitsplatzes gegeben ist und Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Prüflinge bei der Nutzung eigener Rechner ausgeschlossen wird

(etwa durch gleiche Prüfungsprogramme und Vorgaben zur Kompatibilität der Hardware). Ebenso muss gewährleistet sein, dass keine Ungleichbehandlung durch Manipulationsmöglichkeiten riskiert wird. Ungleiche Bedingungen durch eine unterschiedliche Prüfungsform sind hingegen im Verhältnis unterschiedlicher Prüfungskohorten (sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch zwischen den Bundesländern bei ungleichem Reformtempo) unschädlich, solange dies sachlich begründet werden kann. Die chancengleiche Prüfungsgestaltung widerlegt den Vorwurf, die E-Klausur sei „ungerecht“ und sei deshalb nicht empfehlenswert.

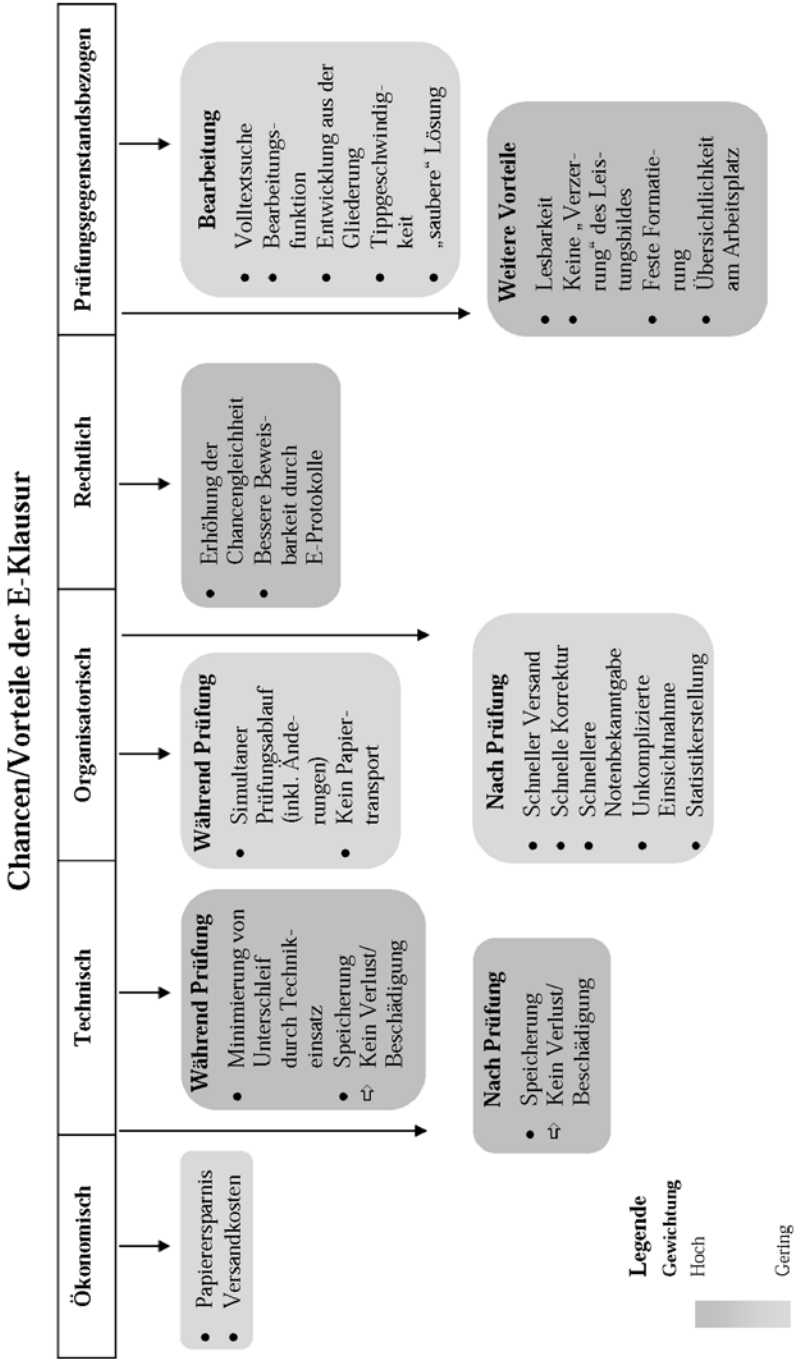
5. Die Einführung einer E-Klausur in der (Zweiten) Juristischen Staatsprüfung bedeutet einen nicht unwesentlichen finanziellen Aufwand, insbesondere durch Entwicklung und Erwerb einer speziellen Prüfungssoftware, ggf. auch von Prüfungscomputern sowie der Bereithaltung einer effizienten und sicheren IT-Infrastruktur und entsprechenden IT-Dienstleistungen. Soweit diese Kosten nicht durch allgemeine Mittel aus dem Staatshaushalt gedeckt werden können oder sollen, sind alternative Finanzierungswege zu bedenken. Die Einführung von Prüfungsgebühren, die die Mehrkosten ganz oder teilweise abdecken, ist rechtlich im Ergebnis zulässig. Alternativ ist an ein Sponsoringmodell zu denken, das allerdings durch die „Richtlinie zum Umgang mit Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatischen Schenkungen in der staatlichen Verwaltung vom 14.10.2010“ stark begrenzt wird. Die Möglichkeiten der Finanzierung oder Subventionierung sowie der langfristigen Amortisierung von Investitionen in diesem Bereich widerlegen den Vorwurf, die E-Klausur sei „unbezahlbar“ und sei deshalb nicht empfehlenswert.

6. Die Einführung einer E-Klausur wirft weitere Einzelfragen auf, die in dieser Studie nur teilweise thematisiert werden. So ist etwa die Einbindung privater IT-Dienstleister im Wege der Auftragsdatenverarbeitung (IT-Outsourcing) im Kontext von Art. 33 Abs. 4 GG sowie Art. 28 DS-GVO rechtlich zulässig und auch empfehlenswert. Dabei ist zu gewährleisten, dass solche Dienstleister auf der Grundlage rechtskonformer Outsourcingverträge nur weisungsgebundene technische Hilfstätigkeiten vollziehen. Sie dürfen keinerlei Einfluss auf das hoheitliche Wirken im Rahmen der staatlichen Prüfung haben.

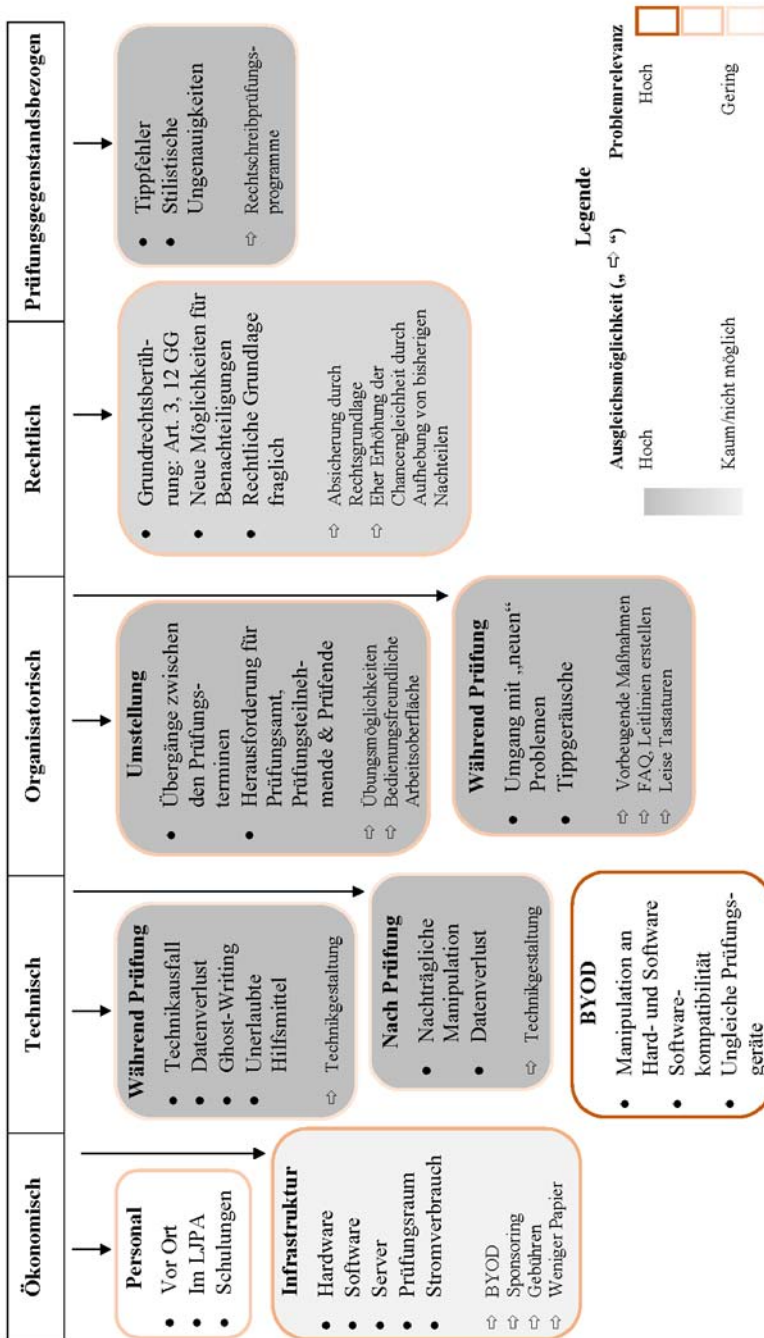
7. Vor der Gesetzesänderung vom 25.6.2021 ließ sich nicht eindeutig entscheiden, ob die schriftliche Prüfungsleistung in den Juristischen Staatsprüfungen bereits auf der Grundlage des bestehenden Prüfungsrechts (§ 5d DRiG, § 5 BayJAPO) als E-Klausur abgenommen werden durfte oder es einer eigenen, spezifischen Rechtsgrundlage bedurfte. Nach den Grundsätzen des Parlamentsvorbehalts wäre es nicht zwingend gewesen eine eigene Rechtsgrundlage nach entsprechender parlamentarischer Debatte zu fordern. In der Einführung der E-Klausur kann jedoch der erste Schritt hin zu dem Paradigmenwechsel eines stärker digitalisierten Prüfungswesens (E-Prüfung) gesehen werden. Dies spricht für eine spezifische gesetzliche Normierung.

Dies hat es der Gesetzgeber gesehen und mit Wirkung zum 1.8.2021 eine Rechtsgrundlage für die E-Klausur in Form einer Länderöffnungsklausel geschaffen. Den Landesgesetzgebern wird die konkrete Ausgestaltung (das „Ob“ und das „Wie“, letzteres mit der Einschränkung, dass den Prüflingen ein Wahlrecht gewährt werden muss) überlassen. Drei Jahre nach Einführung der Öffnungsklausel soll eine Evaluation erfolgen, auf Grund derer die bundesweit einheitlich verpflichtende Einführung erwogen werden soll. In absehbarer Zukunft wird es somit nicht zu einer verpflichtenden E-Klausur kommen, es wird ein Wahlrecht zwischen elektronischer und handschriftlicher Anfertigung verbleiben. Die kommenden Jahre – als Phase des Übergangsrechts – werden zeigen, ob die Verantwortlichen durch ausreichende Vorbereitung der Prüfungsteilnehmer der Chancengerechtigkeit sowie dem Vertrauensschutz gerecht werden. Dass ein Wahlrecht über eine solche erste Phase hinaus bestehen bleiben wird, ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht geboten.

8. Die Entscheidung einer Umstellung der schriftlichen Prüfungsleistungen auf die E-Klausur kann gerichtlich überprüft werden. Soweit eine neue Rechtsgrundlage geschaffen wird, könnte diese mit einer verwaltungsgerichtlichen oder verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle überprüft werden. Ohne eine solche wäre Rechtsschutz im Rahmen einer allgemeinen Leistungsklage oder Feststellungsklage denkbar. Ein solcher Rechtsschutz ist weitgehend ohne Einhaltung einer Klagefrist möglich. Es kann deshalb nicht verhindert werden, dass einzelne Prüfungsteilnehmer auch im Wege des Eilrechtsschutzes kurzfristig gegen die Prüfungsbedingungen vorgehen. Eine frühzeitige Rügepflicht ist schwer zu begründen. Dem kann man noch am ehesten dadurch begegnen, dass der Umstellungszeitpunkt sehr früh auch im Vorfeld der Übergangsfrist bekannt gemacht wird. Außerdem wäre bei rechtskonformer Ausgestaltung des Verfahrens ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zumindest unbegründet. Bei einer transparenten und akzeptanzstiftenden Prüfungsgestaltung sollte das Risiko eines konterkarierenden Rechtsschutzes eher gering sein.



Risiken/Nachteile der E-Klausur



Zweiter Teil

Elektronische Fernprüfung

Kapitel 1

Einleitung – Rechtliche und tatsächliche Fragen

Die Auseinandersetzung mit der E-Klausur wirft unweigerlich die Frage auf, wie das (Hochschul-)Prüfungswesen der Zukunft zu gestalten ist und mit dem Wandel in Gesellschaft und Arbeitswelt mithalten kann, sodass das Ziel, berufsqualifizierte und den wandelnden Herausforderungen gewachsene Absolventen hervorzubringen, erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang wurden nicht nur hinsichtlich der juristischen Ausbildung verschiedene Reformvorschläge diskutiert.¹ Mit der elektronischen Fernprüfung als neuem Prüfungsformat, das beaufsichtigte Prüfungen auch auf Distanz ermöglicht, soll den sich ändernden Anforderungen des Arbeitsmarkts sowie den sich wandelnden Bedürfnissen der Studierenden Rechnung getragen werden.

Darüber hinaus sehen sich die Hochschulen und weitere Prüfungseinrichtungen mit der seit März 2020 andauernden Corona-Pandemie besonderen Herausforderungen gegenüber. In diesem Zusammenhang war es insbesondere im Sommersemester 2020 notwendig, auf alternative Prüfungsformate auszuweichen, da ursprünglich geplante Präsenzprüfungen (in den meisten Fällen in Form einer (hand-)schriftlichen Klausur) nicht stattfinden konnten. Während es teilweise sinnvoll – und prüfungsrechtlich möglich – war, die Prüfungsform zu wechseln und statt einer Klausur eine (Kurz-)Hausarbeit anzubieten, kann auf die Klausurform an sich im Prüfungswesen (bisher) nicht verzichtet werden. Die besondere Herausforderung in der Pandemie bestand und besteht daher darin, Klausuren auch außerhalb der Hochschulen anzubieten, wie es bis dahin ausschließlich Fernhochschulen ermöglicht hatten. Diese Art des Prüfens geht jedoch mit zahlreichen rechtlichen Fragestellungen einher.

Ähnlich der E-Klausur können bisherige Prüfungsformen „elektronisch nachgebildet“ werden. Dabei ergeben sich im Rahmen einer elektronischen Fernprüfung durch den Technikeinsatz besondere Vorteile und Chancen, aber ebenso Nachteile und Risiken sowie rechtliche Herausforderungen, die es zu beleuchten gilt.

¹ Vgl. Ausführungen in Teil 1: Kap. 1, A. (S. 16 ff.) sowie *Hochschulforum Digitalisierung*, 2021.

Kapitel 2

Merkmale einer elektronischen Fernprüfung

Die Hochschulen bedienen sich bereits einer Vielzahl von verschiedenen Prüfungsformen. Neben der „klassischen Klausur“ im Hörsaal, die mit Stift auf Papier bearbeitet wird, finden sich auch verschiedene Prüfungen, die außerhalb der Hochschule bearbeitet werden können, wie Haus- oder Seminararbeiten, oder aus mehreren Teilleistungen über einen längeren Zeitraum bestehen (Lernportfolio). Daneben gibt es mündliche und, je nach Studienfach, auch praktische Prüfungen. Vor allem im Bereich der Naturwissenschaften kommen zudem häufig E-Klausuren zum Einsatz, um andere Frageformate nutzen und bestimmte Fähigkeiten, wie etwa den Einsatz einer bestimmten Software, abprüfen zu können. Für all diese Prüfungsformen, die eine „Fern-“ und/oder „E-“ Komponente enthalten können, findet sich bereits ein entsprechender rechtlicher Rahmen. Fraglich ist daher, inwieweit sich das Format der elektronischen Fernprüfungen von den bisherigen Prüfungsformen unterscheidet, oder – anders gefragt – in welchen Aspekten auf die bereits bestehenden Regelungen zurückgegriffen werden kann.

Die elektronische Fernprüfung wurde erstmals in der Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Bayern (Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung – BayFEV)² definiert, teilweise wird hierfür auch der Begriff der „Online-Prüfung“ oder „Online-Klausur“ verwendet. Unabhängig von der Begrifflichkeit handelt es sich dabei jeweils um Hochschulprüfungen, die in elektronischer Form, auf räumliche Distanz und unter Aufsicht abgehalten werden. Die elektronische Fernprüfung stellt dabei ein neues Prüfungsformat dar, ist aber unabhängig von der abgeprüften Form (Klausur, mündliche oder praktische Prüfung). Auch wenn sich gerade bei der elektronischen Fernprüfung anbietet, Klausuren am Computer anzufertigen, ist dies nicht begriffsnotwendig. Denkbar ist auch, eine Klausur mit Papier und Stift zu schreiben, diese dann einzuscannen (ggf. einfach mit dem Smartphone abzufotografieren) und auf elektronischem Wege zu übermitteln. So gesehen gibt es also sowohl E-Klausuren, die in Präsenz am Computer angefertigt werden als auch die papierschriftliche Aufsichtsarbeit, die außerhalb regulärer Prüfungsräume geschrieben, aber elektronisch überwacht und übermittelt werden. Das zu reformierende Prüfungsrecht muss all diese Varianten sach- und interessengerecht regeln. Dabei gilt es insbesondere, die unterschiedlichen Komponenten der Prüfung auseinanderzuhalten.

² Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) vom 16.9.2020 (GVBl. S. 570, BayRS 2210-1-1-15-WK). Disclaimer: Die Verfasser dieses Buches haben den Text der BayFEV im Auftrag des Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst des Freistaats Bayern entworfen.

A. Elektronische Komponente

Die elektronische Komponente der elektronischen Fernprüfung kann unterschiedlich ausgestaltet sein und wird durch die Verwendung einer elektronischen Kommunikationseinrichtung erfüllt. Diese kann in den unterschiedlichen Phasen der Prüfung (Übermittlung der Prüfungsaufgabe, Bearbeitung, Abgabe) zum Einsatz kommen und je nach Studien- und Prüfungsfach, technischer Ausstattung der Hochschule, Studierendensituation und Einschätzung des Prüfenden verschiedene Formen annehmen. So ist es möglich, dass die Prüfungsangabe elektronisch übermittelt oder bereitgestellt wird, die Bearbeitung selbst jedoch analog erfolgt und erst im Anschluss wieder elektronisch übermittelt wird. Ebenso ist es möglich die elektronische Fernprüfung als E-Klausur umzusetzen.

B. Distanzkomponente

Die Bearbeitung der Prüfungsaufgabe erfolgt dabei ortsungebunden, d.h. ohne die Notwendigkeit die Räumlichkeiten der Hochschulen aufzusuchen. Dies hat zur Folge, dass sich der Prüfungsort nicht mehr im Einflussbereich der Hochschule befindet. Daher können weder entsprechende Vorkehrungen für eine prüfungsangemessene Umgebung getroffen, noch kann auf plötzliche Veränderungen und Störungen am Prüfungsort von Seiten der Hochschule eingegangen werden.

C. Aufsichtskomponente

Darüber hinaus erfolgt die Bearbeitung zwingend unter Beaufsichtigung. Für eine Fernbeaufsichtigung finden sich inzwischen eine Vielzahl von technischen Lösungen. Diese stützen sich im Wesentlichen auf eine Beaufsichtigung über Kamera und Mikrofon jedes einzelnen Studierenden. Des Weiteren bestehen verschiedene softwarebasierte Unterstützungsmöglichkeiten, durch die die Distanz bestmöglich überbrückt werden kann. Diese heben beispielsweise erkannte Unregelmäßigkeiten bei einzelnen Prüfungsteilnehmenden hervor oder setzen auf eine KI-gestützte Analyse³, um Täuschungshandlungen zu erkennen.

D. Arten elektronischer Fernprüfungen und typische Szenarien

Eine elektronische Fernprüfung ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Prüfungsart gebunden. Neben schriftlichen Prüfungen (elektronische Fernklausuren) sind ebenso mündliche und praktische Fernprüfungen denkbar. Typischerweise sind diese wie folgt ausgestaltet:

³ Ausführlich zum KI-Einsatz im Rahmen von Proctoring-Software *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851.

I. Schriftliche elektronische Fernprüfung

Die schriftliche elektronische Fernprüfung, auch elektronische Fernklausur genannt,⁴ ist eine schriftliche Prüfung, die in einem bestimmten vorgegebenen Zeitfenster von den Prüfungsteilnehmenden bearbeitet werden muss. Hierzu wird die Aufgabenstellung den Studierenden zum selben Zeitpunkt elektronisch übermittelt (z. B. per Mail oder über Studienmanagementsysteme wie Moodle oder Ilias). Diese fertigen unter ununterbrochener Videoaufsicht die Lösung an, um sie innerhalb des vorgegebenen Zeitraums ebenfalls wieder elektronisch zu übermitteln. Je nach Ausgestaltung der jeweiligen Prüfung geschieht die Abgabe direkt über die jeweilige Prüfungsplattform, über einen Upload einer bearbeiteten Datei oder als Scan. Auch eine Übermittlung via E-Mail ist denkbar. Die Videoaufsicht ist dabei so gestaltet, dass zu Beginn zunächst die Identität der teilnehmenden Studierenden, meist anhand eines Lichtbildausweises, von den Aufsichtspersonen überprüft wird und diese während des gesamten Bearbeitungszeitraums das Geschehen bei den Prüfungsteilnehmenden im Wege des Kamera-Monitor-Prinzips beobachten. Zur Durchführung der Prüfungen können entweder spezielle Softwareanwendungen, die direkt für solche Prüfungsanwendungen entwickelt wurden, oder herkömmliche Videokonferenzsysteme mit den jeweils notwendigen Einstellungsmöglichkeiten genutzt werden. Ein Vorteil der für solche Prüfungen entwickelten Software (auch Proctoring-Software genannt) ist, dass diese über weitere nützliche Funktionen (wie etwa die Option technischer Beschränkungen der Rechner der Studierenden oder Unterstützungen für die Aufsichtspersonen) verfügen. Wie viele Prüfungsteilnehmende pro Aufsichtsperson beaufsichtigt werden können, hängt dabei v. a. davon ab, wie die Videoaufsicht konkret ausgestaltet ist und wie viele Bilder gleichzeitig angezeigt werden können, aber ebenso von der technischen Ausstattung der Hochschulen. So können auf großen Bildschirmen durchaus 20 bis 25 Teilnehmende gleichzeitig beaufsichtigt werden.

Auffälligkeiten werden durch die Aufsichtspersonen in einem separaten Prüfungsprotokoll (entsprechend einer Präsenzprüfung) notiert und die Kommunikation zwischen den Teilnehmenden und den Aufsichtspersonen z. B. über eine Chatfunktion ermöglicht. Nach Abgabe der Prüfungsaufgabe ist eine Beaufsichtigung nicht mehr notwendig und die Studierenden verlassen die Videoaufsicht.

II. Mündliche elektronische Fernprüfungen⁵

Mündliche Prüfungen, die als elektronische Fernprüfungen stattfinden, werden als Videokonferenz ausgestaltet. Prüfungsteilnehmende und Prüfende wählen sich dazu über ein bestimmtes System ein. Neben der mündlichen Beantwortung von

⁴ § 2 Abs. 1 BayFEV, § 1 Abs. 2 Satz 1 FernPrüfDV HE, § 2 Abs. 1 EFPrVO-LSA.

⁵ Vgl. VG Schleswig, Beschl. v. 1.3.2022 – 12 B 10003/21 m. Anm. *Rachut*, JurisPR-ITR 8/2022 Anm. 3.

Fragen können so auch Vorträge und Präsentationen abgehalten und Diskussionsrunden durchgeführt werden. Auch hier wird die Identität der Studierenden zu Beginn überprüft und ein entsprechendes Prüfungsprotokoll geführt.

III. Praktische elektronische Fernprüfungen

Praktische Prüfungen orientieren sich je nach konkreter Ausgestaltung und Aufgabenstellung eher an den schriftlichen oder den mündlichen Fernprüfungsformaten. Der Bildausschnitt ist bei praktischen Fernprüfungen typischerweise größer um das zu bewertende Geschehen entsprechend erfassen zu können.

E. Abgrenzung zu bestehenden Prüfungsformaten

Die häufigsten Prüfungsformate lassen sich daher wie folgt voneinander abgrenzen:

Art	Elektronische Komponente	Ort	Aufsicht	Prüfungsform
Schriftlich	–	Hochschule	+	Klausur*
Schriftlich	+	Hochschule	+	E-Klausur
Schriftlich	+++	ortsunabhängig	+	E-Fernklausur
Schriftlich	–	Hochschule/ortsunabhängig	–	Vertrauensprüfung (z. B. Haus- & Seminararbeit)
Schriftlich	+	Hochschule/ortsunabhängig	–	Vertrauensprüfung (z. B. Haus- & Seminararbeit)
Mündlich	–	Hochschule	+	Mündliche Prüfung
Mündlich	+	ortsunabhängig	+	Mündliche E-Fernprüfung
Praktisch***	–	Hochschule	+	Praktische Prüfung
Praktisch	+	ortsunabhängig	+	Praktische E-Fernprüfung

* bei allen Klausurformaten sind weitere Unterformen möglich, z. B. als Open-Book-Prüfung

** unabhängig davon, ob die Prüfung letztlich analog bearbeitet wird, so liegt eine elektronische Komponente zwingend durch die elektronische Aufsicht vor

*** insoweit praktische Prüfungen neben dem praktischen auch einen schriftlichen Prüfungsteil enthalten, gilt die Aufteilung der schriftlichen Prüfungsformen

Kapitel 3

**Rechtlicher Rahmen und rechtliche Grenzen
elektronischer Fernprüfungen**

Damit das Potential der elektronischen Fernprüfungen ausgeschöpft werden kann, sind die rechtlichen Rahmenbedingungen zu untersuchen. Hierbei gilt es zunächst zu untersuchen, ob elektronische Fernprüfungen einer eigenen parlamentarischen Rechtsgrundlage bedürfen (A.) und welche verfassungsrechtlichen (B.) und einfachgesetzlichen Vorgaben (C.) für die Durchführung solcher Prüfungen bestehen. Schließlich sollen ausgewählte, bereits bestehende Rechtsgrundlagen für elektronische Fernprüfungen, die aufgrund der pandemischen Notlage geschaffen wurden, näher untersucht werden (D.).

**A. Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage
für elektronische Fernprüfungen**

Wie gezeigt sprechen im Rahmen der Umstellung der juristischen Staatsprüfung zu einer E-Klausur (mit Perspektive auf eine umfassende E-Prüfung) viele Argumente dafür, dies als wesentliche Änderung anzusehen und demnach von dem Erfordernis einer parlamentarischen Entscheidung auszugehen.⁶ Mit der Neufassung von § 5d Abs. 6 DRiG ist der Bundesgesetzgeber dieser Ansicht letztlich gefolgt. Nun könnte der Gedanke naheliegen, dass eine elektronische Fernprüfung stets ein Mehr zu einer E-Klausur darstellt und deshalb zwangsläufig eine entsprechende Rechtsgrundlage durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu schaffen sei. Hierbei muss jedoch differenziert werden: Einerseits beziehen sich die bisherigen Ausführungen auf die E-Klausur im juristischen Staatsexamen, somit auf eine staatliche Abschlussprüfung, die bereits durch die §§ 5 Abs. 1, 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG bundesrechtlich geregelt ist. Dies ist bei Hochschulprüfungen in der Regel nicht der Fall. Andererseits umfassen elektronische Fernprüfungen eine Vielzahl von Prüfungssituationen. Anders als bei dem Wechsel von der Papierklausur zur E-Klausur steht nicht die geänderte Bearbeitung der Prüfungsaufgabe im Zentrum, sondern vielmehr das gesamte Prüfungsgeschehen außerhalb der Bearbeitungssituation, denn diese kann im Rahmen einer elektronischen Fernprüfung sowohl auf Papier als auch als E-Klausur erfolgen. Die Frage, ob für elektronische Fernprüfungen eine eigene Rechtsgrundlage benötigt wird, ist daher getrennt von der Frage, ob und wie in der konkreten Prüfung ein Wechsel des Klausurformates zu einer E-Klausur möglich ist, zu betrachten.

⁶ Dazu Teil 1: Kap. 3, B. (S. 59 ff.).

I. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin

Bei der Bewertung, ob die Durchführung einer elektronischen Fernprüfung „wesentlich“ im Sinne der Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts ist und demnach einer grundlegenden Entscheidung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, kann auf die obigen Ausführungen (S. 60 ff.) zurückgegriffen werden.

Entscheidend für die Einschätzung ist somit insbesondere ihre Grundrechtsrelevanz. Dabei ist bei der Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen, inwieweit dadurch die Grundrechte des oder der Adressaten betroffen sind. Hierbei ist relevant, wie intensiv ein etwaiger Eingriff ist und wie stark dadurch die Verwirklichung der Grundrechte des Einzelnen beeinflusst wird. Von besonderer Bedeutung ist zudem, dass durch die zu treffende Entscheidung die Freiheitsgrundrechte verschiedener Akteure betroffen sein können und zwischen diesen eine umfassende und sorgfältige Abwägungsentscheidung getroffen werden muss oder eine Konkretisierung von verfassungsimmanenten Schranken zu erfolgen hat⁷. Hierbei kommt der Parlamentsvorbehalt auch als Ausdruck der durch das Parlament abgebildeten pluralistischen Gesellschaft zum Tragen.

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus (Hervorhebung durch die Verf.):⁸

„Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers besteht insbesondere in mehrdimensionalen, komplexen Grundrechtskonstellationen, in denen *miteinander konkurrierende Freiheitsrechte* aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind.“

Nicht alle einzelnen Vorgaben müssen indes durch das Parlament getroffen werden. Dies ist auch nicht immer zielführend und sinnvoll. Entscheidend ist vielmehr, dass der Kern der Debatte im Parlament stattfindet, „das Wesentliche“ also dort entschieden wird. So können auch Gesetze, die eine Verordnungsermächtigung enthalten, dem Wesentlichkeitsgrundsatz entsprechen, soweit sie hinreichend bestimmt sind.⁹ Die Regelungen der Verordnung selbst sowie die Eingriffe aufgrund der Verordnung durch die Exekutive müssen nachvollziehbar auf den parlamentarischen Willen zurückzuführen sein. Dabei gilt, dass je erheblicher dadurch in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen wird, desto hö-

⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130, 142; BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 311.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 46.

⁹ BVerfG, Urt. v. 5.3.1958 – 2 BvL 18/56 – BVerfGE 7, 282, 302 f.; BVerfG, Beschl. v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – BVerfGE 41, 251, 265 f.; BVerfG, Beschl. v. 19.4.1978 – 2 BvL 2/75 – BVerfGE 48, 210, 221 ff.; BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 – BVerfGE 56, 1, 13; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 – BVerfGE 58, 257, 278.

here Anforderungen an die Bestimmtheit der parlamentarischen Rechtsgrundlage zu stellen sind.¹⁰

1. Die elektronische Fernprüfung als wesentlicher Eingriff in die Grundrechte der Studierenden

Betrachtet man nun den Sachverhalt der elektronischen Fernprüfungen und legt die skizzierten Maßstäbe an, so ergibt sich folgendes Bild:

Auf Seiten der Studierenden wird durch die Videoaufsicht und den Einsatz spezieller Prüfungssoftware bei elektronischen Fernprüfungen zunächst in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) eingegriffen. Befinden sich die Studierenden zudem während der Prüfung in ihren Wohnräumen, kommt auch ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG in Betracht. Daneben ist bei Prüfungen im Rahmen eines Hochschulstudiums, an dessen Ende ein berufsqualifizierender Abschluss steht, auch Art. 12 Abs. 1 GG betroffen.¹¹ Die bloße Grundrechtsrelevanz reicht jedoch noch nicht aus, um eine Entscheidung durch das Parlament zu erfordern. Die Schwelle zur Wesentlichkeit einer Entscheidung ist dann überschritten, wenn Freiheitsgrundrechte miteinander kollidieren, eine Konkretisierung der grundrechtsimmanenten Schranken erforderlich ist oder der Eingriff selbst ein solches Gewicht hat, dass er bereits als wesentlich für die Grundrechtsausübung der Betroffenen anzusehen ist.

Unabhängig von weiteren eingeschränkten Grundrechten könnte bereits durch den Eingriff in die genannten Grundrechte der Studierenden die Schwelle der Wesentlichkeit erreicht sein. Dabei ist zu fragen, ob die Änderungen, die sich für die Grundrechtsträger ergeben, so relevant sind, dass sie auch der allgemeinen parlamentarischen Debatte bedürfen.

Die elektronische Fernprüfung zeichnet sich zunächst durch eine „Technisierung“ des Prüfungsgeschehens aus. Zwar kann die eigentliche Prüfungsleistung, die Bearbeitung der Aufgabenstellung, weiterhin analog, d.h. mit Stift und Papier erfolgen, doch erfordert die elektronische Fernklausur zwingend den Einsatz einer elektronischen Kommunikationseinrichtung. Neben der Aufsichtsfunktion wird diese auch für die Übermittlung der Aufgabenstellung (damit gewährleistet werden kann, dass alle Prüfungsteilnehmenden zur selben Zeit Zugriff darauf erhalten) sowie die Abgabe der Lösung durch die Studierenden (damit gewährleistet werden kann, dass nur die Arbeit bewertet wird, die unter Aufsicht in der Prüfungszeit angefertigt wurde) benötigt. Für die Studierenden selbst mag sich

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 – BVerfGE 56, 1, 13; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 – 1 BvR 640/80; BVerfG, Beschl. v. 3.11.1982 – 2 BvL 28/82.

¹¹ Vgl. Ausführungen zur E-Klausur in Teil 1 S. 63 ff.

dieser verstärkte Technikeinsatz möglicherweise noch nicht als wesentlich darstellen. Gerade wenn die Prüfungsleistung wie bisher (auf Papier oder als E-Klausur) erbracht wird, könnten die weiteren Schritte eine moderate, nicht wesentliche Änderung des Prüfungsablaufes darstellen.

Daneben erfolgt die Prüfungsaufsicht bei elektronischen Fernprüfungen in Form der Videoaufsicht, d.h. die zu prüfenden Studierenden platzieren sich während der Bearbeitung der Prüfungsaufgaben vor einer Kamera und einem Mikrofon (meistens integriert in die genutzten Kommunikationseinrichtungen) und werden über den gesamten Zeitraum der Prüfung durch die übermittelten Video- und Tondaten an einem anderen Ort beaufsichtigt. Daneben kann zur Unterbindung von Täuschungshandlungen z. B. eine spezielle Prüfungssoftware eingesetzt werden, die verhindert, dass Studierende die digitale Prüfungsplattform verlassen oder auf einen weiteren Bildschirm zugreifen. Der Einsatz der Videoaufsicht sowie der Prüfungssoftware stellen Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sowie in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, sog. IT-Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), dar. Anders als bei der Nutzung bestimmter Software im Rahmen der Lehre, wird durch die Software zur Prüfung und Videoaufsicht intensiver in die Grundrechte der Studierenden eingegriffen. Während die Installation bestimmter Lehrsoftware bereits zum Zwecke der Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hochschulen (vgl. bspw. „Lehre“ Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayHSchG) gedeckt sein kann und insofern „nur“ den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben unterfällt, gestaltet sich die rechtliche Bewertung elektronischer Fernprüfungen deutlich komplexer. Die Intensität dieser Eingriffe hängt maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung der elektronischen Fernprüfungen ab. So macht es einen Unterschied, ob nur eine Kamera oder mehrere zum Einsatz kommen, ob diese frontal auf den Studierenden gerichtet sind oder seitlich positioniert werden. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die (heimische) Prüfungsumgebung vor Beginn der Prüfung oder bei Anlass mittels eines Rundumschwenks vollständig gezeigt werden muss. Die Videoaufsicht kann außerdem sowohl synchron, d.h. durch zeitgleiche menschliche Beaufsichtigung, oder asynchron, also durch eine Aufzeichnung und spätere Auswertung, erfolgen. Auch ist zu klären, ob und inwieweit Software zur Unterstützung der Aufsichtspersonen eingesetzt werden darf. Darf durch eine solche Software eine Vorauswahl erfolgen, dürfen auffällige Passagen markiert werden? Kann Künstliche Intelligenz zur Erkennung von Täuschungshandlungen eingesetzt werden, die unter Umständen für die menschliche Aufsichtsperson nicht wahrnehmbar wären und könnte der täuschende Prüfungsteilnehmende in einer solchen Situation direkt (z. B. durch einen technischen Ausschluss) von der weiteren Bearbeitung ausgeschlossen werden?¹²

¹² Für eine ethische Einordnung dieser Frage siehe *Coghlán/Miller/Paterson*, 2021.

Diese Fragestellungen machen deutlich, dass es sich bei der elektronischen Fernprüfung trotz der grundsätzlichen Nachahmung einer klassischen Hochschulprüfung um eine neue Art des Prüfens handelt, die insbesondere aufgrund der zur Distanzüberbrückung notwendigen Videoaufsicht und weiterer Maßnahmen zur Unterbindung und Aufdeckung von Täuschungshandlungen über besondere grundrechtliche Relevanz verfügt. Wenn Studierende verpflichtet sind, sich in ihrem privaten Umfeld gegenüber der (staatlichen) Hochschule mittels Kamera und Mikrofon zu offenbaren, um dadurch faire und chancengerechte Hochschulprüfungen zu ermöglichen, so sind der Gesetzgeber und die parlamentarische Debatte gefordert. Es muss hier in der Öffentlichkeit austariert werden, wo Beaufsichtigung aufhört und Überwachung beginnt und welche Nachteile im Rahmen der Chancengleichheit zugunsten des individuellen Persönlichkeits- und Privatsphäreschutzes hinzunehmen sind. Diese Abwägungsentscheidung lässt sich dabei nicht mit mathematischer Genauigkeit aufgrund bestehender verfassungsrechtlicher Vorgaben ziehen, sondern entspringt vielmehr der den Grundrechten innewohnenden, sich ebenso stetig wandelnden Gesellschafts- und Werteordnung und macht damit die parlamentarische Debatte umso notwendiger.

Bereits aufgrund der Relevanz für die Grundrechtsausübung der Studierenden sowie der Eingriffsintensität ist das Merkmal der Wesentlichkeit zu bejahen.

2. Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken

Auf Seiten der Hochschulen und Lehrenden kommt zudem ein Eingriff in die Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) in Betracht. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt neben den durch wissenschaftliche Forschung gewonnenen Erkenntnissen und deren Weitergabe¹³ auch die in diesem Zusammenhang stehenden Prüfungen¹⁴, soweit sich daraus Rückwirkungen auf die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltungen ergeben¹⁵. Er schließt in seinem persönlichen Schutzbereich sowohl die Lehrenden als auch die Hochschulen ein.¹⁶ Das Format der elektronischen Fernprüfungen geht mit einer anderen, v.a. eingeschränkten Möglichkeit der Prüfungsaufsicht einher. Dies erfordert, dass die Prüfungsaufgaben entsprechend angepasst werden müssen und bestimmte Fragestellungen, die insbesondere auf die Reproduktion von auswendiggelerntem Wissen ausgelegt sind, nur sehr bedingt zum Einsatz kommen können. Daraus folgt, dass mit der elektronischen Fernprüfung oftmals eine Verschiebung der abgeprüften Lernzieltaxonomiestufen¹⁷ stattfindet, oder zumindest alternative, offenere Fra-

¹³ BVerfGE 35, 79, 113.

¹⁴ Britz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 29; ebenso VGH München, Beschl. v. 28.4.2017 – 7 ZB 16.1753.

¹⁵ BVerwG, Beschl. v. 22.8.2005 – 6 BN 1/05.

¹⁶ Kempen, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 5 Rn. 185; BVerfGE 15, 256, 262.

¹⁷ Anderson/Krathwohl, 2001.

gestellungen verwendet werden. Diese anderen Anforderungen in der Prüfung wirken sich dementsprechend auch auf die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltungen aus, sodass durch elektronische Fernprüfungen auch in die Lehrfreiheit der Lehrenden an den Hochschulen und je nach Einzelfall auch der Hochschulen selbst eingegriffen wird.

Da Art. 5 Abs. 3 GG ein „schrankenloses“ Grundrecht darstellt, d.h. nur den verfassungsimmanenten Schranken unterliegt, ist auch hier eine Konkretisierung durch den parlamentarischen Gesetzgeber vonnöten.

3. Grundrechtliche Abwägungsentscheidungen im Rahmen elektronischer Fernprüfungen

Die bereits beschriebenen grundrechtlichen Abwägungsentscheidungen sind dabei nicht auf die Freiheitsgrundrechte beschränkt. Des Weiteren sind insbesondere die Vorgaben des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) in den Ausprägungen des Prüfungswesens (i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) einzubeziehen. So ergibt sich daraus, dass eine gewisse Vergleichbarkeit der Hochschulabschlüsse, und damit auch der Hochschulprüfungen, bestehen muss. Dies wirkt sich auch im Verhältnis der Jahrgänge untereinander,¹⁸ also solchen ohne und solchen mit elektronischen Fernprüfungen, aus. Für die Hochschulen ergibt sich zudem die Verpflichtung, Maßnahmen gegen Täuschungshandlungen bzw. für deren Aufdeckung zu ergreifen. Es muss somit ein gewisses Mindestmaß an Täuschungssicherheit bestehen, um dem Anspruch auf faire Prüfungen gerecht zu werden.¹⁹ Die elektronische Fernprüfung erfordert daher eine umfassende Abwägung und Einstellung verschiedener (Freiheits-)Grundrechte und ist auch in diesem Sinne als wesentlich anzusehen.

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend zeigt sich ein deutliches Bild: Durch elektronische Fernprüfungen wird auf Seiten der Studierenden in erheblicher Weise, und damit wesentlich, in ihre freiheitlichen Grundrechte eingegriffen. Dieser Eingriff wirkt sich sowohl auf individueller, z.B. Unverletzlichkeit der Wohnung, als auch auf kollektiver Ebene, z.B. durch die Vergleichbarkeit zwischen den Jahrgängen, auf die Studierenden aus. Daneben erfordern die Regelungen über die elektronische Fernprüfung aufgrund der Multidimensionalität (Studierende, Hochschule und Lehrende) komplexe Abwägungsentscheidungen zwischen den betroffenen Grundrechten und Grundrechtsträgern. Mit einem Eingriff in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG wird zudem eine Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken not-

¹⁸ Heckmann/Rachut, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 63 ff.

¹⁹ M.w.N. Heckmann/Rachut, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 74 ff.

wendig, sodass sich auch hieraus die Wesentlichkeit und damit das Bedürfnis nach einer parlamentarischen Debatte und Schaffung einer Rechtsgrundlage ergibt. Eine Regelung, die sich nicht auf den parlamentarischen Willen zurückführen lässt, etwa allein durch Regelungen seitens der Hochschulen, wird den Grundsätzen der Wesentlichkeitsdoktrin nicht gerecht und verstößt damit gegen den verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt.

II. Besonderheiten aufgrund der Corona-Pandemie

Nachdem für das Abhalten von elektronischen Fernprüfungen grundsätzlich eine parlamentarische Rechtsgrundlage notwendig war, eine solche aber in keinem der Bundesländer im Frühjahr 2020 existierte, stellt sich die Frage, wie der (Prüfungs-)Zeitraum zwischen Beginn der pandemischen Notlage und der Schaffung einer solchen Rechtsgrundlage rechtlich zu beurteilen ist.

1. Trilemmasituation der Hochschulen

Aufgrund der besonderen Situation zu Beginn der Corona-Pandemie befanden sich die Hochschulen in einer rechtlichen Trilemmasituation. Mit dem Ausruf der Pandemie durch die WHO am 11.3.2020 und den ersten „Lockdown“-Regelungen ab Mitte März 2020²⁰ war es den Hochschulen praktisch unmöglich, den Prüfungszeitraum für das Wintersemester 2019/2020 wie geplant abzuschließen. Aufgrund der ungewissen weiteren Entwicklung war zudem nicht klar, wie mit den Prüfungen des am 1.4.2020 beginnenden Sommersemesters, dem ersten „Corona-Semester“, zu verfahren sei. Präsenzprüfungen waren meist aufgrund praktischer, und weniger rechtlicher Hürden faktisch nicht durchführbar. So enthielten die meisten Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen zwar kein Verbot für Zusammenkünfte zum Zwecke des Prüfungsbetriebs an Hochschulen²¹, sahen jedoch umfassende Hygiene- und Abstandsregelungen vor, sodass die Prüfungsteilnehmenden auf eine Vielzahl von Räumlichkeiten hätten verteilt werden müssen, um diesen Vorgaben entsprechen zu können.²² Neben dem erheblich höheren Flächenbedarf wurde zudem deutlich mehr Personal (für die Aufsicht in mehre-

²⁰ Für eine allgemeine Chronologie zu den in Deutschland erlassenen Covid-Maßnahmen: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html>; Konkret die ersten Monate in Bayern: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-corona-chronik-1.4977848>.

²¹ Für eine Übersicht aller Maßnahmen der Bundesländer: <https://www.hrk.de/the-men/hochschulsystem/covid-19-pandemie-und-die-hochschulen/massnahmen-und-sonderregelungen-der-bundeslaender/>. Konkret formuliert z.B. § 15 Abs. 1 Nr. 1 lit. g der 15. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in der Version vom 23.11.2021 sogar für regionale „Hotspots“: „An den Hochschulen finden mit Ausnahme von Prüfungen keine Präsenzveranstaltungen statt;“.

²² Zunächst war an den Hochschulen zusätzlich das sog. „Wechselmodell“ vorgesehen, vgl. <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/notbremse-wird-fuer-hochschulen-entschaerft-3679>.

ren Räumen sowie zur Überwachung der Einhaltung von Hygiene- und Abstandsvorgaben) benötigt. Hinzu kam, dass sowohl die zu prüfenden Studierenden, als auch die Aufsichtspersonen nicht ohne Weiteres an den Prüfungsort kommen konnten. Neben einer möglichen behördlich angeordneten Quarantäne sowie verschiedenen Ein- und Ausreiseverboten lag dies auch an den individuellen Gegebenheiten. Da zunächst noch keine Impfung zur Verfügung stand, gab es die deutliche Empfehlung für Angehörige der sog. Risikogruppen (ältere Personen, aber auch solche mit bestimmten Vorerkrankungen) Kontakte zu anderen Menschen weitgehend zu vermeiden. Vieles, auch der genaue Übertragungsweg des Virus und effiziente Maßnahmen diesen zu unterbrechen, war zu diesem Zeitpunkt noch unbekannt. Insgesamt herrschte eine große Unsicherheit, sodass es faktisch nicht möglich und zudem nicht zumutbar war, den Präsenzprüfungsbetrieb über die kommenden Monate aufrecht zu erhalten.

Als Alternative stand den Hochschulen die Möglichkeit offen, die Prüfungen zunächst zu verschieben. Da man im Frühjahr 2020 zwar hoffte, dass sich die Pandemiesituation bald entspannen würde, dies jedoch nicht gewiss war und zudem die Zahl der Prüfungen und Prüfungsteilnehmenden in der darauffolgenden Zeit erhöht hätte, war auch dies – in Anbetracht des grundrechtlichen Prüfungsanspruchs der Studierenden (näher hierzu S. 158 ff.) – keine realistische Option.

Wo dies prüfungsrechtlich möglich war, wichen die Lehrenden auf alternative, rechtlich bereits geregelte und damit zulässige Prüfungsformen wie Lernportfolios, Hausarbeiten oder andere sog. Vertrauensprüfungen aus. Mitunter war dies aber keine Option, um den erlernten Stoff adäquat abzufragen, sodass insbesondere für Pflichtfachklausuren nach einer weiteren Alternative gesucht werden musste. Nachdem bereits die gesamte Kommunikation sowie die Lehre auf digitale Formate ausgewichen war, lag es nahe, auch das Prüfungsgeschehen unter Zuhilfenahme entsprechender Technik durchzuführen. Als Vorbild konnten hierbei die bereits an privaten Fernhochschulen sowie im Ausland genutzten beaufsichtigten Fernklausuren dienen. Problematisch war hierbei jedoch, dass die benötigte (s. o.) entsprechende Rechtsgrundlage zu Beginn der Pandemie in keinem Bundesland bestand.

Für die Hochschulen gab es somit keine Möglichkeit, allen rechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Das Abhalten der Präsenzprüfung war unmöglich bzw. mit der grundrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz von Leben und Gesundheit unvereinbar. Dem Aussetzen des Prüfungsbetriebs stand der grundrechtliche Prüfungsanspruch der Studierenden entgegen und für elektronische Fernprüfungen mangelte es an der verfassungsrechtlich notwendigen Rechtsgrundlage.

2. Rechtliche Konsequenzen

In dieser Situation entschied sich eine Vielzahl der Hochschulen, dennoch elektronische Fernprüfungen auch ohne die entsprechende Rechtsgrundlage

durchzuführen. Hier stellt sich die Frage, welche Konsequenzen diese Prüfungen für die Hochschulen, aber auch die Studierenden haben. Führt die fehlende Rechtsgrundlage etwa dazu, dass sämtliche Prüfungsergebnisse rechtswidrig oder nichtig sind? Besteht eine rechtliche Möglichkeit der Studierenden, im Nachhinein gegen diese Prüfungen und damit gegen die erhaltenen Noten vorzugehen?

Zunächst gilt es daher zu untersuchen welche rechtlichen Anforderungen bestehen, wenn die Wahl zwischen mehreren rechtswidrigen Optionen besteht und es keine primäre Möglichkeit gibt, sich rechtskonform zu verhalten. In einem solchen Fall ist unter den Optionen diejenige zu wählen, die das geringste Unrecht, mithin den minimalsten grundrechtlichen Eingriff darstellt.²³ Aufgrund der Anzahl der hier relevanten Grundrechte und der teils eklatanten Unterschiede der Situation der Studierenden, kann die Frage nach dem am wenigsten intensiven Eingriff je nach Einzelfall unterschiedlich ausfallen. So mag für Studierende ohne lange Anreise zur Hochschule und die sich selbst oder Personen ihres näheren Umfeldes nicht zur Risikogruppe zählten, ein Festhalten an den Präsenzklausuren der vorzugswürdige Weg gewesen sein. Dies jedoch mit dem Risiko aufgrund der eingeschränkten Kapazitäten, auf einen späteren Prüfungstermin verwiesen zu werden. Für Studierende, die sich im Ausland befanden oder die aufgrund anderer Umstände die Hochschule nicht aufsuchen konnten, jedoch ebenfalls nicht unbestimmte Zeit warten oder Nachteile in ihrem Studienverlauf riskieren wollten, waren hingegen elektronische Fernprüfungen die beste Möglichkeit. Wieder andere sahen für sich die optimale Lösung in einer Verschiebung der Prüfungen, auch wenn sie hierzu (zumindest finanzielle) Nachteile hinnehmen mussten.

Es zeigt sich, dass keine der drei Optionen (eingeschränkte Präsenzprüfungen, Verschieben der Prüfungen oder elektronische Fernprüfungen) allein als vorzugswürdig gegenüber den anderen eingeordnet werden kann. Die individuellen Einschnitte durch das Festlegen auf eine der Optionen könnten sich eklatant unterscheiden. Auch eine Kombination aus zwei der drei Varianten schliesse insbesondere, wenn nicht alle Prüfungswilligen in Präsenz untergebracht werden könnten, wiederum eine Gruppe von Studierenden aus und würde sie über Gebühr benachteiligen. Bei einer Gesamtabwägung der Umstände erscheint als mildestes Mittel, und damit am ehesten geeignet das Anbieten möglichst aller Optionen – auch von elektronischen Fernprüfungen ohne bestehende Rechtsgrundlage. So bliebe

²³ Dieses Vorgehen entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das bei Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes Übergangsfristen für die Neufassung bestimmt: die partielle Weitergeltung der Norm (und die damit verbundene Inkaufnahme verfassungswidriger Zustände) beruht auf einem Interessenausgleich im Hinblick auf die von der Geltung oder Nichtgeltung des inkriminierten Gesetzes betroffenen Grundrechte. Vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17 – Rn. 401 ff. (Bayerisches Verfassungsschutzgesetz). Allgemein zum Übergangsrecht in diesem Kontext *Dirk Heckmann*, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, 1997, S. 241 ff., 242.

es den Studierenden überlassen, sich für die je nach ihren individuellen Umständen beste Möglichkeit zu entscheiden.

Auch bei der Umsetzung der verschiedenen Optionen bestand für die Hochschulen wiederum die Pflicht, diese bestmöglich, d.h. so rechtskonform wie nur möglich umzusetzen. Für die Präsenzprüfung bedeutete dies, dass insbesondere organisatorisch auf die geänderten Voraussetzungen zu reagieren war. Die vorhandenen Kapazitäten mussten geprüft, durch Konzepte optimiert²⁴ und Möglichkeiten zur Erweiterung, etwa durch das Anmieten anderer Räumlichkeiten²⁵, in Betracht gezogen werden, um einer möglichst großen Zahl der Studierenden, die an einer Präsenzprüfung teilnehmen wollten, eine solche zu ermöglichen. Entsprechend galt es die Nachteile aufgrund des Verschiebens möglichst gering zu halten. Hierzu wurden durch die zuständigen Ministerien der Bundesländer kurzfristig Sonderregelungen getroffen, sodass das Sommersemester 2020 (und später auch die nachfolgenden Semester bis einschließlich Wintersemester 2021/22²⁶) nicht bei der Berechnung der Regelstudienzeit zu berücksichtigen waren²⁷ und ebenso weitere Nachteile im Studienverlauf (wie etwa das Erreichen der Förderungshöchstdauer bei BAföG-Bezügen oder die Nicht-Einhaltung der Frist für Grundlagen- oder Orientierungsprüfungen) möglichst vermieden werden konnten. So wurden teilweise auch Erleichterungen bei den Eignungsverfahren für die Zulassung zur Hochschule erlassen und unter bestimmten Umständen konnten sich Studierende ehrenamtliche Tätigkeiten auf ihr Studium anrechnen lassen.²⁸

Für die Durchführung elektronischer Fernprüfungen galt es auf Seiten der Hochschulen insbesondere über die Besonderheiten und Ausgestaltung zu informieren, sodass den Studierenden ermöglicht werden konnte, eine den Umständen entsprechend informierte Entscheidung zu treffen. Nachdem elektronische Fernprüfungen bisher vor allem in den USA, und damit unter anderen (datenschutz-) rechtlichen Vorgaben, sowie an Fernhochschulen parallel zu den Prüfungen in Testzentren durchgeführt wurden, konnten die eingesetzten Programme sowie der

²⁴ Z. B. Rahmenkonzept für Hochschulen in Bayern s. <https://www.verkuendung-bayern.de/baymb1/2021-840/>.

²⁵ Viele Universitäten verlagerten die Präsenzprüfungen in Messehallen oder eigens aufgebaute Zelte, <https://bnn.de/karlsruhe/karlsruhe-stadt/kit-studenten-schreiben-ihre-pruefungen-wegen-corona-im-zelt> oder <https://www.sueddeutsche.de/bildung/uni-klauen-corona-1.5029597?reduced=true>. Auch hierbei ergaben sich jedoch weitere Hindernisse. So konnten von der Universität Augsburg in Zelten geplante Prüfungen aufgrund eines Orkans nicht stattfinden, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/uni-augsburg-sturm-fegt-durch-klausur-planungen,SxaxbD8>.

²⁶ Für Bayern: <https://www.verkuendung-bayern.de/gvbl/2021-669/>.

²⁷ S. diesbezüglich <https://www.hrk.de/themen/hochschulsystem/covid-19-pandemie-und-die-hochschulen/massnahmen-und-sonderregelungen-der-bundeslaender/>.

²⁸ Für Bayern: <https://www.stmwk.bayern.de/allgemein/meldung/6461/informationen-fuer-hochschulen-und-kulturelle-einrichtungen.html#hs>.

Ablauf nicht ohne Weiteres übernommen werden. Bei staatlichen Hochschulen waren zudem die Besonderheiten des Subordinationsverhältnisses gegenüber den Studierenden zu berücksichtigen. Die im Rahmen der ersten elektronischen Fernprüfungen im Sommersemester 2020 getroffenen Abwägungsentscheidungen sind dabei in den jeweiligen Kontext zu setzen. Mangels Erfahrungen, konkreten rechtlichen Vorgaben oder einer bestehenden Rechtsprechung zu dieser Thematik galt es, innerhalb kürzester Zeit die notwendigen Entscheidungen zu treffen. Bei der Frage, ob diese nach den heutigen Erkenntnissen als rechtmäßig, da insbesondere verhältnismäßig, eingeordnet werden können, sind die zur damaligen Zeit bestehenden Alternativen (mildere, gleich geeignete Mittel) und damit die faktische Möglichkeit für ein rechtmäßig(er)es Alternativverhalten von besonderem Interesse. Für die Hochschulen bedeutete dies, die zunächst getroffenen Entscheidungen und festgelegten Prozesse für die elektronischen Fernprüfungen stetig zu evaluieren und an die weiteren technischen Möglichkeiten sowie die dezidierten rechtlichen Vorgaben anzupassen. Insbesondere zu letzterem Punkt fand in Bayern bereits vor Verabschiedung der Ermächtigungsgrundlage im Bayerischen Hochschulgesetz bis zur Verkündung der darauf beruhenden BayFEV ein Informationsaustausch zwischen dem Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst und den Hochschulen statt, sodass auch im Sommersemester 2020 bereits bekannt war, dass eine Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen geplant war und was deren wesentliche Bestandteile sein sollten.

Mit dieser besonderen Trilemmasituation und der Auflösung dieser durch das Angebot von drei verschiedenen Möglichkeiten für die Studierenden stellt sich die Frage, ob und welche Rechtsfolgen sich daraus für die ergangenen Prüfungsentscheidungen ergeben. Insbesondere für Prüfungen, die als elektronische Fernprüfungen abgelegt wurden, ist daher zu fragen, ob die Noten Bestand haben, sich in einer Art rechtlichem Schwebezustand befinden, oder sogar die Möglichkeit besteht diese (z.B. bei Missfallen des Ergebnisses) durch die Studierenden anzugreifen.

Grundsätzlich wirken sich Fehler in der Prüfung selbst, die alle Prüfungsteilnehmenden betreffen, auf die gesamte Prüfung, und damit nicht nur auf einzelne Studierende aus. Da es sich bei der Durchführung einer elektronischen Fernprüfung ohne die notwendige Rechtsgrundlage um einen kollektiven und keinen individuellen Mangel handelt, betrifft dieser zunächst die gesamte Prüfungskohorte. Problematisch ist hierbei jedoch, dass die Hochschulen mit der Durchführung der elektronischen Fernprüfungen die beste Möglichkeit unter den bestehenden wählten (s.o.), es somit keine Möglichkeit gab, sich anders und damit rechtmäßig zu verhalten (kein rechtmäßiges Alternativverhalten). Für die Ansicht, dass sich das Fehlen der Rechtsgrundlage nicht auf die Rechtmäßigkeit des Prüfungsergebnisses auswirkt, spricht zudem, dass die Studierenden unter den bestehenden Möglichkeiten wählen konnten und sich durch das zusätzliche Angebot der elektronischen Fernprüfungen ihr Rechtskreis erweitert und nicht

beschränkt hat.²⁹ Ohne das Angebot elektronischer Fernprüfungen wäre den Studierenden nur die Teilnahme an den begrenzten Präsenzprüfungen oder das Verschieben der Prüfung an sich geblieben.

3. Notwendigkeit einer rückwirkenden Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen

In der akuten Situation war es somit legitim auf elektronische Fernprüfungen zurückzugreifen und dadurch den Studierenden eine Möglichkeit zu geben, Prüfungsleistungen zu erbringen. Auch wenn mit der obigen Argumentation begründet werden kann, warum die Prüfungsergebnisse dennoch Bestand haben, so stellt sich die Frage, ob etwaige Unsicherheiten diesbezüglich nachträglich abgefangen werden können. Die meisten Bundesländer haben sich inzwischen für eine Regelung der elektronischen Fernprüfungen entschieden, um den Hochschulen in der nunmehr seit mehreren Semestern andauernden Pandemie mehr Planungssicherheit zu geben und gleichzeitig möglichst allen Studierenden die Gelegenheit zu bieten, den angestrebten Studienabschluss in adäquater Zeit trotz der pandemischen Umstände zu erreichen. Insoweit kommt in Betracht, die Geltung der jeweiligen Rechtsgrundlage bereits auf das Sommersemester 2020 zu erstrecken (Rückwirkung).

Rückwirkende Regelungen kollidieren indes mit dem Rechtsstaatsprinzip und verletzen dadurch das grundsätzlich schutzwürdige Vertrauen des Einzelnen, dass an eine Handlung nachträglich keine andere Rechtsfolge geknüpft wird, als im Zeitpunkt der Handlung zu erkennen war.³⁰ Aus diesem Umstand folgt ein grundsätzliches Rückwirkungsverbot, dass sich auch nicht auf den in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Fall der strafrechtlichen Rückwirkung beschränkt.³¹ Von diesem Verbot gibt es jedoch Ausnahmen, die insbesondere daran anknüpfen, ob nachträglich ein bereits vollständig abgeschlossener Sachverhalt der Vergangenheit geregelt werden soll (echte Rückwirkung), oder die Neuregelung sich lediglich auf einen Sachverhalt bezieht, der in der Vergangenheit, d.h. vor Bekanntgabe der Rechtsnorm begonnen hat, jedoch noch nicht abgeschlossen ist (unechte Rückwirkung).

Bei Regelungen für elektronische Fernprüfungen, die erst nach dem Sommersemester 2020 verabschiedet bzw. verkündet worden sind, bezöge sich eine et-

²⁹ Ähnlich auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts bei der elektronischen Patientenakte: Hier wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen Normen der ePA mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig verworfen. Durch das zusätzliche Angebot der ePA könne der Antragsteller gar nicht in seinen Rechten verletzt sein, da es ihm von Anfang an frei stand, sich gegen das Angebot der ePA zu entscheiden, BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 4.1.2021 – 1 BvR 619/20 m. Anm. *Rachut*, JurisPR-ITR 5/2021 Anm. 5.

³⁰ BVerfGE 109, 133, 180.

³¹ BVerfGE 45, 142, 167; 101, 239, 263; 109, 133, 180.

waige rückwirkende Regelung auf Prüfungen eines bereits beendeten Prüfungszeitraums und somit in der Regel auf vollständig abgeschlossene Sachverhalte: Die Prüfungen wurden abgehalten, die Leistungen bewertet und die Noten bekannt gegeben. Somit könnte hier ein Fall der unzulässigen echten Rückwirkung vorliegen. Bei der rechtlichen Bewertung dieser rückwirkenden Regelung sind jedoch der Sinn und Zweck des allgemeinen Rückwirkungsverbotes zu berücksichtigen. Das Rechtsstaatsprinzip schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der geltenden Rechtslage getroffenen Entscheidungen³² und bewahrt dadurch Rechtssicherheit. Es verbieten sich daher solche nachträglichen Änderungen, die für jene, die auf bestehende Regelungen vertrauen, nachteilig sind und die sich nicht ausnahmsweise mit zwingenden Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen.³³ Davon zu unterscheiden sind nachträgliche Änderungen, bei denen bereits kein Vertrauensschutz bestand³⁴ (etwa bei einer widersprüchlichen Rechtslage oder ernsthaften verfassungsrechtlichen Bedenken³⁵) oder die sich nur vorteilhaft (beispielsweise durch das Wegfallen von negativen Aspekten), neutral oder nur bagatelartig negativ³⁶ auswirken. Auch zwingende Gründe des Gemeinwohls können eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots rechtfertigen.³⁷ Ebenso zulässig sind nachträgliche Regelungen zur Behebung von unklaren oder nichtigen Regelungen.³⁸

Voraussetzung für eine echte Rückwirkung, und damit das Prüfen von Ausnahmenvoraussetzungen, ist jedoch zunächst, dass überhaupt eine änderungsfähige Rechtslage besteht. Ist dies nicht der Fall, sondern werden durch die nachträgliche Normierung überhaupt erst eine entsprechende Rechts(-grund)lage geschaffen und bestehende Unsicherheiten abgebaut, kann dadurch schon dogmatisch kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot und damit Rechtsstaatsprinzip vorliegen.³⁹ Wird erstmals eine Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen geschaffen, so ist dies somit auch nachträglich für einen bereits vergangenen Zeitraum möglich. Das nun geschaffene Recht „legalisiert“ somit nur das bisher Geschehene und heilt den Mangel der notwendigen parlamentarischen Debatte (S. 145 ff.). Aber selbst wenn man von dem Bestehen einer grundsätzlichen Rechtslage ausginge, z. B. aufgrund der bestehenden landesgesetzlichen Regelungen zu Hochschulprüfungen im Allgemeinen, so würde eine rückwirkende Normierung in diesem Fall lediglich die formelle Verfassungsmäßigkeit der durchge-

³² BVerfGE 101, 239, 262.

³³ Vgl. BVerfGE 19, 187, 191.

³⁴ BVerfGE 13, 261, 271 ff.; 25, 371, 403; 30, 367, 385 f.; 45, 142, 173 f.; 72, 200, 253.

³⁵ BVerfGE 13, 215, 225; 19, 187, 197.

³⁶ BVerfGE 30, 367, 389; 30, 392, 401.

³⁷ BVerfGE 72, 200, 258; 97, 67, 80.

³⁸ BVerfGE 7, 129, 152; 11, 64, 71 ff.; 88, 384, 403 f.; 135, 1, 46 ff.

³⁹ Vgl. BVerfGE 126, 369, 391 ff.; 135, 1, 48.

fürten elektronischen Fernprüfungen herstellen, dadurch die bestehenden rechtlichen Unsicherheiten beheben und wäre ebenso zulässig.

Insgesamt stehen einer rückwirkenden Geltung der jeweiligen Rechtsgrundlage für das Sommersemester 2020 und die anschließenden Semester keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Im Gegenteil baut diese noch verbliebene Unsicherheiten ab und ist daher in dieser Form zu bevorzugen. Beachtet werden muss hierbei indes, dass durch die nachträgliche Rechtsgrundlage keine neuen (materiell-)rechtlichen Anforderungen geschaffen werden, die zuvor noch nicht absehbar waren, um nicht dadurch eine verfassungswidrige Rückwirkung herbeizuführen bzw. bereits erfolgte Prüfungsentscheidungen nachträglich rechtswidrig werden zu lassen.

Für eine Rückwirkung der Rechtsgrundlage haben sich Bayern und Nordrhein-Westfalen entschieden. Darüber hinaus haben sich viele Bundesländer, die lediglich eine einfache Regelung zu elektronischen Fernprüfungen in den Landeshochschulgesetzen aufgenommen und von einer dezidierten Regelung abgesehen haben, ebenfalls für eine Rückwirkung entschieden. In der Begründung der Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Bayern (BayFEV)⁴⁰ wird darauf hingewiesen, dass sich diese Rückwirkung lediglich auf den Mangel der fehlenden Rechtsgrundlage (aus verfassungsrechtlicher und ebenso datenschutzrechtlicher Sicht) erstreckt, eine Heilung anderer Verstöße jedoch nicht erfolgt.⁴¹ Eine nachträgliche Rechtswidrigkeit bereits durchgeführter Prüfungen durch die Rückwirkung der BayFEV ist indes nicht zu befürchten, da keine über die verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich ohnehin bestehenden Anforderungen (näher S. 187 ff.) normiert wurden.

III. Fazit

Der rechtliche Rahmen einer elektronischen Fernprüfung ist wesentlich für die Ausübung verschiedener Freiheitsgrundrechte, insbesondere sind bei der Durchführung elektronischer Fernprüfungen komplexe, die verschiedensten Grundrechte austarierende und in Einklang zu bringende Entscheidungen zu treffen. In dem besonders grundrechtssensiblen Bereich der Prüfungen an staatlichen Hochschulen werden durch diese Entscheidungen zu elektronischen Fernprüfungen maßgebliche Bestimmungen über die Möglichkeit der Grundrechtsausübung getroffen.

Die wesentlichen Entscheidungen sind daher durch den zuständigen parlamentarischen Gesetzgeber, hier grundsätzlich die jeweiligen Landesgesetzgeber (Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG) zu treffen. Zu diesen zählt die Frage, ob und durch wen elektronische Fernprüfungen grundsätzlich angeboten werden können,

⁴⁰ Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Bayern (Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung – BayFEV), v. 16.9.2020, GVBl. S. 570.

⁴¹ Begründung zur BayFEV, S. 10.

ob diese auf bestimmte Prüfungen beschränkt bleiben und welche zentralen Anforderungen dabei zu beachten sind.

Regelungen, die nur durch die Hochschule getroffen werden und das bisherige, auf Präsenzprüfungen ausgerichtete Prüfungswesen umgestalten, entsprechen nicht den Vorgaben der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. Angesichts der Deutlichkeit und Konsistenz der Rechtsprechung im Bereich der Wesentlichkeitsdoktrin sowie der deutlichen Grundrechtsrelevanz elektronischer Fernprüfungen scheint eine abweichende rechtliche Bewertung ausgeschlossen.

Nichtsdestotrotz durften die Hochschulen auch bereits vor Erlass einer solchen Rechtsgrundlage angesichts der besonderen Situation zu Beginn der Pandemie elektronische Fernprüfungen durchführen. Etwaige bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtsgültigkeit der in diesen Zeitraum getroffenen Prüfungsentscheidungen können durch eine Rückwirkung der Rechtsgrundlage behoben werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass nur der Mangel der fehlenden Rechtsgrundlage behoben wird und keine über die ohnehin geltenden rechtlichen Vorgaben hinausgehenden Regelungen getroffen werden. Andernfalls könnten Prüfungsergebnisse nachträglich rechtswidrig werden.

B. (Weitere) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben für elektronische Fernprüfungen ergeben sich aus den tangierten Grundrechten der Betroffenen (den Studierenden sowie der Hochschulen mit den Hochschullehrenden).⁴² Auf Seiten der Studierenden sind insbesondere der grundrechtlich verbürgte Prüfungsanspruch, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Grundrecht auf Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme, die Menschenwürde sowie das Prinzip der Chancengleichheit relevant. Dem gegenüber stehen auf Seiten der Hochschulen und des Lehrpersonals insbesondere die Freiheit der Lehre.

In der noch andauernden Corona-Pandemie, die deutschlandweit den Bedarf an elektronischen Fernprüfungen an Hochschulen maßgeblich initiiert hat, kommt zudem der staatlichen Gesundheitsschutzpflicht eine besondere Rolle zu.

I. Prüfungsanspruch, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Die grundrechtliche Berufs- und Ausbildungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, umfasst den Zugang zu den entsprechenden Ausbildungen an staatlichen Hochschulen⁴³ und damit ebenso die Zulassung sowie die Durchführung der not-

⁴² Zur Anwendbarkeit der Grundrechte trotz GrCH s. *Beaucamp*, DÖV 2022, 283, 286 f.

⁴³ *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 12 Rn. 25.

wendigen Prüfungen, um den angestrebten berufsqualifizierenden Abschluss zu erhalten.⁴⁴ Dabei handelt es sich um ein derivatives Teilhaberecht, d.h. es besteht hinsichtlich des Zugangs zu den Ausbildungseinrichtungen kein Anspruch des Einzelnen auf einen bestimmten Platz und somit auch keine Verpflichtung des Staates entsprechende Kapazitäten zu schaffen. Vielmehr ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, dass der Staat zur Ausnutzung und Auslastung der bestehenden Kapazitäten unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet ist.⁴⁵ Hat eine Person jedoch einen staatlichen Ausbildungsplatz erhalten, so folgt daraus ein unmittelbarer Anspruch auf Zulassung zu den entsprechenden Prüfungen.⁴⁶ Diese kann dabei an bestimmte objektive und subjektive Zulassungsvoraussetzungen geknüpft sein, wobei für das Vorliegen der objektiven Zulassungsvoraussetzungen (auf die die Studierenden keinen Einfluss haben) hohe Anforderungen zu stellen sind. So sind solche nur hinzunehmen, wenn sie zur Abwehr einer drohenden schweren Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut geboten sind (sog. Drei-Stufen-Theorie).⁴⁷ Hieraus folgt, dass eine mangelnde Prüfungskapazität allenfalls eine Verzögerung der Prüfung selbst rechtfertigen kann, und dies auch nur, wenn die Hochschulen sämtliche Kapazitäten und Möglichkeiten zur Durchführung der Klausur (u. a. hinsichtlich Prüfenden, Aufsichtspersonen und Räumlichkeiten) ausgeschöpft haben.

Drohen erhebliche Verzögerungen oder gar das Ausfallen von Hochschulprüfungen aufgrund besonderer Umstände, wie dies während der Corona-Pandemie der Fall war, so haben die Hochschulen alle weiteren Möglichkeiten zur Durchführung der Prüfungen auszuschöpfen. Da hierbei vor allem ein Mangel an Räumlichkeiten bestand und es eine besondere Schwierigkeit für Prüfungsteilnehmende und Aufsichtspersonen darstellte, sich an den Ort der Hochschule zu begeben, konnte das Abhalten von elektronische Fernprüfungen notwendig sein, um dem Prüfungsanspruch der Studierenden gerecht zu werden. Allgemein besteht seitens der Studierenden – auch wenn sie Teil einer Risikogruppe sind⁴⁸ – jedoch kein Anspruch auf eine online durchgeführte Prüfung, da den Prüfenden hier ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.⁴⁹ Dies schließt allerdings nicht aus, dass sich die staatliche Gesundheitsschutzpflicht dahingehend verdichten kann, dass sich beispielsweise in einer sehr angespannten Pan-

⁴⁴ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, C., Rn. 135.

⁴⁵ *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 12 Rn. 25.

⁴⁶ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, C., Rn. 135.

⁴⁷ BVerfGE 7, 377, 377 ff.

⁴⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20; so auch VG Bremen, Beschl. v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20 im Falle einer Schülerin.

⁴⁹ VG Berlin, Beschl. v. 10.9.2021 – 12 L 237/21; VG Gießen, Beschl. v. 5.3.2021 – 9 L 491/21.

demiesituation ein individueller Anspruch auf Online-Klausuren für besonders gefährdete Personengruppen ergibt.

II. Exkurs/Sonderfall: Gesundheitsschutz, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Im Zuge der Corona-Pandemie kommt der staatlichen Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit eine besondere Bedeutung zu. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beinhaltet neben der negativen Dimension (Abwehrrecht) zusätzlich eine positive Dimension in Form einer umfassenden staatlichen Schutzpflicht.⁵⁰ „Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen [...]“⁵¹ und umfasst neben dem Schutz vor rechtswidrigen Eingriffen durch Dritte oder den Staat selbst auch den Schutz vor Naturgefahren.⁵² Eine Eingriffsqualität kann bereits durch die bloße Gefährdung des Grundrechts bestehen, wenn bei Realisierung der Gefahr besonders gravierende Konsequenzen drohen. Bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht steht dem Staat zwar ein weiter Ermessensspielraum zu, ungenügend sind jedoch Schutzmaßnahmen, die nicht (mehr) dem wissenschaftlichen Stand entsprechen.⁵³ Nichtstun ist keine verfassungskonforme Option (Untermaßverbot).

Hinsichtlich Epidemien und Pandemien (wie insbesondere seit März 2020) bedeutet dies, dass aufgrund des Übertragungsweges durch andere Personen deren Grundrechte zur Gewährleistung des notwendigen Gesundheitsschutzes (auch im Sinne einer Risikovorsorge) eingeschränkt werden müssen. Bei der Auflösung der hierbei auftretenden Grundrechtskollision müssen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung insbesondere die Eilbedürftigkeit des Einschreitens sowie die aktuelle Einschätzung der Gefahrenlage und Prognoseunsicherheiten⁵⁴ gegen teils intensive, gruppenbezogene und flächenartige Beschränkungen von Grundrechten abgewogen werden.⁵⁵ Dabei wird deutlich, dass sich im Verlauf einer Epidemie oder Pandemie die Maßstäbe für verhältnismäßige Grundrechtseinschränkungen zum Gesundheitsschutz ändern und somit die getroffenen Maßnahmen einer stetigen Überprüfung und Anpassung an die aktuelle Lage erfordern.⁵⁶

Für das Prüfungsgeschehen an den Hochschulen bedeutete dies, dass gerade zu Beginn der Pandemie im März 2020, als wenig wissenschaftliche Erkenntnisse zu

⁵⁰ Kunig/Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 101.

⁵¹ BVerfGE 46, 160, 164.

⁵² Kunig/Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 101.

⁵³ BVerwG, Urt. v. 22.1.1997 – 11 C 7/95 = NVwZ 1998, 623, 626.

⁵⁴ Zum bestehenden Einschätzungsspielraum BVerfG, Beschl. v. 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 = NVwZ 2020, 876, 878.

⁵⁵ Kunig/Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 103.

⁵⁶ Zu den daraus folgenden Herausforderungen für den Gesetzgeber Dederer/Gierhake/Preiß, COVuR 2021, 454, 456 ff.

Gefährlichkeit, Übertragungsweg und funktionierenden Schutzmaßnahmen bestanden, umfassende Maßnahmen getroffen werden mussten, um die staatliche Gesundheitsschutzpflicht zu erfüllen. Diese Maßnahmen führten dazu, dass die Abnahme von Prüfungen teilweise unmöglich war, was aber anhand der dargestellten Kriterien als verhältnismäßig und damit als gerechtfertigte Einschränkung des Prüfungsanspruchs der Studierenden zu bewerten ist. Das anhaltende Pandemiegeschehen erfordert weiterhin (Stand März 2022) entsprechende staatliche Maßnahmen zur Erfüllung der Gesundheitsschutzpflicht. Diese sind dabei an die aktuellen Gegebenheiten und den neuesten wissenschaftlichen Stand anzupassen. Die damit verbundenen Einschränkungen beeinträchtigen den Prüfungsbetrieb weiterhin, sodass die Hochschulen verpflichtet sind, die Prüfungen so umzugestalten, dass trotzdem alle Studierenden an den für sie notwendigen Prüfungen teilnehmen können. Eine Verzögerung mit dem Argument der begrenzten Prüfungskapazitäten aufgrund des pandemischen Geschehens lässt sich nicht (mehr) rechtfertigen.

III. Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG

Das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung leitet sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab, geht jedoch über den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinaus. Es bestimmt, dass der Einzelne grundsätzlich selbst über die Preisgabe sowie die Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestimmen kann,⁵⁷ und schützt so vor der Kenntnisnahme seiner personenbezogenen Daten durch den Staat und durch Dritte. Vom Schutzbereich erfasst ist bereits die (erstmalige) Erhebung solcher Daten, sowie deren Speicherung, Verwendung und Weitergabe.⁵⁸ Den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt trotz der umfassenden und vereinheitlichenden Ausgestaltung auf unionaler Ebene durch die DS-GVO weiterhin Bedeutung zu.⁵⁹

Bei einer elektronischen Fernprüfung wird eine Vielzahl von personenbezogenen Daten verarbeitet. Insoweit diese Verarbeitungen bereits auf der Durchführung der Prüfung an sich beruhen und nicht mit den Neuerungen durch die elektronische Fernprüfung zusammenhängen, sind sie bereits von den geltenden Rechtsgrundlagen umfasst und bedürfen daher keiner näheren rechtlichen Beurteilung. Relevant sind indes die neuen und weiteren Verarbeitungsprozesse personenbezogener Daten. Diese rühren insbesondere aus der Videoaufsicht, d.h. der Beaufsichtigung der Studierenden mittels Kamera und Mikrofon, her. Damit werden mehr personenbezogene Daten (z. B. das Bild der Prüfungsteilnehmenden) zu

⁵⁷ St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1, 43.

⁵⁸ St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1, 43.

⁵⁹ Siehe hierzu auch *Scheurer*, Spielerisch selbstbestimmt, S. 114 ff.

weiteren Verarbeitungszwecken (Beaufsichtigung der Studierenden) unter Einsatz bisher nicht eingesetzter Technologien (Prüfungs-, Proctoring- oder Videokonferenzsoftware) verarbeitet. Diese Umstände müssen bei der Bewertung des Eingriffs, sowie etwaigen Rechtfertigungsmöglichkeiten berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang sind die jeweiligen Verarbeitungen nicht nur im Einzelnen, sondern auch in einer Gesamtschau zu betrachten.⁶⁰

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann sowohl durch den Gesetzgeber im Rahmen einer verhältnismäßigen Ausgestaltung der Datenverarbeitung (Art. 2 Abs. 1 GG) als auch durch Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken wie etwa dem Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG) eingeschränkt werden.

IV. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG

Insoweit sich die Studierenden während der elektronischen Fernprüfungen in ihrer häuslichen Umgebung, d.h. in zu Wohnzwecken gewidmeten Räumen befinden, kommt ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG in Betracht. Das Grundrecht schützt dabei den räumlich gegenständlichen Bereich der Privatsphäre⁶¹ zunächst vor physischen Eingriffen, d.h. gegen Betreten, Verweilen oder Durchsuchen (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 GG) gegen den Willen des Berechtigten.⁶² Im Zuge der digitalen Transformation ergeben sich jedoch neue Möglichkeiten, sodass ein Eindringen in die Wohnräume auch ohne physisches Betreten möglich ist. Hierzu zählen z.B. technische Vorrichtungen, die das Überwachen der Wohnung ermöglichen (meist Geräte zur Ton- und Bildaufzeichnung). Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass nicht nur in dem etwaigen Anbringen entsprechender technischer Geräte selbst, sondern auch in dem Gebrauch dieser ein Eingriff zu sehen ist.⁶³

Die im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen eingesetzte Videoaufsicht ermöglicht und beabsichtigt, die Prüfungsumgebung der Studierenden während der Prüfung zu beobachten. Typischerweise befinden sich die Prüfungsteilnehmenden dabei in ihrer Wohnung, sodass hierin ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG zu sehen wäre. Möglicherweise steht dem jedoch entgegen, dass die Videoaufsicht nicht gegen den Willen der Studierenden, sondern auch in ihrem Interesse, erfolgt. Unerheblich bei der Bewertung ist dabei, ob der potentielle Eingriff mit oder ohne Wissen der Studierenden erfolgt, es kommt vielmehr darauf an, ob dies gegen ihren Willen erfolgt (eine etwaige Einwilligung der Studierenden kann dabei bereits als Ausschluss eines Eingriffs, zumindest als Rechtfertigung eingeordnet wer-

⁶⁰ Vgl. außerdem zur sog. Überwachungsgesamtrechnung *Roßnagel*, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 ff.

⁶¹ St. Rspr seit BVerfGE 32, 54, 72.

⁶² BVerfGE 65, 1, 40; 76, 83, 89 f.

⁶³ BVerfGE 65, 1, 40; 109, 279, 309.

den⁶⁴).⁶⁵ Schließlich hängt die rechtliche Bewertung davon ab, welche Anforderungen man an die Willensbildung der Studierenden stellt. Eine freie Willensbildung setzt voraus, dass der Betroffene überhaupt einen Willen bilden kann und dieser frei und für den Einzelfall unabhängig über das Eindringen in seine Wohnung entscheiden kann.⁶⁶ Dabei ist bereits fraglich, ob in der Situation, dass an der elektronischen Fernprüfung nur mit Einwilligung in die Videoaufsicht teilgenommen werden kann, überhaupt von einer solchen freien Willensbildung gesprochen werden kann. Diese würde voraussetzen, dass die Studierenden etwa selbst bestimmen könnten, was sie von ihren Wohnräumen sichtbar machen, und dass sie dies jederzeit steuern und kontrollieren könnten.⁶⁷ Dies ist aber regelmäßig nicht der Fall. Vielmehr wird durch die Hochschulen, basierend auf den jeweiligen Rechtsgrundlagen, vorgegeben, wie groß der zu beaufsichtigende Raumausschnitt ist; auch wird die Nutzung eines virtuellen Hintergrundes meistens unzulässig sein. Die Studierenden haben zudem gerade nicht die Möglichkeit, über das „Ob“ und „Wie“ der Beaufsichtigung zu entscheiden. Deshalb kann von einer freiwilligen⁶⁸ Einwilligung nicht ausgegangen werden.⁶⁹ Etwas anderes kann gelten, wenn den Studierenden entsprechende Wahlmöglichkeiten, z. B. zur Teilnahme an einer alternativen Präsenzprüfung zur Verfügung stehen.⁷⁰

Darüber hinaus kann sich bei mehreren Bewohnern derselben Wohnräume die Frage stellen, ob hier die Einwilligung sämtlicher dort wohnender Personen eingeholt werden müsste.⁷¹

V. Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Als Ergänzung zu und ebenso wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme (sog. „IT-Grundrecht“) durch das Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet worden (Extensivierung der Grundrechte)^{72, 73} Die

⁶⁴ *Beaucamp*, DÖV 2022, 283, 289 f.

⁶⁵ *Birnbaum*, NJW 2021, 1356, 1357.

⁶⁶ *Gornig*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 44 f.

⁶⁷ *Heider*, NZA 2021, 1149, 1151 f.

⁶⁸ Vgl. zudem zur Problematik der Einwilligung im Verhältnis staatliche Hochschule und Studierende S. 181 f.

⁶⁹ Zustimmend *Petri*, ZD 2021, 444, 445; a. A. OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21.

⁷⁰ *Beaucamp*, DÖV 2022, 283, 290.

⁷¹ M. w. N. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 13 GG, Rn. 10.

⁷² *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Vor Art. 1 Rn. 23 m. w. N.

⁷³ BVerfGE 120, 274.

Entstehung dieses eigenständigen Grundrechts ist dabei Folge der zunehmenden Bedrohungslage durch die voranschreitende digitale Transformation und die kontinuierlich weitergehende Vernetzung der unterschiedlichen Systeme. So kann inzwischen in die verschiedenen Sphären des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingegriffen werden, ohne dazu physisch eindringen zu müssen (Bsp. Online-Durchsuchung). Das IT-Grundrecht schützt vor Eingriffen in das technische System selbst (systembezogener Schutz) und füllt dadurch die bestehende Lücke zu den Schutzbereichen der Art. 10 und 13 GG sowie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (räumlicher bzw. thematischer Schutz)^{74, 75} Der Schutzbereich erstreckt sich dabei nicht nur auf Daten der Privatsphäre, sondern auf das gesamte informationstechnische System. Es reicht somit, dass durch den (nicht notwendigerweise heimlichen)⁷⁶ Zugriff die Möglichkeit besteht, Daten abzufragen, aus denen sich ein umfassendes Bild des Betroffenen ergeben kann.⁷⁷ Dabei ist es ebenfalls unerheblich, ob der Zugriff besonders leicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erfolgt,⁷⁸ es genügt vielmehr, dass auf das System so zugegriffen werden kann, dass dessen Leistungen, Funktionen und gespeicherten Inhalte durch Dritte genutzt werden können.⁷⁹

Sollen im Rahmen elektronischer Fernprüfungen bestimmte Funktionen der zur Prüfung genutzten Kommunikationseinrichtung beschränkt oder vorgegeben werden, z.B. Erzwingen des Vollbildmodus, Deaktivierung der Zwischenablage, Verhinderung weitere Programme aufzurufen, muss hierfür auf das jeweilige technische System des Prüfungsteilnehmenden in der oben beschriebenen Weise zugegriffen werden. Handelt es sich dabei nicht um ein Gerät der Hochschule, sondern der Studierenden⁸⁰ (BYOD S. 39 ff.), so wird dadurch in das IT-Grundrecht der Studierenden eingegriffen.

Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Authentizität informationstechnischer Systeme wird ebenfalls nicht schrankenlos gewährleistet.

VI. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Im Rahmen der Regulierung elektronischer Fernprüfungen ist auch die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG von besonderer Bedeutung. Die absolute Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde hat zur Folge, dass Be-

⁷⁴ BVerfGE 120, 274, 311.

⁷⁵ BVerfGE 120, 274, 302 f., 306.

⁷⁶ Vgl. den Wortlaut der Entscheidungsbegründung „schützt insbesondere vor einem heimlichen Zugriff“, BVerfGE 120, 274, 314; *Hornung*, CR 2008, 299, 303.

⁷⁷ BVerfGE 120, 274, 311, 314.

⁷⁸ BVerfGE 120, 274, 315.

⁷⁹ BVerfGE 120, 274, 314.

⁸⁰ Zu den Anforderungen als „eigenes Gerät“ s. *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paál*, BeckOK Informations- und Medienrecht, 35. Ed., Stand 1.5.2021, Art. 2 GG Rn. 26.

eintrachtigungen nicht gerechtfertigt werden können.⁸¹ Jedem Menschen als „geistig-sittliche[s] Wesen [...], das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“⁸² steht ein unbedingt zu achtender Wert seiner selbst willen zu.⁸³ Nach der sog. „Objektformel“ liegt ein Eingriff vor, sobald der Mensch zum bloßen Objekt des Staates wird.⁸⁴ Auch wenn diese Herangehensweise nicht überstrapaziert werden darf, so ist eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG dann anzunehmen, wenn ein Mensch durch die staatliche Gewalt in einer Art und Weise behandelt wird, die die Achtung des Wertes vermissen lässt, die jedem Menschen zukommt.⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang immer wieder mit bestimmten Fallgruppen auseinandergesetzt und für diese Bereiche Annäherungspunkte bestimmt, wann die Schwelle der Menschenwürdeverletzung erreicht ist. Hierbei hat das Gericht klargestellt, dass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zum absolut geschützten Bereich der Menschenwürde zu zählen ist. Dies bedeutet, dass insbesondere Gespräche mit dem Ehepartner oder nahen Familienangehörigen in den Wohnräumen regelmäßig dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Bereich zuzuordnen sind.⁸⁶ Eine Überwachung des Aufenthaltsortes mittels elektronischer Fußfessel soll jedoch noch keinen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellen, weil lediglich der Aufenthaltsort ermittelt wird, nicht jedoch eine Überwachung des Verhaltens der jeweiligen Person stattfindet.⁸⁷

Da bei elektronischen Fernprüfungen notwendigerweise elektronische Kommunikationseinrichtungen zum Einsatz kommen, möglicherweise in die IT-Systeme der Studierenden eingegriffen wird und darüber hinaus für die Beaufsichtigung Kamera und Mikrofon notwendig sind, eine umfassende Überwachung der Studierenden somit leicht möglich ist, sind die obigen Ausführungen von besonderer Relevanz. Die faktische Möglichkeit, durch geringfügige Änderungen und Ergänzungen immer weitere Werkzeuge zur Beaufsichtigung zu integrieren, stellt eine realistische Gefahr für die Menschenwürde der Studierenden dar. An dieser Stelle ist zu hinterfragen wie viel Beaufsichtigung noch mit der Menschenwürde vereinbar ist, und wann eine menschenunwürdige Überwachung der Prüfungsteilnehmenden stattfindet. Es muss also verhindert werden, dass der für die Studierenden eigentlich positive Umstand, Prüfungen nun ortsunabhängig ablegen zu können, sich in das Gegenteil verkehrt und als Ausgangspunkt einer die Men-

⁸¹ BVerfGE 75, 369, 380; 125, 175, 222.

⁸² BVerfGE 133, 168, 197.

⁸³ M. w. N. *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber: BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 1 Rn. 12.

⁸⁴ BVerfGE 116, 69, 85; 109, 133, 150 f.

⁸⁵ BVerfGE 109, 279, 313.

⁸⁶ U. a. BVerfGE 109, 279, 319 f.

⁸⁷ BVerfGE 156, 63.

schenwürde zumindest gefährdenden Überwachung in den eigenen Räumlichkeiten fungiert. In diesen Bereich fällt auch die Frage, inwieweit sog. Proctoring-Software zur Unterstützung der Aufsichtspersonen eingesetzt werden kann. Die Ausgestaltung einer solchen Software ist in vielen Varianten denkbar und reicht bis zur vollautomatisierten, KI-gestützten Beaufsichtigung der Studierenden.⁸⁸ In diesem Fall droht tatsächlich eine menschenunwürdige Objektifizierung des einzelnen Menschen.

VII. Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG

Eine besondere Rolle kommt zudem der in Art. 3 Abs. 1 GG niedergelegten Chancengleichheit zu. Der Grundsatz wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, soweit kein triftiger Grund für eine Abweichung besteht,⁸⁹ wirkt sich hinsichtlich elektronischer Fernprüfungen in dreierlei Hinsicht aus. Zum einen bedeutet dies, dass zwischen den alternativ angebotenen Prüfungen (Präsenzprüfung und elektronische Fernprüfung) eine größtmögliche Angleichung stattzufinden hat (1). Zum anderen haben die Hochschulen zu gewährleisten, dass die Bearbeitung und anschließende Bewertung auf den Fähigkeiten der Prüfungsteilnehmenden beruht.⁹⁰ Dies bedeutet, dass die Hochschulen verpflichtet sind, auch verfahrenstechnische Vorkehrungen zu treffen, um Täuschungshandlungen zu verhindern, zu erschweren und aufzudecken (2).⁹¹ Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Anforderungen sich aus dem Grundsatz der Chancengleichheit für die Vergleichbarkeit zwischen den verschiedenen Jahrgängen ergeben (3).

(1) Dies bedeutet nicht nur, dass die Aufgabenstellung vergleichbar sein muss, sondern auch, dass die weiteren Aspekte der Prüfung möglichst gleich ausgestaltet sein müssen. Das Prüfungsformat der elektronischen Fernprüfung muss also, soweit es geht, an die Präsenzprüfung angenähert werden. Außerdem sind die Unterschiede, die sich dadurch nicht beheben lassen, durch Modifikation der Präsenzprüfung weiter zu reduzieren. Konkret kann sich dies u. a. auf folgende Aspekte auswirken:⁹²

- Prüfungsaufgabe: Soweit die beiden Prüfungsformate zeitgleich angeboten werden, sollten (wie auch bei zeitgleichen Prüfungen in mehreren Hörsälen) dieselben Prüfungsaufgaben gestellt werden, bei termingleichen Prüfungen sind vergleichbare Prüfungsaufgaben zu stellen.

⁸⁸ Ausführlich *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851.

⁸⁹ BVerfGE 124, 199, 220; 130, 240, 252.

⁹⁰ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 532 ff.

⁹¹ *Forgó/Graupe/Pfeifferbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, 2016, S. 34, 36 f.

⁹² Nach *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 67 ff.

- **Bearbeitungsmodus:** Auch der Bearbeitungsmodus sollte bei beiden Prüfungsformaten identisch sein. D.h. eine elektronische Bearbeitung (E-Klausur) im Rahmen der elektronischen Fernprüfung sollte neben einer E-Klausur in Präsenz angeboten werden. Wird hiervon abgewichen und findet die Bearbeitung im Hörsaal auf Papier statt, so stellen sich die oben aufgeworfenen Fragen der Vergleichbarkeit (S. 149). Ob noch von einer vergleichbaren Bearbeitung ausgegangen werden kann, hängt dabei auch von den konkreten Aufgabentypen ab (z.B. ob lediglich Multiple-Choice-Fragen durch Ankreuzen bzw. einen Klick beantwortet werden oder die Anfertigung eines eigenständigen Textes gefordert wird).
- **Bearbeitungszeit:** Für die Bearbeitung ist grundsätzlich dieselbe Zeit zur Verfügung zu stellen. Besonderheiten können sich bei der elektronischen Fernprüfung ergeben, wenn für die Abgabe der Ausarbeitung zusätzliche Zeit benötigt wird (z.B. zum Scannen der handschriftlichen Klausurlösung). Diese Zeit ist den Prüfungsteilnehmenden der elektronischen Fernprüfung zusätzlich zu gewähren. Damit einhergehende Risiken können möglicherweise jedoch durch Anpassung des Bearbeitungsmodus (z.B. durch eine E-Klausur) verhindert werden. Werden Präsenzprüfung und elektronische Fernprüfung nicht in demselben Bearbeitungsmodus abgehalten (s.o.) stellt sich die Frage, wie mit dem Umstand umgegangen werden soll, dass die Prüfungsteilnehmenden, die ihre Lösung tippen, möglicherweise gegenüber den anderen einen Vorteil haben. Ob ein solcher Vorteil tatsächlich vorliegt, kann sich je nach konkretem Einzelfall unterscheiden. Möglich ist auch eine prozentuale Zeitreduktion für die Studierenden, die die Prüfung nicht handschriftlich bearbeiten (vgl. hierzu S. 93 f.) bzw. umgekehrt eine Verlängerung für die Personen, die die Lösung handschriftlich anfertigen. Vor einer solchen Ungleichbehandlung der beiden Gruppen muss jedoch entsprechend evaluiert werden, ob dafür ein tatsächlicher Grund besteht, oder sich praktisch keine Unterschiede in der benötigten Bearbeitungszeit ergeben.
- **Zugelassene Hilfsmittel:** Zur Gewährung vergleichbarer Prüfungen gehört auch, dass die jeweils zugelassenen Hilfsmittel dieselben sind. Da sich bei elektronischen Fernprüfungen aufgrund der eingeschränkten Beaufsichtigungsmöglichkeit besonders Prüfungen anbieten, bei der zusätzliche Hilfsmittel erlaubt sind (z.B. open book Prüfungen), muss die entsprechende Möglichkeit zur Hilfsmittelnutzung auch bei der Präsenzprüfung gegeben sein.
- **Prüfungsumgebung:** Zwar können die Hochschulen die Prüfungsumgebung bei den Studierenden nicht beeinflussen und tragen insofern nicht die Verantwortung für eine ungestörte Prüfungsumgebung, sie können im Vorhinein jedoch auf die durch die Studierenden zu beachtenden Aspekte (Licht, Platz, Ergonomie usw.) hinweisen, sodass die Prüfungsteilnehmenden die Möglichkeit haben, die Umgebung vor Beginn der Prüfung entsprechend zu gestalten.

- Technische Ausstattung: Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Studierende über die entsprechende technische Ausstattung verfügen. Was bei E-Klausuren an den Hochschulen Voraussetzung ist – dass bei BYOD Prüfungen auch Leihgeräte zur Verfügung stehen müssen – gilt auch für die elektronischen Fernprüfungen. Durch das Vorhalten entsprechender Geräte wird allen Studierenden die Möglichkeit gegeben an den elektronischen Fernprüfungen teilzunehmen.

(2) Die Gewährleistung der Chancengleichheit beinhaltet für Hochschulprüfungen zudem die Pflicht, ein Mindestmaß an Fairness zu gewährleisten, d.h. Täuschungshandlungen bestmöglich zu verhindern, zu erschweren und aufzudecken.⁹³ Dies bedeutet nicht, dass das Täuschen unmöglich gemacht werden muss – dies ist auch bei Präsenzprüfungen nicht der Fall. Vielmehr müssen durch entsprechende Verfahrensmaßnahmen gewisse Hürden aufgebaut werden. Das herkömmliche Mittel hierfür ist die Beaufsichtigung der Prüfungsbearbeitung,⁹⁴ wobei sich die Frage stellt, wie das Minus an Aufsichtsmöglichkeit bei einer elektronischen Fernprüfung gegenüber einer Präsenzprüfung ausgeglichen werden kann. In Betracht kommt hier einerseits die technische „Aufrüstung“, d.h. das Unterbinden von Täuschungshandlungen mittels Technikeinsatzes, oder andererseits durch didaktische Maßnahmen. Durch technische Ausgestaltung ist es z.B. möglich die Benutzung der elektronischen Geräte bei der Prüfungsbearbeitung einzuschränken. Dies kann durch Software- oder Hardwaremaßnahmen erfolgen, wobei bei elektronischen Fernprüfungen oftmals das eigene Gerät des Prüfungsteilnehmers genutzt wird und eine Modifizierung der Hardware daher in den meisten Fällen nicht in Betracht kommt. Neben der technischen Einschränkung der Studierenden kommt ebenso eine Erweiterung auf Seiten des Aufsichtspersonals in Betracht. Die Aufsichtsmöglichkeit könnte durch eine Übertragung des Bildschirminhalts, weitere Kameras oder Kameraschwenks durch die jeweilige Prüfungsumgebung erhöht werden. Auf didaktischer Ebene bietet sich eine Randomisierung der Prüfungsaufgaben oder das vermehrte Stellen von Transferaufgaben an, sodass eine Täuschungshandlung deutlich erschwert wird.

Zu berücksichtigen ist auch der durch die stattfindende (Video-)Aufsicht entstehende Aufsichtsdruck⁹⁵ bei den Studierenden. Primäres Ziel einer solchen Prüfungsaufsicht ist bereits das Verhindern von Täuschungshandlungen angesichts der Möglichkeit dabei entdeckt zu werden und die Konsequenzen tragen zu müssen. Für eine erfolgreiche Prüfungsaufsicht ist daher nicht entscheidend,

⁹³ *Forgó/Graupe/Pfeiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, 2016, S. 34, 36 f.

⁹⁴ Zur Notwendigkeit einer Prüfungsaufsicht bei einer Klausur s. VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/21, COVuR 2021, 488, m. Anm. *Rachut*.

⁹⁵ *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 77.

dass dadurch tatsächlich alle Täuschungshandlungen entdeckt werden können, sondern dass durch sie eine psychologische Hürde aufgebaut wird, die Täuschungen bereits verhindert.

In keinem Fall dürfen die zusätzlichen technischen Möglichkeiten im Rahmen einer elektronischen Fernprüfung dazu genutzt werden, das Aufsichtsniveau gegenüber dem der Präsenzprüfungen zu übersteigen.

(3) Weil durch Hochschulprüfungen ein entsprechender berufsqualifizierender Hochschulabschlusses erlangt wird, müssen die dafür abzulegenden Prüfungen auch über die Jahrgänge hinweg eine gewisse Vergleichbarkeit aufweisen.⁹⁶ Eine absolute Gleichheit kann dabei aber nicht gefordert werden,⁹⁷ da dies sämtliche Anpassungen in den Prüfungsordnungen und damit die Weiterentwicklung des Studienangebotes unterbinden würde. Sind solche Änderungen geplant, so sind diese so zu gestalten (z.B. durch Übergangsregelungen), dass übermäßige und unzumutbare Benachteiligungen vermieden werden.⁹⁸ Für elektronische Fernprüfungen bedeutet dies, dass sich durch das neue Prüfungsformat selbst sowie durch die dadurch notwendigen Anpassungen auch der Präsenzprüfungen (s.o.) durchaus wesentliche Änderungen gegenüber vorherigen Jahrgängen ergeben. Besonders deutlich wurden diese Abweichungen zu Beginn der Pandemie, da zu dieser Zeit kurzfristig und ohne etwaige Übergangsvorschriften auf das neue Prüfungsformat gewechselt werden musste. Hierbei galt es durch die entsprechende Ausgestaltung der Prüfungen nicht nur die Chancengleichheit zu den bisherigen Jahrgängen bestmöglich zu gewährleisten, sondern auch dem Vertrauensschutz der Studierenden Rechnung zu tragen, die sich für ein Studium mit Präsenzprüfungen entschieden hatten.⁹⁹

VIII. Freiheit der Lehre, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG

Die staatlichen Hochschulen und die dortigen Lehrenden sind zunächst als Teil der öffentlichen Verwaltung grundrechtsverpflichtet, sodass sich die grundrechtlichen Abwehr- und Gewährleistungsrechte der Studierenden (s.o.) direkt gegen sie als Teil des Staates richten. Gleichzeitig besteht mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ein Grundrecht, dass die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre schützt und so Hochschulen und Hochschullehrende ebenfalls zu Grundrechtsträgern¹⁰⁰ macht.

⁹⁶ *Dieterich*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 66, 74.

⁹⁷ BVerfGE 37, 342, 354.

⁹⁸ BVerfGE 37, 342, 354.

⁹⁹ *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 65.

¹⁰⁰ Zur Abgrenzung zwischen der Lehrfreiheit der Hochschulen und der Lehrenden s. *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 5 Abs. 3 Rn. 195 ff.

Die Lehr- und Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sind dabei eng miteinander sowie mit der Wissenschaftsfreiheit verknüpft und stellen Dimensionen dieser dar.¹⁰¹ Die Freiheit der Lehre umfasst die Wieder- und Weitergabe des wissenschaftlichen Erforschten¹⁰² und erstreckt sich insbesondere auf den Inhalt, die methodischen Ansätze sowie das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen Lehrmeinungen.¹⁰³ Soweit sich staatliche Maßnahmen somit auf die freie Wahl des Lehrgegenstands, die Form der Lehre, deren Inhalt oder den methodischen Ansatzes sowie das verwendete Material auswirken, liegt ein Eingriff in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vor.

Einen solchen Eingriff stellt beispielsweise die Pflicht zur digitalen Lehre dar.¹⁰⁴ Eine solche konnte sich unter Umständen zwar während der Pandemie ergeben,¹⁰⁵ eine digitale Lehre ist jedoch nicht Voraussetzung (mitunter jedoch eine gute Ergänzung) für elektronische Fernprüfungen, sodass sich daraus resultierende Eingriffe nicht auf das Angebot elektronischer Fernprüfungen zurückführen lassen.

Das geänderte Prüfungsformat bei elektronischen Fernprüfungen wirkt sich direkt nur auf die Prüfung selbst, jedoch zunächst nicht auf die dahinterstehenden Lehrveranstaltungen aus. Es ist daher zu fragen, ob sich das geänderte Prüfungsformat zumindest mittelbar auch auf den grundrechtlich geschützten Bereich der Lehre auswirkt. In Betracht kommen insoweit vor allem Auswirkungen auf den Inhalt der Lehre, somit den Lehrgegenstand selbst, sowie die methodischen Ansätze. Dies kann darin begründet liegen, dass durch elektronische Fernprüfungen bestimmte Inhalte (v.a. bei praktischen Prüfungen) nicht mehr abgefragt werden können, da sie die Anwesenheit an einem bestimmten Ort (z.B. mit bestimmter Ausstattung) erfordern. Ebenso folgt aus der Distanz zwischen Studierenden und Aufsichtsperson, dass die Aufsicht erschwert und nicht im selben Umfang wie bei einer Präsenzprüfung möglich ist. Dies wiederum wirkt sich auf die konkrete Ausgestaltung der Prüfung, dezidiert den Prüfungsinhalt und die Aufgabentypen aus. Gerade geschlossene Fragestellungen sowie die reine Reproduktion von erlerntem Wissen sind für elektronische Fernprüfungen eher ungeeignet und bedürfen zumindest der Ergänzung durch andere Aufgabenstellungen. Je nachdem wie die bisherigen Prüfungen ausgestaltet waren, kann es dadurch zu größerem Anpassungsbedarf kommen. Tendenziell können durch elektronische Fernprüfungen

¹⁰¹ BVerfGE 35, 79, 112 ff.

¹⁰² Zum Begriff der Wissenschaft s. *Stern*, Staatsrecht Band IV/2, § 117, S. 740 ff.

¹⁰³ BVerfGE 35, 79, 113 f.

¹⁰⁴ *Rachut*, AnwZertITR 6/2021, Anm. 2; *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 7 ff.; *Fehling*, OdW 2020, 137.

¹⁰⁵ *Rachut*, AnwZertITR 6/2021, Anm. 2; *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 9 ff.

höhere Lernzieltaxonomiestufen¹⁰⁶ besser abgeprüft werden, sodass es für ein Angebot elektronischer Fernprüfungen notwendig sein kann, das Ziel einer Lehrveranstaltung und damit ebenso den Inhalt anzupassen. Insgesamt können sich elektronische Fernprüfungen daher mittelbar durchaus auf den grundrechtlich geschützten Bereich der Lehre auswirken und in das Grundrecht der Hochschullehrenden eingreifen.

Insoweit sich dieser Eingriff nicht nur auf die einzelne Lehrveranstaltung, sondern auch auf die akademische Selbstverwaltung der Hochschulen auswirkt, liegt auch ein Eingriff in die Lehrfreiheit der Hochschulen vor.¹⁰⁷

Diese Eingriffe in den Schutzbereich der Lehrfreiheit unterliegen den verfassungsimmanen Schranken.

IX. Grundrechtliches Spannungsfeld

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich eine Vielzahl von Grundrechtskollisionen, die sich im Kern auf das Spannungsfeld zwischen dem Aufsichtsbedürfnis der Hochschulen und dem Schutz der Privatsphäre des einzelnen Prüfungsteilnehmenden zusammenfassen lassen. Diese Grundrechtskollisionen müssen im Wege der praktischen Konkordanz aufgelöst werden, d.h. so miteinander in Einklang gebracht werden, dass jedes von ihnen optimale Wirkung entfaltet, ohne dass das eine Grundrecht das andere dominiert.¹⁰⁸ Eine Hierarchie der Grundrechte gibt es dabei nicht¹⁰⁹, sodass keinesfalls mit der Absolutheit eines Rechts (sei es der Schutz der Privatsphäre oder das gegenläufige Aufsichtsbedürfnis) argumentiert werden kann. Soweit durch entsprechende Rechtsgrundlagen Regelungen für elektronische Fernprüfungen getroffen werden, greifen diese in die oben genannten (Freiheits-)Grundrechte der Studierenden ein. Diese Eingriffe können nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Dabei gilt es neben Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Einzelmaßnahmen auch die Verhältnismäßigkeit dieser in Kumulation zu betrachten.

1. Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahmen

Im Folgenden werden die typischerweise im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen eingesetzten oder diskutierten Einzelmaßnahmen zur Prüfungsbeaufsichtigung auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüft.

¹⁰⁶ Anderson/Krathwohl, 2001.

¹⁰⁷ Stern, Staatsrecht Band IV/2, § 117, S. 763 ff.

¹⁰⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999, Rn. 72.

¹⁰⁹ Bußjäger, JRP 2021, 251.

a) Videoaufsicht im Allgemeinen

Da eine elektronische Fernprüfung zwingend eine Beaufsichtigung der Prüfungsteilnehmenden voraussetzt, stellt die Videoaufsicht das Kernelement dieses Prüfungsformates dar und ist somit Voraussetzung für das Abhalten von elektronischen Fernprüfungen. Auch wenn die Beaufsichtigung mittels Kamera und Mikrofon mittlerweile an zahlreichen Hochschulen bundesweit eingesetzt wird, stellt sich die Frage, ob dies verhältnismäßig ist.

Ziel der Videoaufsicht ist zunächst die Beaufsichtigung der Studierenden während einer zu beaufsichtigenden Prüfung und damit das Verhindern und Aufdecken von Täuschungshandlungen.

Mittels der Bild- und Tondaten können die Aufsichtspersonen die Studierenden während der Bearbeitung der Prüfung beobachten und somit wahrnehmen, was diese tun, ob sie sich am Arbeitsplatz befinden oder mit einer anderen anwesenden Person sprechen. Darüber hinaus entsteht bei den Prüfungsteilnehmenden allein durch die Tatsache, dass sie während der Prüfung beobachtet werden, ein sog. Aufsichtsdruck, der eine zusätzliche Hürde für das Täuschen darstellt. Durch diese Möglichkeiten ist die Videoaufsicht geeignet, das verfolgte Ziel zu erreichen und damit geeignet für die Verhinderung und das Aufdecken von Täuschungshandlungen.¹¹⁰

Fraglich ist, ob mildere, gleich geeignete Mittel zur Erreichung der Aufsicht zur Verfügung stehen. Zu denken wäre hierbei beispielsweise an ein nur vorübergehendes Anschalten von Kamera und Mikrofon, z. B. zu Beginn und Ende der Prüfung und stichprobenartig dazwischen. Einerseits ist bereits fraglich, ob diese zwar nicht durchgehende, aber den Studierenden zuvor nicht bekannte Beaufsichtigung tatsächlich als milderes Mittel anzusehen wäre, andererseits wäre eine solche Beaufsichtigung nicht gleich geeignet. So ist der entscheidende Punkt einer Prüfungsbeaufsichtigung (auch bei Präsenzprüfungen), dass die Studierenden durchgängig beaufsichtigt werden und gerade keine zeitlichen Abschnitte bestehen, in denen diese Täuschungen vornehmen könnten.¹¹¹

Bei der konkreten Ausgestaltung der Videoaufsicht sind viele Optionen denkbar (z. B. eine vs. mehrere Kameras; ein Schwenk der Kamera durch den Raum zu Beginn der Prüfung; die Anforderung, dass stets auch die Zimmertür im Videobild sein muss; ebenso bestehen mannigfaltige Möglichkeiten bei der Wahl einer der Videoaufsicht zu Grunde liegenden Software¹¹²), sodass hierbei stets zu fragen ist, ob die Videoaufsicht in ihrer jeweiligen Form tatsächlich erforderlich ist. Erweiterungen der Videoaufsicht, die nicht dazu beitragen, das Ziel der Ver-

¹¹⁰ OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 3.3.2021, 3 MR 7/21, CR 2021, 491, 494 m. Anm. *Rachut*.

¹¹¹ *Rachut*, CR 2021, 491, 497 f.

¹¹² Vgl. diesbezüglich *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851.

hinderung und des Aufdeckens von Täuschungshandlungen zu fördern, sind daher nicht zulässig.

Schließlich ist im Rahmen der Angemessenheit zu prüfen, ob die mit der Videoaufsicht verbundenen Grundrechtseingriffe nicht außer Verhältnis zu der und dem Grad der Zielerreichung stehen. Beachtlich ist hierbei, dass durch die Videoaufsicht auch in ihrer mildesten Form in eine Vielzahl der Grundrechte der Prüfungsteilnehmenden eingegriffen wird. Diese Eingriffe, insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Unverletzlichkeit der Wohnung und das IT-Grundrecht, sind zudem besonders intensiv und gehen mit erheblichen Risiken für die Betroffenen einher. So ergibt sich aus der Verarbeitung personenbezogener Daten in einem großen Umfang, wie es bei der Videoaufsicht notwendig ist, stets das Risiko, dass diese Daten missbraucht werden. Insbesondere das Bild- und Tonmaterial kann in vielfältiger Weise zum Nachteil der Studierenden genutzt werden, wenn es in die falschen Hände gerät. Die tatsächlich bestehende Befürchtung, dass sich Unberechtigte Zugang zur Kamera eines Computers verschaffen, ist in dem zahlreich zu sehenden mechanischen Verdecken der Kameralinse mittels eines Schiebers oder Klebestreifens zu sehen. Darüber hinaus erlangen die Hochschulen über ihre Aufsichtsperson einen Einblick in die besonders geschützten Räumlichkeiten der Studierenden und auch damit die Möglichkeit, Eindrücke und Informationen zu erhalten, die ihnen im bisherigen Verhältnis verwehrt blieben. Da sich der Arbeitsplatz der Studierenden oftmals in ihrem WG-Zimmer oder persönlichen Zimmer im Elternhaus befindet, ermöglicht der Blick auf bzw. über den Arbeitsplatz auch Rückschlüsse über die private Wohnsituation oder Hobbys. Hinzu kommt weiter, dass bei den umfangreichen Eingriffen durch die spezielle Prüfungssoftware in das von den Prüfungsteilnehmenden genutzte System auch das gesamte „digitale Leben“ zur Disposition steht.

Eine Regelung, die die Studierenden verpflichtet, an elektronischen Fernprüfungen teilzunehmen und damit die Eingriffe im Rahmen der Videoaufsicht zu dulden, erscheint angesichts dieser Punkte als nicht angemessen und daher unverhältnismäßig.

Dennoch müssen in die Abwägungsentscheidung auch die weiteren Umstände einbezogen werden. Denn mit der Videoaufsicht geht überhaupt erst die Möglichkeit einher, elektronische Fernprüfungen und damit ein weiteres Prüfungsformat anbieten zu können. Elektronische Fernprüfungen wiederum bieten auch den Studierenden zahlreiche Vorteile und Chancen (S. 216f.). Als angemessen kann daher eine Regelung angesehen werden, die die Teilnahme an elektronischen Fernprüfungen in die Entscheidungshoheit der Studierenden legt. Dies erfolgt bei einem bereits begonnenen Studium dadurch, dass eine alternative Prüfung ohne Videoaufsicht, d.h. eine Präsenzprüfung mit menschlicher Aufsicht angeboten wird. Den Studierenden obliegt es dann zu entscheiden, ob sie die Vorteile der elektronischen Fernprüfung mit den beschriebenen grundrechtlichen Einschränkungen

kungen wählen, oder sich für die Präsenzprüfung entscheiden. Für die Zukunft könnte dies aber auch bedeuten, dass die Hochschulen spezielle Fernstudiengänge anbieten, die von Beginn an auf elektronische Fernprüfungen ausgelegt sind. Die Wahlmöglichkeit der Studierenden würde dabei vorverlegt auf die Wahl eines bestimmten (Fern-)Studiengangs. Hieran knüpfen indes weitere rechtliche Fragestellungen an: Muss jeder Fernstudiengang dann auch als Präsenzstudium angeboten werden? Besteht später ein Anspruch der Studierenden in ein Präsenzstudium zu wechseln?

Für die Zeit der Pandemie ist außerdem fraglich, ob allein die Alternative einer Präsenzprüfung tatsächlich ausreichend ist, um tatsächlich von einem Wahlrecht der Studierenden auszugehen. In dieser durchaus besonderen Situation kam unter Umständen eine Anreise an den Ort der Hochschule aus gesundheitlichen (z. B. Zugehörigkeit zu einer sog. Risikogruppe), persönlichen (bspw. nahe Angehörige als Teil der sog. Risikogruppe) oder tatsächlichen Gründen (Unmöglichkeit der Anreise aufgrund von Ein- und Ausreisebeschränkungen) nicht in Betracht. In diesem Fall galt es eine weitere Alternative zu schaffen, sodass die Studierenden tatsächlich unter mindestens zwei Optionen wählen können. Daher haben sowohl die zuständigen Ministerien als auch die Hochschulen selbst Regelungen getroffen, die es den Studierenden ermöglichten, die Prüfungen zu einem späteren Zeitpunkt zu schreiben (und sich somit auch nicht der Videoaufsicht aussetzen zu müssen), ohne dass hierbei Nachteile im Studienverlauf erfolgen.¹¹³

Insgesamt kann somit vor allem durch die Einräumung eines Wahlrechts die Verhältnismäßigkeit der Videoaufsicht gewährleistet werden.

b) Weitere Ausgestaltung der Videoaufsicht

Nachdem die Videoaufsicht an sich verhältnismäßig ist, stellt sich die Frage, wie diese weiter auszugestalten ist, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen. Hierbei werden oft die konkrete Ausrichtung der Kamera sowie die Nutzung weiterer Kameras¹¹⁴ oder die Zulässigkeit von Kameraschwenks vor und während der Prüfung diskutiert. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass aufgrund des Aufsichtsdrucks bereits die Videoaufsicht in der geringstmöglichen Ausgestaltung ein geeignetes Mittel für die verfolgten Ziele ist und jede Intensi-

¹¹³ Siehe hierzu etwa die FAQ zu Durchführung von Hochschulprüfungen, digitale Prüfungen, prüfungsrechtliche Regeltermine und Fristen des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst: <https://www.stmwnk.bayern.de/kunst-und-kultur/meldung/6461/faq-grundlegendes-zum-hochschulbetrieb-zur-forschung-und-zum-kulturellen-leben.html>.

¹¹⁴ Ausführlich das Kurzgutachten des Bayerischen Kompetenzzentrums für Fernprüfungen, verfasst von *Besner/Rachut*: https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Angebote_Kompetenzzentrum/BayKFP_Kurzgutachten_Pruefungsrecht_-_Ist_eine_zweite_Kamera_zur_Pruefungsaufsicht_zulaessig.pdf.

vierung oder Erweiterung der Grundrechtseingriffe durch größere Bildausschnitte, Kameraschwenks oder zusätzliche Kameras ebenfalls der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt.

Ziel der erweiterten räumlichen Beaufsichtigung ist vor allem Reduzierung von Täuschungsmöglichkeiten bzw. die Erhöhung der Chancen für das Aufdecken von solchen Handlungen.

Bei manchen Anforderungen an die Ausrichtung der Kamera kann bereits die Geeignetheit der Maßnahme in Zweifel gezogen werden (z.B. bei der Verpflichtung, dass im Hintergrund stets eine Zimmertür zu sehen sein muss, um auszuschießen, dass sich während der Prüfung weitere Personen in dem Raum aufhalten). Die meisten dieser zusätzlichen Anforderungen mögen noch als geeignet¹¹⁵ angesehen werden können, um dem Aufsichtsziel weiter gerecht zu werden.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist dann aber zu fragen, ob gleich geeignete mildere Mittel bestehen. Auf dieser Stufe kann bereits diskutiert werden, ob einzelne Maßnahmen noch einen Mehrwert gegenüber der Videobeaufsichtigung ohne diese Maßnahme (z.B. durch jede zusätzliche Kamera) darstellen. Besonders hinsichtlich der weitergehenden Raumüberwachung ist festzustellen, dass diese, wenn überhaupt, nur eine bedingt bessere Beaufsichtigung der Studierenden ermöglicht. Das Ziel kann es allenfalls sein, mehr Täuschungshandlungen aufzudecken und den Aufsichtsdruck weiter zu erhöhen. Angesichts der Vielzahl der möglichen Täuschungsoptionen ist jedoch fraglich, ob dadurch tatsächlich ein Mehrwert gegeben ist, oder letztlich nur eine Verschiebung in die (noch) nicht kameraüberwachten Bereiche erfolgt.

Wird die Erforderlichkeit indes bejaht, so muss die konkrete Ausgestaltung der Videoaufsicht auch angemessen sein. Hierbei kann auf die obigen Ausführungen zu Art und Umfang der Grundrechtseingriffe im Rahmen der Videoaufsicht zurückgegriffen werden. Es ist davon auszugehen, dass jeder weitergehende Eingriff in die grundrechtlich geschützten Positionen der Prüfungsteilnehmenden nur mit einem durchaus begrenzten Mehrwert für die Prüfungsaufsicht einhergeht. Daraus folgt, dass die Videoaufsicht so zu gestalten ist, dass auf den Schutz der Privatsphäre der Studierenden größtmöglich Rücksicht zu nehmen ist. Der rechtlich zulässige Kameraausschnitt kann im Einzelfall durchaus variieren und richtet sich z.B. auch danach, ob es sich um eine schriftliche, mündliche oder praktische Fernprüfung handelt. Während bei einer mündlichen Fernprüfung ein geringer Bildausschnitt ausreichend ist, bedarf es für eine praktische Prüfung eventuell eines größeren Ausschnittes, um die praktische Prüfungsbearbeitung tatsächlich bewerten zu können. Eine darüberhinausgehende Raumüberwachung,

¹¹⁵ Zum Maßstab für die Geeignetheit allgemein *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 20, VII., Rn. 112 sowie speziell auf Aufsichtsklausuren bezogen *Albrecht/McGrath/Uphues*, ZD 2021, 80, 81.

der Einsatz weiterer Kameras oder auch Kameraschwenks durch den Prüfungsraum sind vor diesem Hintergrund als unangemessen und damit unverhältnismäßig einzustufen.¹¹⁶

c) Bildschirmübertragung (screen-sharing)

Nachdem insbesondere die weitere räumliche Beaufsichtigung unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob nicht auch der Bildschirminhalt im Rahmen der Beaufsichtigung an das Aufsichtspersonal übertragen werden kann (sog. screen-sharing).

Die Bildschirmübertragung stellt grundsätzlich ein geeignetes Mittel dar, um bestimmte Täuschungshandlungen aufzudecken. Dies bezieht sich insbesondere auf die Verwendung unzulässiger Hilfsmittel, wie das Durchführen einer Internetrecherche oder das Teilen der Prüfungslösung mit anderen Prüfungsteilnehmern.

Die Erforderlichkeit einer solchen Übertragung mag man bereits in Zweifel ziehen, da sich gerade das Teilen der Lösung in identischen Ausarbeitungen niederschlägt. Diese Fälle sind auch aus Präsenzprüfungen oder unbeaufsichtigten Prüfungen wie Hausarbeiten bekannt und können auch bei diesen bis zu einem gewissen Grad aufgedeckt werden. Eine Bildschirmübertragung scheint aber zumindest zu einer höheren Aufdeckungsquote beizutragen, sodass sich die Erforderlichkeit noch bejahen lässt.

Indes ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung darauf hinzuweisen, dass mit der Bildschirmübertragung erneut und tiefer in die Grundrechte der Studierenden eingegriffen werden kann. Die Bildschirmübertragung erscheint nur dann sinnvoll, wenn der gesamte Bildschirm, d.h. nicht nur das Fenster zur Bearbeitung der Prüfung zur Einsicht freigegeben wird. Damit wiederum wird den Aufsichtspersonal ein tieferer Blick in den (meist) persönlichen Computer der Studierenden, den darauf installierten Programmen, sowie möglicherweise private Dateien ermöglicht. Zudem sieht die Prüfungsaufsicht dann auch den Bearbeitungsprozess des jeweiligen Prüfungsteilnehmenden, wie dies bei einer Präsenzprüfung (sei es als E-Klausur oder auf Papier) nicht üblich ist. Die beaufsichtigende Person kann dadurch Rückschlüsse auf das Denkmuster des Studierenden ziehen oder sehen, wann eine richtige Lösung nur durch Zufall entstanden ist oder welche (gravierenden) Fehler während der Bearbeitung erfolgt sind, die aber vor Abgabe noch revidiert wurden. Dieselben Überlegungen greifen beim Umgang mit „Schmierzetteln“ während papierbasierter Präsenzprüfungen. Deren Inhalt gehört nicht zu

¹¹⁶ Heckmann/Rachut, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 74 ff.; zur Frage der Zulässigkeit des Einsatzes einer zweiten Kamera Besner/Rachut: https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Angebote_Kompetenzzentrum/BayKFP_Kurzgutachten_Pruefungsrecht_-_Ist_eine_zweite_Kamera_zur_Pruefungsaufsicht_zulaessig.pdf; zur Unzulässigkeit eines Kameraschwenks: Handreichung LfDI BW, Stand 15.7.2021, S. 3.

der eigentlichen Prüfung und wird auch nicht mit den Prüfungsergebnissen abgegeben. All dies ist im Rahmen der Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen. Letztlich erscheint der umfassende Einblick auf den Bildschirm des Studierenden in einer Gesamtschau als nicht mehr angemessen und daher unzulässig.¹¹⁷

d) Aufzeichnung und Speicherung

Des Weiteren ist zu thematisieren, ob – und wenn ja, wie lange – die im Wege der Beaufsichtigung (vor allem durch die Videoaufsicht) erhobenen personenbezogenen Daten gespeichert werden dürfen. Insbesondere ist hierbei zu klären, ob die von Kamera und Mikrofon übermittelten Daten synchron, d.h. während der Prüfung von Aufsichtspersonen ausgewertet werden müssen, oder ob eine (generelle) Aufzeichnung des Prüfungsgeschehens zulässig ist, das erst im Nachhinein (asynchron) ausgewertet und möglicherweise zu Beweis Zwecken gespeichert werden kann.

Insoweit eine (Zwischen-)Speicherung technisch notwendig ist, stehen dem rechtliche Bedenken nicht entgegen. Nach dem Wegfall der technischen Notwendigkeit sind diese zwischengespeicherten Daten indes unverzüglich zu löschen.

Die asynchrone Auswertung verlangt zwingend nach einer Aufzeichnung und somit vorübergehenden Speicherung der Bild- und Tondaten. Erst wenn diese ausgewertet wurden, somit die nachträgliche Beaufsichtigung erfolgt ist, können sie gelöscht werden. Dem gegenüber stellt eine synchrone menschliche Beaufsichtigung immer das mildere Mittel dar und ist daher zu bevorzugen. Nur in ganz wenigen Ausnahmesituationen kann an eine Zulässigkeit der asynchronen Beaufsichtigung und den damit einhergehenden tieferen Grundrechtseingriffen gedacht werden (zur ultima ratio Regelung in Bayern S. 190). In der Regel dürfte die Aufzeichnung zum Zwecke der nachträglichen Auswertung jedoch rechtswidrig, da nicht erforderlich sein.¹¹⁸

Darüber hinaus kann ebenso angedacht werden, die Daten der Videoaufsicht generell zu speichern, um diese beispielsweise zu Beweis Zwecken in einem Rechtsstreit heranzuziehen, oder bei Unsicherheiten im Nachhinein nochmals abspielen zu können (ggf. sogar unter Zuhilfenahme weiterer technischer Möglichkeiten wie dem verlangsamten Abspielen oder Heranzoomen). Dadurch werden jedoch Optionen geschaffen, die im Rahmen einer Präsenzprüfung nicht zur Verfügung stehen. Wie bereits ausgeführt, darf allein das Bestehen der technischen Möglichkeiten nicht dazu führen, dass das Aufsichts- bzw. „Überwachungsmaß“ bei der elektronischen Fernprüfung die anerkannten und bewährten Beaufsichtigungsmaßstäbe der Präsenzprüfung überschreiten. Möglicherweise um im nächs-

¹¹⁷ Ebenso Handreichung LfDI BW, Stand 15.7.2021, S. 4.

¹¹⁸ Heckmann/Rachut, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 95.

ten Schritt – aus Gründen der Chancengleichheit – ebenfalls eine umfassendere Beaufsichtigung der Prüfungsteilnehmenden in der Präsenzprüfung zu fordern. Wie bei den herkömmlichen Prüfungen besteht für die Aufsichtspersonen während der Prüfung durchaus das Risiko, dass sie einzelne Täuschungshandlungen nicht wahrnehmen oder übersehen, diese wortwörtlich hinter ihrem Rücken geschehen. Dieses Risiko muss auch im Rahmen elektronischer Fernprüfungen hingenommen werden.¹¹⁹ Ebenso wie bei Präsenzprüfungen ist ein eigenes Prüfungsprotokoll durch die Aufsichtspersonen anzufertigen und diese können bei einem etwaigen Rechtsstreit zudem als Zeuge benannt werden. Eine zusätzliche Speicherung bis zur Rechtskraft der Prüfungsentscheidung ist daher nicht erforderlich und angemessen.

Soweit eingewandt wird, dass die Aufzeichnung ebenso der Entlastung der Studierenden dienen würden, kann entgegnet werden, dass die Studierenden nicht den Nachweis darüber zu erbringen haben, dass sie nicht getäuscht haben, sondern vielmehr die Hochschulen verpflichtet sind, eine Täuschungshandlung nachzuweisen. Gelingt dieser Nachweis nicht, so ist im Zweifel von einem rechtmäßigen Verhalten der Prüfungsteilnehmer auszugehen.

e) Technische Einschränkungen

Auch bestimmte technische Einschränkungen, die insbesondere auf die Funktionsfähigkeit der zur Prüfung genutzten Kommunikationseinrichtungen der Studierenden abzielen, werden mit dem Ziel eingesetzt, Täuschungshandlungen zu unterbinden.

Die technische Sperre bestimmter, vorher definierter unerlaubter Funktionen, wie etwa das Aufrufen weiterer Tabs im Internetbrowser oder das Deaktivieren der Zwischenablage, um das Kopieren von Textpassagen zu verhindern, sind grundsätzlich geeignet, die Nutzung unerlaubter Hilfsmittel zu verhindern bzw. zu erschweren und damit das verfolgte Ziel zu fördern.

Diese Maßnahmen können regelmäßig als erforderlich bewertet werden, soweit die Nutzung bestimmter Hilfsmittel bei der Prüfung ausgeschlossen ist und dies nicht bereits durch die Videoaufsicht in gleichem Maße unterbunden bzw. aufgedeckt werden kann. Da durch die Videoaufsicht regelmäßig der Bereich um und hinter, jedoch nicht vor dem Studierenden bzw. auf dessen Computer eingesehen werden kann, stellen technische Beschränkungen einen Weg dar, die unzulässige Hilfsmittelnutzung, die sonst unerkannt blieben würde, zu verhindern. Erforderlich sind solche technischen Einschränkungen indes nur so lange, wie die Prüfungssituation auch besteht. Danach darf somit nicht mehr auf das System der

¹¹⁹ Heckmann/Rachut, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 74 ff. sowie Heckmann/Rachut, COVuR 2021, 194.

Studierenden zu- oder in dieses eingegriffen werden. Eine vollständige Deinstallation etwa installierter Software muss somit ebenfalls möglich sein.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ergibt sich, dass ein Eingriff in das System der Studierenden nur insoweit legitimiert werden kann, wenn dadurch keine darüberhinausgehende Gefahr für Angriffe von Dritten bestehen. Insbesondere darf daher zu keinem Zeitpunkt die Informationssicherheit der elektronischen Kommunikationseinrichtungen oder die Vertraulichkeit der sich auf diesen befindlichen Informationen beeinträchtigt sein.

2. Verhältnismäßigkeit in Kumulation

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss darüber hinaus auch bei einer Gesamtbetrachtung der verhältnismäßigen Einzelmaßnahmen bestehen. Insoweit ein solches unverhältnismäßiges Zusammenwirken verschiedener Einzelmaßnahmen bereits auf abstrakter Ebene identifiziert werden kann, kann die Rechtsgrundlage entsprechende Regelungen treffen. Hauptsächlich wird die Verhältnismäßigkeit in Kumulation jedoch eine Einzelfallentscheidung sein, sodass die Abwägungsentscheidung in diesem Fall anhand der abstrakten Vorgaben der Rechtsgrundlage den Hochschulen obliegt.

X. Fazit

Die maßgeblichen Vorgaben für die Ausgestaltung elektronischer Fernprüfungen ergeben sich aufgrund der besonderen grundrechtlichen Relevanz aus dem Zusammenspiel verschiedener Grundrechte. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dabei für jede einzelne Maßnahme, als auch für die Gesamtheit der zur Beaufsichtigung gewählten Varianten eine umfängliche Prüfung notwendig. Dabei darf nicht vernachlässigt werden, dass die Beaufsichtigung in der häuslichen Umgebung einen massiven Eingriff in die Grundrechte der Studierenden bedeutet und sich auch aus dem Grundsatz der Chancengleichheit nicht die Rechtfertigung für eine umfängliche Überwachung der Studierenden ergeben kann. Die Videoaufsicht stellt ein geeignetes und erforderliches Mittel dar. Die Angemessenheit ist insbesondere durch ein Wahlrecht der Studierenden sicherzustellen, wobei darauf geachtet werden muss, dass die weitere Prüfungsoption auch eine tatsächliche Alternative darstellt. In Zeiten der Pandemie kann unter Umständen als dritte Möglichkeit ein Verschieben der Prüfung ohne Nachteile im Studienverlauf eine solche Option sein. Darüber hinaus wird ein wesentlicher Beitrag zur Verhinderung von Täuschungshandlungen bereits durch den Aufsichtsdruck mittels der Videoaufsicht erreicht. An zusätzliche Beaufsichtigungsmaßnahmen sind daher aufgrund der Intensivierung und Erweiterung der Grundrechtseingriffe entsprechend hohe Anforderungen zu stellen.

Dem Grundsatz der Chancengleichheit kommt im Prüfungswesen eine besondere Bedeutung zu. Er wirkt sich in Bezug auf elektronische Fernprüfungen in

mehreren Dimensionen aus und macht unter Umständen auch Anpassungen an den alternativ angebotenen Präsenzprüfungen notwendig.

C. Einfachgesetzliche Vorgaben

Neben den verfassungsrechtlichen sind zudem die einfachgesetzlichen Vorgaben, vor allem des Datenschutz- und des Hochschulprüfungsrechts, bei der Ausgestaltung einer Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen zu beachten. Diese galten bereits vor bzw. unabhängig von dem Bestehen einer dezidierten Rechtsgrundlage elektronischer Fernprüfungen. So waren die Hochschulen auch zu Beginn der Pandemie bereits an die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen gebunden. Gerade hinsichtlich einer etwaigen Rückwirkung ist daher zu beachten, dass die bereits geltenden Vorgaben nicht nachträglich verschärft werden.

I. Datenschutzrecht

Die datenschutzrechtlichen Vorgaben finden sich vorrangig (neben etwaigen Vorgaben des BDSG, der Landesdatenschutzgesetze oder bereits bestehender landesrechtlicher Spezialregelungen) in der DS-GVO¹²⁰ und somit einer unionalen Verordnung. Angesichts der vorangegangenen Ausführungen zu den nationalen verfassungsrechtlichen Grundlagen kann die Frage aufkommen, inwieweit diese Überlegungen angesichts der direkt anwendbaren europarechtlichen Verordnung und deren harmonisierender Wirkung Bestand haben können. Denn bei der Auslegung der DS-GVO sind nicht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern die unionalen Grundrechte (Art. 7 und 8) der europäischen Grundrechte Charta (GRCh) maßgeblich.¹²¹ Auch wenn Art. 7 und 8 GRCh nicht wörtlich vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung sprechen, sondern den Schutz des Privatlebens und von personenbezogenen Daten in den Mittelpunkt stellen, können die obigen Ausführungen aufgrund der großen Deckungsgleichheit übertragen werden.¹²² Die oben angeführte Argumentation kann mithin auch für die Auslegung der DS-GVO im Kontext von Art. 7 und 8 GRCh herangezogen werden.

1. Rechtfertigung für die Datenverarbeitung

Die DS-GVO folgt für Datenverarbeitung dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, sodass für jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten einer der in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO genannten Rechtfertigungsgründe vorliegen muss.

¹²⁰ Zum Anwendungsbereich der DS-GVO siehe entsprechend Teil 1 S. 77 ff.

¹²¹ Gersdorf, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 35. Ed., Stand 1.5.2021, Art. 2 GG Rn. 16a.

¹²² Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, S. 93 ff.

Für elektronische Fernprüfungen kommen hierbei die Einwilligung durch die betroffene Person (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO), die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a, Abs. 2, 3 DS-GVO) und berechtigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO) in Betracht.

a) Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO

Während die Rechtfertigung durch Interessenabwägung bei staatlichen Hochschulen nicht möglich ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO), ist fraglich, ob eine auf die Einwilligung gestützte Datenverarbeitung im Verhältnis zwischen Hochschule und Studierenden den rechtlichen Anforderungen genügen kann. Die Einwilligung muss freiwillig und in informierter Weise erfolgen (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO), wobei an die Freiwilligkeit hohe Anforderungen zu stellen sind. Der Betroffene muss daher in der Lage sein, eine echte Wahl zu treffen und zwar hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Datennutzung als auch in Bezug auf die Personen des Datenverarbeiters. Laut Erwägungsgrund 43 Satz 1 sollte die Einwilligung bei einem Ungleichgewicht zwischen einwilligender Person und Datenverarbeiter aufgrund der Fraglichkeit der Freiwilligkeit nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung dienen. Als Beispiel eines solchen Ungleichgewichts wird dabei das Verhältnis zwischen betroffenem Bürger und verarbeitender Behörde genannt. Auch wenn man nicht per se von der Unfreiwilligkeit einer solchen Einwilligung ausgeht, so bestehen im Kontext elektronischer Fernprüfungen und somit im Verhältnis zwischen Studierenden und (staatlicher) Hochschule zumindest ernstliche Zweifel hieran. Möchte man die Einwilligung dennoch als Grundlage für die Datenverarbeitung sehen, muss demnach im konkreten Einzelfall unter Betrachtung möglicher, aus der Nichterteilung der Einwilligung folgender Nachteile bewertet werden, ob eine solche tatsächlich freiwillig erfolgen kann.

Das von Erwägungsgrund 43 Satz 1 beschriebene Ungleichgewicht besteht im Rahmen von Hochschulprüfungen zweifelsohne zwischen den Studierenden und ihren Hochschulen: Ohne die Teilnahme an den Prüfungen können die Studierenden ihr Studium nicht vorantreiben, sind am Abschluss und somit dem Ergreifen eines entsprechenden Berufes verhindert. Der Frage, ob an einer Prüfung der Hochschulen teilgenommen wird oder nicht, kommt daher für das weitere Leben des individuellen Studierenden erhebliche Bedeutung zu. Ob für die Freiwilligkeit der Einwilligung trotz dieses erheblichen Ungleichgewichts hierfür das alleinige Angebot einer alternativen Prüfung (in einem späteren Semester oder in einer Präsenzform) ausreicht, ist fraglich. Denn auch diese Möglichkeiten könnten insbesondere während der Pandemie infolge von Kapazitätserschöpfungen aufgrund geltender Hygiene- und Abstandsvorgaben nicht für alle Prüfungsteilnehmende gewährt werden oder kommen schlicht aufgrund individueller Umstände

(bspw. Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, keine Einreisemöglichkeit an den Studienort) nicht in Betracht.

Des Weiteren stellt sich die Frage, wie mit der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO im Prüfungskontext umzugehen ist: Während ein nach der Prüfung stattfindender Widerruf die Rechtmäßigkeit der bisherigen Verarbeitung unberührt lässt (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO), kann ein Widerruf ebenso kurz vor Beginn oder während der Prüfung erklärt werden. Da sich auch aus dem Widerruf der Einwilligung (wie aus der anfänglichen Verweigerung einer solchen) keine Nachteile ergeben dürfen, könnte die Prüfung dann nicht gewertet werden.

Um den Bedenken der Freiwilligkeit der Einwilligung gerecht zu werden, erscheint eine auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO gestützte Datenverarbeitung nicht zielführend.¹²³

b) Rechtsgrundlage, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e, Abs. 2, 3 DS-GVO

Eine weitere Möglichkeit zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung besteht über Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e, Abs. 2, 3 DS-GVO. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DS-GVO stellt dabei keine eigenständige Rechtsgrundlage dar¹²⁴, sondern ermöglicht die Datenverarbeitung erst über eine weitere Regelung des Unionsrechts oder der Mitgliedstaaten. Die Kompetenz, eine solche Rechtsgrundlage zu erlassen, richtet sich innerhalb der Mitgliedstaaten nach den nationalen Vorgaben. Für elektronische Fernprüfungen bedeutet dies, dass die Bundesländer hier tätig werden können, Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG.¹²⁵

Voraussetzung einer entsprechenden Rechtsgrundlage ist zunächst, dass die Datenverarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und hierfür erforderlich ist, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DS-GVO. Darüber hinaus gilt der Zweckbindungsgrundsatz; die Rechtsgrundlage selbst muss dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit genügen (Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO).

Die Durchführung von Hochschulprüfungen stellt zunächst eine Aufgabe im öffentlichen Interesse dar, die den Hochschulen übertragen wurde. Die bei elektronischen Fernprüfungen erfolgte Verarbeitung (weiterer) personenbezogener Daten verfolgt hierbei den Zweck der Prüfungsbeaufsichtigung und damit der Gewährung chancengerechter Hochschulprüfungen und ist hierfür auch erforderlich.

¹²³ Vgl. hierzu *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 55 ff.; für einen einwilligungsfreundlichen Ansatz: *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80, 83.

¹²⁴ Vgl. Erwägungsgrund 45 zur DS-GVO.

¹²⁵ *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 23.

Für die Verhältnismäßigkeit der Rechtsgrundlage kann auf die obigen Ausführungen zurückgegriffen werden: Notwendig sind deshalb insbesondere ein verpflichtendes Wahlrecht für die Studierenden sowie der Ausschluss bestimmter (technisch möglicher) Beaufsichtigungsfunktionen.

Da eine parlamentarische Befassung mit der Thematik bereits aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten notwendig ist (S. 157f.), kann in diesem Zuge auch den Anforderungen des Art. 6 DS-GVO Rechnung getragen werden.

c) Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten,
Art. 9 DS-GVO

Soweit im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden sollen, sind die Vorgaben des Art. 9 DS-GVO zu beachten. Hiernach ist eine Verarbeitung grundsätzlich untersagt (Art. 9 Abs. 1 DS-GVO) und kann nur aus den in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO abschließend aufgezählten Gründen erfolgen.

Diesen Kategorien gehören Daten an, „aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen,“ sowie zudem genetische und biometrische Daten „zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person“ und schließlich „Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person“. Bei elektronischen Fernprüfungen werden Bilddaten der Studierenden verarbeitet, die grundsätzlich unter die genannten biometrischen Daten subsumiert werden könnten.¹²⁶ Bereits die Erhebung dieser Daten stellt dabei den ersten Verarbeitungsschritt dar, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO. Fraglich ist jedoch, ob bereits jedes verarbeitete Bild einer natürlichen Person unter Art. 9 Abs. 1 DS-GVO fällt. Erwägungsgrund 51 Satz 3 führt dazu aus:

„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.“

Die reine Übertragung des Bildes der Studierenden nach dem Kamera-Monitor-Prinzip zur Beaufsichtigung durch Personal der Hochschulen unterfällt somit nicht bereits den strengereren Vorgaben des Art. 9 DS-GVO. Anders sieht es hingegen aus, wenn eine automatisierte (asynchrone) Aufsicht eingesetzt wird, bei der die Bilddaten durch eine spezielle Software ausgewertet werden, die überprüft, ob es sich bei der Person vor dem Bildschirm tatsächlich um einen bestimmten Prüfungsteilnehmenden handelt.

¹²⁶ Vgl. zur Definition Art. 4 Nr. 14 DS-GVO.

Für einen solchen Fall stellt sich die Frage, ob und welche Möglichkeit einer Rechtfertigung der Datenverarbeitung besteht. Hierbei kommen Art. 9 Abs. 2 lit. a und g DS-GVO in Betracht, d.h. eine Verarbeitung aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung oder aufgrund eines erheblichen öffentlichen Interesses.

Nachdem elektronische Fernprüfungen unter menschlicher synchroner Beaufsichtigung auf eine entsprechende Rechtsgrundlage gestützt und in diesem Zusammenhang erforderliche personenbezogene Daten verarbeitet werden können, stellt sich die Frage, ob darüber hinaus noch ein erhebliches Interesse an einer automatisierten Beaufsichtigung besteht. Bisher hat der Gesetzgeber die Möglichkeit des Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO für die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 BDSG beschriebenen Fälle genutzt.¹²⁷ Hierunter fällt beispielsweise die Datenverarbeitung zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und von zwingend notwendigen Nachteilen für das Gemeinwohl oder zur Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls sowie aus zwingenden Gründen der Verteidigung oder der Erfüllung über- oder zwischenstaatlicher Verpflichtungen einer öffentlichen Stelle des Bundes auf dem Gebiet der Krisenbewältigung oder Konfliktverhinderung oder für humanitäre Maßnahmen. Eine Automatisierung hätte für die Hochschule zwar viele Vorteile, da insbesondere die personalaufwändige Beaufsichtigung wegfallen würde und nur im Nachhinein und zeitlich flexibel die durch die Software als auffällig bewerteten Situationen gesichtet und beurteilt werden müssten. Allein dieser Umstand vermag ein erhebliches öffentliches Interesse jedoch nicht zu begründen und steht in keinem Vergleich zu den bisher normierten Ausnahmen in § 22 Abs. 1 Nr. 2 BSDG. Die Hochschulen verfügen in der Regel über ausreichende Personalressourcen, um die Prüfungsaufsicht zu bewältigen. Somit droht auch nicht ein anders nicht abwendbarer Ausfall zahlreicher Prüfungen zum Nachteil der Studierenden.

Eine Rechtfertigung der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten kommt daher nur aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung der Prüfungsteilnehmenden über Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO in Betracht. Die Anforderungen an diese Einwilligung entsprechen zunächst denen der Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO und richten sich damit nach Art. 4 Nr. 11, 7 und 8 DS-GVO. Darüber hinaus muss diese jedoch ausdrücklich erfolgen, sodass an die Form der Einwilligung selbst sowie an die vorangegangenen Informationen erhöhte Anforderungen zu stellen sind.¹²⁸

Dieselben Aspekte, die daher bereits im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO gegen eine Datenverarbeitung auf Einwilligungsbasis bestanden haben, gel-

¹²⁷ Albers/Veit, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 9 Rn. 89.

¹²⁸ Albers/Veit, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 9 Rn. 60 f.

ten daher auch hier. Im Ergebnis lässt sich eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten daher nur auf die ausdrückliche Einwilligung stützen, was aber mit Nachteilen und einer rechtlichen Unsicherheit an die Erfüllung der Freiwilligkeitsanforderungen einhergeht. Relevant wird dies jedoch nur, wenn in Ausnahmefällen eine automatisierte Prüfungsbeaufsichtigung bzw. softwaregestützte Identifizierung der Prüfungsteilnehmenden eingesetzt wird.

*2. Allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung*¹²⁹

Zudem gelten die allgemeinen, bekannten Grundsätze der Datenverarbeitung auch bei der Durchführung elektronischer Fernprüfungen. Hierzu zählen insbesondere die in Art. 5 DS-GVO benannten Prinzipien der Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung sowie Integrität und Vertraulichkeit.

Darüber hinaus sind bei der Datenverarbeitung durch einen Dritten die Vorgaben zur Auftragsverarbeitung (Art. 28 DS-GVO) bzw. bei der Verarbeitung in einem Drittstaat, die der Art. 44 ff. DS-GVO zu beachten.¹³⁰ Bei komplexeren Systemen kann zudem eine Datenschutzfolgenabschätzung notwendig sein, Art. 35 DS-GVO.

3. Informationspflichten und Betroffenenrechte

Des Weiteren stehen den Prüfungsteilnehmenden die in der DS-GVO normierten Betroffenenrechte (Art. 15 ff. DS-GVO) zu, deren Gewährleistung die Hochschulen als Verantwortliche¹³¹ der Datenverarbeitung zu verantworten haben. Hierzu zählen beispielsweise das Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO) oder das Recht auf Löschung (Art. 17 DS-GVO). Die Studierenden sind zudem gem. Art. 12 Abs. 1 DS-GVO „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ über die Datenverarbeitung zu informieren. Der Umfang der Informationspflichten ergibt sich in der Regel aus Art. 13 DS-GVO, da die Daten bei den Studierenden selbst erhoben werden.

II. Prüfungsrecht

Weitere einfachgesetzliche Vorgaben können sich darüber hinaus aus den bestehenden Regelungen über das Prüfungswesen im Allgemeinen oder bestimmten

¹²⁹ Ausführlich hierzu *Schanz*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand 1.11.2021, Art. 5 Rn. 1 ff.

¹³⁰ S. entsprechend Teil I: Kap. 5, A.III. (S. 129 f.).

¹³¹ Zur Abgrenzung der Verantwortlichkeit innerhalb der Hochschule *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 20.

studiengangsspezifischen Regelungen ergeben. Prüfungen, die ihrem Wesen nach nicht mit dem Konzept elektronischer Fernprüfungen vereinbar sind, können auch nicht über die Rechtsgrundlage in das Format elektronischer Fernprüfungen überführt werden. Die Regelungen der Rechtsgrundlage müssen zudem so flexibel ausgestaltet sein, dass den Hochschulen die Möglichkeit gegeben wird, auf die spezifischen bestehenden Vorgaben bezüglich verschiedener Studiengänge und (Abschluss-)Prüfungen eingehen zu können.

Aus den bestehenden landesrechtlichen Regelungen ergibt sich zudem, dass die Hochschulen Prüfungen aufgrund von Prüfungsordnungen abnehmen, in denen die Prüfungsanforderungen und das Prüfungsverfahren geregelt ist.¹³² Zu letzterem zählen auch die Form und das Verfahren der Prüfung. Da elektronische Fernprüfungen hierbei einerseits ein neues Prüfungsformat darstellen und andererseits unter Umständen eine Anpassung der Prüfungsformen (Abhalten einer E-Klausur) erforderlich machen, bedarf es zudem neben der parlamentarischen Rechtsgrundlage auch eine Überprüfung und ggf. Anpassung der Hochschulsatzungen.

D. Ausgewählte Rechtsgrundlagen für elektronische Fernprüfungen

Angestoßen von der Pandemie ab März 2020 und der damit einhergehenden praktischen Notwendigkeit, elektronische Fernprüfungen anzubieten, sind inzwischen viele Bundesländer tätig geworden und haben entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen. Auch wenn bereits zuvor Bestrebungen bestanden, elektronische Fernprüfungen zu erproben bzw. in einzelnen Pilotprojekten Erfahrungen zu sammeln, gab es bis zum Ausbruch der Pandemie kein „Musterregelungswerk“, das die oben aufgezählten Grundrechtskollisionen in entsprechender Weise aufgelöst hätte. Diese anspruchsvollen Bewertungen mussten daher angesichts der pandemischen Lage unter enormen Zeitdruck erfolgen und anschließend in normative Form „gegossen“ werden. Als erstes Bundesland schuf dabei Bayern mit der Änderung des Bayerischen Hochschulgesetzes und einer auf Art. 61 Abs. 10 BayHSchG beruhenden Rechtsverordnung (Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung – BayFEV) eine eigene Rechtsgrundlage. Neben dem „bayerischen Modell“ (Verordnungsermächtigung im Landeshochschulgesetz plus Verordnung) wurden Regelungen auch in Form von umfassenderer Normierung im Landeshochschulgesetz (Baden-Württemberg) oder mittels einer einfachen Satzungsermächtigung für die Hochschulen in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen (z. B. Mecklenburg-Vorpommern) geschaffen. Keine eigene Rechtsgrundlage haben bisher die Bundesländer Brandenburg und Sachsen. In diesen Ländern ange-

¹³² Z. B. für Bayern: Art. 61 Abs. 2, 3 BayHSchG; für NRW: § 64 Abs. 2, 3 HG NRW; § 32 Abs. 4 LHG B-W.

botene elektronische Fernprüfungen werden daher nur aufgrund der Hochschulsatzungen durchgeführt und entsprechen damit nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben (s. hierzu S. 157 f.).

I. Regelungen auf Bundesebene

Eine Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen auf Bundesebene besteht nicht und ist auch nicht zu erwarten. Denn die Vorgaben für die Durchführung allgemeiner Hochschulprüfungen sind von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht umfasst. Alleine Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG enthält noch eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes mit Hochschulbezug,¹³³ wobei die Kompetenz für die Abnahme von Hochschulprüfungen den Ländern zufällt¹³⁴. Ob daneben überhaupt noch ein Spielraum für eine Bundeskompetenz (etwa Kraft Natur der Sache) verbleiben kann, ist umstritten.¹³⁵

II. Rechtsverordnungen für elektronische Fernprüfungen

1. Modellverordnung: Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung

Die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung war im September 2020 die erste Rechtsgrundlage¹³⁶ für elektronische Fernprüfungen. Der Freistaat wagte sich somit als erstes Bundesland an die schwierigen Abwägungsentscheidungen und versuchte dadurch den staatlichen und nicht-staatlichen Hochschulen möglichst schnell einen rechtlichen Rahmen und damit auch eine gewisse Hilfestellung bei der Durchführung der Hochschulprüfungen in der Pandemie zu geben. Gleichzeitig diente die Verordnung auch als Sicherheit für die Studierenden.

a) Rechtliche Ausgestaltung

Bereits am 24.7.2020 wurde das Bayerische Hochschulgesetz geändert.¹³⁷ Dabei wurde Art. 61 Abs. 10 BayHSchG neu eingeführt, der erste Regelungen für elektronische Fernprüfungen traf, wobei der Begriff der elektronischen Fernprüf-

¹³³ von Coelln, in: von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Ed., Stand 1.11.2021, Grundlagen des Hochschulrechts in Deutschland, Rn. 16 ff.

¹³⁴ BVerwG NVwZ-RR 1993, 189 f.

¹³⁵ von Coelln, in: von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Ed., Stand 1.11.2021, Grundlagen des Hochschulrechts in Deutschland, Rn. 21; Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 73 Rn. 46.

¹³⁶ Nordrhein-Westfalen hat bereits im April 2020 mit seiner „Verordnung zur Bewältigung der durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulen gestellten Herausforderungen“ (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020 (GV. NRW., Nr. 14, S. 297) eine Rechtsgrundlage für „Online-Prüfungen“ (§ 6) geschaffen, ohne jedoch auf die Spezifika von „elektronischen Fernprüfungen“ einzugehen.

¹³⁷ GVBl. S. 382.

fung sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht etabliert hatte. Die Regelung umfasst in Satz 1 eine erste Beschreibung des neu zu regelnden Prüfungsformates:

„Prüfungen, die ihrer Natur nach dafür geeignet sind, in elektronischer Form und ohne die Verpflichtung durchgeführt werden können, persönlich in einem vorgegebenen Prüfungsraum anwesend sein zu müssen.“

Daneben enthält dieser Satz eine neu geschaffene Verordnungsermächtigung für das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, unter Nennung der Aspekte, die mittels Rechtsverordnung zu regeln seien. Dabei beschränken sich die Vorgaben neben einem Evaluationsauftrag (Art. 61 Abs. 10 Satz 4 BayHSchG) auf Bestimmungen zur Sicherung des Datenschutzes, zur Sicherung persönlicher Leistungserbringung durch den zu Prüfenden während der gesamten Prüfungsdauer, zur eindeutigen Authentifizierung des zu Prüfenden, zur Verhinderung von Täuschungshandlungen und zum Umgang mit technischen Problemen (Art. 61 Abs. 10 Satz 2 BayHSchG).

Angesichts der Ausführungen zur Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts (S. 145 ff.) stellt sich die Frage, ob diese parlamentarisch getroffenen Regelungen den Anforderungen an die Bestimmtheit genügen. Stellt man die obige Einschätzung zum Umgang mit den kollidierenden Grundrechten (S. 171 ff.) und den daraus abgeleiteten Schlussfolgerung Art. 61 Abs. 10 BayHSchG gegenüber fällt auf, dass bestimmte, als wesentlich erkannte Regelungsmechanismen wie ein verpflichtendes Wahlrecht fehlen. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass zwischen der Abstimmung im bayerischen Landtag und den jetzigen rechtlichen Ausführungen bereits zwei pandemische Jahre liegen. Mithin bestand nicht nur ausreichend Zeit für eine differenzierte und tiefgehende Auseinandersetzung mit der Thematik, sondern konnte auch auf die Erfahrungen aus der Praxis an den Hochschulen zurückgegriffen werden. Ähnlich wie bei den infektionsrechtlichen Risiken wachsen die Anforderungen an den Gesetzgeber mit der Zeit, so dass die Regelung des Art. 61 Abs. 10 BayHSchG ob der zeitlichen Bedrängnis und den vielen unbekannten Variablen zunächst als der Wesentlichkeitsdoktrin entsprechend angesehen werden könnte. Immerhin bestimmt die Regelung, dass ein solches neues Prüfungsformat erprobt werden soll, dass dies aus Gründen der Pandemie und zur Erprobung geschehen soll und auf welche wesentlichen Maßstäbe hierbei zu achten ist. Es fehlen somit die Entscheidungen der nächsten Stufe, nämlich die Vorgaben wie die elektronische Fernprüfung im Wesentlichen auszugestalten ist.

Aufgrund des aktuellen Stands der (rechtswissenschaftlichen) Erkenntnisse wäre daher eine Anpassung von Art. 61 Abs. 10 BayHSchG wünschenswert und erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls geboten.

Die auf der Verordnungsermächtigung beruhende Bayerische Fernprüfungs-erprobungsverordnung vom 16.9.2020 trat rückwirkend zum 20.4.2020 in Kraft (vgl. zur Rückwirkungsproblematik S. 150 ff.).

b) Geregelte Prüfungsformate

Auch die Frage, welche Prüfungsformen bzw. welches Prüfungsformat denn nun tatsächlich einer zusätzlichen Rechtsgrundlage bedurften, stellte zunächst eine Herausforderung dar. Erst in Abgrenzung zu anderen Prüfungsformen und dem Zusammenspiel der bisherigen prüfungsrechtlichen Regelungen ergibt sich eine Regelungsnotwendigkeit (S. 141 ff. und S. 143). An einer Definition oder konkreten Bezeichnung fehlte es zunächst. Da der Landesgesetzgeber mit „Prüfungen, die ihrer Natur nach dafür geeignet sind, in elektronischer Form und ohne die Verpflichtung durchgeführt werden können, persönlich in einem vorgegebenen Prüfungsraum anwesend sein zu müssen“, eine Beschreibung gewählt hat, die bei entsprechender Auslegung des Wortlautes auch Haus- oder Seminararbeiten umfassen könnte, war eine weitere Konkretisierung durch die BayFEV notwendig. Aus § 1 Abs. 1 und § 2 BayFEV ergeben sich abschließend die Prüfungen, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen. Hierzu zählen die bereits benannten elektronischen Fernklausuren sowie mündliche und elektronische Fernprüfungen (s. Übersicht S. 143). Um etwaigen Unsicherheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs entgegenzuwirken, wird der genaue Anwendungsbereich zusätzlich in der Begründung der Verordnung beschrieben.¹³⁸

Damit beschränkt sich die BayFEV auf Regelungen für das neue Prüfungsformat und damit das rechtlich Notwendige. Prüfungen, die bereits vorher rechtmäßig durchgeführt werden konnten, werden von der Verordnung nicht umfasst.

c) Zentrale Regelungen

Die BayFEV trifft insbesondere Regelungen zu den allgemeinen Prüfungsmodalitäten (§ 3), der Datenverarbeitung, wozu auch die Frage der Eingriffe in die Geräte der Studierenden zählen (§ 4), der Identifizierung bzw. Authentifizierung der Studierenden (§ 5), zur Videoaufsicht und deren Ausgestaltung (§ 6), abweichenden Regelungen für mündliche und praktische Fernprüfungen (§ 7), dem Wahlrecht (§ 8) sowie dem Umgang mit technischen Störungen. Der Erprobungscharakter wird zudem durch eine spezielle Regelung für Übungsklausuren unterstrichen. Im Rahmen solcher Klausuren können Verfahren der Videoaufsicht durch automatisierte Auswertung von Bild- oder Tondaten erprobt werden, um so wertvolle Erfahrungen für den zukünftigen Umgang mit solchen Technologien zu erlangen.

Sämtliche Regelungen der BayFEV orientieren sich dabei an den folgenden Grundprinzipien:

¹³⁸ Begründung zur BayFEV S. 7 f.

d) Grundprinzip 1: Umfassendes Wahlrecht der Studierenden

Die verfassungsrechtlichen Abwägungsfragen werden in ein konsequentes Wahlrecht umgesetzt, das den Studierenden größtmöglichen Handlungsspielraum bietet. Das Wahlrecht dient hierbei nicht dazu, die Verarbeitung personenbezogener Daten auf eine freiwillige Einwilligung der Studierenden stützen zu können, sondern ist vielmehr Ausfluss der Verhältnismäßigkeit der Rechtsgrundlage selbst, wie dies auch auf unionsrechtlicher Ebene gefordert ist.

Dabei besteht ein Wahlrecht nicht nur zwischen Teilnahme an einer termingleichen Präsenz- und elektronischen Fernprüfung, sondern z.B. auch für den Fall, dass die präferierte Teilnahme an der Präsenzprüfung aufgrund der beschränkten Kapazität in der Pandemie nicht möglich ist und die Studierenden daher durch die Hochschulen auf einen späteren Prüfungstermin verwiesen werden müssten. In diesem Fall haben die betroffenen Studierenden die Wahl, sich auch zu einem späteren Zeitpunkt noch für die elektronische Fernprüfung zu entscheiden (Wahlrecht zwischen späterer Präsenzprüfung und früherer elektronischer Fernprüfung). Des Weiteren besteht für die Studierenden ein Wahlrecht bezüglich der Teilnahme an einer elektronischen Fernprüfung unter automatisierter Videoaufsicht. Diese aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur in sehr engen Grenzen zulässige Form der Videoaufsicht (S. 189 f.) ist als ultima-ratio-Regelung in § 6 Abs. 4 BayFEV normiert. Können oder wollen die Studierenden nicht an einer Präsenzprüfung teilnehmen und kann die Hochschule aufgrund der Pandemie nicht genügend Aufsichtspersonal für die Videoaufsicht der elektronischen Fernprüfung aufbringen, können sich die Studierenden in diesem Fall für eine automatisierte Videoaufsicht entscheiden (Wahlrecht zwischen automatisiert beaufsichtigter Fernprüfung und späterer Präsenz- oder elektronischer Fernprüfung mit menschlicher Aufsicht).

e) Grundprinzip 2: Transparenz

Die Vorgaben zur Transparenz fußen auf den datenschutz- und prüfungsrechtlichen Bestimmungen (S. 180 ff. und S. 185 f.). Als wichtiger Baustein für Vertrauen (Grundprinzip 4) wiederholt die BayFEV die einschlägigen Vorgaben. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Hochschulen ihren (ohnehin bestehenden) Verpflichtungen zum Schutz der Studierenden nachkommen. Der Verordnungsgeber hat hierbei erkannt, dass insbesondere die datenschutzrechtlichen Bestimmungen vielfach Unsicherheiten hervorrufen und dem proaktiv entgegengewirkt.¹³⁹ Weitere Hinweise finden sich auch hier in der Begründung.¹⁴⁰

¹³⁹ Vgl. §§ 3 und 4 BayFEV. Siehe überdies §§ 2 und 3 DigPrV BR; §§ 3 und 4 FernPrüfProbV RP. Weniger deutlich § 6 Abs. 3 S. 1 HS. 2 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung NRW; § 5 Abs. 1 S. 3 Corona-HEVO.

¹⁴⁰ Begründung zur BayFEV S. 3 ff.

Den Studierenden soll letztlich die bestmögliche Teilnahme hinsichtlich der veränderten (digitalen) Prüfungsumgebung ermöglicht werden. Hierzu gehört es, dass den Prüfungsteilnehmenden vor der Prüfung eine Übungsmöglichkeit zur Verfügung gestellt werden soll, § 3 Abs. 3 BayFEV. Dabei muss es sich nicht um eine vollständige beaufsichtigte Übungsklausur handeln, aber den Studierenden muss die Gelegenheit gegeben werden, sich mit der veränderten Situation vor allem hinsichtlich der Technik auseinanderzusetzen. Der neu gestaltete Ablauf (das Anmeldeverfahren, das Abrufen der Prüfungsaufgabe, die Situation der Beaufsichtigung sowie die Kommunikationsmöglichkeiten und die Abgabe der Lösung) wird so bereits im Vorhinein transparent gemacht und trägt dazu bei, dass die Studierenden ihr Wahlrecht bestmöglich ausüben und sich auf die neue Situation einstellen können.

f) Grundprinzip 3: Verhältnismäßigkeit

Die BayFEV setzt die obigen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit¹⁴¹ in konkrete Rechtsnormen um. So werden bestimmte Aufsichtsmaßnahmen durch die Verordnung ausdrücklich untersagt:

„Eine darüberhinausgehende Raumüberwachung findet nicht statt.“, § 6 Abs. 1 Satz 2 BayFEV¹⁴²

„Eine automatisierte Auswertung von Bild- oder Tondaten der Videoaufsicht ist unzulässig.“, § 6 Abs. 2 Satz 2 BayFEV

Eine Aufzeichnung sowie die über das technisch notwendige Maß hinausgehende Speicherung ist ebenso verboten:

„Eine Aufzeichnung der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten ist nicht zulässig.“, § 6 Abs. 3 Satz 1 BayFEV; § 5 Abs. 2 BayFEV

Darüber hinaus werden die Hochschulen auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch im konkreten Einzelfall verwiesen:

„Die Videoaufsicht ist im Übrigen so einzurichten, dass der Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu den berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt werden.“, § 6 Abs. 1 Satz 3 BayFEV

Hinsichtlich etwaiger im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen notwendigen und verhältnismäßigen Eingriffe in das IT-Grundrecht der Studierenden führt § 4 Abs. 4 BayFEV aus:

„Bei elektronischen Fernprüfungen sind Lernmanagementsysteme, Prüfungsplattformen, Videokonferenzsysteme und andere technische Hilfsmittel so zu verwenden, dass notwendige Installationen auf den elektronischen Kommunikationseinrichtungen der Studierenden nur unter den folgenden Voraussetzungen erfolgen:

¹⁴¹ Vgl. Kap. 3, B.IX. (S. 171 ff.).

¹⁴² Vgl. zudem die Begründung zur BayFEV S. 6.

1. Die Funktionsfähigkeit der elektronischen Kommunikationseinrichtung wird außerhalb der Prüfung nicht und währenddessen nur in dem zur Sicherstellung der Authentifizierung sowie der Unterbindung von Täuschungshandlungen notwendigen Maße beeinträchtigt,
2. die Informationssicherheit der elektronischen Kommunikationseinrichtung wird zu keinem Zeitpunkt beeinträchtigt,
3. die Vertraulichkeit der auf der elektronischen Kommunikationseinrichtung befindlichen Informationen wird zu keinem Zeitpunkt beeinträchtigt und
4. eine vollständige Deinstallation ist nach der Fernprüfung möglich.“

Eine entsprechende Eingriffsmöglichkeit bei der Nutzung der eigenen Geräte während der Präsenzprüfung wurde in Bayern jedoch nicht geschaffen. Der Anwendungsbereich der BayFEV umfasst diese gerade nicht. Dahinter steht die Überlegung, dass das Weniger an Aufsichtsmöglichkeiten während einer elektronischen Fernprüfung durch die verhältnismäßige Beeinträchtigung der Prüfungssysteme der Studierenden ausgeglichen werden kann. Hingegen besteht bei der Präsenzprüfung an der Hochschule, auch wenn sie im BYOD-Format durchgeführt wird, ein Mehr an Aufsichtsmöglichkeiten. Die jeweiligen Aufsichtspersonen können sich im Raum frei bewegen, sich hinter die Prüfungsteilnehmenden stellen und wahrnehmen, was diese auf ihren Bildschirmen bearbeiten. Dieser „Ungleichbehandlung“ stehen somit keine zwingenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Die Frage, ob und wie E-Klausuren an den Hochschulen geregelt werden sollen, und ob dabei ein Eingriff in das System der Studierenden möglich sein soll, ist unabhängig von elektronischen Fernprüfungen zu stellen.

g) Grundprinzip 4: Vertrauen¹⁴³

Einer Rechtsverordnung das Prinzip des Vertrauens zugrunde zu legen, noch dazu in dem Bereich der Hochschulprüfungen, bei denen zuerst an das Nicht-Vertrauen in die Studierenden gedacht werden könnte (deswegen müssen sie schließlich beaufsichtigt werden), mag zunächst ungewöhnlich anmuten. Bei genauerer rechtlicher Betrachtung unter Beachtung der oben aufgeführten Grundrechtskollision erscheint es jedoch konsequent und überzeugend.

Zunächst muss beachtet werden, welche Sachverhalte durch die BayFEV geregelt werden. Anders, als dies bei anderen Prüfungen sein mag, ist es das Ziel und Bestreben der Studierenden nicht nur, eine Prüfung in irgendeiner Weise zu bestehen, sondern vielmehr den dahinterstehenden Stoff zu erlernen. Die Studierenden haben sich bewusst für ein bestimmtes Studienfach entschieden. Im besten Fall vereint das gewählte Studienfach die Interessen, Neigungen und Fähigkeiten der Studierenden und ermöglicht den Zugang zu dem angestrebten Berufsfeld. Es

¹⁴³ Ausführlich *Heckmann/Rachut*, COVuR 2021, 194.

wäre utopisch anzunehmen, dass all diese Voraussetzungen bei jedem Studierenden vorlägen und sich auf sämtliche einzelnen Studienfächer beziehen. Nichtsdestotrotz verdeutlicht es, dass die Studierenden das Studium aus intrinsischer Motivation verfolgen und ein eigenes Bedürfnis am Erlernen des Stoffes haben. Die Redlichkeit des Großteils der Studierenden muss daher nicht erst mit bestmöglicher Überwachung herbeigeführt und gewährleistet werden, sondern kann prinzipiell – eine vernünftige Hochschullehre und faire Prüfungsbedingungen unterstellt – vorausgesetzt werden.

Auf dieser Annahme – des grundsätzlichen Vertrauens in die Gesamtheit der Studierenden – bauen die Regelungen der BayFEV auf. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn es im Einzelfall zu bestimmen gilt, wann eine (noch) verhältnismäßige Beaufsichtigung der Studierenden vorliegt, und wann von einer unverhältnismäßigen Überwachung auszugehen ist. Die technischen Möglichkeiten erlauben inzwischen eine vollständige Überwachung der Studierenden fernab der Hochschulen, verbunden mit tiefen und umfangreichen Grundrechtseingriffen. Versucht man den Einsatz solcher Technologien angesichts der anderen und neuen Täuschungsmöglichkeiten bei elektronischen Fernprüfungen zu rechtfertigen, droht daher ein „technisches Wettrüsten“ bis hin zur Menschenunwürdigkeit (S. 164 ff.). Dem wirkt das grundsätzliche Vertrauensprinzip entgegen. Es wird akzeptiert, dass sich manche Täuschungshandlungen bei elektronischen Fernprüfungen nicht entdecken lassen und eine Restriktion der Aufsichtsmaßnahmen geboten ist. Eine vollständige Verhinderung von und das Aufdecken jedweder Täuschungshandlungen lässt sich auch bei Präsenzprüfungen nicht gewährleisten. Die Chancengleichheit kann durch andere Maßnahmen (S. 166 ff.) gewährleistet werden, und steht dem Vertrauensprinzip somit ebenfalls nicht entgegen.

Weiter kommt das Vertrauensprinzip beim Umgang mit technischen Störungen zum Tragen. Die Ursachen einer technischen Störung und damit der Unterbrechungen im Prüfungsgeschehen, möglicherweise auch der Videoaufsicht, können auf ein mutwilliges Handeln der Studierenden zurückzuführen sein (bspw. durch buchstäblichen „Ziehen des Steckers“), lassen sich oftmals jedoch nicht zweifelsfrei klären. Plötzliche Defekte von Hard- oder Software oder eine Unterbrechung der Strom- oder Internetverbindung auf Seiten der Hochschule oder der Studierenden sowie ein anlassloses „Abstürzen“ oder „Einfrieren“ sind ebenso denkbar. In Einzelfällen, wie einer regionalen Störung eines Providers, wird sich zwar aufklären lassen können, dass eine Störung auf Umständen außerhalb der Sphäre des Studierenden beruhte und daher nicht zu seinen Lasten gehen darf. Für die Vielzahl der technischen Störung wird sich eine solch eindeutige Zuordnung indes nicht finden lassen. Doch selbst wenn die Unterbrechung auf einen technischen Defekt auf Seiten des Prüfungsteilnehmenden zurückzuführen ist, stellt sich die Frage, ob er dafür die prüfungsrechtlichen Konsequenzen in Form des Nichtbestehens der Prüfung tragen soll. Wie weisen die Studierenden nach, dass sie vor Beginn der Prüfung alles in ihrer Macht Stehende getan haben, um eine

solche technische Störung zu verhindern? Müssen alle möglichen Updates nachgewiesen werden und das jeweilige System vor Beginn der Prüfung neugestartet werden?

Entscheidet man sich dafür, dass technische Störungen zu Lasten der Studierenden gehen, muss damit gerechnet werden, dass kaum ein Studierender den Weg der elektronischen Fernprüfungen wählt. Nach den Erfahrungen mit Video-Konferenzsystemen der letzten Jahre dürfte jedem bekannt sein, dass kaum eine längere Veranstaltung ohne kleinere oder größere technische Störungen auskommt und daher den Studierenden ein erhebliches Risiko aufgebürdet werden würde. Das Nichtbestehen einer Prüfung kann dabei erhebliche Folgen (bis zur Exmatrikulation) nach sich ziehen. Dies würde man in Kauf nehmen, nur um zu verhindern, dass Wenige die Möglichkeit ergreifen, während der Prüfung eine Störung absichtlich herbeizuführen und sich so einen weiteren Prüfungsversuch zu erschleichen. Im schlimmsten Fall haben ein paar wenige sehr dreiste Studierende daher mehr Zeit, um für eine Prüfung zu lernen. Die Prüfung müssen sie jedoch trotzdem ablegen und unter Umständen verlängert sich hierdurch ihre Studiendauer. Hier zeigen sich die Vorteile des Vertrauensprinzips: Wählt man die gegenteilige Lastenverteilung und geht davon aus, dass technische Störungen nicht absichtlich von den Prüfungsteilnehmenden herbeigeführt werden, gibt man dem Prüfungsformat der elektronischen Fernprüfung eine echte Chance und ermöglicht deren Erprobung. Hieraus wiederum können auch valide Daten über die Häufigkeit und den Umfang technischer Störungen gesammelt werden, um dann etwaige noch bestehende Bedenken am Vertrauensprinzip auszuräumen oder regulatorisch zu justieren. Unbenommen verbleibt es dabei, dass eine nachweislich durch den Studierenden hervorgerufene technische Störung zu seinen Lasten geht.

h) Grundprinzip 5: Gestaltungsspielraum der Hochschulen

Des Weiteren überlässt die bayerische Regelung den Hochschulen den größtmöglichen Gestaltungsspielraum. So wahrt die BayFEV die Satzungshoheit der Hochschulen und ermöglicht es beispielsweise, andere Authentifizierungsverfahren zusätzlich anzubieten, § 5 Abs. 1 Satz 2 BayFEV.

Wo eine weitere rechtliche Eingrenzung rechtlich nicht notwendig ist, überlässt die BayFEV die nähere Ausgestaltung ebenfalls den Hochschulen. So ist es aus prüfungsrechtlicher Sicht ausreichend, dass die Prüfungen innerhalb eines Prüfungszeitraums (termingleich) abgenommen werden, eine Verpflichtung zur zeitgleichen Prüfung gibt es nicht. Aus diesem Grund setzt auch die BayFEV in § 8 Abs. 1 Satz 3 lediglich die Termingleichheit von elektronischer Fernprüfung und Präsenzprüfung voraus. Auch wenn es aus organisatorischer Sicht für die Lehrenden vorteilhaft ist, auf eine zeitgleiche Prüfung zu setzen, um so dieselbe Prüfungsaufgabe verwenden zu können, bleibt dennoch Raum, um die Kapazitäten der Hochschulen besser zu verteilen.

Ebenso sind die Regelungen der BayFEV technisch neutral gehalten. Die Nutzung eines bestimmten Systems oder einzeln definierter Komponenten wird nicht vorgeschrieben. Durch die BayFEV werden lediglich die Bedingungen vorgegeben, die das von der Hochschule eingesetzte System erfüllen muss.

i) Evaluation

Art. 61 Abs. 10 Satz 4 BayHSchG sieht bis spätestens zum Jahresende 2024 eine Evaluation sowohl der BayFEV, als auch der darauf gestützten Hochschulprüfungen vor. Entsprechend gilt auch die BayFEV zunächst zeitlich begrenzt und tritt zunächst gem. § 12 Abs. 2 BayFEV zum 30.9.2024, dem Ende des Sommersemesters 2024, außer Kraft. Die bereits angestoßene Evaluation sollte daher im besten Fall bereits zuvor abgeschlossen sein, um über eine Fortgeltung und Weiterentwicklung im Landtag beraten zu können.

2. Weitere Bundesländer

Der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung sind nacheinander die Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Bremen gefolgt. Auch sie setzen auf eine Verordnungsermächtigung in den Landeshochschulgesetzen sowie eigene Rechtsgrundlagen für elektronische Fernprüfungen. Dass die BayFEV dabei tatsächlich als eine Art Musterverordnung angesehen werden kann, zeigt sich daran, dass diese nahezu wortidentisch übernommen oder minimal angepasst wurde. Lediglich Hessen hatte sich für eine etwas andere Struktur der Verordnung entschieden, dabei aber die zentralen Regelungsmechanismen der BayFEV beibehalten.

a) Hessen

Die Verordnung über die Durchführung elektronischer Fernprüfungen (Fern-PrüfDV HE) vom 8.12.2020 trat rund drei Monate nach der BayFEV in Kraft. Dabei stützte man sich in Hessen auf § 96 Hessisches Hochschulgesetz (HessHG) (gültig ab 2.7.2020) und damit auf eine sehr allgemein gehaltene Vorschrift, die

„die zuständige Ministerin oder de[n] hierfür zuständige[n] Minister zur Sicherstellung von Forschung und Lehre ermächtigt, durch Rechtsverordnung Regelungen betreffend die Prüfungen [...]“

zu treffen. Damit wurden im Gegensatz zu Bayern nicht einmal das zu regelnde Prüfungsformat und die wesentlich zu beachtenden Punkte benannt.

Die Regelungen der BayFEV wurden dabei im Wesentlichen übernommen, wobei sich die hessische Verordnung zunächst auf elektronische Fernprüfungen in der Pandemie beschränkt und nicht ebenfalls die Erprobung zum Ziel hat. Die Vorschriften mit Erprobungscharakter (z. B. § 10 BayFEV) wurden daher nicht übernommen.

Die weiteren Regelungen der BayFEV wurden etwas anders gruppiert und auch die Ausnahmeregelung für die automatisierte Beaufsichtigung übernommen, wobei § 4 Abs. 3 FernPrüfDV HE dabei auch den Einsatz bei nach den Prüfungs- und Studienordnungen nicht zwingend zu absolvierenden Prüfungen gestattet.

Die FernPrüfDV HE tritt zum 31.3.2022 außer Kraft und wirkt noch bis zum 31.12.2022 als Übergangsvorschrift.

Die Regelungen der Verordnung wurden mittlerweile durch den Landesgesetzgeber in § 23 HessHG überführt. Die Hochschulen können auf dieser Grundlage elektronische Fernprüfungen in ihren Satzungen näher ausgestalten. Bis dahin (spätestens bis zum 31.12.2022) fungiert die FernPrüfDV HE noch als Übergangsvorschrift, sodass elektronische Fernprüfungen auch hierauf gestützt werden können. In § 23 HessHG wurde nun auch der Erprobungscharakter aus der BayFEV übernommen.

Damit ist Hessen den geäußerten Bedenken hinsichtlich der Vorgaben der Wesentlichkeitsdoktrin begegnet.

b) Sachsen-Anhalt

Ebenfalls komplett übernommen wurde die BayFEV durch Sachsen-Anhalt. Die Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen im Land Sachsen-Anhalt (EFPrVO-LSA) vom 28.1.2021 findet ihre Grundlage in § 12 Abs. 10 Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt (HSG LSA) und enthält wie auch in Rheinland-Pfalz keine Rückwirkungsfunktion und gilt auf unbestimmte Zeit. Die Verordnungsermächtigung ist dabei ebenfalls analog der bayerischen Regelung mit einer Evaluation bis zum Ende des Jahres 2028 ausgestaltet.

c) Rheinland-Pfalz

Die Landesverordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Rheinland-Pfalz (FernPrüfProbV RP) vom 19.3.2021 ist fast vollständig wortidentisch mit der BayFEV. Minimale Abweichungen finden sich in § 6 Abs. 4 FernPrüfProbV RP, die Norm benennt ausdrücklich eine Maximalspeicherdauer von einem Jahr.

Die Rechtsverordnung tritt am 31.3.2026 und somit zwei Jahre nach der BayFEV außer Kraft und enthält keine Rückwirkung.

Auch die Verordnungsermächtigung in § 17 Abs. 3 des rheinland-pfälzischen Hochschulgesetzes (HochSchG RP) orientiert sich stark an der bayerischen Vorlage. Statt einer verpflichtenden Evaluation wird hier die wissenschaftliche Begleitung hinsichtlich der Wirksamkeit elektronischer Fernprüfungen normiert.

d) Bremen

Die Verordnung zu Prüfungen in digitalisierten Formaten an den Bremischen Hochschulen (Digitalprüfungsverordnung) vom 26.2.2021 basiert ebenfalls auf der BayFEV und übernimmt die grundsätzlichen Regelungen. Die gegenüber der BayFEV etwas gestraffte Verordnung unterscheidet sich vor allem darin, dass sie die ultima-ratio-Regelung für eine automatisierte Beaufsichtigung (§ 6 Abs. 4 BayFEV) nicht übernommen hat. Eine automatisierte Beaufsichtigung ist gem. § 5 Abs. 2 Satz 1 Digitalprüfungsverordnung unzulässig. Die Verordnung gilt zeitlich unbegrenzt und findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1 Satz 4 Bremisches Hochschulgesetz (HSchulG BR).

3. Zwischenfazit

Das Modell einer einfachen, grundsätzlichen Regelung auf Ebene der Landeshochschulgesetze mit einer Verordnungsermächtigung für das jeweils zuständige Ministerium führt in Kombination mit den entsprechenden speziellen Rechtsverordnungen für elektronische Fernprüfungen zu einer verfassungskonformen und während der Pandemie schnell zu schaffenden Rechtsgrundlage.

Die Rechtsverordnungen erlauben genug Raum für die notwendigen umfassenden Vorgaben aufgrund der verhältnismäßigen Abwägungsentscheidung (S. 179 f.). Die wesentlichen Entscheidungen sind dennoch aufgrund der geführten parlamentarischen Debatte durch ein formelles Gesetz zu treffen. Eine Konkretisierung auf dieser Ebene gegenüber der im Sommer 2020 kurzfristig geschaffenen bayerischen Regelung hat zwischenzeitlich Hessen vorgenommen. Dies wäre auch für die anderen Bundesländer wünschenswert.

III. Regelungen in den Landeshochschulgesetzen

Die meisten anderen Bundesländer haben sich für eine ausschließliche Regelung der elektronischen Fernprüfung in den Landeshochschulgesetzen entschieden. Dies mag nach den Ausführungen zum Wesentlichkeitsprinzip begrüßenswert sein, setzt aber voraus, dass sich dann auch sämtliche Regelungen in den Landeshochschulgesetzen selbst finden. Neben Hessen, das die Inhalte der zuerst geschaffenen Rechtsverordnung nachträglich und dauerhaft in das Landeshochschulgesetz übertragen hat, hat sich Baden-Württemberg im Dezember 2020 für eine solche ausführliche Regelung entschieden. Die meisten anderen Bundesländer belassen es jedoch bei einer rudimentären Regelung.

1. Regelfall: Rudimentäre Rechtsgrundlage für Datenverarbeitung

Als typische Regelung in den Landeshochschulgesetzen kann hier die Regelung des Landes Berlin herangezogen werden. § 32 Abs. 8 Berliner Hochschulgesetz (BerlHG) bestimmt:

„Hochschulprüfungen können auch in digitaler Form durchgeführt werden. Näheres, einschließlich Regelungen zur diesbezüglich erforderlichen Verarbeitung personenbezogener Daten, regelt die Hochschule in der Rahmenstudien- und -prüfungsordnung.“

Nach dieser Regelung wird den Hochschulen grundsätzlich gestattet, Prüfungen in unterschiedlicher digitaler Ausgestaltung, auch in Form elektronischer Fernprüfungen, durchzuführen. Die Norm wurde nachträglich um den zweiten Satz ergänzt und gestattet nun auch die Datenverarbeitung und soll somit wohl weiter als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage i. S. v. Art. 6 Abs. 1 lit. e, Abs. 3 DS-GVO dienen. Den weiteren Anforderungen, insbesondere an die Verhältnismäßigkeit (Art. 6 Abs. 3 DS-GVO), kann eine solche Regelung mangels konkreten Inhalts nicht entsprechen. Die (parlamentarisch zu treffenden) Entscheidungen werden vielmehr auf die Ebene der Hochschulen verlagert, sodass gegen dieses Vorgehen verfassungs-, aber auch datenschutzrechtliche Bedenken bestehen.

Andere Bundesländer wie Mecklenburg-Vorpommern nutzen eine etwas ausführlichere Regelung in ihren Landeshochschulgesetzen. So normiert § 38 Abs. 11 LHG M-V:

„Prüfungen in digitalen Formaten, die ohne die Verpflichtung durchgeführt werden, persönlich in einem vorgegebenen Prüfungsraum anwesend sein zu müssen, werden unter Verwendung elektronischer Kommunikationseinrichtungen mit Videoaufsicht durchgeführt. Die Teilnahme für die zu Prüfenden ist freiwillig. Die Hochschulen regeln das Nähere durch Satzung, die der Zustimmung des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur bedarf. In der Satzung sind insbesondere Regelungen

1. zum zulässigen Umfang digital basierter Prüfungen,
 2. zur Sicherung des Datenschutzes,
 3. zu technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Sicherheit der Verarbeitung personenbezogener Daten,
 4. zur Sicherstellung der persönlichen Leistungserbringung durch die zu Prüfenden und ihrer eindeutigen Authentifizierung,
 5. zur Verhinderung von Täuschungshandlungen,
 6. zur Nutzung elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme sowie
 7. zum Umgang mit technischen Problemen
- zu treffen.“

Dies entspricht im Wesentlichen den Verordnungsmächtigungen der Bundesländer, die sich für eine ausführliche Regelung elektronischer Fernprüfungen in Rechtsverordnungen entschieden haben. Anstatt jedoch die weiteren Entscheidungen auf die Ministeriumsebene zu dirigieren und somit weiterhin landeseinheitliche Regelungen zu schaffen, ermöglichen es diese Bundesländer, dass jede Hochschule abweichende Entscheidungen trifft. Dies geht mit einer enormen Rechtsunsicherheit, nicht nur für die Studierenden, einher. Es ist fraglich, ob die umfassenden grundrechtlichen Abwägungsentscheidungen, die bereits das Parlament mit der dort zur Verfügung stehenden juristischen Expertise vor größte Herausforderungen stellt, von jeder Hochschule adäquat getroffen werden können.

2. Sonderfall: Baden-Württemberg

Baden-Württemberg hingegen hat sich für einen anderen Weg entschieden und ausführliche Regelungen zu elektronischen Fernprüfungen direkt in §§ 32a und 32b des Landeshochschulgesetzes geschrieben. Dies ist aus Sicht des Rechtsstaatsprinzips sehr zu begrüßen, jedoch bedurfte eine umfassende Regelung auf dieser Ebene etwas mehr Zeit. Während in Bayern bereits vor Beginn des Wintersemesters 2020/2021 eine entsprechende Rechtsgrundlage mit Rückwirkung für das vergangene Sommersemester bestand, wurden die §§ 32a und 32b LHG BW erst am 17.12.2020 verabschiedet. Im Vergleich zu den weiteren Bundesländern – die teilweise die BayFEV unverändert übernommen haben – schnitt Baden-Württemberg dennoch nicht schlechter ab.

Auch wenn sich die Regelungen in Baden-Württemberg im Kern nicht von den Vorgaben der anderen Bundesländer unterscheiden (allen liegen schließlich vergleichbare verfassungsrechtliche Überlegungen zu Grunde), so weichen die Formulierungen teilweise deutlich ab. Eine Ausnahme bildet hierbei § 32b LHG BW, der sich dem Umgang mit technischen Störungen widmet. Dieser ist mit den Regelungen des § 9 BayFEV und damit auch der anderen Bundesländer identisch. § 32a LHG BW hingegen unterscheidet sich von Aufbau und Wortlaut mitunter deutlich von den anderen Regelungen und ist zudem kürzer gefasst. Die durch § 32a LHG BW normierten „Online-Prüfungen“ umfassen dabei sämtliche

„Prüfungen, die unter Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme erbracht werden“, § 32a Abs. 1 Satz 1 LHG BW

und somit auch E-Klausuren an den Hochschulen. Eine begriffliche Differenzierung für elektronische Fernprüfungen, also solche mit den oben benannten spezifischen Grundrechtsgefährdungen, erfolgt nicht, für sie gelten jedoch die speziellen Regelungen der Absätze drei bis sechs sowie § 32b LHG BW. Die Teilnahme an der elektronischen Fernprüfung hat auch in Baden-Württemberg freiwillig zu erfolgen, wobei

„die Freiwilligkeit der Teilnahme [...] insbesondere dadurch sichergestellt werden [kann], dass eine termingleiche Vor-Ort-Prüfung als Alternative angeboten wird, soweit eine solche rechtlich zulässig ist“, § 32a Abs. 1 Satz 4 LHG BW

Dies stellt die Hochschulen vor die Herausforderung, wie die Freiwilligkeit weiter oder daneben gewährleistet werden kann. Eine besondere Schwierigkeit besteht darin, dass die Regelungen teilweise sehr konkret sind und den Eindruck abschließender Regelungen erwecken, in der Anwendung und konkreten Auslegung aufgrund einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe jedoch große Interpretationsräume lassen. Hinzu kommen die durch die Hochschulen zu treffenden Abwägungsentscheidungen, die die Variablen zum Durchführen einer elektronischen Fernprüfung weiter erhöhen.

So wird in § 32a Abs. 5 LHG BW zur Beaufsichtigung normiert:

„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.“

Die Frage, was für die Prüfungsaufsicht noch als erforderlich angesehen werden kann, mag in den Augen verschiedener Hochschulen und Prüfender stark variieren. Darüber hinaus hat sich oben gezeigt, dass die Schwierigkeit weniger auf Stufe der Erforderlichkeit, sondern auf der Stufe der Angemessenheit liegt.

Auf die auf diesen Unsicherheiten beruhenden sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen der „Online-Prüfungen“ in Baden-Württemberg hat der dortige Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (LfDI) mit einer „Handreichung zu online-Prüfungen an Hochschulen“ vom 17.7.2021¹⁴⁴ (somit gut ein halbes Jahr nach Inkrafttreten von § 32a LHG BW) reagiert. In dieser Handreichung finden sich zahlreiche Vorgaben für die (noch) zulässige Ausgestaltung der Online-Prüfungen. Diese lassen sich teilweise nicht auf den Wortlaut der Normen im LHG BW stützen (z. B. der Eckpunkt „keine heimliche Überprüfung“). Darüber hinaus muss beachtet werden, dass der LfDI zwar die für die Hochschulen zuständige Datenschutzbehörde ist, er aber nicht die Kompetenz über die verbindliche Auslegung von Rechtsnormen innehat. Weiter stellt das Datenschutzrecht zwar einen wichtigen Teil bei der rechtlichen Bewertung dar, jedoch spielen auch darüber hinausgehende Fragestellungen aus anderen Rechtsgebieten eine tragende Rolle.

IV. Satzungen der Hochschulen

Auch den Satzungen der Hochschulen kommt im Rahmen elektronischer Fernprüfungen Bedeutung zu. Einerseits werden sie in einigen Bundesländern dazu genutzt, (vorübergehende) Lücken durch fehlende Rechtsgrundlagen zu schließen, andererseits sind oftmals Anpassungen der hochschuleigenen Satzungen notwendig, um das Prüfungsformat in die Praxis umzusetzen.

¹⁴⁴ Abrufbar unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/handreichung-zu-online-%20pruefungen-an-hochschulen/>.

1. Satzung zur Ermöglichung von elektronischen Fernprüfungen

In manchen Bundesländern gibt es auch aktuell noch keine landesgesetzliche Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen, bzw. ist sie so rudimentär gefasst, dass die zu treffenden Entscheidungen letztlich auf die Ebene der Hochschule abgegeben werden. In diesem Fall (oder bis eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen wird) haben die Hochschulen oftmals die Initiative ergriffen und elektronische Fernprüfungen analog den Vorgaben aus der BayFEV in ihren Hochschulsatzungen geregelt. Auch in diesen Bundesländern greift daher faktisch ein sehr ähnliches Regelungsregime, wobei es teils Abweichungen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Videoaufsicht gibt. Die Fernuniversität Hagen beispielsweise erlaubt die temporäre Speicherung der Bild- und Tondaten während der Videoaufsicht. Diese Daten werden nur dann unmittelbar nach der Prüfung gelöscht, wenn von Seiten der Prüfungsaufsicht nichts Auffälliges vermerkt wurde und auch der Studierende dies nicht für nötig hält.¹⁴⁵

Dieses Vorgehen mag zunächst auch im Sinne der Studierenden sein, da durch erhebliche weitere Einschränkungen ihres Studiums während der Pandemie verhindert wurden. Doch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäß der Wesentlichkeitsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts ein Handeln des zuständigen parlamentarischen Gesetzgebers erforderlich ist. Dass bereits zahlreiche andere Landesparlamente eine solche Regelung für zulässig erachtet haben, vermag die rechtspolitische Debatte in den anderen Bundesländern nicht zu ersetzen.

2. Satzungen zur Ausfüllung bestehender Verordnungen

Doch auch wenn durch den Landesgesetzgeber durch entsprechende umfassende Regelungen das Format der elektronischen Fernprüfung grundsätzlich geregelt ist, bedarf es dennoch der Anpassung der bestehenden Prüfungsverordnungen. Denn welche Prüfungen in welchem Studiengang bzw. Prüfungsfach abgenommen werden können, richtet sich nach den jeweiligen Prüfungsordnungen der Hochschulen. Sie bestimmen somit selbst, ob und inwieweit der durch den Landesgesetzgeber vorgegebene rechtliche Rahmen ausgenutzt werden soll. Die Gestaltung der Prüfungsformen durch Vorgaben in den Prüfungsordnungen ist dabei zentraler Bestandteil der Freiheit der Hochschulen.¹⁴⁶ Daraus folgt umgekehrt, dass nur, weil auf landesrechtlicher Ebene elektronische Fernprüfungen rechtlich ausgestaltet wurden, darauf allein eine Prüfung nicht gestützt werden kann. Vielmehr muss das Format der elektronischen Fernprüfung darüber hinaus auch von den Prüfungsordnungen getragen werden. Soweit in diesen beispielsweise eine

¹⁴⁵ § 5 II Nr. 3 der „Regelungen des Rektorats über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie“ der Fernuniversität Hagen v. 13.5.2020 i.d.F. der vierten Änderung vom 8.12.2020; s. hierzu OVG Münster, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE.

¹⁴⁶ Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 5 Abs. 3 Rn. 120 m.w.N.

„Klausur“ als eine Bearbeitung in einem bestimmten Zeitrahmen unter Aufsicht (in den Räumen der Hochschule) definiert ist, kann durch die Lehrenden nicht eigenmächtig auf das elektronische Fernprüfungsformat umgeschwenkt werden.

Wie eine solche Anpassung der Prüfungsordnungen gestaltet werden kann, zeigt exemplarisch die Allgemeine Prüfungs- und Studienordnung der Technischen Universität München:

„§ 13 a Elektronische Fernprüfungen, Wechsel der Lehr- und Prüfungsform

(1) Studien- und Prüfungsleistungen dürfen auch als elektronische Fernprüfungen anstelle von Präsenzprüfungen abgenommen werden. Elektronische Fernprüfungen sind Prüfungen, die mithilfe telekommunikationsfähiger Endgeräte ortsungebunden abgelegt werden; insbesondere zählen hierzu online proctored exams, bei denen auch die Prüfungsaufsicht computergestützt erfolgt.

(2) Den Studierenden soll vor der Prüfung hinreichend Gelegenheit gegeben werden, sich mit dem elektronischen Prüfungssystem vertraut zu machen. Datenschutzrechtliche Bestimmungen sind einzuhalten. Erforderlich zur Durchführung und Bewertung elektronischer Fernprüfungen ist insbesondere die Verarbeitung einschließlich der Übermittlung der für die Identifizierung notwendigen personenbezogenen Daten sowie der personenbezogenen Daten im Rahmen der Erbringung der Prüfungsleistung an den mit der Durchführung der Prüfung beauftragten Dienstanbieter entsprechend der jeweiligen Beschreibung der Verarbeitungstätigkeit, die Videoaufnahme der zu prüfenden Person während der Prüfung, des weiteren Maßnahmen zur Sicherung der Chancengleichheit und zum Ausschluss von Täuschungen. Für den Fall einer technischen Störung wird in geeigneten Fällen der damit verbundene Zeitverlust durch eine entsprechende Verlängerung der Prüfungszeit ausgeglichen, sofern dies unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Chancengleichheit möglich ist; § 21 bleibt unberührt. Im Übrigen sind die in der FPSO vorgesehenen Verfahrensvorschriften zu den jeweiligen Prüfungen auch bei elektronischen Fernprüfungen einzuhalten, sofern nicht deren Wesen dem entgegensteht.

(3) Der Prüfungsausschuss ist in begründeten Ausnahmefällen befugt, im Benehmen mit den betreffenden Prüfenden die in der jeweiligen FPSO vorgesehene Prüfung durch eine andere in der FPSO vorgesehene Prüfungsform oder eine elektronische Fernprüfung zu ersetzen. Die geänderte Prüfungsform muss im Wesentlichen in gleicher Weise geeignet sein, die in dem jeweiligen Modul vermittelten Kompetenzen zu überprüfen. Die Bekanntgabe soll bis spätestens vier Wochen nach Vorlesungsbeginn erfolgen. Bei einem nachträglich zwingend notwendig werdenden Wechsel der Prüfungsform ist dieser bis spätestens 14 Tage vor dem jeweiligen Prüfungstermin bekannt zu geben. Sätze 1 und 2 finden für Lehrveranstaltungen entsprechende Anwendung.[...]"

V. Fazit

Bundesweit finden sich inzwischen in nahezu allen Bundesländern Rechtsgrundlagen für elektronische Fernprüfungen. Diese beruhen im Kern auf denselben (verfassungsrechtlichen) Überlegungen, sodass sich große Überschneidungen und ein Konsens hinsichtlich der Grundprinzipien zum Umgang mit elektronischen Fernprüfungen abzeichnet. Vorlage für die meisten Regelungen ist dabei

das „Bayerische Modell“ und die insbesondere in der BayFEV niedergelegten Regelungen. Damit folgen die Bundesländer den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben und setzen diese konsequent in einfaches Recht um. Wo noch rechtliche Unsicherheiten oder tatsächliche Unklarheiten bestehen, reagieren bereits erste Länder mit entsprechenden Anpassungen. So hat insbesondere Hessen die zunächst in Verordnungsform niedergelegten Regelungen inzwischen in ein formelles Landesgesetz übernommen.

VI. Übersicht der Rechtsgrundlagen elektronischer Fernprüfungen in Deutschland (Stand März 2022)

Bundesland	Rechtsgrundlage	gültig ab	gültig bis	Typ
Baden-Württemberg	§§ 32a, 32b LHG BW	31.12.2020	–	Dezidierte Regelung im Landesgesetz + Ordnungsermächtigung für Hochschulen
Bayern	Art. 61 Abs. 10 BayHSchG	20.4.2020	–	Einfache Landesgesetzregelung + VO-Ermächtigung
	Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV)	20.4.2020	30.9.2024	Rechtsverordnung
Berlin	§ 32 Abs. 8 BerlHG	9.10.2020/ 13.5.2021 ¹⁴⁷	–	Rudimentäre Landesgesetzregelung + Ordnungsermächtigung für Hochschulen
Brandenburg	<i>Keine Regelung</i>	–	–	–
Bremen	§ 62 Abs. 1 HSchulG BR	1.9.2020	–	Einfache Landesgesetzregelung + VO-Ermächtigung
	Verordnung zu Prüfungen in digitalisierten Formaten an den Bremischen Hochschulen (Digitalprüfungsverordnung – DigPrV BR)	27.2.2021	–	Rechtsverordnung
Hamburg	§§ 60 Abs. 2a, 111 Abs. 3 HmbHG	1.1.2021/ 1.10.2021	–	Einfache Landesgesetzregelung + Satzungsermächtigung für Hochschulen

¹⁴⁷ Zur nachträglichen Ergänzung S. 198.

Bundesland	Rechtsgrundlage	gültig ab	gültig bis	Typ
Hessen	§ 96 Abs. 1 HessHG a.F.	2.7.2020	27.12.2021	Rudimentäre Landesgesetzregelung + VO-Ermächtigung
	Verordnung über die Durchführung elektronischer Fernprüfungen (FernPrüfDV HE)	22.12.2020	31.3.2022/ 31.12.2022	Rechtsverordnung
	§ 23 HessHG	28.12.2021	–	Dezidierte Regelung im Landesgesetz
Mecklenburg-Vorpommern	§ 38 Abs. 11 LHG-MV	29.6.2021	–	Einfache Landesgesetzregelung + Satzungsermächtigung für Hochschulen
Niedersachsen	§ 7 Abs. 4 NHG (aber allgemeine Regelung zur Datenverarbeitung § 17 NHG)	2.2.2022	–	Einfache Landesgesetzregelung + Ordnungsermächtigung für Hochschulen
Nordrhein-Westfalen	§ 82a Abs. 1 HG NRW	8.12.2020	–	Rudimentäre Landesgesetzregelung + Verordnungsermächtigung
	Verordnung zur Bewältigung der durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung)	15.4.2020/ 1.12.2021	1.4.2022	allgemeine Rechtsverordnung
Rheinland-Pfalz	§ 17 Abs. 3 HochSchG RP	7.10.2020	–	Einfache Landesgesetzgliche Regelung + VO-Ermächtigung
	Landesverordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen (FernPrüfProbV RP)	30.3.2021	31.3.2026	Rechtsverordnung

Bundesland	Rechtsgrundlage	gültig ab	gültig bis	Typ
Saarland	§ 63 Abs. 6 SHSG	15.1.2021	–	Einfache Landesgesetzregelung + Ordnungsermächtigung für Hochschulen
Sachsen	<i>Keine Regelung</i>	–	–	–
Sachsen-Anhalt	§ 12 Abs. 10 HSG LSA	21.1.2021	–	Einfache Landesgesetzregelung + VO-Ermächtigung
	Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen im Land Sachsen-Anhalt (EFPrVO-LSA)	6.2.2021	–	Rechtsverordnung
Schleswig-Holstein	§ 51 Abs. 6 HSG SH	18.2.2022	–	Einfache Landesgesetzliche Regelung + Satzungsermächtigung für Hochschulen
	Landesverordnung zur Ergänzung hochschulrechtlicher Regelungen aufgrund der Corona-Pandemie (Corona-Hochschulrechtsergänzungsverordnung – Corona-HEVO)	21.4.2021/ 16.1.2022	15.1.2022/ –	Allgemeine Rechtsverordnung
Thüringen	§ 55 Abs. 2 ThürHG	1.4.2021	–	Einfache Landesgesetzregelung + Ordnungsermächtigung für Hochschulen

Kapitel 4

Risiken und Chancen elektronischer Fernprüfungen

Mit elektronischen Fernprüfungen gehen unterschiedliche Vorteile bzw. Chancen, aber ebenso Nachteile bzw. Risiken einher, die sich wiederum aus verschiedenen Perspektiven unterschiedlich darstellen können. Auch hier bedingen sich Chancen und Risiken an vielen Punkten gegenseitig und sind daher im Einzelfall neu zu gewichten. Da es sich anbietet, im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen, bei denen der Einsatz elektronischer Kommunikationseinrichtungen un-

abdingbar ist, die E-Klausur als Prüfungsform zu nutzen, kann insoweit auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden.¹⁴⁸ Bei der weiteren Betrachtung wird ebenso davon ausgegangen, dass die eingesetzte Software dem Stand der Technik entspricht und den Anforderungen an IT-Sicherheit genügt.

A. Nachteile und Risiken elektronischer Fernprüfungen

Potentielle Nachteile, die spezifisch für elektronische Fernprüfungen sind und über die der E-Klausur hinausgehen, werden im Nachfolgenden aus der Perspektive der unterschiedlichen Akteure dargestellt.

I. Nachteile aus Sicht der Hochschulen

- Rechtliche Rahmenbedingungen

Elektronische Fernprüfungen stellen ein neues Prüfungsformat dar, das mit zahlreichen rechtlichen Fragestellungen einhergeht. Im Spannungsfeld zwischen Chancengleichheit und Privatsphäre der Studierenden müssen je nach konkreter Prüfungssituation Maßnahmen getroffen werden, die einerseits eine adäquate Prüfungsaufsicht ermöglichen, andererseits jedoch nicht zu tief in die Rechte der Studierenden eingreifen. Auch wenn mittlerweile in den meisten Bundesländern entsprechende Rechtsgrundlagen für die Durchführung elektronischer Fernprüfungen bestehen (S. 203), so fehlen bisher Erfahrungswerte und eine gesicherte Rechtsprechung hierzu. Bei der Durchführung elektronischer Fernprüfungen besteht somit ein gewisses rechtliches Restrisiko.

Des Weiteren führt die zu treffende anspruchsvolle Abwägungsentscheidung im Einzelfall dazu, dass in den Hochschulen neue Prozesse implementiert und die Vorgaben zu elektronischen Fernprüfungen verbreitet werden müssen. Die Sicherstellung, dass keine unzulässigen Aufsichtsmethoden eingesetzt werden, geht mit einem hohen administrativen Aufwand einher.

- Gefährdung der Chancengleichheit/neue Täuschungsmöglichkeiten

Die Hochschulen sind gehalten die Chancengleichheit der Prüfungsteilnehmenden bestmöglich zu gewähren. Dies erfolgt grundsätzlich (1.) durch die Gewährung einer chancengerechten Prüfungsumgebung und (2.) die Verhinderung von Täuschungsmöglichkeiten.

(1.) Im Rahmen der elektronischen Fernprüfungen haben die Hochschulen jedoch nicht die Möglichkeit, auf die Prüfungsumgebung des jeweiligen Prüflings einzuwirken, vielmehr obliegt es allein den Prüfungsteilnehmenden für eine ruhige und angemessene Umgebung während der Prüfung zu sorgen. Dies

¹⁴⁸ Vgl. entsprechend Teil 1 S. 29 ff.

kann zu Ungleichheiten zwischen den Prüfungsteilnehmenden führen, da mitunter nicht jeder und jede Zugang zu einem störungsfreien Raum mit entsprechender technischer Ausstattung, v.a. der notwendigen stabilen Internetverbindung hat. U.a. aus diesem Grund sind Hochschulen verpflichtet, neben der elektronischen Fernprüfung weiterhin eine Präsenzprüfung als Alternative anzubieten (näheres zum Wahlrecht S.190). Hinsichtlich des Ortes dieser Präsenzprüfungen obliegt es dann wieder den Hochschulen für eine angemessene Umgebung zu sorgen. Da allen Studierenden die Möglichkeit offen steht, zwischen diesen beiden Formaten der Prüfung zu wählen, mithin stets eine ungestörte Prüfungsumgebung gewährleistet ist, ist dies mit dem Grundsatz der Chancengleichheit zu vereinbaren. Für den Fall, dass die angebotene Präsenzprüfung faktisch keine Alternative darstellt, z.B. weil sich eine Person aus individuellen Gründen nicht dem erhöhten Gesundheitsrisiko (durch An- und Abreise zur Hochschule und das Schreiben vor Ort) aussetzen möchte, so steht auch dann der Grundsatz der Chancengleichheit nicht entgegen. Denn ohne das Angebot einer elektronischen Fernprüfung bliebe für solche Studierenden nur die Möglichkeit, gar nicht an den Prüfungen teilzunehmen.

Eine Teilnahme an den elektronischen Fernprüfungen ist für die Studierenden zudem nur möglich, wenn sie über die entsprechende technische Ausstattung verfügen. Auch wenn die meisten Studierenden mittlerweile über einen Computer mit Kamera und Mikrofon (oder entsprechendes) verfügen, kann dies nicht von den Hochschulen vorausgesetzt werden. Aus diesem Grund muss daher eine gewisse Anzahl an Leihgeräten durch die Hochschulen vorgehalten werden, sodass alle Studierende die Möglichkeit haben, sich für die elektronische Fernprüfung zu entscheiden, auch wenn sie nicht über die entsprechende Ausstattung verfügen oder ihre eigene aufgrund der möglichen Eingriffe in das System nicht verwenden wollen.

(2.) Vor allem durch die räumliche Distanz zwischen Prüfungsteilnehmenden und Aufsichtsperson, sowie die praktisch zwingende Nutzung der eigenen Hard- und Software der Studierenden (BYOD) entstehen weitere Täuschungsmöglichkeiten. Im Gegensatz zu einer E-Klausur, bei der die Bearbeitung an Rechnern der Hochschule erfolgt, stellen bestimmte technische Maßnahmen zur Verhinderung von Täuschungshandlungen (bspw. das Erzwingen des Vollbildmodus, das Sperren der Zwischenablage oder der Druckfunktion) Eingriffe in das Recht auf Integrität und Authentizität informationstechnologischer Systeme dar. Ein solcher grundrechtlicher Eingriff bedarf wiederum einer entsprechenden Rechtfertigung, sodass der Einsatz dieser technischen Maßnahmen an erhöhte Anforderungen geknüpft ist (zu den Fragen einer entsprechenden Rechtsgrundlage S.146 ff.). Eine „technische Abriegelung“ des genutzten Systems sowie die Überprüfung der (meist heimischen) Prüfungsumgebung der Studierenden wäre nur im Wege tiefgehender Grundrechtseingriffe, einer „Totalüberwachung“, möglich und ist rechtlich nicht zu rechtfertigen (hierzu näher

S. 158 ff.). Demnach stellt es für die Hochschulen eine besondere Herausforderung dar, durch das Zusammenspiel von rechtlich zulässiger Aufsicht mittels Technologieeinsatzes, sowie didaktischen und weiteren Anpassungen dafür Sorge zu tragen, dass dennoch ein den Grundsätzen der Chancengleichheit entsprechendes Niveau an Täuschungssicherheit erreicht wird.

- Störungen des Prüfungsablaufs aufgrund Technikversagens

Ein Technikausfall auf Seiten der Hochschule führt dazu, dass eine Aufsicht der Prüfungsteilnehmenden nicht mehr gewährleistet werden kann und stellt daher ein erhebliches Risiko dar.

Auf Seiten der Studierenden wiederum besteht das Risiko, dass die eigene Hard- und Software nicht mit dem System der Hochschule kompatibel ist oder sich unerwartete Störungen während der Prüfung ergeben. Technische Probleme können dabei einerseits aufgrund der uneinheitlichen Hardwarelösungen und andererseits aufgrund der unbekannten Vorgeschichte der Geräte in solchen Fällen teilweise u.U. in der konkreten Prüfungssituation nicht zeitnah behoben werden. Für den Fall, dass eine solche technische Störung auftritt, bedarf es im Vorhinein klarer Regelungen, die bestimmen wie dann zu verfahren ist. Für den Fall, dass eine technische Störung sich zulasten der Studierenden auswirken soll, ist damit zu rechnen, dass sich aufgrund dieses unberechenbaren Risikos kaum Studierende für dieses Prüfungsformat entscheiden werden.

- Kosten für Software

Je nach Ausgestaltung der elektronischen Fernprüfungen kommen auf die Hochschulen unterschiedliche Kosten zu. Mindestens aber muss eine Software lizenziert werden, die die Beaufsichtigung mittels Kamera und Mikrofon ermöglicht und sich dabei entsprechend den rechtlichen Vorgaben einstellen lässt, sodass keine über die Aufsichtsfunktion hinausgehenden personenbezogenen Daten verarbeitet werden oder in die informationstechnischen Systeme der Studierenden eingegriffen wird. Wie hoch die Kosten sind, hängt dabei u. a. davon ab, ob der Dienst selbst gehostet werden muss, ob zusätzlich ein externer Support bereitsteht und für wie viele Nutzende der Dienst zeitgleich zur Verfügung stehen soll.

- Kompetenzaufbau

Um elektronische Fernprüfungen anbieten zu können, muss innerhalb der Hochschulen ein entsprechender Kompetenzaufbau erfolgen. Dies bindet zumindest in der Anfangszeit Ressourcen bis ausreichende Multiplikatoren zur Verfügung stehen und/oder entsprechende Handreichungen erstellt sind. Dies führt dazu, dass die Durchführung solcher Prüfungen zunächst mit einem höheren Aufwand verbunden ist.

- BYOD unvermeidbar

Anders als bei E-Klausuren an einem vorgegebenen Prüfungsort ist BYOD bei elektronischen Fernprüfungen unvermeidbar. Zwar können Leihgeräte zur Verfügung gestellt werden, die zwingende Nutzung würde dabei nicht nur einen erheblichen finanziellen Aufwand für die Hochschulen darstellen, sondern zudem den entscheidenden Vorteil – Prüfungen von überall schreiben zu können, ohne sich an die Hochschule begeben zu müssen – nivellieren.

II. Nachteile aus Sicht der Prüfenden

- Organisatorischer Aufwand

Für die Prüfenden bedeutet das Anbieten der zusätzlichen elektronischen Fernprüfung (zum Wahlrecht S. 190) weiteren organisatorischen Aufwand. Es kann nicht auf die bekannten und bewährten Prüfungsabläufe zurückgegriffen werden, so gilt es u. a. zu entscheiden, ob Präsenz- und elektronische Fernprüfung zeitgleich oder nur termingleich angeboten werden sollen. Für letzteren Fall bedarf es aus Gründen der Chancengleichheit anderer, aber vergleichbarer Prüfungsaufgaben. Zwar wird für die Präsenzprüfung weniger (oder, sollten sich alle Studierenden für die elektronische Fernprüfung entscheiden, gar kein) Aufsichtspersonal benötigt, jedoch müssen sich die aufsichtführenden Personen der elektronischen Fernprüfungen erst mit der Videoaufsicht vertraut machen. Darüber hinaus gilt es im Vorhinein potentielle Situationen zu besprechen, die sich im Rahmen der elektronischen Fernprüfung anders darstellen, als dies bei einer Präsenzprüfung der Fall ist. So ist z. B. zu klären, wie mit einem Toilettengang während der Prüfung umzugehen ist, oder welche Möglichkeit für die Prüfungsteilnehmenden besteht, die Aufsichtsperson während der Prüfung zu kontaktieren ohne die anderen Prüfungsteilnehmenden zu stören.

- Umstrukturierung der Aufgabenstellungen

Aufgrund dessen, dass die elektronische Fernprüfung der Präsenzprüfung zwar nachgebildet werden kann, es aber dennoch bestimmte Unterschiede zwischen diesen Formaten gibt, gilt es aus Gründen der Chancengleichheit die beiden Prüfungsformate bestmöglich aneinander anzunähern. Der größte Unterschied stellt dabei die bei der elektronischen Fernprüfung eingeschränkte Beaufsichtigungsmöglichkeit dar. Während die Aufsichtsperson bei einer Präsenzprüfung ihren Standort wechseln, sich vor oder hinter die Prüfungsteilnehmenden begeben oder sogar ggf. den Arbeitsplatz näher inspizieren kann, sind diese Möglichkeiten aufgrund der Distanz nicht gegeben. Ohne sich in ein technisches Wettrüsten zwischen Prüfenden und Studierenden zu begeben und die meist heimische Prüfungsumgebung rundum zu überwachen, müssen andere Wege gefunden werden, das Minus an Aufsichtsmöglichkeiten auszugleichen. Neben

einer technischen Einschränkung des Studierendencomputers während der Prüfung, kommt insbesondere der Umstrukturierung der Aufgabenstellungen eine entscheidende Rolle zu. So können Prüfungen durch geänderte Fragestellungen dahingehend angepasst werden, dass ein geringeres Aufsichtsbedürfnis besteht. Dies entweder deshalb, weil auch die Zuhilfenahme unerlaubter Hilfsmittel keinen entscheidenden Vorteil bei der Lösung bietet (z.B. bei Transferaufgaben), oder weil Hilfsmittel gerade zugelassen wurden (so bei Open-Book-Prüfungen). Beide Varianten erfordern von den Prüfenden, sich mit der bisherigen Prüfungsform auseinanderzusetzen und diese ggf. anzupassen und somit einen deutlichen Mehraufwand. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass mit dem Wechsel zu offeneren Frageformaten gleichzeitig der Korrekturaufwand steigt und so weitere Ressourcen gebunden werden.

III. Nachteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden

- Verantwortung für die Prüfungsumgebung

Bei der elektronischen Fernprüfung müssen die Prüfungsteilnehmenden selbst für eine angemessene Prüfungsumgebung sorgen. Dies bedeutet, dass sie zunächst eine entsprechende Räumlichkeit brauchen, in der sie allein und ungestört arbeiten können und die zudem über die entsprechenden Voraussetzungen (Beleuchtung, Ergonomie, Ausstattung sowie Internet) verfügt. Außerdem tragen sie auch die Verantwortung, dass es während der Prüfung nicht zu Störungen kommt. Während eine Störung bei einer Präsenzprüfung praktisch immer alle Prüfungsteilnehmenden betrifft, sodass durch die Verantwortlichen auf Seiten der Hochschule auch für alle Abhilfe und unter Umständen Ausgleichsmaßnahmen (beispielsweise eine Verlängerung der Bearbeitungszeit um die Zeit der Störung) zu leisten hat, ist dies bei einer elektronischen Fernprüfung nicht möglich. Studierende müssen somit stets abwägen, ob sie das Risiko unvorhergesehener Störungen eingehen wollen.

- Unsicherheiten bzgl. des konkreten Prüfungsablaufs/neue Fehlerquellen

Das Prüfungsformat elektronische Fernprüfung bedeutet einen Umstellungsprozess auf Seiten der Studierenden und birgt eine Vielzahl neuer Fehlerquellen. So müssen die sonst bekannten und völlig unproblematischen Schritte wie Einnahme des Arbeitsplatzes, Identifizierung/Authentifizierung, Erhalt der Prüfungsaufgabe und verbindlich Abgabe der Lösung neu eingeübt werden. Während sich die Prozesse einer Präsenzklausur über die Jahrzehnte eingespielt haben und praktisch keine neuen Situationen mehr vorkommen können, es mithin für alle möglichen Szenarien Belehrungen, Handreichungen und Handlungsempfehlungen gibt, befindet man sich bei elektronischen Fernprüfungen noch in der Findungsphase. Bestimmte Unsicherheiten können vorher benannt (technische Störung auf Seiten der Hochschule, verspätete Übermitt-

lung der Aufgabenstellung etc.) und mögliche Lösungen entwickelt und kommuniziert werden. Dabei kann es jedoch auch vorkommen, dass die zunächst angedachten Handlungsempfehlungen nicht praktikierbar sind und daher keinen Mehrwert bieten. Möglich ist ebenfalls, dass bestimmte Unsicherheiten oder „Stolpersteine“ einer solchen Prüfung falsch eingeschätzt werden und in der Praxis eine nicht so große Rolle wie zunächst befürchtet spielen. In letzterem Fall würden Studierende mit überflüssigen Informationen belastet. Welche Szenarien tatsächlich praktisch relevant sind und welche Lösungsmöglichkeiten sich hierfür etablieren, wird sich erst im Laufe der Zeit herauskristallisieren. Bis dieser Umstellungsprozess abgeschlossen ist, müssen die Studierenden somit mit der größeren Unsicherheit umgehen.

Hinzu kommt, dass bei einer elektronischen Fernprüfung auch die Kommunikationsmöglichkeiten zu den Aufsichtspersonen erschwert sind. In einer Präsenzprüfung besteht immer die Möglichkeit, diese direkt und diskret anzusprechen. Aufgrund der räumlichen Distanz müssen hier jedoch andere Wege gefunden werden. Je nach konkreter Ausgestaltung der Videoaufsicht ist es dabei nicht möglich, einfach über das Mikrofon zu kommunizieren, da dadurch andere Prüfungsteilnehmende im selben digitalen Aufsichtsraum gestört werden können. Als Alternative könnte jedoch z. B. ein Chat eingesetzt werden. Ist die Internetverbindung unterbrochen, ist auch ein Chat nicht mehr möglich, sodass nur die Möglichkeit bleibt, sich telefonisch zu melden. Hierfür müssen im Vorfeld die entsprechenden Telefonnummern bekannt gegeben und während der Prüfung dann der Telefonsupport gewährleistet werden.

Diese neuen Wege der Kommunikation in der sowieso schon stressigen Situation, dass ein Problem während der Prüfung auftaucht, bedeutet eine zusätzliche Belastung für die Prüfungsteilnehmenden.

- Technische Störungen

Auch auf Seiten der Studierenden kann es zu technischen Störungen kommen. Diese können in der eigenen Hard- und Software begründet liegen, oder von außen, z. B. durch regionale Störungen des Internets, kommen.

Stellt der Prüfungsteilnehmende eine solche Störung fest, muss er entsprechend schnell handeln und wissen, wie mit den unterschiedlichen Störungen umzugehen ist. Hier mag es notwendig sein, das tatsächliche Vorliegen einer lokalen Störung (bspw. „Einfrieren“ des Bildschirms) zu dokumentieren, sich umgehend über einen alternativen Kommunikationsweg bei der Aufsichtsperson zu melden und/oder entsprechende Schritte zur Behebung des Problems einzuleiten. Je nach Ausmaß der technischen Störung kann dies dazu führen, dass der Studierende die Prüfung nicht fortsetzen kann und diese daher zu einem späteren Zeitpunkt erneut ablegen muss. Abgesehen von dem tatsächlichen Eintreten technischer Störungen und deren negativen Implikationen kann bereits die Erwartung bzw. Befürchtung einer solchen psychischen Druck

auf die Studierenden auslösen. Sowohl bei der Vorbereitung auf eine Prüfung und insbesondere währenddessen ist der Gedanke einer technisch bedingten Unterbrechung stets präsent und verhindert eine ungestörte Konzentration auf die Materie, was Prüfungsangst verstärken und in Extremfällen zu sog. Black-outs führen kann.

- Gefährdung der Chancengleichheit

Darüber hinaus kann sich das Prüfungsformat der elektronischen Fernprüfung auch nachteilig auf die Chancengleichheit auswirken. Einerseits kann dies dadurch geschehen, dass sich durch den umfassenden Technikeinsatz und die eingeschränkte Aufsichtsmöglichkeit neue Täuschungsoptionen und -wege ergeben. Diesen neuen Möglichkeiten haben die Hochschulen zwar durch entsprechende Vorkehrungen (S. 172 ff.) Rechnung zu tragen, ein vollständiger Ausschluss von Täuschungen wird aber – ebenso wie bei einer Präsenzprüfung – nicht möglich sein. Andererseits stellt sich auch die Frage, inwieweit eine Vergleichbarkeit zwischen den Jahrgängen desselben Studienfachs besteht, wenn die Prüfungsform und damit auch die Aufgabentypen stark verändert werden, um der veränderten Aufsichtssituation Rechnung zu tragen und so beispielsweise andere Lernzieltaxonomiestufen geprüft werden (vgl. S. 148 f.). Hier kann eine Parallele zu anderen Neuerungen in einem Studiengang gezogen werden, die sich ebenfalls auf die Chancengleichheit auswirken können. Auch Umstrukturierungen der Lehr- und Prüfungsinhalte, das Entstehen von neuen oder Verschmelzen von mehreren Studiengängen oder Änderungen der Notenskala führen dazu, dass spätere Jahrgänge andere Umstände vorfinden, als dies bei den früheren der Fall war und somit zwangsläufig eine Ungleichbehandlung vorliegt. Diese Ungleichbehandlung wiederum kann aus bestimmten Gründen jedoch gerechtfertigt werden.¹⁴⁹ Andernfalls wären jegliche Änderungen und damit auch Verbesserung oder Anpassung an geänderte Umstände ausgeschlossen. Dabei muss ausgeschlossen werden, dass es bei den Studierenden zu übermäßigen oder unzumutbaren Benachteiligungen kommt.¹⁵⁰ Selbiges gilt somit auch für Änderungen des Prüfungswesens aufgrund der Pandemie.

- Rechtliche Gefährdungslagen

Insbesondere mit der Videoaufsicht im Rahmen der elektronischen Fernprüfung geht eine rechtliche Gefährdungslage der Studierenden einher. Zwar ist die Videoaufsicht auf das Minimum zu beschränken und jede einzelne Aufsichtsmaßnahme, sowie die Kumulation dieser sind am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu messen. Nichtsdestotrotz werden Bild- und Tondaten sowie weitere personenbezogene Daten der Studierenden verarbeitet und

¹⁴⁹ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 66.

¹⁵⁰ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 66.

einem bestimmten Personenkreis zugänglich gemacht. Sollte die Prüfung – wie in den meisten Fällen – zu Hause geschrieben werden, so erhalten die Aufsichtspersonen einen direkten Einblick in die häusliche Umgebung. Dabei ist es nicht unüblich, dass Prüfungen im eigenen WG- oder Schlafzimmer geschrieben werden, es sich dabei also um Räume handelt, die zur absoluten Privatsphäre gehören. In vielen Fällen dürfte sich aus Gründen der Prüfungsaufsicht auch der Einsatz eines virtuellen Hintergrundes zur Abmilderung nicht anbieten. Dementsprechend gelten für die Hochschulen, die elektronische Fernprüfungen anbieten, hohe Anforderungen was den Schutz dieser Daten angeht (ausführlich hierzu entsprechend Teil 1 S. 72 ff.).

B. Vorteile und Chancen elektronischer Fernprüfung

Den verschiedenen Nachteilen und Risiken einer elektronischen Fernprüfung stehen folgende Vorteile und Chancen gegenüber:

I. Vorteile aus Sicht der Hochschulen

- Einsparung von Ressourcen

Für elektronische Fernprüfungen selbst werden keine größeren Räumlichkeiten in den Hochschulen benötigt. Die Aufsicht kann durch die Mitarbeitenden in ihren normalen Büroräumen oder ebenfalls von einem anderen Ort (z.B. aus dem Home-Office) durchgeführt werden. Für die alternativ angebotene Präsenzprüfung wiederum wird dann ein kleiner, oder statt mehrerer meistens nur ein Prüfungsraum benötigt. Gerade in den Ballungszentren wird Raum zunehmend zu einem kostbaren Gut, das entweder nur schwer zu finden und/oder mit hohen Kosten verbunden ist. Bei einer langfristigen Umstrukturierung des Prüfungswesens (sowie der Lehre) und der Etablierung von elektronischen Fernprüfungen kann sich der räumliche Bedarf der Hochschule reduzieren.

- Arbeitsentlastung und mehr Flexibilität

Dadurch, dass an den Hochschulen insgesamt weniger Prüfungen stattfinden, fallen auch Nebenaufgaben weg oder nur in einem geringeren Umfang an. So müssen durch die Hochschule weniger Prüfungsräumlichkeiten gleichzeitig koordiniert, Aushänge gedruckt und verteilt werden oder Prüfungsaufsichten vor Ort bereitgestellt werden. Sind sämtliche Prozesse erstmal etabliert und notwendige Dateien abgelegt, können die weiteren Komponenten einer elektronischen (Fern-)Prüfung zur Arbeitsentlastung auf Seiten der Hochschule beitragen.

Gleichzeitig bietet die elektronische Fernprüfung mehr Flexibilität auf Seiten der Hochschulen, da software-basierte Lösungen grundsätzlich beliebig skalierbar sind.

- Inklusion bisher ausgeschlossener Gruppen

Elektronische Fernprüfungen ermöglichen zudem bisher exkludierten Gruppen den Zugang zu einem Studium. Wer aufgrund persönlicher Umstände nicht die Möglichkeit hat jederzeit, oder zumindest für den Prüfungszeitraum vor Ort zu sein, etwa weil er sich um Familienangehörige kümmern muss, Leistungssport betreibt oder der Weg zur Hochschule aufgrund von anderen Einschränkungen erschwert ist, konnte bisher nicht oder nur eingeschränkt einem Studium nachgehen. Dass ein grundsätzliches Bedürfnis für zusätzliche Angebote neben dem bisher bekannten klassischen Studium besteht, zeigt der Erfolg verschiedener Fernhochschulen und anderer Weiterbildungseinrichtungen. Wie viele Personen aufgrund solcher Umstände ein Studium gar nicht erst beginnen, dieses aufgrund zu hoher Hürden abbrechen, oder ihr Potential gar nicht ausschöpfen können, ist bisher unbekannt. Sicher ist jedoch, dass über das Angebot von elektronischen Fernprüfungen mehr Personen die Möglichkeit gegeben wird, ein akademisches Studium erfolgreich abzuschließen.

- Bessere Prüfungen/bessere Hochschullehre

Aufgrund der eingeschränkten Beaufsichtigungsmöglichkeit zwingt das Format der elektronischen Fernprüfung die Hochschulen dazu, bisherige Prüfungen zu überdenken und diese anzupassen. Dies dürfte insgesamt dazu führen, dass weniger auswendig gelerntes Wissen abgefragt wird, sondern insbesondere Verständnisfragen im Vordergrund stehen. Insgesamt können so praxisnähere und „bessere“ Prüfungen entstehen, die tatsächlich die Fähigkeiten abprüfen, die tatsächlich im späteren Arbeitsleben benötigt werden. Dies wirkt sich mittelbar auch auf die Hochschullehre an sich aus. Nicht nur dürfte anzunehmen sein, dass auch die Lehre künftig mehr mit verschiedenen technischen oder elektronischen Hilfsmitteln angereichert wird. Aus der Umstellung der Frageformate folgt auch, dass durch die Lehrveranstaltung entsprechend auf diese vorbereitet wird. Insgesamt können elektronische Fernprüfungen daher den ersten Schritt hin zu einer praxisgerechten und innovativen Hochschullehre sein.

- Aufrechterhaltung des Prüfungsbetriebs in Extremsituationen

Des Weiteren bieten sich elektronische Fernprüfungen zur Bewältigung von und der Aufrechterhaltung des Prüfungsbetriebs in Extremsituationen an. Ereignisse, wie die seit März 2020 andauernde Pandemie, haben gezeigt, dass der Prüfungsbetrieb durch unvorhersehbare Geschehnisse beeinträchtigt werden kann. Während der Corona-Pandemie war die Durchführung von Präsenzprüfungen aufgrund der Abstand- und Hygienemaßnahme deutlich erschwert. Zu Beginn der Pandemie waren Prüfungen an den Hochschulen teilweise gar nicht möglich, da für die geplanten Prüfungen im Wintersemester 2019/2020 keine kurzfristige Alternative bereitstand und sowohl Prüfungsteilnehmende

als auch Bedienstete der Hochschule durch Quarantänebestimmungen sowie Ein- und Ausreiseverbote daran gehindert waren zur Hochschule zu kommen. Personen, die sich im Ausland befanden, mussten bei ihrer Rückkehr nach Deutschland zu dieser Zeit eine mehrwöchige Quarantäne durchlaufen, sodass dies unter Umständen bei Bekanntgabe der Regelungen bis zum Prüfungstermin gar nicht mehr möglich war. Hinzu kam, dass sich besonders in der Anfangszeit der Pandemie aufgrund der vielen Variablen und dem Fehlen valider Daten zur Einschätzung des Virus, die Regelungen häufig und kurzfristig änderten und an die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie das aktuelle Infektionsgeschehen angepasst wurden. Dies hatte zur Folge, dass ein Regelprüfungsbetrieb letztlich nicht durchführbar war und die Hochschulen auf Alternativen wie die elektronische Fernprüfung ausweichen mussten. Durch dieses neue Prüfungsformat konnten Prüfungen letztlich über alle bisherigen Semester während der Pandemie durchgeführt werden.

- Erprobungscharakter

Elektronische Fernprüfungen unterscheiden sich in bestimmten Punkten erheblich von den vorherrschenden Präsenzprüfungen an Hochschulen und können mit ihrem Erprobungscharakter zu einer Weiterentwicklung des Prüfungswesens beitragen. Die gewonnenen Erfahrungen, die z. B. die Kommunikation auf Distanz, den Lernfortschritt oder auch das Vertrauensverhältnis zwischen Hochschulen und Studierenden betreffen, können als Grundlage für weitere innovative Lehr- und Prüfformate dienen. Bestehende Befürchtungen und Hemmschwellen können abgebaut, kritische Punkte aufgedeckt und behoben werden sowie weitere Potentiale aufgedeckt werden.

II. Vorteile aus Sicht der Prüfenden

- Organisatorische Vorteile

Auch aus Sicht der Prüfenden wirkt sich der Umstand, dass weniger Räumlichkeiten benötigt werden, in organisatorischer Hinsicht positiv aus.

Darüber hinaus bietet das Format der elektronischen Fernprüfung mehr Flexibilität und die Möglichkeit, auf die individuellen Interessen und Besonderheiten der einzelnen Prüfungskohorte einzugehen. Während Prüfende bereits jetzt bemüht sind, den Abstand zu anderen Prüfungen möglichst groß zu halten und auf die verschiedenen Stundenpläne Rücksicht zu nehmen, lassen sich Kollisionen und ungünstige Termine nicht immer verhindern.

- Erprobung neuer Aufgabenformate

Im Rahmen der elektronischen Fernprüfung können völlig neue Aufgabenformate erprobt werden. Gerade in Studiengängen, in denen Prüfungen am Computer (E-Klausur) bisher unüblich waren, besteht nun die Möglichkeit zu expe-

rimentieren. Dadurch, dass für die Videoaufsicht sowieso entsprechende Geräte zum Einsatz kommen, liegt es nahe, diese Komponenten auch für weitere Teile der Prüfung einzusetzen. Die elektronische Fernprüfung kann dabei den Blick auf Innovationen lenken, die den Prüfenden bisher unbekannt waren, da keine Notwendigkeit bestand, sich mit Alternativen zu beschäftigen.

- **Praxisgerechteres Prüfen**

Des Weiteren kann die elektronische Fernprüfung einen Teil zu einem praxisgerechteren Prüfen beitragen. Denn zum einen besteht die Möglichkeit, durch neue Aufgabenformate andere Fähigkeiten abzufragen, zum anderen drängt die eingeschränkte Aufsichtsmöglichkeit dazu, andere Lernzieltaxonomiestufen abzufragen, d.h. mehr auf das Verstehen des Lehrstoffs, und weniger auf das Wiederholen zu setzen. Im Ergebnis kommt es zu einer Konzentration auf die Fähigkeiten, die im Berufsleben besonders relevant sind, während andere, wie das Auswendiglernen von Definitionen, in den Hintergrund treten.

III. Vorteile aus Sicht der Prüfungsteilnehmenden

- **Inklusion bisher ausgeschlossener Gruppen**

Das grundsätzliche Angebot von elektronischen Fernprüfungen kann es (potentiellen) Studierenden ermöglichen, überhaupt erst ein Studium aufzunehmen, dieses schneller und/oder besser abzuschließen. Elektronische Fernprüfungen sind, zusammen mit einer Kombination aus digitalen Lehrangeboten, entscheidend, um bisher vom Studium exkludierte Gruppen zu erreichen. Es ist nicht bekannt, wie viele Personen sich gegen ein Studium generell oder das Studienfach ihrer Wahl entscheiden, da die Anforderungen an ein vollkommenes Präsenzstudium nicht mit ihrer Lebenssituation vereinbar sind. Ein flexibleres Hochschulstudium mit elektronischen Fernprüfungen würde damit nicht nur Personen entgegenkommen, die aufgrund persönlicher Umstände (z.B. aufgrund einer chronischen Erkrankung, körperlichen Beeinträchtigungen oder familiären Betreuungsverpflichtungen) nur unter erschwerten Bedingungen an die Hochschule kommen können, sondern ebenso die Möglichkeit bieten, ein Hochschulstudium besser mit einer Nebentätigkeit, Praktika, Auslandsaufenthalten oder dem Leistungssport zu verbinden. Nicht zu vernachlässigen ist auch der Umstand, dass es Personen gibt, für die eine Prüfungssituation in einem Hörsaal mit vielen anderen Menschen eine große Belastung darstellt. Zwar können auch durch eine elektronische Fernprüfung nicht alle Stressfaktoren genommen werden, aber es wäre den Studierenden möglich ein Prüfungsumfeld zu schaffen, in dem sie ihr Leistungspotential bestmöglich abrufen können.

- **Prüfungsmöglichkeit in Extremsituationen**

Für die Studierenden waren und sind elektronische Fernprüfungen in der Corona-Pandemie eine Möglichkeit, ihr Studium in einem angemessenen Zeitrah-

men zu absolvieren. Der Einsatz dieses Prüfungsformates auch in anderen Extremsituationen bedeutet Gewissheit darüber, dass Prüfungen trotz besonderer Umstände abgelegt und damit der erstrebte berufsqualifizierende Abschluss erreicht werden kann. Die Überbrückung auch nur eines Semesters stellt für viele Studierende eine erhebliche finanzielle und persönliche Belastung dar, die durch das Angebot von elektronischen Fernprüfungen genommen oder zumindest verringert werden kann.

- Flexibilität

Elektronische Fernprüfungen bieten letztlich mehr Flexibilität für die Studierenden. Sie können nach ihren individuellen Begebenheiten entscheiden, ob eine Prüfung an der Hochschule, oder an einem anderen Ort (z. B. zu Hause) für sie besser geeignet ist.

- Verbesserung des Lehrangebots

Die vorzunehmenden Umstellungen in den Prüfungen und Prüfungsabläufen führen mittelbar auch zu einer Evaluation des bisherigen Prüfungsgeschehens durch die Prüfenden und können so zu einer Verbesserung der Prüfungen sowie des darauf angepassten Lehrangebots führen.

- Fairere Prüfungen

Insgesamt tragen elektronische Fernprüfungen auch dazu bei, dass die Prüfungen insgesamt chancengerechter und damit fairer werden. Elektronische Fernprüfungen und das damit verbundene Wahlrecht ermöglichen es den Studierenden, jeweils das Prüfungsformat zu wählen, das es ihnen im Zeitpunkt ermöglicht, ihr Leistungspotential bestmöglich abzurufen. Zwischen den einzelnen Studierenden bestehende Unterschiede, die sich nie ausschließen lassen, können dadurch in ihren Auswirkungen auf das Prüfungsergebnis reduziert werden. Letztlich zwingen elektronische Fernprüfungen mit der didaktischen Umgestaltung auch dazu, dass Aufgabentypen gewählt werden, die weniger täuschungsanfällig sind.

C. BYOD und elektronische Fernprüfung

Gegenüber einer E-Klausur als Präsenzprüfung ist BYOD im Rahmen elektronischer Fernprüfungen anders zu betrachten. Denn dadurch, dass sich die Studierenden gerade nicht an die Hochschulen begeben (müssen), ist eine Durchführung ohne eigene Geräte nicht möglich/machbar. Viele Vorteile der elektronischen Fernprüfung würden sich durch ein Bestehen auf hochschuleigene Geräte relativieren oder komplett wegfallen. Zudem muss beachtet werden, dass Risiken von BYOD durch Geräte der Hochschulen, die aber fernab der Hochschule eingesetzt werden, auch nur in einem gewissen Maße reduziert werden können. Eine zwischenzeitliche Manipulation der Geräte durch die Prüfungsteilnehmenden

kann gerade nicht ausgeschlossen werden. Alles in allem können elektronische Fernprüfungen daher nur mit BYOD stattfinden, sodass diese Besonderheiten bei Konzeption, Durchführung und Aufsicht zu berücksichtigen sind. Einerseits entstehen durch BYOD mehr Risiken (z.B. Täuschungsmöglichkeiten, technische Schwierigkeiten aufgrund der unterschiedlichen Ausstattung der Studierenden¹⁵¹), andererseits wirkt sich die Nutzung der persönlichen Geräte auch auf die rechtliche Bewertung der jeweiligen Prüfungssituation aus (s. hierzu S. 39 ff.).

Kapitel 5

Paradigmenwechsel im Hochschulprüfungswesen durch elektronische Fernprüfungen?

A. Die elektronische Fernprüfung als eigenes Prüfungsformat

Wie gezeigt geht die elektronische Fernprüfung mit ganz eigenen rechtlichen Besonderheiten einher, die zu anderen Chancen und Risiken führen, als dies bei herkömmlichen Präsenzprüfungen der Fall ist. Gleichzeitig stellt die elektronische Fernprüfung jedoch keine weitere, neue Prüfungsform neben den bekannten Formen „Klausur“, „Hausarbeit“ oder mündliche Prüfung dar. Nimmt man eine Typisierung vor, so ist die elektronische Fernprüfung auf der Ebene darüber, neben den Präsenzprüfungen und „Vertrauensprüfungen“¹⁵² anzusiedeln.¹⁵³ Das Besondere daran ist die Kombination aus Aufsichtskomponente der Präsenzprüfung und Fernkomponente der Vertrauensprüfung unter Einsatz elektronischer Kommunikationseinrichtungen (wie bei der „E-Klausur“). Bestimmte Aspekte lassen sich daher von diesen Prüfungsformaten bzw. der „E-Klausur“ übernehmen und im Kontext der elektronischen Fernprüfung neu zusammenfügen. Die elektronische Fernprüfung stellt dadurch ein neues Prüfungsformat dar, das sich insbesondere durch bestimmte technische und didaktische Besonderheiten auszeichnet.

I. Keine Abbildung von Präsenzprüfungen als elektronische Fernprüfung

Die aus Gründen der Chancengleichheit gebotene Annäherung der beiden Prüfungsformate (S. 166 ff.) stößt an manchen Punkten jedoch an tatsächliche Grenzen. Wenn sich Prüfungsteilnehmende und Prüfungsaufsicht nicht in einem Raum

¹⁵¹ Für weitere Risiken S. 39 ff.

¹⁵² Als Vertrauensprüfungen werden hierbei die Prüfungsformen zusammengefasst, die unbeaufsichtigt und typischerweise nicht in Präsenz abgehalten werden, wie Haus- oder Seminararbeiten. Hierbei geben die Studierenden normalerweise eine Erklärung ab, dass sie die Arbeit eigenständig und ohne Zuhilfenahme unzulässiger Hilfsmittel angefertigt haben.

¹⁵³ *Morgenroth*, OdW 2021, 117, 123 ff.

befinden, können die Folgen dieser Distanz durch den Einsatz bestimmter Technologien zwar etwas abgemildert, jedoch nicht vollständig behoben werden. Unterschiede ergeben sich insbesondere an folgenden Punkten:

- **Vorbereitung der Prüfungsumgebung:** Da die Prüfungsteilnehmenden auf eine Vielzahl von Räumen verteilt sind, auf die die Hochschule darüber hinaus keine Einflussmöglichkeiten hat, kann sie die Prüfungsumgebung auch nicht vorbereiten und „prüfungstauglich“ gestalten. Weder können Licht, Temperatur, Umgebungsgeräusche oder Arbeitsplatz angepasst werden, noch kann die Umgebung im Vorfeld auf etwaige Täuschungsmöglichkeiten (z.B. auf den Toiletten versteckte Unterlagen, präpariertes Schmierpapier) untersucht werden.
- **Einlass der Studierenden und Überprüfung der Identität:** Auch die für Präsenzklausuren typische Überprüfung der Anwesenheit und Identität der Studierenden anhand eines Lichtbildausweises vor oder während der Prüfung gestaltet sich bei einer elektronischen Fernprüfung anders. Die Aufsichtspersonen können nicht auf ausgelegte Ausweisdokumente zugreifen und nicht von Tisch zu Tisch gehen, um diese zu überprüfen. Vielmehr sind sie auf das aktive Vorzeigen durch die Prüfungsteilnehmenden vor Beginn der Prüfung angewiesen. Dies geht mit einem zeitlichen Mehraufwand einher. Hinzu kommt, dass bei einer online-Überprüfung die Privatsphäre der Studierenden ebenso geschützt werden muss, wie dies vor Ort der Fall wäre. Die Überprüfung muss daher individuell erfolgen können, da auch bei einer Präsenzprüfung nicht der Ausweis mit sensiblen Daten des Einzelnen für alle Teilnehmenden sichtbar ist.
- **Verteilung der Prüfungsaufgabe:** Während im Hörsaal die Prüfungsaufgaben händisch ausgeteilt werden müssen, müssen diese auch bei einer auf Papier angefertigten elektronischen Fernprüfung auf anderem Wege (z.B. per Mail oder über Moodle) den Prüfungsteilnehmenden zur Verfügung gestellt werden.
- **Ausgestaltung der Prüfungsaufgabe:** Die elektronische Fernprüfung bietet einerseits großes Potential für neue Aufgabentypen, andererseits können diese aus Gründen der Vergleichbarkeit nur sinnvoll eingesetzt werden, wenn diese auch bei der Präsenzprüfung möglich sind. Muss die Prüfungsaufgabe durch die Studierenden ausgedruckt werden, z.B. um eine Zeichnung auf einer Vorlage vorzunehmen, muss gewährleistet werden, dass alle Teilnehmenden auch über eine Druckmöglichkeit verfügen, sowie dass die Aufgabe auch bei unterschiedlicher Qualität der Drucker problemlos zu bearbeiten ist.
- **Prüfungsaufsicht:** Zentraler Unterschied zwischen elektronischer Fern- und Präsenzprüfung ist sicherlich die unterschiedlich ausgestaltete Prüfungsaufsicht. Bei Präsenzprüfungen steht es den Aufsichtspersonen frei sich im Raum zu bewegen, die Prüfungsteilnehmenden aus unterschiedlichen Winkeln zu beobachten oder länger – für den Einzelnen wahrnehmbar – an einer bestimmten Stelle zu verweilen. Hingegen ist der Blickwinkel bei einer elektronischen

Fernprüfung beschränkt und zum Schutz der Privatsphäre der Studierenden zu begrenzen. Die Aufsichtsperson kann ihren Blickwinkel nicht verändern und ist in ihrer Aufsichtsmöglichkeit deutlich eingeschränkt. Etwaige Besonderheiten werden notiert und können möglicherweise erst im Nachhinein, zusammen mit einer auffälligen Prüfungslösung, zu einem Täuschungsverdacht führen.

- **Kommunikation:** Bei elektronischen Fernprüfungen besteht für die Studierenden nicht die Möglichkeit kurz Rücksprache mit den Aufsichtspersonen zu halten. Sie können ihren Platz nicht einfach verlassen und die Person ansprechen, wenn sie plötzlich erkrankt sind oder eine Frage haben. Daher müssen bei elektronischen Fernprüfungen entsprechende Kommunikationskanäle eingerichtet werden, die zwar die Kommunikation mit der Aufsichtsperson, nicht aber zwischen den Studierenden ermöglichen.
- **Prüfungsabgabe:** Je nachdem wie die elektronische Fernprüfung ausgestaltet ist, bedarf es im Gegensatz zur Abgabe im Hörsaal eines extra Zeitfensters zum Einscannen und Übermitteln der Prüfungsaufgabe. Hierbei können eine Vielzahl von (technischen) Problemen auftreten, sodass den Studierenden ausreichend Zeit und Unterstützung angeboten, sowie von überhöhten Abgabeanforderungen abgesehen werden sollte.
- **Verlassen des Prüfungsraums:** Während ein physisches Verlassen des Prüfungsraums in der Präsenzprüfung (z. B. vor Ablauf der Bearbeitungszeit) ohne Weiteres durch das Aufsichtspersonal wahrgenommen und entsprechend vermerkt werden kann, ist das Verlassen der digitalen Prüfungsumgebung deutlich unauffälliger. Daher sind im Vorfeld Bestimmungen notwendig, die das (frühzeitige) Verlassen des Bearbeitungs- und damit Aufsichtsbereichs betreffen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Prüfungsleistung vollständig unter Aufsicht erfolgt ist, und nicht etwa nach Verlassen des Aufsichtsbereichs, aber noch vor Ablauf der Abgabefrist bearbeitet wurde.
- **Besonderheiten bei mündlichen und praktischen Fernprüfungen:** Bei mündlichen und praktischen Fernprüfungen können sich Besonderheiten insbesondere daraus ergeben, dass die Prüfungsteilnehmenden auf Distanz nur erschwert zusammenwirken können (etwa bei gemeinsamen Vorträgen). Außerdem können oftmals nicht alle Teile einer praktischen Prüfung als Fernprüfung ausgestaltet werden, wenn hierzu beispielsweise bestimmte Geräte oder Utensilien genutzt werden müssen, die den Studierenden abseits der Hochschule nicht zur Verfügung stehen.

II. Technische Besonderheiten

Elektronische Fernprüfungen kommen nicht ohne den Einsatz elektronischer Kommunikationseinrichtungen, typischerweise Laptop/Computer oder Tablet der Studierenden sowie ein Äquivalent auf Seiten der Prüfungsaufsicht, eine andauernde Internetverbindung sowie Kamera und Mikrofon aus. Der Einsatz dieser

Geräte ist bei einer Präsenzprüfung nicht nur untypisch, sondern vielmehr sprechen starke verfassungsrechtliche Bedenken z. B. gegen den Einsatz von Kamera und Mikrofon bei einer Prüfung an den Hochschulen. Aus dem zwingenden Einsatz dieser Technologien, sowie dem Umstand, dass elektronische Fernprüfungen praktisch nur im BYOD-Format durchführbar sind, folgt, dass die Prüfungen selbst sowie die dazu genutzte Software für eine Vielzahl von Geräten und Betriebssystemen geeignet sein muss. Speziallösungen, die nur auf bestimmten Geräten oder nur einem Betriebssystem funktionieren, sind bei einer elektronischen Fernprüfung nicht praktikabel. Dies kann insbesondere dann eine größere Herausforderung darstellen, wenn durch die Prüfungssoftware in rechtlich zulässiger Weise auch bestimmte Funktionen des jeweils benutzten Systems beschränkt werden sollen (S. 178 f.). Außerdem muss eine Möglichkeit vorgehalten werden, wie Studierende, die über keinen Computer mit Kamera und Mikrofon verfügen, die Aufsicht mittels eines anderen Geräts, z. B. dem Smartphone oder eines Tablets, gewährleisten können. Gleichzeitig ergeben sich durch die zwingende Verwendung der (eigenen) Geräte auch eine Vielzahl von neuen Täuschungsmöglichkeiten, den allein durch technische Gestaltung nicht vollumfänglich beizukommen ist.

Zum Umgang mit den weiteren technischen (Sicherheits-)Risiken kann zudem auf die Ausführungen zur „E-Klausur“ verwiesen werden (s. S. 72 ff.).

III. Didaktische Besonderheiten

Elektronische Fernprüfungen gehen auch mit didaktischen Besonderheiten einher. Wohingegen bei Präsenzprüfungen sämtliche Stufen der Lernzieltaxonomie abgefragt werden können, sich also auch die unteren Stufen des bloßen Erinnerns anbieten, verlangt eine elektronische Fernprüfung nach einer didaktisch fein abgestimmten Aufgabenstellung. Dies hängt damit zusammen, dass bei elektronischen Fernprüfungen eine begrenzte Aufsichtsmöglichkeit besteht und daher potentiellen Täuschungshandlungen bereits durch die didaktische Konzipierung der Aufgabenstellung vorzubeugen ist. Dabei sind insbesondere folgende Punkte zu beachten:¹⁵⁴

- Antwortformate: Offene Antwortformate eignen sich besser als geschlossene. Sie kommen typischerweise bei höheren Lernzieltaxonomiestufen zum Einsatz, können aber unter Umständen auch (oder zumindest im halboffenen Format) auf niederen Stufen eingesetzt werden. Zu beachten ist hierbei, dass offene Antwortformate mit einem höheren Korrekturaufwand einhergehen. Bei geschlossenen Antwortformaten sollte auf eine Randomisierung (zumindest der Reihenfolge der Antwortmöglichkeiten) geachtet werden.

¹⁵⁴ Nach *Batz-Finkbohner/Besner/Gerstner*, Handreichung Synchron beaufsichtigte Fernklausur, 2021, S. 5.

- **Prüfungsplattformen:** Die verschiedenen Prüfungsplattformen bieten unterschiedliche Fragetypen an. Je nachdem, welches System hier zum Einsatz kommt, können daher unterschiedliche Fragetypen eingebaut werden. Da diese stetig erweitert werden, kann ein Blick hierauf vor Prüfungskonzeption zudem als Inspirationsquelle für neue Aufgabentypen dienen.
- **Einbindung weiterer Medien:** Die Einbindung weiterer Medien (z.B. Videos) kann dazu genutzt werden, höhere Lernzieltaxonomiestufen abzufragen.
- **Zugelassene Hilfsmittel:** Aus Gründen der Chancengleichheit ist das Zulassen weiterer Hilfsmittel, insbesondere eine Ausgestaltung im open-book-Format für elektronische Fernprüfungen, besonders geeignet.¹⁵⁵
- **Multiple- und Single-Choice-Fragen:** Werden erstmals Multiple- und Single-Choice-Fragen verwendet, sollten im Vorhinein die entsprechenden prüfungsrechtlichen Regelungen beachtet werden. Die meisten Hochschulen haben hierbei bestimmte Vorgaben für Bestehensgrenzen oder die Vergabe von Malus-Punkten.
- **Darstellung:** Bei dem Design der Aufgabenstellung ist außerdem zu beachten, dass sich diese auf unterschiedlichen Geräten oder beim Öffnen mit unterschiedlichen Programmen verändert darstellen kann. Daher sollte ein Format gewählt werden, bei dem dies möglichst nicht passiert, bzw. die Darstellung vorher getestet wird.

B. Exkurs: Umgang mit Täuschungsversuchen im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen

Der Umgang mit Täuschungshandlungen bzw. das Verhindern von möglichen Täuschungsversuchen stellt bei der Thematisierung elektronischer Fernprüfungen ein immer wiederkehrendes Thema dar.¹⁵⁶ Diskutiert werden hierbei sowohl die neuen Möglichkeiten des Täuschens durch den Einsatz elektronischer Kommunikationseinrichtungen, als auch die beschränkte Möglichkeit etwaige Täuschungshandlungen gegenüber Prüfungen vor Ort wahrzunehmen.

I. Risiken für Täuschungshandlungen im Vergleich zu herkömmlichen Prüfungsformaten

Dass das Täuschungspotential bei elektronischen Fernprüfungen höher ist, als bei herkömmlichen Prüfungen an den Hochschulen, ist unumstritten.¹⁵⁷ In wel-

¹⁵⁵ *Morgenroth*, OdW 2021, 117 (126); zur Ausgestaltung *Batz-Finkbohner/Besner/Gerstner*, Handreichung Open-Book-Prüfung, 2021.

¹⁵⁶ Vgl. z.B. *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661 f.; *Dieterich*, NVwZ 2021, 511, 514 f.; *Heckmann/Rachut*, COVuR 2021, 194, 196 ff.; *Heckmann/Rachut*, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 74 ff.; *Birnbaum*, in: Birnbaum, Bildungsrecht in der Corona-Krise, 2021, § 4 Rn. 95 f.

chem Verhältnis diese beiden „Täuschungspotentiale“ allerdings zueinander stehen, wurde bisher nicht näher beleuchtet.

Im Kern lässt sich die Erhöhung des Täuschungspotentials auf zwei Umstände der elektronischen Fernprüfung zurückführen: Erstens können aufgrund der begrenzten Aufsicht „herkömmliche Täuschungsmethoden“ wie etwas das Nutzen unerlaubter Hilfsmittel (z.B. Vorlesungsunterlagen, „Spickzettel“) nicht so leicht wie im Hörsaal erkannt werden. Zweitens kommen durch die räumliche Distanz und die Nutzung verschiedener technischer Hilfsmittel ganz neue Täuschungsmöglichkeiten hinzu. Bereits das Vorliegen einer der beiden Gründe würde ein erhöhtes Täuschungsrisiko nach sich ziehen. Außerdem wird, aus dem Umstand, dass das Täuschungspotential gerade durch den Technikeinsatz erhöht wird deutlich, dass eine Verringerung nicht allein durch weiteren Technikeinsatz gelingen kann. Dies würde vielmehr mit weiteren Möglichkeiten die bestehenden Absicherungen zu umgehen einhergehen.

Als wieviel höher die Täuschungsmöglichkeiten jeweils eingeschätzt werden können, hängt (wie auch bei anderen Prüfungsformen) von der Ausgestaltung im Einzelfall ab.

Faktoren, die das Täuschungspotential tendenziell erhöhen:

- große Anzahl der zu beaufsichtigen Prüfungsteilnehmenden durch eine Aufsichtsperson,
- Zulassung nur weniger Hilfsmittel,
- Bearbeitung der Aufgabenstellung am Computer,
- Geschlossene Frageformate,
- Abfrage von niedrigen Lernzieltaxonomiestufen,
- Fehler in der Aufgabenstellung,
- keine Kommunikationsmöglichkeit zu der Prüfungsaufsicht und
- Intransparenz des Prüfungsgeschehens sowie der eingesetzten Software.

Faktoren, die das Täuschungsrisiko tendenziell senken:

- geringe Anzahl der zu beaufsichtigender Prüfungsteilnehmenden durch eine Aufsichtsperson,
- technische Beschränkungen, die den Zugriff auf unerlaubte Hilfsmittel erschweren oder verhindern,
- offene Fragestellungen,
- Abfrage von hohen Lernzieltaxonomiestufen,
- randomisierte Aufgaben oder Antworten bei geschlossenen Fragetypen,

¹⁵⁷ S. z.B. *Birnbaum*, in: *Birnbaum, Bildungsrecht in der Corona-Krise*, 2021, § 4 Rn. 95; *Dieterich*, NVwZ 2021, 51, 514; *Beaucamp*, DÖV 2022, 283, 286.

- Prüfungen im open-book-Format,
- faire Ausgestaltung der Prüfung (z. B. durch Übungsmöglichkeiten im Vorfeld, gute Vorbereitung durch die Lehre, Transparenz und Information),
- Kommunikationsmöglichkeit zu der Prüfungsaufsicht bei Problemen,
- Regelung, die technische Störungen nicht zum Nachteil der Studierenden gehen lässt sowie
- offene Kommunikation mit den Studierenden und Appell an Redlichkeit.

Es zeigt sich somit, dass das konkrete Risiko für Täuschungen maßgeblich von der Ausgestaltung der Prüfung abhängt und, dass sich dieses durch zahlreiche Maßnahmen reduzieren lässt. Diese Maßnahmen wiederum sind zum großen Teil organisatorischer und didaktischer Natur. Auch technische Möglichkeiten, wie das Einschränken der Funktionsfähigkeit der Computer sind grundsätzlich denkbar, können die anderen Maßnahmen jedoch nicht ersetzen.

II. Rechtliche Bewertung des bestehenden Risikos

Fraglich ist, wie dieses bestehende Restrisiko zu bewerten ist und welche Verpflichtungen sich aus den oben genannten Faktoren für die Hochschulen ergeben.

Aus (prüfungs-)rechtlicher Sicht besteht zunächst keine Verpflichtung der Hochschulen, sämtliche Täuschungshandlungen zu verhindern bzw. aufzudecken. Aus dem Grundsatz der Chancengleichheit ergibt sich vielmehr, dass sie „im Rahmen des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren“¹⁵⁸ Täuschungshandlungen entgegenzuwirken haben. Dies bedeutet, dass sämtliche machbaren und zumutbaren Schritte, die das Täuschungspotential reduzieren, durch die Hochschulen auch zu ergreifen sind. Dies umfasst beispielsweise den Einsatz von ausreichend Aufsichtspersonen für elektronische Fernprüfungen und ggf. das Bereitstellen entsprechend großer Monitore, sodass die im Rahmen der Möglichkeiten bestmögliche Beaufsichtigung erfolgt. Dies mag im Vergleich zu Hörsaalprüfungen mit einem höheren Personalbedarf einhergehen, stellt aber grundsätzlich eine zumutbare und machbare Vorgehensweise dar. Ebenso kann argumentiert werden, dass Prüfungen, die aufgrund ihrer Ausgestaltung völlig ungeeignet für das Format der elektronischen Fernprüfung sind, nicht als solche abgehalten werden dürfen. Dies könnte man beispielsweise annehmen bei Prüfungen, die ausschließlich geschlossene Frageformate enthalten, deren Aufgaben und Antwortmöglichkeiten nicht randomisiert sind und die am Computer zu bearbeiten sind, wobei keine zusätzliche technische Beschränkung der Studierenden besteht. Bei einer solchen Prüfung wären Täuschungshandlungen ohne große

¹⁵⁸ *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661; OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21 m. Anm. *Rachut*, CR 2021, 491.

Vorbereitung oder tiefergehendes technisches Verständnis ohne Weiteres unemerkt der Aufsicht vorzunehmen. Man könnte hierbei argumentieren, dass die Hochschulen sehenden Auges Täuschungshandlungen zulassen, da sie von vornherein kaum eine Möglichkeit haben, diese aufzudecken.

Zwar dürfen die Studierenden nicht unter Generalverdacht gestellt werden, d.h. nur weil es faktisch Täuschungsmöglichkeiten gibt, können diese nicht als unternommen unterstellt werden. Für das Vorliegen einer Täuschungshandlung tragen die Hochschulen indes die materielle Beweislast¹⁵⁹ und müssen daher auch die entsprechenden Vorkehrungen treffen, Täuschungshandlungen tatsächlich wahrnehmen zu können.

Wo hier genau die Grenze des rechtlich Zulässigen verläuft, gilt es stets im Einzelfall zu bestimmen.

Umgekehrt könnte auch daran gedacht werden, die neuen technischen Möglichkeiten zum Aufdecken von Täuschungshandlungen zu nutzen. Neben technisch relativ simplen Hinweisfunktionen für die Aufsichtsperson (z. B. bei Prüfling 42 ist eine erhöhte Lautstärke wahrzunehmen) kann bis an den Einsatz komplexer KI-gestützter Software gedacht werden, die Täuschungshandlungen erkennt, bevor oder ohne, dass sie durch die Aufsichtsperson wahrgenommen werden können. Auch Prognoseentscheidungen für eine Täuschungswahrscheinlichkeit bestimmter Kandidaten oder die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen mit dem Ziel Abweichen von dem normalerweise in der Prüfungssituation gezeigten Verhalten aufzudecken, sind denkbar. Aus rechtlicher Sicht ist hier – ähnlich wie bei den bereits angesprochenen technischen Beschränkungen – zu differenzieren. Ob und inwieweit eine solche Unterstützung überhaupt eingesetzt werden kann, hängt zunächst von der Rechtsgrundlage ab. Ermöglicht diese (wie z. B. § 6 Abs. 4 BayFEV) in bestimmten Fällen die Aufzeichnung der Kamera- und Mikrofondaten und ist die Aufsicht nicht auf das reine Kamera-Monitor-Prinzip beschränkt, kann darin auch eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung im Rahmen solcher „Assistenzsysteme“ gesehen werden. Daran schließt sich wiederum die Frage an, welche zusätzlichen Eingriffe in die (Grund-)Rechte der Studierenden damit einhergehen, und ob sich diese nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit zum Zwecke der besseren oder zumindest erleichterten Prüfungsaufsicht rechtfertigen lassen. Insbesondere wenn hierbei KI-gestützte Software zum Einsatz kommen soll, ergeben sich zahlreiche weitere rechtliche Fragestellungen.¹⁶⁰ Bei der rechtlichen Bewertung kommt es insbesondere darauf an, auf welcher Beaufsichtigungsstufe (Wahrnehmen, Bewerten, Entscheiden) das System zum Einsatz kommt, ob ein etwaiger KI-Einsatz im Entwicklungsprozess der Software oder bei deren Anwendung erfolgt und ob Gegenstand der Entschei-

¹⁵⁹ *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 236.

¹⁶⁰ Ausführlich *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851.

dung der Mensch mit seinen Verhaltensweisen oder ein Objekt (z.B. bei einer Objekterkennung) ist.

Als rechtlich zulässig kann alleine eine Vorbereitung oder ein Hinweis für die Prüfungsaufsicht sein, ein eigenständiges Entscheiden der Prüfungssoftware ist unzulässig.¹⁶¹ Denkbar wäre auch, dass vordefiniertes unzulässiges Verhalten durch die Software erkannt und markiert wird, das eigenständige Erkennen von Täuschungshandlungen ohne vordefinierte Parameter, somit das Aufdecken von für eine menschliche Aufsicht mitunter gar nicht wahrnehmbaren Mustern ist ebenfalls unzulässig.¹⁶² Besonders interessant, und von einigen Anbietern bereits in ihre Software integriert, ist der Abgleich des Verhaltens der Prüflinge mit einem bestimmten Standardverhalten, das Auffälligkeiten im Verhalten aufdecken und die Prüfungsaufsicht somit zu einem genaueren Hinschauen veranlassen soll. Dies erscheint in sehr engen Grenzen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch zulässig.¹⁶³

III. Paradigmenwechsel: Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser

Bei elektronischen Fernprüfungen ergibt sich gegenüber den bekannten Präsenzprüfungen ein höheres Täuschungsrisiko. Dies hängt einerseits mit der Distanz zwischen Aufsichtsperson und Prüfungsteilnehmenden, aber auch mit dem zwingend notwendigen Technikeinsatz zusammen. Das Täuschungspotential bei elektronischen Fernprüfungen lässt sich durch verschieden Maßnahmen zwar reduzieren, jedoch faktisch nicht komplett an das Niveau bei Präsenzprüfungen anpassen. Soweit die Hochschulen ihrer Verpflichtung zur Reduktion dieses Risikos nachkommen, ist ein verbleibendes Restrisiko für Täuschungen hinzunehmen und aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Getrennt von der rechtlichen Beurteilung ist indes der Umgang mit diesem Restrisiko in der Praxis zu sehen. Man könnte einerseits dazu tendieren, das Angebot elektronischer Fernprüfungen auf ein absolutes Minimum zu reduzieren oder gar nicht anzubieten, um sich dem verbleibenden Risiko nicht auszusetzen. Oder man nutzt andererseits diesen Umstand für einen Vertrauensvorschuss an die Studierenden. Diese haben sich freiwillig für ein bestimmtes Studienfach eingeschrieben und verfolgen damit ihre persönlichen Ziele. Es kann davon ausgegangen werden, dass sie zum Großteil an dem Prüfungsstoff interessiert sind und diesen auch tatsächlich verinnerlichen wollen. Insbesondere vor diesem Hintergrund erscheint ein in die Studierenden gesetztes Vertrauen angemessen und könnte nach dem Motto „Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser“ zu einem nachhaltigen Paradigmenwechsel im Hochschulprüfungsrecht führen.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851, 854.

¹⁶² *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851, 854 f.

¹⁶³ *Rachut/Besner*, MMR 2021, 851, 855 f.

¹⁶⁴ *Heckmann/Rachut*, COVuR 2021, 194.

„Man riskiert damit vielleicht die eine oder andere Täuschungshandlung, bereichert durch die Neujustierung der Prüfung (open books, faire Prüfungsgestaltung, Appell an Fairness etc.) aber das Verhältnis der Hochschulen (stellvertretend für den Staat) zu den Studierenden (als Teil der Gesellschaft). Das entgegengebrachte Vertrauen vermag die jungen Menschen charakterlich positiv zu prägen – so wie dezidiertes Misstrauen (gerade bei der entwürdigenden Aufforderung zum 360-Grad-Schwenk der Kamera durch die Wohnung) die Studierenden eher zum Objekt staatlichen Handelns degradiert. Der freiheitliche Verfassungsstaat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Mit diesem Satz sprach Ernst-Wolfgang Böckenförde auch die gewollte Unvollkommenheit der Rechtsdurchsetzung und die hohe Bedeutung der Akzeptanzstiftung in einer freien Gesellschaft an. Wo könnte dieses Prinzip besser gelernt und gelehrt werden als an den Hochschulen?“¹⁶⁵

C. Zusammenfassung und Fazit

Nicht selten sind es Krisen, aus denen große, in die Zukunft gerichtete Veränderungen hervorgehen. So mag die Corona-Pandemie zumindest mittelfristig auch einen Digitalisierungsschub bewirken, der den Menschen in vielen Lebensbereichen jenen Fortschritt an Lebensqualität, Schutz und Verbesserung im beruflichen und privaten Umfeld bringt, der seit vielen Jahren, gar Jahrzehnten versprochen wird: sei es im Gesundheitswesen, in der Bildung, bei den Arbeitsverhältnissen und auch beim Klimaschutz. Die zur Eindämmung des Infektionsgeschehens notwendigen Kontaktbeschränkungen haben gezeigt, wie sinnvoll und (lebens-)wichtig digitale Prozesse sind. Davon profitieren auch die Hochschulen. Sie konnten – vielleicht besser und schneller als andere Bereiche – zeigen, wie man den eigenen Betrieb durch digitale Lehre und elektronische Fernprüfungen auch während einer Pandemie aufrechterhält. Zugleich wirkte der gleichsam „erzwungene“ Einsatz digitaler Medien und Prozesse als Katalysator beim Umdenken des überkommenen Studienbetriebs: Plötzlich war der Live-Stream bzw. die Aufzeichnung und Bereitstellung der Vorlesung als Video möglich, wo deren technische Machbarkeit und mediendidaktische Umsetzbarkeit zuweilen vehement bestritten wurden. Gremiensitzungen fanden wie selbstverständlich als Videokonferenz statt und ersparten lästige Wege. Selbst das Anfertigen einer Klausur in der studentischen Wohnung wurde rechtskonform ermöglicht – weil man es so organisieren musste und weitgehend auch wollte. Damit bröckelt auch der Widerstand gegen die eine oder andere Reform des Studienablaufs und des Prüfungswesens. Wobei hier die Kette von hinten aufgezogen wird: Pandemiebedingt mussten elektronische Fernprüfungen ad hoc eingeführt werden, bei denen die (Video-)Aufsicht aus Gründen des Datenschutzes und der Verhältnismäßigkeit der Überwachung nur begrenzt erlaubt war. Dies führte zu einer Neugestaltung der Prüfungen, etwa im Format „open books“ mit einem größeren Vertrauensvorschuss. Um unter diesen Umständen Chancengerechtigkeit in der Prüfungs-

¹⁶⁵ Heckmann/Rachut, COVuR 2021, 194, 200.

kohorte walten zu lassen, mussten die Prüfungsaufgaben angepasst werden, etwa durch ein Mehr an Transferaufgaben. Dies wiederum bedingte eine Umstellung der Lehre, weil solche Aufgabentypen stärker erprobt werden mussten: weniger auswendig lernen, mehr kreative Anwendung von Wissen. Nicht zufällig passt ein solches Lehrkonzept besonders zu den Anforderungen der beruflichen Praxis, die schon lange eine stärkere Praxisorientierung des Studiums fordert – einschließlich des Gedankens von Teamwork in Studium und Prüfung.¹⁶⁶ Pointiert ausgedrückt und cum grano salis: Man muss anders (moderner) lehren, weil man auch anders (moderner) prüfen muss.

Soll man Klausuren statt mit Papier und Stift am Computer schreiben (E-Klausur)? Darf man Aufsichtsklausuren außerhalb der Hochschulräume anfertigen lassen (Elektronische Fernprüfungen)? Diese Fragen stehen im Kontext einer digitalen Transformation von Studium und Prüfung an Hochschulen, die sich neben technologischer Innovation, Didaktik, Nutzererwartungen und strategischer Ausrichtung auch den rechtlichen Anforderungen stellen müssen. Die Ausführungen in diesem Werk möchten zeigen, dass die aufgeworfenen Rechtsfragen komplex sind, aber interessengerecht beantwortet werden können, wenn man sich den implezierten Grundrechtskonflikten stellt. Das bedeutet:

- Sowohl die Umstellung auf die Prüfungsform „E-Klausur“ als auch die Etablierung einer elektronischen Fernprüfung bedürfen einer Rechtsgrundlage durch Gesetz bzw. Rechtsverordnung, wie es sie mittlerweile vielfach in Deutschland gibt. Der Paradigmenwechsel im Prüfungssystem erhält dadurch die notwendige demokratische Legitimation. Die Regelwerke (wie beispielsweise die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung, BayFEV) sorgen für Rechts- und Planungssicherheit.
- Bei der Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen ist auf die Herstellung praktischer Konkordanz der betroffenen Grundrechte zu achten. Das betrifft insbesondere die Gewährleistung von Chancengleichheit, aber auch den Anspruch auf eine angemessene Prüfung, die Gewährleistung von Datenschutz und IT-Sicherheit sowie (in einer Pandemie) die Erfüllung grundrechtlicher Pflichten zum Schutz von Leben und Gesundheit.
- Die Betroffenen, insbesondere die Studierenden, aber auch die Beschäftigten, die für die Prüfungsorganisation verantwortlich sind, sind ausreichend, rechtzeitig und transparent zu informieren über die Abläufe digital unterstützter Prüfungen, die technischen Anforderungen am Prüfungsort, die Kommunikation bei technischen Problemen und die Alternativen bei Ausübung des Wahlrechts für den Fall, dass die Teilnahme an einer elektronischen Fernprüfung nicht möglich oder nicht erwünscht ist.

¹⁶⁶ Hierzu bereits *Heckmann/Seidl/Pfeifer/Koch*, Compliant Teamwork. Teamorientiertes Lernen in den Rechtswissenschaften, 2015.

- Das Wahlrecht der Studierenden ist ein unverzichtbarer Baustein eines auf digitalen Komponenten aufbauenden Prüfungssystems, bei dem die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung nur gewährleistet werden kann, wenn es zumutbare Alternativen für das Ablegen der Prüfung gibt. Das gilt jedenfalls so lange keine gesetzliche Pflicht zur elektronischen Prüfung eingeführt wird, die ihrerseits voraussetzt, dass solche Prüfungen allen Teilnehmenden zumutbar sind.
- Insgesamt überwiegen die Chancen der digitalen Transformation des Prüfungswesens an Hochschulen deren Risiken. Die Risiken sind hinnehmbar, wenn sie auf ein Minimum reduziert werden, was vielfach auch eine Frage der professionellen Gestaltung und Nutzung der eingesetzten digitalen Prüfungsinfrastruktur ist. Im Zusammenhang mit den vielen Chancen solcher zeitgemäßen Prüfungen entsteht eine Akzeptanz bei allen Beteiligten, die nicht nur die Umsetzung der neuen Prüfungsformen rechtfertigt, sondern den Reformprozess insgesamt beschleunigt.
- Der hinter dieser Reform des Prüfungswesens stehende Grundsatz „Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser“ unterstützt eine neue Kultur im Umgang zwischen Studierenden und ihrer Hochschule: Je fairer Lehre und Prüfung gestaltet werden, um so geringer ist die Notwendigkeit der Prüfungsaufsicht. Die damit verbundene Empathie ist nicht nur wissenschaftsadäquat, sondern tut auch einer Gesellschaft gut, die durch die Verwerfungen der großen Krisen (Pandemie, Krieg, Klimakatastrophe) an Zusammenhalt einbüßt.

Ausblick: Aktuelle Entwicklungen im Bereich elektronischer Fernprüfungen

Die Coronapandemie hat den Prüfungsbetrieb an den Hochschulen, wie sämtliche Bereiche unseres Lebens, vor enorme Herausforderungen gestellt und dadurch zu bestimmten Entscheidungen gezwungen, die eine Aufrechterhaltung des Prüfbetriebs auch in den unsicheren Zeiten der Pandemie gewährleisten sollten. Neben großzügigen Regelungen was das Verschieben von Prüfungen oder Freischussregelungen anbelangte, wurden Prüfungsformen kurzfristig geändert und auf elektronische Fernprüfungen gesetzt. Solche verhältnismäßig großen Wandlungen im Prüfungswesen hat es bisher in einer so kurzen Zeit nicht gegeben. Während Juristinnen und Juristen zusammen mit der Politik unter Hochdruck an dem notwendigen rechtlichen Rahmen tüftelten, galt es für die Hochschulen bereits parallel die praktische Umsetzung vorzubereiten und einzuleiten. Dabei galt es nicht nur die vielschichtigen juristischen Abwägungsentscheidungen in verhältnismäßiger Weise zu treffen, sondern ebenso den technischen und organisatorischen Risiken zu begegnen (S. 206 ff.). Dies wäre bereits in nicht pandemischen Zeiten eine schwierig zu lösende Aufgabe gewesen. Doch trotz all dieser Umstände kann nach zwei Jahren eine durchaus positive Bilanz gezogen werden:

1. Mittlerweile verfügen fast sämtliche Bundesländer über eine Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen (S. 203) und zahlreiche Hochschulen haben elektronische Fernprüfungen durchgeführt.¹ Waren diese zunächst nur zur Bewältigung der Pandemie gedacht, so wurde erkannt, dass das Format elektronische Fernprüfung auch darüber hinaus eine wichtige Rolle im Hochschulprüfungswesen einnehmen wird. Bundesländer wie Hessen haben den Zweck der Erprobung daher nachträglich in ihre Rechtsgrundlagen aufgenommen. Viele Bundesländer, vor allem die, die ihre Rechtsgrundlage erst etwas später eingeführt haben und daher auf die ersten Erfahrungen aus den anderen Ländern blicken konnten, haben von einer Befristung abgesehen und die elektronischen Fernprüfungen als einen festen, unbefristeten Teil des Prüfungswesens geregelt (z.B. Sachsen-Anhalt, Berlin oder Thüringen).

2. Die rechtlich vorgegebenen Rahmenbedingungen orientieren sich in allen Bundesländern an der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung, die im Spät-

¹ Z.B. Technische Universität München, <https://www.prolehre.tum.de/prolehre/angebote/infrastruktur/e-pruefungen/fernpruefungen/>; Universität Potsdam, <https://www.uni-potsdam.de/de/e-assessment/e-assessment/digitales-pruefen-corona>; Karlsruher Institut für Technologie, <https://www.zml.kit.edu/corona-pruefungen.php>.

sommer 2020 die deutschlandweit erste Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen war. Bundesländer, die erst 2021 eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen haben, sind auch nach zeitlich umfangreicherer Prüfung nicht zu einem anderen Abwägungsergebnis gekommen. Trotz der föderalen Strukturen hat sich somit bundesweit ein im Kern einheitlicher Rechtsrahmen etabliert, sodass Studierende im gesamten Bundesgebiet von elektronischen Fernprüfungen profitieren können. Insoweit sich die zuständigen Landesgesetzgeber auf rudimentäre bis einfache Regelungen beschränkt und stattdessen die Ausgestaltung den Hochschulen überlassen haben, orientieren sich auch die Satzungen und Ordnungen dieser Hochschulen am Regelungskonzept der BayFEV. Gleichzeitig führen diese parallelen Regelungsregime dazu, dass zu elektronischen Fernprüfungen ergangene Gerichtsentscheidungen wenigstens in Teilen auch auf andere Bundesländer übertragen werden können.² Auch wenn die ersten Entscheidungen bisher nur im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangen sind,³ lassen sich bereits erste positive Rückschlüsse ziehen. So wird das Konzept der Videoaufsicht als notwendig und geeignet zur Gewährung der Chancengleichheit eingestuft⁴ und das Wahlrecht als essentiell betrachtet.⁵

3. Ebenso wurde der notwendige Kompetenzerwerb an den Hochschulen vorangetrieben. Da hier auf die Hochschulen ähnliche Herausforderungen zu kamen, hat sich ein gewisser Erfahrungsaustausch auf formeller oder informeller Ebene etabliert. Der Freistaat Bayern hat beispielsweise zwei eigene Kompetenzzentren für Fernprüfungen etabliert. Das für die Hochschulen in Bayern zuständige ist dabei an der Technischen Universität München angesiedelt und verknüpft rechtswissenschaftliche mit didaktischer und technischer Expertise.⁶ Dabei arbeitet das Kompetenzzentrum einerseits Handreichungen aus, die allen Hochschulen und Lehrenden als Leitfaden für das Abhalten von (elektronischen) Fernprüfungen dienen, beantwortet häufig auftretende Fragen und unterstützt mit Workshops und Weiterbildungsangeboten bei der Auswahl der richtigen Software, dem Verhindern von Täuschungen oder der bestmöglichen didaktischen Ausgestaltung der Fernprüfungen. Gleichzeitig wird durch diese Institution ein Raum zum Austausch und dem Teilen von best-practices geschaffen und zudem werden Innovationen im Bereich der Fernprüfungen gefördert.

² *Rachut*, CR 2021, 491, 498.

³ OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21; OVG Münster, Beschl. v. 4.3.2021 – 1 4 B 278/21.NE; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 11.5.2021 – 1 L 124/21; VG Schleswig, Beschl. v. 1.3.2022 – 12 B 10003/21.

⁴ VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 11.5.2021 – 1L 124/21 m. Anm. *Rachut*, COVuR 2021, 488, 493.

⁵ OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21 m. Anm. *Rachut*, CR 2021, 491, 497.

⁶ <https://www.prolehre.tum.de/prolehre/bayerisches-kompetenzzentrum-fuer-fernpruefungen/>.

Ähnliche Austauschmöglichkeiten und Workshops wurden auch in anderen Bundesländern angeboten.⁷ Die häufig digital durchgeführten Treffen erfuhren dabei meist über die Grenzen des jeweiligen Landes großes Interesse, sodass zugleich der Austausch zwischen den Hochschulen unterschiedlicher Bundesländer verstetigt wurde.

4. Das Angebot der elektronischen Fernprüfungen wird auch von den Studierenden sehr positiv aufgenommen. Zwar liegen noch keine umfassenden Studien zu den elektronischen Fernprüfungen vor, die Erfahrungen beschränken sich somit meist auf einzelne Hochschulen oder Berichte von Prüfenden, insgesamt zeigt sich aber ein durchweg positives Bild. Wird eine elektronische Fernprüfung angeboten, entscheidet sich oftmals ein Großteil der Studierenden für diese und gegen die Teilnahme an der alternativ angebotenen Präsenzprüfung.⁸ Eine andere Verteilung ist auch im Verlauf der Pandemie oder in Zeiten niedrigerer Inzidenzen nicht zu beobachten.

Technische Störungen scheinen dabei ebenfalls bisher nicht zu nennenswerten Problemen geführt zu haben. Soweit es den Autoren aus ihrer eigenen Tätigkeit und dem Austausch mit Kolleginnen und Kollegen bekannt ist, konnte auf sämtliche technische Störungen entsprechend der rechtlichen Vorgaben reagiert werden und für Prüfende und Prüfungsteilnehmende eine zufriedenstellende Lösung gefunden werden. Eine zuvor bereitgestellte Übungsmöglichkeit ermöglicht es den Studierenden realistisch zu beurteilen, ob beispielsweise ihre Internetverbindung unter normalen Umständen für eine Videoaufsicht ausreichend ist, sodass darauf entsprechend reagiert, und technische Störungen während der Prüfungssituation vermieden werden konnten.

5. Im Vorfeld geäußerte Bedenken hinsichtlich eines vermehrten Täuschungsverhaltens konnten bisher nicht bestätigt werden. Zwar wurden zu Beginn Fälle bekannt, in denen Täuschungsversuche der Studierenden vermutet wurden,⁹ diese mehrten sich im weiteren Verlauf jedoch nicht. Insoweit Studierende angaben, bei elektronischen Fernprüfungen generell mehr zu täuschen als bei Präsenzprüfungen, wird vermutet, dass dies mit dem unvorbereiteten und abrupten Wechsel des Prüfungsformates sowie einer nicht vorhandenen Beaufsichtigung bei den Fernprüfungen zusammenhängt.¹⁰

⁷ Z.B. der Austausch zu Online-Prüfungen des Hochschulnetzwerks Digitalisierung der Lehre Baden-Württemberg, <https://www.hnd-bw.de/veranstaltungen/hnd-bw-austausch-zu-online-pruefungen/>.

⁸ *Batz-Finkbohner/Besner/Gerstner*, Handreichung Synchron beaufsichtigte Fernklausur, 2021, S. 6, https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Angebote_Kompetenzzentrum/BayKFP-20211203-Handreichung_Synchron_beaufsichtigte_Fernklausur_V1-0.pdf.

⁹ <https://www.berlin.de/aktuelles/brandenburg/6606121-5173360-hochschule-muss-nach-onlineklausur-pruef.html>.

¹⁰ *Janke/Rudert/Petersen et al.*, Cheating in the wake of COVID-19: How dangerous is ad-hoc online testing for academic integrity?, 2021, S. 8.

Bei den gehäuften Täuschungsversuchen muss zudem beachtet werden, dass diese teilweise auch auf formelle Fehler der Studierenden gestützt wurden. Gerade wenn keine oder nur unzureichende Übungsmöglichkeiten zur Verfügung standen und weder Hochschulen noch Studierende mit dem Format vertraut waren, konnte es öfter zu verfahrenstechnischen Problemen kommen, die zunächst einen Verdacht gegen die Prüfungsteilnehmenden auslösten.¹¹

Da inzwischen mehrere Prüfungstermine an vielen Hochschulen mit elektronischen Fernprüfungen absolviert wurden und sich die Bedenken der Anfangszeit nicht manifestiert haben, kann davon ausgegangen werden, dass inzwischen die notwendigen (didaktischen) Konsequenzen seitens der Hochschulen gezogen wurden. Auch eine rapide Verbesserung der Prüfungsnoten ist bisher nicht bekannt geworden.

Insoweit scheint sich die von den Autoren zu Beginn der Pandemie aufgestellte These der Dreiteilung der Studierende in die Gruppen der Redlichen, Verführbaren und Rücksichtslosen zu bestätigen.¹² Bei der Etablierung des Vertrauenskonzepts (S. 192 ff.), wie es sich mittlerweile in den meisten Rechtsgrundlagen findet, gingen die Autoren davon aus, dass ein Großteil der Studierenden der Gruppe der Redlichen angehört. Für diese Prüfungsteilnehmenden wäre im Grunde gar keine Beaufsichtigung von Nöten, da sie, auch wenn sie die Möglichkeit hätten, nicht täuschen würden. Für die zweite, kleinere Gruppe der Verführbaren bedarf es einer moderaten Beaufsichtigung. Diese ist notwendig, um insbesondere einen gewissen Aufsichtsdruck herbeizuführen, der die verführbaren Studierenden davon abhält, allzu leicht den Weg der Täuschung einzuschlagen. Hielten sie, aus welchen Gründen auch immer, in ihrem Fall eine Täuschung für gerechtfertigt (z. B. um eine in ihren Augen unfaire Prüfungsaufgabe auszugleichen), so würden sie durch die Aufsichtsmaßnahmen daran gehindert. Die dritte und kleinste Gruppe der Rücksichtslosen hingegen sieht Täuschungen generell als ein adäquates Verhalten an und ließe sich auch von intensiveren Beaufsichtigungsmaßnahmen nicht davon abhalten. Sie nutzen, wie auch bei Präsenzprüfungen, bestehende Lücken konsequent aus und nutzen diese zu ihrem Vorteil.

6. Auch auf dem Markt für Prüfungssoftware und Lernmanagementsysteme lassen sich seit der Etablierung elektronischer Fernprüfungen Fortschritte erkennen. Während vor Beginn der Pandemie nur wenige Systeme zur Verfügung standen, die für das neue Prüfungsformat geeignet waren, haben sich inzwischen zahlreiche Marktteilnehmende etabliert. Dabei wurden bereits zuvor bestehende Systeme erweitert oder an den neuen Rechtsrahmen angepasst, Softwareanbieter aus anderen (EU-)Ländern haben den deutschen Markt für sich erschlossen, oder es erfolgten Eigenentwicklungen durch die Hochschulen. Inzwischen können

¹¹ <https://www.tagesspiegel.de/wissen/probleme-bei-e-klausuren-an-der-uni-bei-digitalen-pruefungen-haeufen-sich-taeschungsvorwuerfe/26831060.html>.

¹² Heckmann/Rachut, COVuR 2021, 194, 199.

Hochschulen aus einem breiten Angebot von Lösungen wählen, die sie entweder in ihr bestehendes System integrieren können, dieses ersetzt oder unabhängig davon funktioniert. Der klar vorgegebene rechtliche Rahmen hat in diesem Bereich dazu geführt, dass Anbieter ihre Produkte aktiv daran angepasst haben oder Software anhand der rechtlichen Vorgaben überprüft und bewertet werden konnte.¹³

Im Ergebnis können daher verschiedene Erfolgsfaktoren der elektronischen Fernprüfungen festgehalten werden: die Schaffung einer umfassenden, durchdachten und nicht auf die Pandemiebewältigung beschränkten Rechtsgrundlage, der interdisziplinäre Austausch und die Anpassung bisheriger Prüfungen nach didaktischen Gesichtspunkten, die Entwicklung rechtkonformer technischer Lösungen sowie das Vertrauen in die Hochschulen und ihre Studierenden.

¹³ Kuketz, Spähsoftware gegen Studierende, 2021, S. 21 ff.

Literaturverzeichnis

Hinweis: Die in diesem Werk zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 25.2.2022 abgerufen.

Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian: Das neue Datenschutzrecht der EU, 1. Auflage 2017.

Albrecht, Julian/McGrath, Owen/Uphues, Steffen: Aufsichtsklausuren aus dem Home-office, ZD 2021, 80.

Anderson, Lorin W./Krathwohl, David R.: A Taxonomy for Learning, Teaching and Assessing: A Revision of Bloom's Taxonomy of Educational Objectives, 2001.

Bartmann, Dieter: Benutzerauthentisierung durch Analyse des Tippverhaltens mit Hilfe einer Kombination aus statistischen und neuronalen Verfahren, 2. Auflage 2014.

Basedow, Jürgen: Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Services Act, ZEuP 2021, 217.

Batz-Finkbohner, Johanna/Besner, Alexander/Gerstner, Matthias: Handreichung Synchron beaufsichtigte Fernklausur. Fernprüfungen an bayrischen Universitäten, 2021.

Batz-Finkbohner, Johanna/Besner, Alexander/Gerstner, Matthias: Handreichung Open-Book-Prüfungen. Fernprüfungen an bayrischen Universitäten, 2021.

Beaucamp, Guy: Rechtsprobleme bei Online-Klausuren, DÖV 2022, 283 ff.

Beck, Susanne/Meier, Bernd-Dieter/Momsen, Carsten (Hrsg.): Cybercrime und Cyberinvestigations, 2015.

Becker, Maximilian/Weidt, Christopher: Untersuchung zur elektronischen Juraklausur in großen Gruppen, ZRP 2017, 114 ff.

Bernhardt, Wilfried/Leeb, Christina: IT in der Juristenausbildung: E-Justice-Kompetenz in: Kramer/Kuhn/Putzke (Hrsg.), Tagungsband zur dritten Fachtagung des Instituts für Rechtsdidaktik an der Universität Passau zum Thema „Was muss Juristenausbildung heute leisten?“, 2019, S. 84–91.

Besner, Alexander/Rachut, Sarah: Kurzgutachten „Ist bei elektronischen Fernprüfungen der Einsatz einer zweiten Kamera zur Videoaufsicht zulässig?“, Stand 5.7.2021.

Betzinger, Michael: Sponsoring im öffentlichen Raum, 2011.

Beurskens, Michael/Kramer, Urs/Kuhn, Tomas/Putze, Holm: Juristenausbildung 4.0, 2021.

Birnbaum, Christian: Online-Prüfungen und Prüfungsaufsicht, NJW 2021, 1356 ff.

Birnbaum, Christian (Hrsg.): Bildungsrecht in der Corona-Krise, 2021.

Bräutigam, Peter (Hrsg.): IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Auflage 2019.

- Bräutigam, Peter/Klindt, Thomas*: Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137 ff.
- Büllesbach, Alfred/Rieß, Joachim*: Outsourcing in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 1995, 444 ff.
- Bußjäger, Peter*: Die Rangordnung der Grundrechte in der Krise, JRP 2021, 251 ff.
- von Coelln, Christian/Lindner, Josef Franz* (Hrsg.): BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Edition, Stand 1.11.2021.
- Coghlan Simon/Miller, Tim/Paterson, Jeannie*: Good Protector or „Big Brother“ Ethics of Online Exam Supervision Technologies, Philosophy & Technology 2021 (Vol. 34), 1581 ff.
- Crantz, Carsten*: Elektronischer Rechnungsversand: Was ist bei Signaturen und EDI-Verfahren in der Praxis zu beachten?, BC 2010, 168 ff.
- Dederer, Hans-Georg/Gierhake, Katrin/Preiß, Marina*: Ein Jahr Pandemie – eine Zwischenbilanz aus rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive (Teil 1), COVuR 2021, 454 ff.
- Dennerlein, Birgitta/Weber, Jürgen*: Gabler Wirtschaftslexikon, 19. Auflage 2019.
- Dieterich, Peter*: Von Risiken und Nebenwirkungen – Ein Jahr (Online-)Prüfungen in der Corona-Pandemie, NVwZ 2021, 511 ff.
- Djeffal, Christian*: Neue Sicherungspflicht für Telemediendiensteanbieter – Websicherheit jetzt Pflicht nach dem IT-Sicherheitsgesetz, MMR 2015, 716 ff.
- Dotzler, Florian*: Datenschutzrechtliche Aspekte und der Einsatz biometrischer Systeme in Unternehmen, 2019.
- Dovas, Maria-Urania*: Joint Controllershship – Möglichkeiten oder Risiken der Datennutzung?, ZD 2016, 512.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2013.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 95. EL Juli 2021.
- Ehmann, Eugen*: Abschied von der Verpflichtung auf das Datengeheimnis, ZD 2017, 453 ff.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018.
- Eikelberg, Jan/Krätzschel, Holger*: Digitale Lehre, 2021.
- Eisenreich, Georg*: Digital Services Act – Ein wirksames Instrument gegen Hass und Hetze im Netz, RDt 2021, 289.
- Elbel, Thomas*: Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand des europäischen Rechts, DÖV 1999, 235 ff.
- Enzinger, Kurt/Skopik, Florian/Fiedler, Roman*: Keine Cyber-Sicherheit ohne Datenschutz, DuD 2015, 723 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, 50. Edition, Stand 15.2.2022.

- Fischer, Edgar/Dieterich, Peter*: Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, NVwZ 2020, 657 ff.
- Fischer, Edgar/Jeremias, Christoph/Dieterich, Peter*: Prüfungsrecht, 8. Auflage 2022.
- Forgó, Nikolaus/Graupe, Simon/Pfeiffenbring, Julia*: Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, 2016.
- Forgó, Nikolaus/Helfrich, Marcus/Schneider, Jochen*: Betrieblicher Datenschutz, 3. Auflage 2019.
- Fries, Martin*: PayPal Law du Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht, NJW 2016, 2860 ff.
- Gersdorf, Hubertus*: Hate Speech in sozialen Netzwerken – Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke, MMR 2017, 439 ff.
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris* (Hrsg.): BeckOK Informations- und Medienrecht, 35. Edition, Stand 1.2.2022.
- Gola, Peter/Pötters, Stephan/Wronka, Georg*: Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Auflage 2019.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 73. Ergänzungslieferung 2021.
- Grupp, Michael*: Legal Tech – Impulse für Streitbeilegung und Rechtsdienstleistung, AnwaBl 2014, 660 ff.
- Guggenberger, Nikolaus*: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, 98 ff.
- Hampe, Daniel*: Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 2009.
- Handke, Jürgen/Schäfer, Anna Maria*: E-Learning, E-Teaching und E-Assessment in der Hochschullehre, 2012.
- Hartmann, Sarah*: EU: Studie zur Entwicklung der digitalen Kluft, MMR-Aktuell 2013, 346113.
- Hartmer, Michael/Detmer, Hubert* (Hrsg.): Hochschulrecht, 3. Auflage 2016.
- Hauschka, Christoph/Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas* (Hrsg.): Corporate Compliance, 3. Auflage 2016.
- Heckmann, Dirk*: E-Justice-Kompetenz: ein Muss in der künftigen Juristenausbildung, in: Der Wirtschaftsführer 2016/2017, S. 14 f.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997.
- Heckmann, Dirk*: Grundgesetz 2.0: Staat und IT in guter Verfassung?, K&R 2009, 1, 6 ff.
- Heckmann, Dirk*: Praktische Konkordanz von Gesundheitsschutz und Freiheitsrechten, in: Heinemann/Matusiewicz, Rethink Healthcare, 2021, S. 299 ff.
- Heckmann, Dirk*: Rechtspflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit im Unternehmen – Maßstäbe für ein IT-Sicherheitsrecht, MMR 2006, 280 ff.

- Heckmann, Dirk*: Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit – Erste Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“, in: Rüßmann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer (2009), S. 129 ff.
- Heckmann, Dirk/Paschke, Anne*: Juris Praxiskommentar Internetrecht, 7. Auflage 2021.
- Heckmann, Dirk/Rachut, Sarah*: Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser, COVuR 2021, 194 ff.
- Heckmann, Dirk/Rachut, Sarah*: § 21 Digitale Lehre und elektronische Fernprüfungen, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021, S. 751–781.
- Heckmann, Dirk/Seidl, Alexander/Pfeifer, Monika/Koch, Tobias*: Compliant Teamwork. Teamorientiertes Lernen in den Rechtswissenschaften, 2015.
- Heider, Benjamin*: Videotelefonie im Homeoffice. Können Arbeitnehmer im Homeoffice angewiesen werden, die Kamera einzuschalten?, NZA 2021, 1149 ff.
- Hertwig, Stefan*: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 7. Auflage 2021.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage 1999.
- Hochschulforum Digitalisierung* (Hrsg.): Digitalisierung in Studium und Lehre gemeinsam gestalten. Innovative Formate, Strategien und Netzwerke, 1. Auflage 2021.
- Hoeren, Thomas*: Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, Rechtsinformationsstelle Digitale Hochschule NRW 2020.
- Höferlin, Manuel/Widlok, Teresa*: Die Tragödie des NetzDG, MMR 2021, 277.
- Hornung, Gerrit*: Ein neues Grundrecht. Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, CR 2008, 299 ff.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 3. Auflage 2005.
- Janke, Stefan/Rudert, Selma C./Petersen, Änne et al.*: Cheating in the wake of COVID-19: How dangerous is ad-hoc online testing for academic integrity?, Computers and Education Open Volume 2 2021.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz Kommentar für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020.
- Jeremias, Christoph*: Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, JM 1 2018, S. 25 ff.
- Kaesling, Katharina*: Evolution statt Revolution der Plattformregulierung – Kommentar zum Entwurf der Europäischen Kommission zu einem Digital Services Act, ZUM 2021, 177.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 213. EL 2021.
- Kalscheuer, Fiete/Hornung, Christian*: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – ein verfassungswidriger Schnellschuss, NVwZ 2017, 1721 ff.

- Karg, Moritz/Kühn, Ulrich*: Datenschutzrechtlicher Rahmen für „Device Fingerprinting“ – Das klammheimliche Ende der Anonymität im Internet, ZD 2014, 285 ff.
- Krause, Rüdiger*: Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0 NZA-Beilage 2017, 53 ff.
- Kröger, Detlef/Hoffmann, Dirk* (Hrsg.): Rechtshandbuch zum E-Government, 2005.
- Krüger, Philipp-L.*: Datensouveränität und Digitalisierung – Probleme und rechtliche Lösungsansätze, ZRP 2016, 190 ff.
- Kühling, Jürgen*: Fake News und Hate Speech – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, ZUM 2021, 461.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario et al.*: Die DSGVO und das nationale Recht, 2016.
- Kuketz, Mike*: Gutachten Spähsoftware gegen Studierende. Online-Proctoring als Gefahr für die IT-Sicherheit und den Datenschutz, Gesellschaft für Freiheitsrechte 2021.
- Kuntz, Wolfgang*: EU-Kommission: Kluft zwischen EU-Staaten hinsichtlich Digitalisierung MMR-Aktuell 2017, 387494.
- von Landmann, Robert/Rohmann, Ernst* (Begr.): Gewerbeordnung, 85. Auflage 2021.
- Lindner, Josef Franz/Möstl, Markus/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.): Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Auflage 2017.
- Lissak, Gernot*: Bayerisches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage 2018.
- Manssen, Gerrit*: Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG – Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem, ZBR 1999, 253 ff.
- Meder, Theodor/Brechmann, Winfried*: Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Auflage 2020.
- Morgenroth, Carsten*: Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen, OdW 2021, 117.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021.
- Nolte, Georg*: E-Government in der Verwaltungsreform: Der große Sprung nach vorn?, DÖV 2007, 941 ff.
- Nolte, Georg*: Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung der Suchmaschinen, ZUM 2017, 552 ff.
- Omlor, Sebastian/Meister, Elisabeth*: (Digital-)Reform der juristischen Ausbildung, ZRP 2021, 59.
- Osseforth, Tobias*: Handbuch IT-Vergabe, 1. Auflage, 2021.
- Paal, Boris/Pauly, Daniel* (Hrsg.): Datenschutzgrundverordnung, 3. Auflage 2021.
- Petri, Thomas*: OVG Schleswig, Beschluss vom 3.3.2021 – 3 MR 7/21, ZD 2021, 441 ff.

- Pieroth, Bodo/Hartmann, Bernd J.*: Studienbeitragsdarlehen am Maßstab höherrangigen Rechts, LSK 2007, 170935.
- Plath, Kai-Uwe* (Hrsg.): BDSG/DSGVO, 3. Auflage 2018.
- Rachut, Sarah*: BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 4.1.2021 – 1 BvR 619/20, jurisPR-ITR 5/2021 Anm. 5.
- Rachut, Sarah*: OVG Schleswig – Beschluss v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, CR 2021, 491 ff.
- Rachut, Sarah*: Pflicht zur digitalen Hochschullehre in der Pandemie? – Grundrechtliche Vorgaben und Grenzen, AnwZert ITR 6/2021 Anm 2.
- Rachut, Sarah*: VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/21, COVuR 2021, 488 ff.
- Rachut, Sarah/Besner, Alexander*: Künstliche Intelligenz und Proctoring Software. Einsatzfelder und rechtlicher Rahmen im Kontext von elektronischen Fernprüfungen an Hochschulen, MMR 2021, 851 ff.
- Remmert, Barbara*: Rechtsfragen des Verwaltungssponsorings, DÖV 2010, 583 ff.
- Richter, Philipp*: Das NetzDG – Wunderwaffe gegen „Hate Speech“ und „Fake News“ oder ein neues Zensurmittel?, ZD-Aktuell 2017, 05623.
- Rosenkötter, Annette/Hansen, Hauke/Tegeler, Elke*: Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte in Vergabeverfahren nach „Schrems II“, NZBau 2021, 355.
- Roßnagel, Alexander*: Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 ff.
- Scheurer, Martin*: Die Pseudonymisierung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO): Ein erlaubnispflichtiger Verarbeitungsvorgang?, AnwZert ITR 24/2017.
- Scheurer, Martin*: Spielerisch selbstbestimmt. Rechtskonforme Einwilligungserklärung in Zeiten ubiquitärer Digitalisierung, 2019.
- Schlinkert, Hans-Jürgen*: Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält, ZRP 2017, 222 ff.
- Schmees, Markus/Horn, Janine*: E-Assessments an Hochschulen: Ein Überblick, 2014.
- Schmid, Gregor/Grewe, Max*: Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Online-dienste“, MMR 2021, 279.
- Schmidt, Hubert* (Hrsg.): COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage 2017.
- Schmidt-Räntsch, Johanna* (Begr.): Deutsches Richtergesetz, 6. Auflage 2009.
- Schrey, Joachim/Kielkowski, Jacek/Gola, Patricia*: Chatten für den Arbeitgeber: Herausforderungen bei der betrieblichen Nutzung von Messenger-Diensten aus unternehmerischer Sicht, MMR 2017, 656 ff.
- Schröder, Georg*: Datenschutzrecht für die Praxis, 4. Auflage 2021.
- Schütze, Benjamin*: Art. 29-Datenschutzgruppe: Neue Stellungnahme zu biometrischen Technologien, ZD-Aktuell 2012, 02991.
- Schütze, Benjamin*: Bundestag beschließt NetzDG, ZD-Aktuell 2017, 05723.

- Schwartmann*, Rolf (Hrsg.): Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Auflage 2017.
- Söbbing*, Thomas: Handbuch IT-Outsourcing: Recht, Strategien, Prozesse, IT, Steuern und Cloud Computing, 4. Auflage 2015.
- Spindler*, Gerald: Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, 473 ff.
- Staats*, Johann-Friedrich (Hrsg.): Deutsches Richtergesetz, 1. Auflage 2012.
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band IV/2: Die einzelnen Grundrechte, 2011.
- Taege*, Jürgen/*Gabel*, Detlev (Hrsg.): DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Auflage 2022.
- Ulmer*, Claus: IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, CR 2003, 701 ff.
- Wagner*, Jens: Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 ff.
- Wendehorst*, Christiane: Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 ff.
- Wiebauer*, Bernd: Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, 1430.
- Wisskirchen*, Gerlind/*Schiller*, Jan Peter: Aktuelle Problemstellungen im Zusammenhang mit „Bring Your Own Device“, DB 2015, 1163 ff.
- Wolff*, Heinrich Amadeus/*Brink*, Stefan (Hrsg.): BeckOK Datenschutzrecht, 38. Edition, Stand 1.11.2021.
- Wybitul*, Tim (Hrsg.): EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017.
- Zimmerling*, Wolfgang/*Brehm*, Robert G.: Prüfungsrecht, 3. Auflage 200.

Stichwortverzeichnis

Allgemeines Persönlichkeitsrecht 73 f.,
77, 161, 163
Antwort-Wahl-Verfahren 42, 44, 51, 58,
167, 222
Authentifizierung 24 f., 48, 183, 188 f.,
192, 198, 210

BAföG 32, 153

Berufsfreiheit 60, 64, 74, 76, 120

Bildschirmübertragung 176 f.

Bring Your Own Device (BYOD) 25,
31 f., 39 ff., 52, 65, 86, 95, 97, 153,
164, 168, 192, 207, 209, 217 f., 221

Chancengleichheit 25, 31 f., 33, 36, 38,
40, 42, 50, 66, 89 ff., 94 f., 96, 102,
107, 109, 111, 113, 115, 117, 120, 122,
134, 148, 158, 166, 168 f., 178 f., 193,
202, 206 ff., 212, 217 f., 222, 224, 228,
231

Corona-Pandemie 15 ff., 139, 149 ff.,
158 ff., 214, 216, 227, 230

Daten

- Biometrische 25, 96, 183
- Personenbezogene 77, 79 ff., 83 ff.,
124 ff., 161, 173, 177, 180, 183 ff., 190,
198, 202, 208, 212
- Pseudonymisierung 47, 81, 83, 85,
134
- Schutz 78 ff., 124 ff., 153, 180, 190,
200, 228
- Sicherheit 77, 79 ff., 82 ff., 86, 134
- Verarbeitung 59, 77, 82, 96, 130, 162,
180 ff., 184 f., 189, 197 f., 225, 229
- Verlust 27, 33, 37 f., 72 f., 77, 85

Digitale Hilfsmittel 26 f., 35 ff., 50 ff.,
176

Digitalisierung 15 f., 19, 32
Diskriminierung 89 f., 121, 129

E-Akte 22

E-Assessment *siehe* E-Klausur

E-Justice 17, 29, 49, 65, 119

E-Klausur

- Definition 24
- Elektronische Form 24
- Kosten 30 f., 35, 39, 41 f., 85 f., 95,
97 f., 103, 105, 109, 135
- Nachteile 29 ff.
- Öffnungsklausel 67 ff., 70, 111, 136
- Pilotprojekte 20 f., 23, 51, 71, 97, 101,
110
- Rechtliche Gegenargumente 71 ff.
- Rechtsgrundlage 20, 47, 53 ff., 59 ff.,
68 ff.
- Rechtsprechung 58 ff.
- Speicherung 27
- Vorteile 29, 34 ff.
- Wahlrecht 69 f., 97, 110 ff., 116 f., 119,
122 f., 130, 136

Elektronische Fernprüfung

- Abgrenzung 143
- Aktuelle Entwicklungen 230 ff.
- Arten 141 f.
- Definition 140
- Didaktische Besonderheiten 221 f.
- Erprobungscharakter 215 f.
- Kontrolle 226 f., 229
- Kosten 208, 213
- Modellverordnung 187 ff.
- Nachteile 206 ff.
- Notwendigkeit 155 ff.
- Pilotprojekte 186

- Rechtsgrundlage 144 ff., 180 ff., 187 ff., 197 ff., 203
- Täuschungsversuch 222, 232 f.
- Technische Besonderheiten 178, 220
- Verfassungsrechtliche Vorgaben 158
- Verhältnismäßigkeit 171 ff., 179
- Vorteile 213 ff.
- Wahlrecht 174, 179, 183, 188 ff., 207, 209, 217, 228 f., 231

Fernprüfung *siehe* Elektronische Fernprüfung

Freiheit der Lehre 149, 158, 169 ff., 201

Full Service Provider 25, 88

Gesetzesvorbehalt 42, 61 f.

Gesundheitsschutz 160 f.

Ghost Writer 25

Gleichheitssatz 116

Hard- und Software 23, 25 ff., 31 f., 39 ff., 86 f., 98, 123, 168, 207 f., 211, 221, 225 f.

Homeoffice 16, 213

Inklusion 214, 216

IT-Grundrecht 73, 147, 163 f., 173, 191

IT-Outsourcing 123 ff.

IT-Sicherheit

- Gesetzliche Vorgaben 77 ff.
- Staatliche Schutzpflicht 73 f.
- Technische Umgebung 72 f.

Juristische Ausbildung

- Rechtliche Lage 42 f.
- Reformierung 17 ff., 22

Manipulation 25, 28, 30, 32, 36, 42, 72, 74, 77, 88, 92, 95 f., 134 f., 217

Menschenwürde 158, 164 f., 193

Missbrauch *siehe* Täuschung

Multiple Choice *siehe* Antwort-Wahl-Verfahren

Nachteilsausgleich 35 ff., 50 ff.

Outsourcing

- IT *siehe* IT-Outsourcing

Paradigmenwechsel

- E-Klausur 43, 63 ff., 69, 135
- Elektronische Fernprüfung 218 ff., 226 ff.

Parlamentsvorbehalt 60 ff., 67, 70, 117, 145, 150

Pilotprojekte 20 f., 23, 51, 71, 97, 101, 110, 186

Präsenzbetrieb 17

Proctoring 38, 142, 162, 166, 202

Prüfung

- Anfertigung 27, 36, 44
- Anspruch 151, 158 f.
- Arbeitsplatz 86 ff.
- Aufgabenstellung 26, 71
- Aufsicht 141
- Beschwerdeverfahren 29, 76
- Einsicht 35, 72
- Gerechtigkeit *siehe* Chancengleichheit
- Gestaltung 84 ff., 142, 200, 227
- Korrektur 28, 38 f., 52, 71 f.
- Präsenz 52, 142, 151, 153, 161, 166 ff., 170, 173 f., 177, 190, 192, 194, 207, 209, 211, 213, 217 ff.
- Programm 25, 32, 41
- Schriftliche Leistung 24, 43 ff., 51, 58 f., 64 f.
- Speicherung 27, 29, 34, 44, 134
- Statistik 28 f.
- Störung 32 f., 208
- Technische Umgebung 25 f., 31 f., 35 ff., 72 f., 85, 118 f., 132, 147, 162, 219 f.
- Übermittlung 28 f., 64, 134, 142

Räumliche Distanz 141, 207

Recht auf informationelle Selbstbestimmung 76, 146 f., 158, 161 ff., 173, 180

- Reformierung
 - Juristenausbildung 17 ff.
 - Machbarkeitsstudie 22 f., 43
 - Staatsexamen 20 f.
- Risikogruppe 151 f., 159, 174, 182
- Sars-CoV-2 Pandemie *siehe* Corona-Pandemie
- Schriftbild 35, 93, 96, 116
- Schriftlichkeit
 - Historische Auslegung 47 f.
 - Maschinenschriftlichkeit 45
 - Rechtsprechung 58 f.
 - Schriftliche Leistung *siehe* Prüfung
 - Systematische Auslegung 45 f.
 - Teleologische Auslegung 48 f.
 - Wortlaut 45
- Screen-Sharing *siehe* Bildschirmübertragung
- Security by Design 76, 84 ff.
- Sicherheit
 - IT *siehe* IT-Sicherheit
 - Verschlüsselung 28, 34, 83, 128
- Sponsoring
 - Definition 103 f.
 - Modelle 98, 104 ff., 108 ff., 135
 - Verbot 104 ff., 107 ff.
- Täuschung
 - Dritte 25, 33, 35 f., 95 f.
 - Möglichkeiten 26, 32, 40, 95, 175, 193, 206 f., 218 f., 221, 223, 225
 - Prävention 95, 207, 231, 233
 - Verhalten 40 f., 94, 134, 141, 147 ff., 166, 168 f., 172 f., 175 ff., 188, 192 f., 200, 207, 221 ff., 232 f.
- Technikversagen 32 f., 208
- Totalprävention 95
- Trojaner *siehe* Viren
- Überkompensation 50
- Unterschleif *siehe* Täuschung
- Unverletzlichkeit der Wohnung 162 f.
- Verfassungsimmanente Schranken 61 f., 145, 149, 171
- Vertrauen
 - Prinzip 190, 192 ff.
 - Prüfung 143, 151, 218
 - Schutz 101 f., 118 f., 121 f., 136, 155 f., 169
 - Verhältnis 215, 226 f.
- Videoaufsicht
 - Ausgestaltung 142, 146 ff., 161, 163, 172 ff., 177, 191, 198, 200 f., 211, 216, 232
 - Verhältnismäßigkeit 161 f., 174 ff., 179, 191, 212, 231
- Videokonferenz 142, 191, 200, 227
- Viren 33
- Wahlrecht
 - E-Klausur 69 f., 97, 110 ff., 116 f., 119, 122 f., 130, 136
 - Fernprüfung 174, 179, 183, 188 ff., 207, 209, 217, 228 f., 231