

Henrik Noll: Prüfungen und Recht – Digitale Zeiten

Prüfungen und Recht – Digitale Zeiten von Henrik Noll.

Dieses Werk und dessen Inhalte sind lizenziert unter [CC BY-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).
Zitiervorschlag: *Prüfungen und Recht – Digitale Zeiten*, Henrik Noll,
[CC BY-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).

Ausgenommen aus der Lizenz [CC BY-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/) sind die Logos.

Der Lizenzvertrag ist hier abrufbar:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed>

Das Werk ist online verfügbar unter:
<https://www.uni-due.de/pitch/>



1	Einleitung	4
2	Allgemeines	5
2.1	Rechtsquellen	5
2.2	Grundlagenbegriffe	7
3	Behandelte Fragen in Rahmen des Projekts	11
3.1	Prüfung in elektronischer Form	11
3.1.1	Beginn der Vorlesung/Lernform	11
3.1.2	Prüfungsvorbereitung	12
3.1.3	Ablegung der Prüfungsleistung	14
3.2	Online-Prüfung	16
3.2.1	Definition und Ausgangslage	16
3.2.2	Die neue Hochschul-Digitalverordnung	17
3.2.3	Zeitslots	17
3.3	Aufgabenerstellung	21
3.3.1	Individualisierte Klausur	21
3.3.2	Aufgabenauswahl durch Studierende	22
3.3.3	„Erkaufen“ von Klausurtipps	23
3.3.4	Bonuspunkte	24
3.4	Einsicht in die Prüfungsakte	27
3.4.1	Anspruch aus den Prüfungsordnungen und dem Verwaltungsverfahrensgesetz	27
3.4.2	Anspruch aus der DS-GVO	29
3.4.3	Fazit	30
4	KI-Generatoren und Prüfungsrecht	30
4.1	KI-Generatoren bei der Aufgabenerstellung	34
4.2	KI-Generatoren während der Prüfung	34
4.3	Einsatz von KI-Generatoren zur Bewertung von Prüfungen	37
4.4	Fazit	37

5	Ausblick.....	38
6	Literaturverzeichnis.....	38

1 Einleitung

In diesen modernen Zeiten wird die Welt stetig von neuen technischen und digitalen Errungenschaften geprägt. Dieser Fortschritt beeinflusst auch die Hochschullehre und deren Prüfungen. In den letzten Jahren haben sich die sogenannten E-Prüfungen immer mehr durchgesetzt. Sogar in staatlichen Prüfungen wird in Zukunft immer öfter auf E-Prüfungen gesetzt.¹

Zudem hat die Corona-Pandemie die Hochschulen mit einer völlig neuen Lage konfrontiert. Prüfungen, die vorher problemlos in Präsenz abgehalten wurden, konnten nicht stattfinden und die Hochschulen mussten improvisieren, um dennoch Prüfungen durchführen zu können. Infolgedessen haben viele Hochschulen Online-Prüfungen angeboten. Da diese neuen Prüfungsformen noch relativ unbekannt sind, besteht eine gewisse rechtliche Unsicherheit, was die Anwendung von solchen neuen Technologien und Formaten betrifft. Aber nicht nur auf der technischen Ebene können sich Prüfungen weiterentwickeln. Die Digitalisierung hatte zur Folge, dass sich auch außerhalb von E-Prüfungen immer mehr Möglichkeiten für die Lehrenden ergeben haben, die sie bei ihrer Prüfung anwenden können. Im Rahmen des PITCH-Projekts konnten neue und innovative Ideen für Prüfungen rechtlich begleitet werden. Dieser Beitrag bündelt die rechtlichen Ausarbeitungen, die im Laufe des PITCH-Projekts erarbeitet wurden.

Dafür werden zunächst einige rechtliche Grundlagen erklärt. Anschließend wird auf die jeweiligen Besonderheiten einer Prüfung in elektronischer Form und einer Online-Prüfung eingegangen, die im Rahmen des PITCH-Projekts bisher aufgekomen sind. Sodann werden noch andere rechtliche Fragen beantwortet, die im Laufe dieses Projektes gestellt wurden, wie beispielsweise die Zulässigkeit über die Vergabe von Bonuspunkten, Fragen zur individualisierten Klausur oder zur Einsicht in die Prüfungsakte. Zum Schluss wird noch ein Blick auf die neuen Entwicklungen im Bereich Künstliche Intelligenz (KI) geworfen.

Bevor es zum Kern dieses Beitrags kommt, sollen noch einige Hinweise erfolgen. Es kann durchaus vorkommen, dass sich im Einzelfall eine andere rechtliche Situation ergibt. So kann sich aus den verschiedenen Prüfungsordnungen eine andere Rechtslage ergeben oder es liegt im Rahmen des

¹ Dietrich, Wie weit sind die Länder mit dem E-Examen?, <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/welche-bundeslaender-fuehren-e-examen-ein-jura-referendariat-studium-digitalisierung> (alle Internetquellen in diesem Beitrag wurden zuletzt am 25.10.2023 abgerufen).

Nachteilsausgleichs eine besondere Lage vor, die eine andere rechtliche Lösung zulässt.

Hinzu kommt, dass sich dieses Gebiet aufgrund des ständigen digitalen Fortschritts in einem fortschreitenden Wandel befindet. Gerade die Ausführungen zu KI-Generatoren könnten schon in wenigen Monaten oder sogar Wochen obsolet sein, da sich die KIs technisch so stark weiterentwickelt haben, dass der Sachverhalt nicht mehr auf die folgenden rechtlichen Ausführungen angewendet werden kann. Ebenso könnte sich die Rechtslage dadurch verändern, dass der Gesetzgeber neue Rechtsnormen erlässt oder alte Rechtsnormen verändert. Wenn Sie sich nicht sicher sind, ob sich für Sie aufgrund besonderer Umstände eine andere rechtliche Lage ergeben könnte, zögern Sie nicht, beim Justitiariat nachzufragen.

2 Allgemeines

2.1 Rechtsquellen

Zum besseren Verständnis dieses Beitrages bedarf es zunächst der Erklärung einiger rechtlicher Grundlagen.

Zuallererst soll das Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass, wenn man als Prüfer:in an einer deutschen Hochschule tätig ist, hoheitliche Maßnahmen für den Staat ausführt. Wenn Prüfer:innen hoheitliche Maßnahmen vornehmen, müssen sie rechtsstaatlich vorgehen. Rechtsstaatliches Handeln bedeutet, dass man an das Recht gebunden ist.² Um dies zu erreichen, ist es jedoch unerlässlich, das anwendbare Recht zu kennen, dem man unterliegt. Daher sollen nun die wichtigsten Rechtsquellen, auf die es im Folgenden ankommen wird, kurz dargestellt werden.

Eine Prüfung kann darüber entscheiden, ob die Studierenden einen Studiengang erfolgreich abschließen können. Ohne einen entsprechenden Abschluss bleibt den Studierenden die Möglichkeit verwehrt, einige Berufsfelder

² BVerfG, Urt. V. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13 = NJW 2017, 611.

auszuüben. Selbst die Note beeinflusst die Erfolgchancen der Studierenden auf dem Arbeitsmarkt. Hochschulprüfungen greifen daher regelmäßig unmittelbar in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG ein (sog. berufsbezogene Prüfungen).

Aber nicht nur die Studierenden können Grundrechte für sich beanspruchen. Auch die Hochschule und die Prüfenden können sich auf Grundrechte berufen. Sie können sich insbesondere auf die Freiheit der Lehre aus Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Die Freiheit der Lehre umfasst vornehmlich deren Inhalt, den methodischen Ansatz und das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen Lehrmeinungen³ und inkludiert somit ebenso Prüfungen.

Ein weiterer Aspekt, der auf dem Grundgesetz basiert, ist der Grundsatz der Chancengleichheit. Dieser wird aus dem Grundrecht der allgemeinen Gleichbehandlung aus Art. 3 GG (oft in Verbindung mit Art. 12 GG⁴) abgeleitet. Dabei kann Chancengleichheit nicht nur bedeuten, dass alle Studierenden gleichbehandelt werden müssen, sondern auch, dass bei verschiedenen Sachverhalten Studierende gerade nicht gleichbehandelt werden dürfen. Daher hat sich beispielsweise der Nachteilsausgleich durchgesetzt, der es ermöglicht Studierenden, die beispielsweise von einem Dauerleiden betroffen sind, diesen Nachteil gegenüber den anderen Studierenden ausgleichen zu können.

Daneben können auch andere Grundrechte eine Rolle spielen. Insbesondere bei E-Prüfungen oder Online-Prüfungen werden zwangsläufig Daten erhoben und verarbeitet, weshalb das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) beachtet werden muss. Die informationelle Selbstbestimmung dient dem Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten.⁵ Daneben hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme⁶ (oder kurz: IT-Grundrecht) entwickelt.

Grundrechte spielen demnach eine maßgebliche Rolle bei der Gestaltung von Prüfungen. Es ist von großer Bedeutung, dass die teilweise kollidierenden Grundrechte so gestaltet werden, dass alle Grundrechte sich maximal entfalten können. Daher müssen Eingriffe in diese Grundrechte verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Hierzu ist regelmäßig eine rechtliche Grundlage erforderlich. Dazu gehören Gesetze, Verordnungen und Satzungen. Ein zentrales

³ Zuletzt BVerfG, Urt. v. 26.06.15 – 1 BvR 2218/13 = NVwZ 2015, 1444.

⁴ BVerwG, Beschl. v. 30.06.2015 – 6 B 11/15 = NVwZ-RR 2015, 858.

⁵ BVerfG, Urt. v. 15.12.83 – 1 BvR 209/83 = NJW 1984, 419.

⁶ BVerfG, Urt. v. 27.02.08 – BvR 370/07, 1 BvR 595/07 = NJW 2008, 822.

Gesetz im Bereich der Hochschulangelegenheiten ist das Hochschulgesetz NRW (HG NRW), welches die Rechtsgrundlage (§ 64 HG NRW) enthält, nach der die Hochschulen Prüfungsordnungen erlassen dürfen. Diese Prüfungsordnungen sind neben den Grundrechten die wichtigsten rechtlichen Quellen für die Durchführung von Prüfungen, da diese detaillierte Regelungen bezüglich des Prüfungsverfahrens treffen. Daher sind bei rechtlichen Fragen zunächst die maßgeblichen Prüfungsordnungen heranzuziehen.

An der Universität Duisburg-Essen gibt es eine Rahmenprüfungsordnung, die vom Senat der Universität erlassen wird. Darüber hinaus gibt es fachspezifische Prüfungsordnungen, die von den Fakultäten für den jeweiligen Studiengang erlassen werden. Zwar sind die Fakultäten dazu angehalten, ihre Prüfungsordnungen an der Rahmenprüfungsordnung auszurichten. Unmittelbar anwendbar sind allerdings ausschließlich die fachspezifischen Prüfungsordnungen der einzelnen Studiengänge.

Neben der Prüfungsordnung und dem HG NRW gibt es auch weitere Gesetze, die zu berücksichtigen sind. Hierzu gehört beispielsweise die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Außerdem können bei einigen Studiengängen, die beispielsweise auf ein Staatsexamen hinarbeiten, auch noch eigene Gesetze oder Verordnungen durch die Länder hinzukommen (wie z.B. ÄApprO 2002). Diese werden im folgenden Beitrag jedoch ausgeklammert.

Für diesen Beitrag wird ausschließlich auf die Rahmenprüfungsordnung für Bachelorstudiengänge der Universität Duisburg-Essen, Stand: 25.10.2023, (RPO) Bezug genommen. Hierbei ist zu beachten, dass sich aus den jeweiligen Prüfungsordnungen Unterschiede zu den Vorschriften der hier genannten Regelungen der RPO ergeben können.

2.2 Grundlagenbegriffe

Zunächst werden zum besseren Verständnis dieses Beitrags einige grundlegende Begriffe erklärt.

Im Prüfungsrecht wird in der Regel zwischen Prüfungsart und Prüfungsform unterschieden, wobei die Abgrenzung in der Praxis oft schwierig ist und aufgrund der verwendeten Begriffe widersprüchlich erscheint.

Die Prüfungsarten stellen eine Art Oberbegriff für die verschiedenen Prüfungsformen dar. In der Vergangenheit waren drei Prüfungsarten anerkannt.

Hierzu zählten die schriftliche, mündliche und praktische Prüfung. Diese werden oft auch „Prüfungen in schriftlicher, mündlicher oder praktischer Form“ genannt, weshalb die Begriffe Prüfungsart und Prüfungsform schnell vertauscht werden können. Die Prüfungsarten können nochmal in verschiedene Prüfungsformen unterteilt werden. So sind die Klausur oder Hausarbeit Prüfungsformen, die der Prüfungsart schriftliche Prüfung zuzuordnen sind. Zur mündlichen Prüfung gehören Prüfungsformen wie das Prüfungsgespräch oder das Referat.

Die Abgrenzung zwischen den Prüfungsformen kann oft schwierig sein. Es gibt hierzu kaum Rechtsprechung und auch die rechtswissenschaftliche Literatur beschäftigt sich kaum mit der Thematik, wie die einzelnen Prüfungsformen definiert oder voneinander abzugrenzen sind. Das mag zum einen daran liegen, dass die Hochschulen in ihren Prüfungsordnungen selbst die Prüfungsformen festlegen, definieren und zum Teil sogar Eigenkreationen entwickeln können und zum anderen bisher einfach in den meisten Fällen die „klassischen“ Prüfungsformate genutzt wurden, sodass es eindeutig war, welche Prüfungsform vorliegt und es keiner genaueren Definition oder Abgrenzung bedurfte.

Dies änderte sich jedoch mit dem Beginn der Corona-Pandemie. In dieser Zeit haben viele Lehrende auf das sog. Take-Home-Examen gesetzt. Hierbei wurden die Prüfungsaufgaben online zum Download zur Verfügung gestellt und die Studierenden mussten dann bis zu einem gewissen Zeitpunkt ihre Prüfungsleistung auf einer Datei hochladen. Eine Videoaufsicht wurde dabei nicht durchgeführt. Doch welche Prüfungsform liegt in diesem Fall eigentlich vor? Zunächst könnte man an eine Klausur denken. Allerdings sagt die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung, dass eine Klausur mit einer Aufsichtsarbeit gleichzusetzen ist und eine Klausur daher nur eine Klausur darstellt, wenn sie unter Aufsicht geschrieben wird.⁷ Eine Rechtsansicht will daher ohne nähere Begründung diese Take-Home-Examen als Hausarbeit ansehen.⁸ Diese Ansicht versäumt es jedoch, in dieser Sache weiter zu differenzieren. Es mangelt an weiteren Abgrenzungsmerkmalen, da anderenfalls die Hausarbeit in gewisser Weise als Auffangprüfungsformat angesehen werden könnte. In Betracht kommen eine Unterscheidung in der zeitlichen Komponente sowie eine Unterscheidung beim Bearbeitungsort. Auf der zeitlichen Ebene ist es überzeugend, dass eine Hausarbeit immer dann vorliegt, wenn der den Studierenden tatsächlich zur Verfügung stehende Zeitraum größer ist als die

⁷ VG Frankfurt (Oder) Beschl. v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/2; Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 28c. a.A. Birnbaum, Bildungsrecht in der Corona-Krise, 1. Auflage 2021, § 4, Rn. 62 f.

⁸ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 28c.

angedachte Bearbeitungszeit der Prüfung.⁹ Die Studierenden können demnach innerhalb dieses Zeitslots ihre Bearbeitungszeit frei wählen und ihre Arbeitszeit frei aufteilen. Bei einer Klausur hingegen ist die Bearbeitungszeit festgelegt und kann nicht selbstständig aufgeteilt werden. So zeichnet sich eine Klausur durch eine begrenzte Bearbeitungszeit aus, § 17 Abs. 1 RPO.

Ein weiterer Unterschied zwischen Klausur und Hausarbeit besteht bei der Wahl des Bearbeitungsortes. Während dieser bei der Hausarbeit durch die Studierenden frei gewählt und beliebig oft gewechselt werden darf, ist der Bearbeitungsort bei einer Klausur vorher festgelegt. Ob es sich beim Take-Home-Examen um eine Klausur oder Hausarbeit handelt, ist daher vom Einzelfall und den jeweiligen Umständen abhängig. Wenn weder eine Klausur noch eine Hausarbeit vorliegt, könnte man eine neue Prüfungsform in der Prüfungsordnung festlegen, § 13 Abs. 6 lit. g RPO.

Zu beachten ist hierbei jedoch, dass die Prüfungsform so ausgewählt werden muss, dass durch diese noch die in den Prüfungsordnungen und Modulhandbüchern festgelegten Studienziele abgeprüft werden können.¹⁰

In den letzten Jahren hat sich nun mit der elektronischen Prüfung eine neue Prüfungsart etabliert. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und in § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW festgelegt, dass die Prüfungsordnungen auch Prüfungen in elektronischer Form zulassen dürfen.

In „elektronischer Form“ bedeutet, dass der Prüfling die Prüfungsleistung direkt in einem Computer eingibt und diese Eingaben unmittelbar im Datenverarbeitungssystem der Hochschule verarbeitet und gespeichert werden und am Ende der Bearbeitungszeit nicht mehr verändert werden können.¹¹

Hiervon abzugrenzen ist der ebenfalls in § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW eingeführte Begriff der Online-Prüfung. Dieser wird durch den Gesetzgeber so definiert, dass die Prüfung in elektronischer Kommunikation abgelegt werden darf. In „elektronischer Kommunikation“ bedeutet, dass die Prüfung mittels digitaler Kommunikationswege erfolgt. Die Prüfenden und die Studierenden befinden sich dann physisch während der Durchführung der Prüfung nicht am selben Ort. Daher stellt diese Form keine eigene Prüfungsart (oder Prüfungsform) dar, sondern bedeutet, dass die herkömmlichen Prüfungsarten (schriftlich, mündlich, praktisch und elektronisch) in elektronischer Kommunikation

⁹ Escher-Weingart, Die Prüfung – das unbekannte Wesen, S. 18f; Dazu ausführlicher: s. Kapitel 3.2.3.

¹⁰ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2020 – 2 ME 208/20 = NJW 2020, 2425.

¹¹ Vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 454a.

- also online - durchgeführt werden können.¹² Die Online-Prüfung (in „elektronischer Kommunikation“) kann als Gegenstück zur Präsenzprüfung gesehen werden und daher könnte man die Online-Prüfung umgangssprachlich auch als Fern- oder Distanzprüfung bezeichnen.

Der Gesetzgeber hat durch die Einführung des § 64 Abs. 2 HG NRW klar gestellt, dass für die Durchführung einer Online-Prüfung oder einer Prüfung in elektronischer Form eine Umsetzung in der jeweiligen Prüfungsordnung notwendig ist.¹³ Nach der neuen HDVO kann unter den Voraussetzungen des § 18 HDVO auch der Fachbereichsrat per Beschluss die Rechtsgrundlage für Online-Prüfungen herbeiführen, wenn keine entsprechende Regelung bereits in den fachspezifischen Prüfungsordnungen umgesetzt wurde.

Abschließend zu dem Begriff der Online-Prüfung nachstehend zwei Beispiele, um das Verhältnis zwischen der Online-Prüfung und den herkömmlichen Prüfungsarten zu veranschaulichen.

Beispiel 1: Die Prüfung wird über Moodle absolviert. Die Prüfungsleistung wird direkt in die Prüfungssoftware eingegeben und somit direkt auf einem Server der Universität abgespeichert. Die Studierenden können die Prüfung an einem Ort ihrer Wahl (z.B. am heimischen PC) absolvieren. Hierbei handelt es sich sowohl um eine Online-Prüfung als auch um eine Prüfung in elektronischer Form.

Beispiel 2: Der Aufgabentext wird über Moodle bereitgestellt. Die Studierenden schreiben ihre Lösung auf einer Word-Datei auf. Die Studierenden können dies an einem Ort ihrer Wahl (z.B. am heimischen PC) tun. Am Schluss der Bearbeitungszeit muss diese Word-Datei wiederum auf Moodle hochgeladen werden. Da die Prüfungsleistung nicht unmittelbar auf dem Server der Universität gespeichert wurde, dient der PC hier nur als Schreibmaschinen-Ersatz. Es handelt sich demnach nicht um eine Prüfung in elektronischer Form, sondern in schriftlicher Form. Da die Übermittlung der Prüfungsleistung aber mittels elektronischer Kommunikationsmittel erfolgte, liegt dennoch auch hier eine Online-Prüfung vor.

¹² Vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 7.

¹³ BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum HG, § 64, Rn. 51.

3 Behandelte Fragen in Rahmen des Projekts

3.1 Prüfung in elektronischer Form

Im folgenden Abschnitt wird auf die Besonderheiten bei einer Prüfung in elektronischer Form (im Folgenden E-Prüfung) eingegangen.

3.1.1 *Beginn der Lehr-/Lernform*

Gemäß § 14 Abs. 7 S. 3 RPO kann die Prüfungsform und die Art der Prüfung nicht mehr gewechselt werden, wenn sie bereits mit Beginn der Lehr-/Lernform¹⁴ angekündigt wurde. Es stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine „Back-up-Klausur“ rechtlich zulässig ist. Eine „Back-up-Klausur“ bedeutet, dass eine Klausur in Papierform als Reserve angeboten wird, für den Fall, dass es am Prüfungstag oder kurz vor Beginn der Prüfung eine Lage eintritt, die eine E-Prüfung nicht zulässt. Für die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit einer „Back-up-Klausur“ ist auf den Sinn und Zweck des § 14 Abs. 7 S. 3 RPO abzustellen. Der Sinn und Zweck ist es, zum einen zu verhindern, dass die Studierenden von einer plötzlichen Änderung in der stressigen Prüfungsphase überrascht werden und zum anderen sollen sich die Studierenden ausreichend auf die Prüfung vorbereiten können. Beides dient dazu, das Gebot der Fairness einer Prüfung zu untermauern. Um diese beiden Schutzzwecke einzuhalten, ist nach der hier vertretenen Auffassung eine Back-up-Klausur unter folgenden Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, zulässig:

- Es wurde bereits bei Vorlesungsbeginn eine solche Back-up-Lösung angekündigt

¹⁴ Hierzu zählt beispielsweise die Vorlesung.

- Der Wechsel kann nur dann vollzogen werden, wenn diese an einer Bedingung geknüpft ist, auf die die Prüfenden keinen Einfluss haben und
- Die Vorbereitung auf die Klausur wird dadurch nicht massiv beeinträchtigt

Hierdurch wird weder die Vorbereitung auf die Prüfung beeinträchtigt noch können die Studierenden durch einen willkürlichen Wechsel der Prüfenden hiervon überrascht werden.

Allerdings sei darauf hingewiesen, dass eine „Back-up-Klausur“ auch bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen durchaus im gewissen Umfang immer einen Überraschungseffekt beinhaltet. Die rechtlich sicherste Lösung ist daher, die Prüfung, wenn eine E-Prüfung kurzfristig aus technischen Gründen nicht möglich ist, abubrechen und einen neuen Prüfungstermin zu wählen.¹⁵

Von dieser Thematik abzugrenzen ist die Frage, ob die Prüfenden den Studierenden ein Alternativangebot machen müssen. D.h., ob neben einer E-Prüfung beispielsweise eine Prüfung in schriftlicher Form angeboten werden muss. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Prüfenden, welche Prüfungsart sie den Studierenden anbieten. Bei einem solchen Alternativangebot besteht jedoch die Gefahr, dass der Grundsatz der Chancengleichheit verletzt wird, da je nach Gestaltung der Prüfung zwischen einer Prüfung in Papier- oder in elektronischer Form die Unterschiede so groß sein können, dass zwischen den Studierenden keine vergleichbaren Prüfungsbedingungen vorliegen.

3.1.2 *Prüfungsvorbereitung*

In diesem Prüfungsabschnitt stellt sich die Frage, inwieweit die Studierenden auf Prüfungen in elektronischer Form vorbereitet werden müssen.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Prüfungsbehörde hinsichtlich der wesentlichen Modalitäten des Prüfungsverfahrens eine Informationspflicht zukommt. Diese gilt allerdings nur für technische Besonderheiten.¹⁶ Wann eine technische Besonderheit vorliegt, ist vom Einzelfall abhängig. Hierbei kann ein Durchschnittsstudierender als Maßstab genommen werden. So dürfte regelmäßig eine technische Besonderheit vorliegen, wenn von einem Durchschnittsstudierenden nicht erwartet werden kann, dass er das Gerät ohne

¹⁵ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 454h.

¹⁶ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 545d.

weitere Einweisungen in dem Umfang bedienen kann, wie es für die Prüfung erforderlich wäre, um diese erfolgreich absolvieren zu können.

Von einem Durchschnittsstudierenden kann allerdings erwartet werden, dass er die Grundfunktionen einer handelsüblichen Tastatur und Maus beherrscht. Anders dürfte die Lage (noch) bei der Benutzung eines Tablets mit Touchfunktion sein. Hier dürfte eine entsprechende vorherige Einweisung geboten sein.

Eine technische Besonderheit dürfte regelmäßig die Prüfungssoftware darstellen. Hier dürfte es daher geboten sein, dass die Studierenden sich vorher mit der Prüfungsmaske befassen können. Die Studierenden müssen sich mit der Software soweit auseinandersetzen können, dass sie sich problemlos während der tatsächlichen Prüfung auf die Prüfungsaufgaben konzentrieren können und sich nicht erst in der Prüfungssoftware orientieren müssen. Dazu gehören u.a. Funktionen wie der Login, das Eingeben der Lösung in die Prüfungsmaske, das Abspeichern der Aufgaben, das „Blättern“ zwischen den Aufgaben, die spätere Änderung der Lösung und die endgültige Abgabe der Prüfungsleistung.

Sollten Eingabegeräte verwendet werden, von denen zu erwarten ist, dass ein Durchschnittsstudierender nicht zwingend dauerhaft Zugang zu einem solchen Gerät hat, muss ihm oder ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, ein solches Gerät auszuprobieren oder falls notwendig, eine Einweisung über das Gerät zu erhalten. Die effektivste Methode, dieses Ziel zu erreichen, ist eine Übungsklausur unter Realbedingungen anzubieten. Es gibt aber auch Alternativen, um dieser Informationspflicht nachzukommen. So würde es ausreichen, den Studierenden über die Vorlesungsmaterialien Übungsaufgaben anzubieten, die über die jeweilige Prüfungssoftware gelöst werden können. Darauf muss nur ausreichend hingewiesen werden (z.B. in der Vorlesung, den Vorlesungsmaterialien selbst oder auf den entsprechenden Webseiten der Fakultät). Es könnten auch vom jeweiligen Studiengang unabhängige Tests (ähnlich wie ein Tutorial) gestellt werden, die allen Studierenden zur Verfügung stehen und alle möglichen Aufgabentypen abdecken.

Außerdem sollte noch eine Besonderheit bei Prüfungen beachtet werden, die an den privaten Eingabegeräten der Studierenden absolviert werden sollen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Universität verpflichtet ist, die Chancengleichheit (Art. 3 GG) zu wahren. Dazu gehört auch, dass den Studierenden eine vergleichbare Ausstattung in Aussicht gestellt werden kann.¹⁷

¹⁷ Vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 545e; Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, Gutachten über rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 34f.; Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 90.

Soll die Prüfung an einem privaten Eingabegerät absolviert werden, muss gewährleistet sein, dass zwischen den Studierenden vergleichbare Bedingungen bestehen. Daher ist es erforderlich, dass die Studierenden ihre eigenen Geräte vorher selbst testen können, ob sie über ein kompatibles Gerät mit ausreichender Leistungsstärke verfügen, womit sie problemlos ihre Prüfung absolvieren können. Überdies müssen diejenigen, die keinen Zugang zu einem solchen Gerät haben, von der Universität mit einem entsprechenden geeigneten Gerät ausgestattet werden. Hierbei müssen keine sog. „High End“-Geräte angeschafft werden, sondern es reichen auch Geräte der mittleren Preisklasse aus, da der durch die leistungsstärkeren Geräte entstehende Vorteil beim aktuellen Stand der Technik für die Studierenden kaum wahrnehmbar sein dürfte.¹⁸ Wichtiger ist es, dass seitens der Universität eine stabile Verbindung zu den Servern gewährleistet wird.

3.1.3 *Ablegung der Prüfungsleistung*

Am Prüfungstag selbst ist ebenfalls ein technischer Support zu gewährleisten.

Wie oben bereits dargelegt, ist die Universität verpflichtet, die Chancengleichheit (Art. 3 GG) zu wahren, wozu auch eine vergleichbare Ausstattung der Studierenden gehört. Diese Pflicht ist auch während der Bearbeitungszeit zu erfüllen.

Bei Klausuren, die in einer PC-Hall der Universität absolviert werden, könnte es vorkommen, dass die Hardware während der Bearbeitungszeit plötzlich nicht mehr funktionstüchtig ist. Daher sollte ausreichend Ersatz-Hardware zur Verfügung stehen, um defekte Geräte jederzeit unverzüglich austauschen zu können.

¹⁸ a.A. Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, Gutachten über rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 35: dort wird diese Art der Prüfung als rechtlich bedenklich eingestuft, da bei unterschiedlichen Geräten die Chancengleichheit aufgrund der unterschiedlichen leistungsstarken Hardware schwer zu gewährleisten sei. Diese Argumentation aus dem Gutachten von 2016 ist nach den technischen Entwicklungen der letzten Jahre für nicht mehr zeitgemäß, da auch die Geräte aus den unteren Preisklassen mittlerweile so weit fortgeschritten sind, dass zumindest es für die Prüfung für leistungsstärkere Geräte nur einen kaum wahrnehmbaren Vorteil entstehen dürfte.

Bei den sog. Bring-Your-Own-Device-Prüfungen¹⁹ sind die Studierenden zwar grundsätzlich selbst dafür verantwortlich, dass die Technik an ihren Geräten einwandfrei funktioniert. Jedoch ist Ersatz-Hardware für diejenigen Studierenden zur Verfügung zu stellen, die ihr Gerät vorher von der Universität bekommen haben. Da es jedoch zu Verärgerungen bei den Studierenden führen kann, wenn man hier nur ein paar Studierenden einen solchen Austausch der Hardware während der Klausur erlauben würde und es hierdurch zu Störungen im Prüfungsablauf kommen könnte, sollte auch allen anderen Studierenden Hardware zum Austausch angeboten werden, sofern ein plötzlicher Defekt auftreten sollte.

Darüber hinaus ist es geboten, fachkundiges Personal vor Ort oder zumindest erreichbar zu haben, damit dieses schnellstmöglich bei technischen Problemen Ursachenforschung betreiben und die Probleme entsprechend beheben kann.²⁰ Während oder kurz vor der Bearbeitungszeit besteht allerdings keine Pflicht dazu, den Studierenden bei der Bedienung der Prüfungssoftware zu helfen, sondern es müssen nur diejenigen Probleme gelöst werden, die aus der Sphäre der Universität selbst herrühren.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Störungen, die nicht durch den Studierenden herbeigeführt wurden, zu einer Schreibzeitverlängerung führen müssen, wenn dadurch die Bearbeitung der Prüfung eingeschränkt wurde. So muss z.B. die Schreibzeit verlängert werden, wenn plötzlich die Verbindung zum Server unterbrochen ist und die Studierende dadurch währenddessen ihre Prüfung nicht weiterbearbeiten können. Die Bearbeitungszeit muss jedoch nicht verlängert werden, wenn der oder die Studierende beispielsweise aus Versehen die Maus vom Tisch fallen lässt und diese durch den Aufprall nicht mehr funktionsfähig ist, da der Defekt der Hardware durch das fahrlässige Handeln herbeigeführt wurde.

Wie lange Schreibzeitverlängerungen anzusetzen sind, hängt vom Einzelfall ab. Die Bearbeitungszeit sollte stets um die Zeit verlängert werden, in der die Studierenden nicht dazu in der Lage waren, ihre Prüfung zu bearbeiten. Hierbei sollte die aufsichtsführende Person im Protokoll möglichst genau dokumentieren, wann eine Störung aufgetreten ist und wann diese behoben wurde. Dazu ist zu beachten, dass den Studierenden ggf. auch etwas Einarbeitungszeit gewährt werden sollte, da die Studierenden oft ihre Gedanken neu fassen und sich erneut in die Lösung der Aufgabe „eindenken“ müssen.

¹⁹ Bring-Your-Own-Device-Prüfungen sind Prüfungen, bei denen die Studierenden ihr eigenes Gerät (z.B. ein Laptop) in den Prüfungsraum mitbringen und an diesem Gerät ihre Prüfungsleistung eingeben.

²⁰ so auch Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, Gutachten über rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 54.

Als weiterer Faktor sollte der letzte Speicherzeitpunkt einbezogen werden. Sollten sich die Studierenden nach der Störung neu einloggen müssen, ist die eingegebene Leistung bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Prüfungsarbeit zuletzt abgespeichert wurde, verloren gegangen. Daher wäre mindestens die Zeit vom letzten Speicherzeitpunkt bis zum erneuten Login zu kompensieren.

3.2 Online-Prüfung

Der folgende Abschnitt befasst sich mit der Online-Prüfung.

3.2.1 *Definition und Ausgangslage*

Online-Prüfungen sind nach der Definition in § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW Prüfungen, die mittels elektronischer Kommunikation abgelegt werden. In „elektronischer Kommunikation“ bedeutet, dass die Prüfung mittels digitaler Kommunikationswege erfolgt. Die Prüfenden und die Studierenden befinden sich dann physisch während der Durchführung der Prüfung nicht am selben Ort. Daher stellt diese Form keine eigene Prüfungsart (oder Prüfungsform) dar, sondern bedeutet, dass die herkömmlichen Prüfungsarten (schriftlich, mündlich, praktisch und elektronisch) online durchgeführt werden können.²¹ Die Online-Prüfung (in „elektronischer Kommunikation“) kann als Gegenstück zur Präsenzprüfung gesehen werden.²²

Der Gesetzgeber hat durch die Einführung des § 64 Abs. 2 HG NRW klargestellt, dass für die Durchführung einer Online-Prüfung grundsätzlich eine Umsetzung in der jeweiligen Prüfungsordnung notwendig ist.²³ Nach der neuen HDVO kann unter den Voraussetzungen des § 18 HDVO auch der Fachbereichsrat per Beschluss die Rechtsgrundlage für Online-Prüfungen herbeiführen, wenn keine entsprechende Regelung bereits in den fachspezifischen Prüfungsordnungen umgesetzt wurde.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Klausur nur mit Aufsicht durchgeführt werden darf.²⁴ Dies gilt auch für eine Online-Klausur. Dies wäre nur

²¹ Vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 7.

²² Bzgl. der genaueren Abgrenzung zwischen Online-Prüfungen und Prüfungen in elektronischer Form s. Kapitel 2.3

²³ BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum HG, § 64, Rn. 51.

²⁴ s. Kapitel 2.2.

mit einer Videoaufsicht zu gewährleisten. Für eine Videoaufsicht bedarf es einer speziellen Rechtsgrundlage. In der Vergangenheit fehlte eine solche Regelung. Erst mit der seit dem 23.09.2023 geltenden neuen Hochschul-Digitalverordnung (HDVO)²⁵ können Prüfungen unter gewissen Voraussetzungen mit einer Videoaufsicht durchgeführt werden.

Aufgrund dessen waren die rechtlich auftretenden Probleme im Rahmen dieses Projekts bezüglich der Online-Prüfung bisher überschaubar. Bedingt, durch die Umstände, dass die HDVO erst kurz vor Fertigstellung dieses Beitrages veröffentlicht wurde, soll auf diese nur kurz eingegangen werden.

3.2.2 *Die neue Hochschul-Digitalverordnung*

Die neue HDVO enthält in den Teilen 2 bis 4 Regelungen zur digitalen Lehre und digitalen Prüfungen. Die HDVO gibt Regelungen vor, wann eine Online-Prüfung durchgeführt werden kann (§ 17 und 18 HDVO) und führt näher aus, welche Informationen die Studierenden bei Online-Prüfungen erhalten müssen (§ 19 HDVO), welche Möglichkeiten es zur Authentifizierung gibt (§ 20 HDVO), wie die Videoaufsicht (§ 21 HDVO) bei Klausuren oder die Videokonferenz bei mündlichen und praktischen Prüfungen durchführbar ist. Des Weiteren gibt die Verordnung den Hochschulen auch eigene Instrumente an die Hand, um bei den Themen digitaler Lehre und Prüfungen selbst Anpassungen vornehmen zu können. So ist das Rektorat beispielsweise befugt, eine Digitalisierungsleitlinie (§ 13 HDVO) zu beschließen oder es können Regelungen über die Prüfungsordnungen angepasst werden (so z.B. in § 14 Abs. 4 oder § 17 Abs. 1 HDVO). Folglich lässt sich derzeit noch nicht abschließend sagen, welche Vorgaben für die Universität Duisburg-Essen gelten werden. Hier sind die Maßnahmen und die darauffolgenden Informationen der Universität Duisburg-Essen abzuwarten.

3.2.3 *Zeitslots*

Zum besseren Verständnis des folgenden Abschnitts ist zunächst der zugrundeliegende Sachverhalt etwas näher zu erläutern. Es wird für eine Prüfung erwogen, den Studierenden einen "Online-Prüfungsraum" anzubieten. Die Studierenden können sich dort einloggen und sollen dann selbst entscheiden können, wann sie innerhalb eines größeren Zeitraums mit der Bearbeitung der

²⁵ Abrufbar unter: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?sg=0&menu=0&bes_id=43864&aufgehoben=N&anw_nr=2

Prüfung beginnen. Die Länge dieses Zeitraums, in dem die Studierenden beginnen können, ist noch nicht festgelegt. Ebenso ist noch unklar, wie lange die Studierenden nach Beginn der Prüfung diese bearbeiten können. Aufgrund dieser Vorgaben kann es bei diesem Prüfungsformat nur um eine Online-Prüfung handeln.

Diesen größeren Zeitraum, in dem sich die Studierenden aussuchen dürfen, wann sie mit der Bearbeitung beginnen, wird im Folgenden **Zeitfenster** genannt. Die Zeit, in der die Studierenden die Prüfungsaufgaben einsehen und bearbeiten dürfen, wird nachfolgend **Prüfungsdauer** genannt.

Bei dieser Thematik sind verschiedene Aspekte von Bedeutung. Zunächst sind die Vorgaben der Prüfungsordnung hinsichtlich des Prüfungstermins zu berücksichtigen. Des Weiteren stellt sich die Frage nach der Art der Prüfungsform. Daneben ist ein technischer Support zu gewährleisten. Abschließend soll auch die Problematik der Chancengleichheit im Allgemeinen betrachtet werden.

Vorgaben der Prüfungsordnung

Die Prüfungsordnungen beinhalten Bestimmungen, die den Prüfungstermin betreffen. So sind beispielsweise gemäß § 15 Abs. 1 RPO die Prüfungstermine so zu wählen, dass sie spätestens in der vorlesungsfreien Zeit nach Ende der jeweiligen Lehrform stattfinden und es sollen möglichst keine Lehrveranstaltungen dafür ausfallen. Zuständig hierfür ist nach der RPO der Prüfungsausschuss oder die Einrichtung, die die Prüfungen organisiert. Demnach müsste das Zeitfenster von der nach der jeweiligen Prüfungsordnung zuständigen Stelle unter Beachtung der v.g. Vorgaben festgelegt werden.

Prüfungsform

Es ist zu klären, welche Prüfungsform beim beabsichtigten Vorhaben vorliegt.²⁶ Eine Klausur weist folgende Merkmale auf:

- Aufsichtspflicht
- Angedachte Bearbeitungszeit = der Zeitraum, der den Studierenden tatsächlich zur Bearbeitung zur Verfügung steht

²⁶ Zur Abgrenzung der beiden folgenden Prüfungsformen s. Kapitel 2.2.

- Der Bearbeitungsort ist vorher festgelegt und darf grundsätzlich während der Bearbeitung nicht gewechselt werden.

Da bei diesem Vorhaben eine Aufsicht nicht angedacht ist, scheidet die Klausur als Prüfungsform aus. Als Nächstes könnte eine Hausarbeit in Betracht kommen. Diese weist folgende Merkmale auf:

- Bearbeitungsort frei wählbar und kann während der Bearbeitung gewechselt werden
- Der den Studierenden zur Verfügung stehende Zeitraum zur Bearbeitung ist größer als die tatsächlich angedachte Bearbeitungszeit
- Innerhalb dieses Zeitraums können die Studierenden ihre Bearbeitungszeit aufteilen

Ob im vorliegenden Fall eine Hausarbeit gegeben ist, hängt von der Organisation der Bearbeitungszeit ab. Sollte der Zeitraum für die Bearbeitung größer sein als die angedachte Bearbeitungszeit und die Studierenden können sich innerhalb dieses Bearbeitungszeitraums ihre Arbeitszeit frei einteilen, dürfte es sich bei der Prüfungsform eher um eine Hausarbeit handeln. Hinzu kommt, dass bei einer Hausarbeit andere Kompetenzen (z.B. Transferleistung, Gute wissenschaftliche Praxis etc.) abgefragt werden. Die Prüfungsform muss so ausgewählt werden, dass durch diese die in der Prüfungsordnung und dem Modulhandbuch festgelegten Studienziele abgeprüft werden können²⁷. Sollte die Prüfung auch keine Hausarbeit sein, könnte man zusammen mit dem Fakultätsrat überlegen, ob man eine neue Prüfungsform entwickelt und diese dann in der Prüfungsordnung festhält (§ 14 Abs. 6 lit. h RPO).

Technischer Support

Des Weiteren sind die Anforderungen an den technischen Support während einer elektronischen Prüfung, die, soweit praktisch möglich, auch auf Online-Prüfungen anzuwenden sind,²⁸ zu beachten.

Der Grundsatz der Chancengleichheit gemäß Art. 3 GG verlangt, dass Studierende während ihrer Prüfung auf einen sofort erreichbaren technischen Support zugreifen können, damit mögliche technische Probleme seitens der

²⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2020 – 2 ME 208/20 = NJW 2020, 2425.

²⁸ Zum technischen Support s. Kapitel 3.1

Universität schnellstmöglich behoben werden können. Darüber hinaus sollte den Studierenden die Möglichkeit gegeben werden, etwaige Probleme umgehend rügen zu können, damit die Universität geeignete Maßnahmen zur Kompensation eines möglicherweise entstandenen Nachteils ergreifen kann. Insbesondere in den Fällen, in denen den Studierenden nur wenige Stunden zur Prüfungsbearbeitung zur Verfügung stehen, sollte während der gesamten Prüfungsdauer die Kontaktaufnahme mit dem technischen Support möglich sein. Bei einer längeren Prüfungsdauer ist es ausreichend, wenn der technische Support während der üblichen Bürozeiten (z.B. werktags von 9 bis 16 Uhr) erreichbar ist. Es ist jedoch unerlässlich, dass der technische Support immer bei der Abgabe der Prüfung zur Verfügung steht. Dies bedeutet, dass selbst innerhalb des Zeitfensters der Beginn der Prüfung nicht komplett frei ausgewählt werden darf. Es müsste festgelegt werden, dass die Studierenden innerhalb der Zeitfenster mit ihrer Prüfung nur zu einem Zeitpunkt beginnen können, an dem gesichert ist, dass entweder bei einer kurzen Prüfungsdauer die ganze Zeit ein technischer Support zur Verfügung steht oder bei einer längeren Prüfungsdauer bei der Abgabe der technische Support gewährleistet ist.

Möglicher Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit

Der Grundsatz der Chancengleichheit ist zu wahren. Wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, die nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, stellt dies einen Verstoß gegen den Grundsatz dar.

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn die später beginnenden Studierenden einen Vorteil gegenüber den früher beginnenden Studierenden haben, da möglicherweise die Prüfungsaufgaben bereits durchgesickert sind. Für diese Ungleichbehandlung gibt es keinen sachlichen Grund. Die Prüfungsaufgaben sind daher so zu gestalten, dass ein „Durchsickern“ keinen Vorteil für die später beginnenden Studierenden bedeutet. Dies könnte beispielsweise durch eine individualisierte Aufgabenstellung sichergestellt werden.²⁹

Fazit

²⁹ Zur individualisierten Klausur s. Kapitel 3.3.1.

Die Vorgaben der jeweiligen Prüfungsordnung hinsichtlich des Prüfungstermins sind vor allem bei der Festlegung des Zeitfensters zu beachten. Die Prüfungsform muss entsprechend dem konkreten Vorhaben in der Prüfungsordnung angepasst werden. Der technische Support muss bei einer kurzen Prüfungsdauer die ganze Zeit gewährleistet sein. Bei einer größeren Prüfungsdauer reicht ein technischer Support während normaler „Bürozeiten“ aus. Bei der Abgabe wiederum muss immer technischer Support gewährleistet sein. Die Prüfungsaufgabe muss so gestaltet werden, dass bei einem „Durchsickern“ der Prüfungsaufgaben die später beginnenden Studierenden keinen Vorteil erlangen können.

3.3 Aufgabenerstellung

Der folgende Abschnitt behandelt rechtliche Fragestellungen, die der Aufgabenerstellung zuzuordnen sind.

3.3.1 Individualisierte Klausur

Zunächst ist zu klären, was der folgende Beitrag unter einer individualisierten Klausur versteht. Es gibt aktuell zwei verschiedene Varianten der individualisierten Klausur. In der ersten Variante bekommen die Studierenden dieselben Aufgaben gestellt. Lediglich die Reihenfolge der Aufgaben wurde für jede:n Studierende:n individuell zusammengesetzt. In der zweiten Variante wird nicht nur die Reihenfolge individualisiert, sondern auch die Aufgaben der Studierenden werden individuell aus einem Aufgabenpool zusammengestellt, sodass alle Studierenden verschiedene Aufgaben bearbeiten müssen. Die Auswahl der Prüfungsaufgaben dürfte in der Regel aus praktischen Gründen automatisiert erfolgen. Da Variante 1 keine besonderen rechtlichen Besonderheiten aufweist, soll hier nur auf die Variante 2 eingegangen werden.

Wichtig ist bei dieser Variante vor allem die Wahrung des Grundsatzes der Chancengleichheit. Dies bedeutet nicht, dass alle die gleichen Aufgaben gestellt bekommen müssen. Vielmehr reicht es aus, wenn vergleichbare äußere Modalitäten vorliegen.³⁰ Dies bedeutet, dass die Prüfung so gestaltet sein muss, dass alle Prüfungen einen vergleichbaren Schwierigkeitsgrad haben.

³⁰ Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, *Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen*, S. 36.

Zu beachten ist hierbei, dass alle Aufgaben aus dem Aufgabenpool vorher von den Prüfenden erstellt bzw. ausgewählt werden müssen. Außerdem müssen die Prüfenden die Aufgaben vorher nach Zeitumfang, Schwierigkeitsgrad und, falls notwendig, nach Themen sortieren. Die Einteilung nach Themen ist insbesondere dann erforderlich, wenn nach dem festgelegten Studienziel in diesem Modul mehrere Themengebiete abgeprüft werden sollen. Der Algorithmus ist so zu gestalten, dass aus diesem Aufgabenpool Klausuren mit vergleichbarem Schwierigkeitsgrad und einem gleichen zeitlichen Umfang generiert werden.

3.3.2 *Aufgabenauswahl durch Studierende*

Dem anschließend könnte in Betracht gezogen werden, den Studierenden selbst die Auswahl der Prüfungsaufgaben zu überlassen. Eine solche Variante der Prüfung ist zulässig, wenn folgende Punkte beachtet werden.

Nach § 14 Abs. 2 RPO sollen Prüfungen eine aussagekräftige Überprüfung der erreichten Lernergebnisse ermöglichen. Sie sind an den in der Prüfungsordnung und dem Modulhandbuch festgelegten Studienzielen und Kompetenzen auszurichten.

Daher darf der Aufgabenpool nicht zu groß sein. Ansonsten besteht die Gefahr, dass zeitlich ein Großteil der Prüfung dafür genutzt werden muss, sich alle Aufgaben durchzulesen und sich die Aufgaben auszusuchen. Dies könnte dazu führen, dass die Leistungsfähigkeit, die eigentlich mit der Prüfung bewertet werden soll, verzerrt wird und die Prüfung dadurch keine ausreichende Grundlage bietet, um die Leistungsfähigkeit der Studierenden zu bestimmen.

Ab wann der Aufgabenpool zu groß ist, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern hängt vielmehr vom Einzelfall ab. So spielt z.B. der zeitliche Umfang der Prüfung oder der Umfang der Aufgabentexte eine Rolle.

Außerdem muss gewährleistet sein, dass sich die Studierenden nicht nur die einfachen Aufgaben herauspicken können. Zum einen besteht die Gefahr, dass nicht alle Studienziele abgefragt werden, wenn beispielsweise nur Grundlagenfragen ausgesucht werden, aber nach den Prüfungsordnungen auch vertiefendes Wissen gefordert wird. Zum anderen müsste ein Modus geschaffen werden, der sicherstellt, dass die Studierenden nicht nur für die Beantwortung von „einfachen“ Fragen eine gute Bewertung erhalten. Denn gemäß § 25 Abs.

1 RPO dürfen nur diejenigen Leistungen mit einem „gut“ oder besser bewertet werden, wenn die Leistung erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegt. Dem könnte man beispielsweise entgegenwirken, indem man die Aufgaben nach Schwierigkeitsgraden und/oder Themengebieten einteilt und die Studierenden sich dann eine bestimmte Anzahl an Aufgaben aus den jeweiligen Schwierigkeitsgraden oder Themengebieten herausuchen müssen.

Gegebenenfalls muss den Studierenden eine Möglichkeit gegeben werden, sich an dieses neue Prozedere zu gewöhnen, beispielsweise in Form einer Übungsklausur, wenn die Gefahr bestünde, dass ein Zeitverlust hinsichtlich der Bearbeitungszeit durch technische oder organisatorische Anwendungsprobleme entstehen könnte. Diese Möglichkeit ist insbesondere in den Fällen einzurichten, in denen die technische Umsetzung im Vergleich zu anderen Prüfungen komplizierter ist oder sich stark unterscheidet.

3.3.3 „Erkaufen“ von Klausurtipps

Hinter dem Ausdruck "Erkaufen von Klausurtipps" verbirgt sich die Möglichkeit für Studierende, sich einen Tipp für eine Prüfungsaufgabe zu sichern, indem sie im Gegenzug für diesen Tipp einen Punktabzug für besagte Aufgabe hinnehmen. Das „Erkaufen“ von Klausurtipps ist rechtlich zulässig, wenn folgende Punkte beachtet werden.

Den Studierenden können zunächst keine Punkte wieder abgezogen werden für die Leistungen die bereits erbracht wurden. Bei einem Prüfungsverfahren, durch dessen Ergebnis die Freiheit der Berufswahl eingeschränkt wird, dürfen fehlerfrei erbrachte Prüfungsleistungen nicht als nicht oder schlecht erbracht gewertet werden, weil andere Prüfungsfragen nicht richtig beantwortet wurden. Die Vorgehensweise wird als nicht geeignet angesehen, um festzustellen, welche berufsbezogenen Erkenntnisse die Studierenden erlangt haben.³¹

Beispiel: Die Prüfung enthält die Aufgaben A und B. Der Studierende erhält für die Aufgabe A 5 Punkte. In der Aufgabe B hat er, obwohl er sich einen Tipp „gekauft“ hat, keine Antwort abgegeben und somit 0 Punkte. In diesem Fall dürfen ihm bei Aufgabe A keine Punkte dafür abgezogen werden, obwohl er sich bei Aufgabe B einen Tipp geholt hatte. Der Studierende würde somit für beide Aufgaben insgesamt 5 Punkte bekommen.

³¹ OVG Münster, Urteil vom 16.12.2008 - 14 A 2154/08.

Ob man innerhalb einer Aufgabe die Punkte abzieht oder darauf abstellt, dass man nicht mehr die maximale Punktzahl erreichen kann, liegt im Ermessen der Prüfenden.

Darüber hinaus muss beachtet werden, dass gemäß § 14 Abs. 2 RPO die Prüfung eine aussagekräftige Überprüfung des Leistungsstandes über die vermittelten Inhalte der jeweiligen Lernform darstellen soll. Dazu gehört auch, dass die Leistung eigenständig erbracht werden muss. Ist der Tipp so stark, dass die Antwort gewissermaßen vorgegeben wird, wird keine eigenständige Leistung mehr erbracht. Dasselbe Problem ist gegeben, wenn die Studierenden sich zu viele Tipps erkaufen. Hiervon sollte also nur in Maßen Gebrauch gemacht werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass eine solche Prüfung dem Gebot der Fairness unterliegt. D.h. für die Studierenden muss eindeutig sein, dass sie, wenn sie von dem Tipp Gebrauch machen, einen Nachteil erhalten. Es werden also konkrete Angaben zum Bewertungsmaßstab benötigt. Auch sollte es für die Studierenden abschätzbar sein, welche Art von Tipp sie erhalten. Der Tipp an sich muss verständlich, widerspruchsfrei und eindeutig sein. Es wird empfohlen, nur konkrete Tipps zu verwenden, bei denen die Studierenden genau wissen, was sie bekommen. Darüber hinaus sollte gewährleistet sein, dass sich die Studierenden nicht einfach aus Versehen, z.B. durch nervöses Klicken, den Tipp kaufen können.

So könnte beispielsweise ein weiteres Pop-up-Fenster erscheinen, in dem genau beschrieben ist, was der Tipp beinhaltet und welche Folgen es für die Studierenden hat, wenn sie den „Kauf“ des Tipps bestätigen.

3.3.4 *Bonuspunkte*

Im Folgenden wird zunächst die Frage aufgegriffen, ob gemäß der aktuellen Rechtslage die Vergabe von Bonuspunkten für Leistungen außerhalb der Klausur rechtlich zulässig ist. Im zweiten Abschnitt wird dann erläutert, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen die Vergabe von Bonuspunkten zulässigerweise erfolgen kann.

Aktuelle Rechtslage

Ziel einer Klausur ist es, dass die Studierenden nachweisen, ob sie innerhalb einer begrenzten Zeit Probleme aus dem Prüfungsgebiet mit den vorgegebenen Methoden erkennen und Wege zu deren Lösung finden können. Dies folgt aus § 17 RPO. Diese Zielsetzung ist auch durch die Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur anerkannt.³² Hieraus ergibt sich, dass nur jene Leistung bewertet werden darf, welche innerhalb der festgesetzten Bearbeitungszeit erbracht wurde. Die Einbeziehung von Leistungen, die außerhalb der Bearbeitungszeit erbracht worden sind, ist somit nach den derzeitigen rechtlichen Regelungen nicht zulässig.

Voraussetzungen für die Vergabe von Bonuspunkten

Wie gerade dargelegt, ist nur die innerhalb der Bearbeitungszeit erbrachte Leistung als Bewertungsgrundlage heranzuziehen. Möchte man hingegen Leistungen außerhalb der Bearbeitungszeit einbeziehen, bedarf es einer entsprechenden Regelung in der Rahmenprüfungsordnung und anschließend einer entsprechenden Umsetzung in den jeweiligen Prüfungsordnungen.

Hierfür könnte man zunächst zwei Vorbilder aus dem Schulrecht und der juristischen Ausbildung für eine entsprechende neue Regelung in der Prüfungsordnung heranziehen, in denen der Gesetzgeber die Vergabe von Bonuspunkten in gewisse Art und Weise als zulässig erachtet hat. Zum einen könnte man im Schulrecht auf § 48 Abs. 2 SchulG NRW verweisen. Dort können neben schriftlichen Arbeiten auch sonstige Leistungen im Unterricht in die Leistungsbewertung mit einbezogen werden. Eine Übernahme dieser Regelung ist jedoch nicht zu empfehlen. Zum einen verfolgen die universitäre und schulische Ausbildung unterschiedliche Ziele. Die Schule hat beispielsweise neben dem Bildungs- auch einen Erziehungsauftrag und soll den Schülern neben Wissen auch Werte vermitteln (s. § 2 SchulG NRW). Zum anderen würde eine solche Regelung zu etlichen Folgeproblemen führen. So könnten beispielsweise nur noch die Lehrenden der jeweiligen Vorlesung als Prüfende bestellt werden.

Als zweites Vorbild könnte § 18 Abs. 4 JAG NRW berücksichtigt werden, welcher eine Regelung zum juristischen Staatsexamen enthält. Demnach kann der Prüfungsausschuss von der errechneten Gesamtnote um bis zu einer Notenstufe abweichen, sofern dies den Leistungsstand des Prüflings besser widerspiegelt. Allerdings darf dies nicht dafür ausschlaggebend sein, ob ein Prüfling

³² Vgl. VG Dresden, Beschl. v. 16.2.2021 – 5 L 5/21, BeckRS 2021, 60541; Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, Rn. 301h.

die Prüfung besteht oder eben nicht besteht. Hierbei geht es jedoch um eine Gesamtnote, die sich aus mehreren Prüfungen und deren Noten zusammensetzt und am Schluss sogar noch eine mündliche Prüfung absolviert wird. Daher ist hier die Ausgangslage eine andere im Vergleich zu einer Modulabschlussprüfung an einer Hochschule, wo grundsätzlich nur eine einzelne Prüfungsleistung bewertet werden soll.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass Prüfungsgegenstand nur diejenige Prüfungsleistung sein kann, die von den Studierenden tatsächlich und eigenverantwortlich erbracht wurde und die Prüfenden die vollständige Leistung der Studierenden zur Kenntnis nehmen müssen, um eine Bewertung der Prüfungsleistung vornehmen zu können,³³ ergeben sich folgende Anforderungen an eine entsprechende Regelung:

Es dürfen nur Bonuspunkte vergeben werden für Leistungen, die einen Bezug zu den in der Prüfungsordnung festgelegten Studienzielen haben und so besser den tatsächlichen Leistungsstand der Studierenden wiedergeben können. So könnten beispielsweise Bonuspunkte für das Bestehen einer Übungsklausur vergeben werden. Hingegen nicht ausreichen würde lediglich die Teilnahme an einer Veranstaltung oder der Nachweis, dass die Studierenden die Vorlesung nachbereitet haben, da diese Nachweise nicht tauglich sind, um einen besseren Eindruck vom Leistungsstand der Studierenden zu erhalten. Diese Zusatzleistungen müssen außerdem von den Prüfenden zur Kenntnis genommen worden sein.

In Anlehnung an § 18 Abs. 4 JAG NRW ist die Regelung so auszugestalten, dass die Vergabe von Bonuspunkten nicht dazu führt, dass eine ursprünglich nicht bestandene Prüfung als bestanden gilt.

Des Weiteren dürfen die Bonuspunkte nur einen geringen Anteil an der Gesamtbewertung ausmachen. Ein geringer Anteil dürfte regelmäßig anzunehmen sein, wenn die Bonuspunkte nur 5 % der Gesamtpunktzahl ausmachen. In der Gesamtbetrachtung darf (wieder in Anlehnung an § 18 Abs. 4 JAG NRW) dies aber nicht dazu führen, dass die Note um mehr als eine Notenstufe erhöht wird.

Ferner muss bei der Vergabe von Bonuspunkten der Grundsatz der Chancengleichheit gewahrt werden. Dazu ist zu gewährleisten, dass die zusätzlich erbrachten Leistungen tatsächlich von den Studierenden eigenständig erzielt wurden.

³³ Vgl. BVerfG, Beschluß vom 16.01.1995 - 1 BvR 1505/94 = NVwZ 1995, 469.

Zusätzlich muss im Lichte des Grundsatzes der Chancengleichheit allen Studierenden die gleichen Möglichkeiten eingeräumt werden, die Leistungen für die Bonuspunkte zu erbringen. Dazu gehört, dass die Studierenden ausreichend darüber zu informieren sind, wie die Bonuspunkte erreicht werden können. Dies ist entsprechend im Studienplan zu kennzeichnen. So könnte dort in der Spalte ‚Prüfung‘ eine Fußnote an der jeweiligen Prüfungsform eingefügt werden, in der dann erklärt wird, für welche Zusatzleistungen wie viele Bonuspunkte vergeben werden können.

3.4 Einsicht in die Prüfungsakte

Bei der Frage nach der Einsicht in die Prüfungsakte ist zunächst zu unterscheiden, nach welchen Regelungen eine Einsicht in die Prüfungsunterlagen gewährt werden kann.

Der klassische Anspruch auf Akteneinsicht in die Prüfungsakte ergibt sich regelmäßig aus der Prüfungsordnung oder § 29 VwVfG NRW. Ein Anspruch aus dem IFG NRW scheidet jedoch aus, da gemäß § 2 Abs. 3 IFG NRW Hochschulprüfungen nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. Daneben gibt es noch eine mögliche Anspruchsgrundlage in der DS-GVO.

3.4.1 Anspruch aus den Prüfungsordnungen und dem Verwaltungsverfahrensgesetz

In der Rahmenprüfungsordnung ist die Akteneinsicht in § 32 Abs. 1 RPO geregelt. Ergänzend bzw. einschränkend ist hier § 29 VwVfG NRW zu beachten. Nach dieser Regelung ist den Studierenden auf Antrag Einsicht in die Prüfungsakte zu gewähren und die Studierende dürfen Kopien oder eine ähnliche Reproduktion (z.B. Fotografien) von den Unterlagen anfertigen. Den genauen Zeitpunkt und Ort der Akteneinsicht legt der Prüfungsausschuss fest. Der Antrag muss demnach einen Monat nach Bekanntgabe des jeweiligen Prüfungsergebnisses eingereicht werden. Darüber hinaus ist der Antrag auf Akteneinsicht immer dann zu gewähren, solange gegen das Prüfungsergebnis noch Rechtsmittel eingelegt werden können. Diese Rechtsmittelfrist beträgt in der Regel einen Monat nach Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses. Diese Frist kann jedoch auch ein Jahr nach Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse betragen,

falls bei der Bekanntgabe keine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt wird.

Einen Anspruch hat derjenige, der ein rechtliches Interesse an der Akte hat, um Ansprüche geltend zu machen oder sich zu verteidigen. Davon umfasst sind grundsätzlich Studierende, die die Prüfungen abgelegt haben, sowie deren gesetzliche Vertreter und bevollmächtigte Anwältinnen und Anwälte.

Es besteht regelmäßig kein Anspruch auf Akteneinsicht in fremde Prüfungsunterlagen, da hier kein rechtliches Interesse des Anspruchsstellenden vorliegt. Vor allem kann er oder sie gerichtlich keine fehlerhafte Beurteilung eines Dritten rügen. Auch ergibt sich durch die Bewertung von Dritten kaum Aufschlüsse über den Schwierigkeitsgrad der Prüfungen.³⁴

Bei der Akteneinsicht gilt, dass diese elementar für den Studierenden ist, um über den weiteren Verfahrensablauf entscheiden zu können.³⁵ Daher muss die Prüfungsakte alle Informationen bereithalten, die die Studierenden benötigen, um ihre Erfolgsaussichten für den weiteren Verfahrensablauf abschätzen zu können.

Dazu gehören insbesondere folgende Unterlagen:

- Aufgabentexte
- Schriftliche Prüfungsarbeiten
- Prüfungsgutachten der Prüfenden, inklusive Korrekturvermerke
- Musterlösungen, nur wenn der oder die Prüfende sich in seinem oder ihrem Gutachten darauf bezieht
- Protokolle
 - Bei mündlichen Prüfungen
 - Protokolle der aufsichtsführenden Person
 - Bei Prüfungen in elektronischer Form die gespeicherten (Log-)Daten
- Gesamte Korrespondenz zwischen den Studierenden und der Hochschule insbesondere mit den Prüfenden bzgl. der Prüfung
- An- und Abmeldedaten zur Prüfung
- Bescheide der Prüfungsbehörde

Darüber hinaus alle Unterlagen, aus denen sich der ordnungsgemäße Ablauf des gesamten Prüfungsverfahrens ergibt.

³⁴ Vgl. Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 203.

³⁵ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 25.8.2011 – 14 A 2189/09.

3.4.2 Anspruch aus der DS-GVO

Seit kurzem wird in der Rechtswissenschaft über eine weitere Rechtsgrundlage zum Einsehen der Prüfungsakte diskutiert. Gemäß Art. 15 Abs. 1 DS-GVO hat der Anspruchsstellende einen Anspruch auf Auskunft über alle personenbezogenen Daten. Gemäß Art. 15 Abs. 3 DS-GVO hat der Anspruchsstellende sogar einen Anspruch auf eine kostenlose Kopie seiner personenbezogenen Daten. Da es sich bei einem Großteil der Prüfungsakte um personenbezogene Daten handeln dürfte, könnte es in Zukunft häufiger vorkommen, dass Studierende diese Möglichkeit nutzen werden, um über den Inhalt der Prüfungsakten Kenntnis zu erlangen.

Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass personenbezogene Daten verarbeitet und in einem Datei-System gespeichert werden.

Personenbezogene Daten sind gemäß Art. 4 Abs. 1 DS-GVO alle Informationen, die einer Person zugeordnet werden können.

In einem Urteil vom 20.12.2017 hat der EuGH (NJW 2018, 767) bereits entschieden, dass schriftliche Antworten, sowie die Bewertungen inklusive Anmerkungen des Prüfenden personenbezogene Daten sind. Daraufhin hat das VG Gelsenkirchen mit Urteil vom 27.10.2020 (NVwZ-RR 2020, 1070) einer Juristin recht gegeben und ihr einen Anspruch auf eine kostenlose Kopie ihrer angefertigten Aufsichtsarbeiten aus dem 2. Staatsexamen zugestanden (das Urteil wurde mittlerweile vom BVerwG mit Urteil v. 30.11.2022 bestätigt).

Fraglich ist nun, welche weiteren Teile der Prüfungsakte auch als personenbezogene Daten anzusehen sind. Unstreitig dürften die An- und Abmelde-daten, Bescheide der Prüfungsbehörde und die erfolgte Korrespondenz mit den Studierenden dazu zählen. Protokolle dürften regelmäßig dann personenbezogene Daten darstellen, wenn sie konkrete Namen, Matrikelnummern oder Kennziffern enthalten, die dem oder der Anspruchsstellenden zugeordnet werden können.

Differenzierter könnten die Prüfungsaufgaben behandelt werden. Wenn die Prüfungsaufgabe Notizen der Studierenden, den Namen oder eine Kennnummer beinhalten, dürften auch diese unstreitig als personenbezogene Daten gelten. Sollten die Prüfungsaufgaben frei von solchen Anknüpfungspunkten sein, könnte man diese nicht als personenbezogene Daten ansehen. Dennoch spricht eine weite Auslegung dafür, dass die Prüfungsaufgaben generell als

personenbezogene Datenanzusehen sind, da die Prüfungsaufgaben die Grundlage für die Prüfungsleistung und auch für die spätere Bewertung darstellen und somit mit diesen eng verknüpft sind.

Musterlösungen und weitere Unterlagen, die den ordnungsgemäßen Ablauf belegen, dürften regelmäßig keine personenbezogenen Daten beinhalten.

3.4.3 *Fazit*

Auch wenn der Anspruch auf Akteneinsicht in die Prüfungsunterlagen und der Anspruch auf eine Kopie (oder Auskunft) der personenbezogenen Daten unterschiedliche Zwecke verfolgen, dürfte es dennoch regelmäßig große Überschneidungen geben, was den Inhalt der Ansprüche betrifft.

Unterschiede gibt es jedoch dabei, wie die Informationen an die Studierenden weitergeleitet werden müssen. Die Akteneinsicht kann unter Aufsicht in den Räumlichkeiten der Hochschule stattfinden, aber sie kann auch auf Kosten der Studierenden als Kopie übersandt werden.

Nach der DS-GVO müssen die Unterlagen jedoch kostenlos als Kopie übersandt werden. Es wäre auch rechtlich zulässig, die Kopien zur Akteneinsicht kostenlos zu versenden. Im Zuge der Digitalisierung wäre es auch nach beiden Anspruchsgrundlagen zulässig, die Unterlagen als PDF per E-Mail zu versenden. Ebenso dürfte es zulässig sein, die Unterlagen in einem Online-Portal bereitzustellen, damit die Studierenden die Unterlagen auch von zu Hause aus einsehen können.

4 KI-Generatoren und Prüfungsrecht

KI-Generatoren wie ChatGPT oder Midjourney³⁶ haben im Internet einen regelrechten Hype ausgelöst. Plötzlich können längere Texte, Bilder, Musik und sogar Videos inklusive Ton und Stimmen innerhalb von Sekunden von einer KI generiert werden. Alles, was es dafür braucht, ist die Eingabe eines Befehls (diese werden als „Prompts“ bezeichnet). Diese rasante technologische Entwicklung wird einen immer größer werdenden Einfluss auf unsere Gesellschaft und unseren Alltag haben. Microsoft plant, ChatGPT zukünftig nahtlos

³⁶ Midjourney ist ein KI-Generator, welches Bilder erzeugt.

in ihre Office-Produkte wie Word oder Outlook zu integrieren.³⁷ Diese Entwicklung wird auch die Hochschulen und deren Prüfungen beeinflussen. Da bei Prüfungen üblicherweise Texte von den Studierenden erstellt werden, soll in diesem Beitrag hauptsächlich auf KI-Textgeneratoren, wie beispielsweise ChatGPT, eingegangen werden. Die hier getätigten Aussagen dürften entsprechend auf andere KI-Textgeneratoren anwendbar sein, soweit diese ebenso auf einem Large-Language-Model³⁸ basieren.

In diesem Beitrag soll die Zuhilfenahme von KI-Textgeneratoren vorzugsweise am Beispiel ChatGPT in drei Bereichen aus prüfungsrechtlicher Sicht beleuchtet werden. Erstens aus Sicht eines Aufgabenerstellers einer Prüfung. Zweitens die Verwendung von KI-Textgeneratoren von Studierenden während der Prüfung und zuletzt die Verwendung von KI-Textgeneratoren von Prüfenden bei der Bewertung von Prüfungen. Zuvor sollen aber noch wichtige Punkte im Zusammenhang mit ChatGPT und KI-Textgeneratoren angesprochen werden.

Im Zuge dessen wird hier ausdrücklich auf das KI-Papier der Universität Duisburg-Essen hingewiesen.³⁹ Dieses KI-Papier wird kontinuierlich an die neuesten Entwicklungen in diesem Bereich angepasst. Infolgedessen genießt das KI-Papier Vorrang gegenüber den getroffenen Aussagen in diesem Beitrag. Sollten sich widersprüchliche Angaben zwischen diesem Beitrag und dem KI-Papier ergeben, sind die im KI-Papier festgelegten Informationen maßgeblich.

KIs und insbesondere KI-Generatoren sind für die rechtswissenschaftliche Literatur, der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber noch unbekanntes Terrain. Der Gesetzgeber hat die Entwicklungen in diesem Bereich zumindest wahrgenommen und arbeitet derzeit an einer EU-Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (nachfolgend KI-VOE).⁴⁰ Dort sollen KIs in Gefahrenstufen eingeteilt werden und je nachdem welche Gefahrenstufe für eine KI vorliegt, hat dies vor allem für die Anbieter der KIs Auswirkungen. Da diese Verordnung zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrages noch nicht das volle Gesetzgebungsverfahren durchlaufen hat, sollten die Regelungen und hier getätigten Aussagen zu dem Entwurf der Verordnung noch mit einem kleinen Fragezeichen versehen werden. Nach

³⁷ Lindner, Microsoft bringt Open-AI ins Büro, ChatGPT: Microsoft bringt Open AI in Word, Outlook und Powerpoint (faz.net)

³⁸ Ein Large-Language-Model ist eine leistungsstarke KI-Anwendung, die auf umfangreichen Textdaten trainiert wurde und in der Lage ist, einen menschenähnlichen Text zu generieren und zu verstehen. Auf diesem Prinzip basiert u.a. ChatGPT.

³⁹ Abrufbar unter: <https://www.uni-due.de/e-learning/download.php>

⁴⁰ Ein Entwurf kann hier eingesehen werden: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>

derzeitigem Stand hätte die Verordnung nur an einer Stelle dieses Beitrages einen unmittelbaren Einfluss, weshalb dort auf die Verordnung nochmal eingegangen werden soll.⁴¹

Bevor hier weiter auf die rechtlichen Fragen eingegangen wird, soll kurz und stark vereinfacht anhand von ChatGPT erklärt werden, wie solche KI-Textgeneratoren funktionieren. ChatGPT wurde so programmiert, dass die Antworten sich möglichst menschlich anhören. Man soll das Gefühl haben, mit einem echten Menschen per Chat kommunizieren zu können. Um möglichst menschlich zu klingen, schaut sich ChatGPT an, was es bisher geschrieben hat, den vom Nutzer eingegebenen Prompt, sowie die bisherige Konversation und berechnet dann, mit welcher Wahrscheinlichkeit welches Wort oder welche Wortteile (diese werden als Tokens bezeichnet) als nächstes angefügt werden können. Aus den wahrscheinlichsten Tokens wählt ChatGPT zufällig eines aus. Dies führt dazu, dass, selbst wenn man ChatGPT die gleiche Frage stellt, Antworten mit unterschiedlichem Inhalt oder verschiedenen Formulierungen erhalten kann.⁴²

Ein großer Nachteil besteht darin, dass ChatGPT noch nicht auf aktuelle Daten zurückgreifen kann und keinen ausreichenden „Faktenchecker“ beinhaltet. Die Antworten von ChatGPT können inhaltlich somit komplett falsch sein. Bei einem Versuch eine Bachelorarbeit zu verfassen, fiel sogar auf, dass ChatGPT einige Quellenangaben erfunden hatte. Die zitierten Literaturangaben existierten nicht.⁴³ Dennoch dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis eine KI entwickelt wird, die die derzeitigen Probleme von ChatGPT behebt.

Es dürfte nach dem aktuellen Stand der Technik nur unter äußerst schwierigen Bedingungen für die Hochschule nachweisbar sein, ob es sich bei einem Text um einen KI-generierten Text handelt oder ob er von einem Menschen stammt.⁴⁴ In einem Plagiatsfall vergleicht man normalerweise, den von den Studierenden verfassten Text mit einem Referenztext, um festzustellen, ob ein Plagiat vorliegt. Dies ist bei KI-generierten Texten nicht möglich, da es schlicht an einem Referenztext fehlt. Zwar wurde schon spezielle Software zur

⁴¹ Siehe hierzu Kapitel 4.3

⁴² Einen guten Überblick über die Funktionsweise gibt Dr. Thomas Arnold in seinem Vortrag „ChatGPT für Nicht-Informatiker*innen“ abrufbar auf YouTube unter folgenden Link: <https://www.youtube.com/watch?v=-c8ogAwX6KI>

⁴³ Ciesielski/Barthe, Bachelorarbeit in drei Tagen mit ChatGPT?, <https://www.br.de/nachrichten/wissen/bachelorarbeit-in-drei-tagen-mit-chatgpt-kuenstliche-intelligenz,TZo8lwF>

⁴⁴ Näheres zur Entdeckung und Nachweisebarkeit in Birnbaum, ChatGPT und Prüfungsrecht, NVwZ 2023, 1127, 1130 f.

Erkennung von KI-generierten Texten veröffentlicht, jedoch hatten diese bisher eine zu hohe Fehlerquote, um als entsprechender Nachweis zu dienen.⁴⁵

Darüber hinaus bestehen datenschutzrechtliche Bedenken bei der Nutzung von ChatGPT. So haben deutsche Datenschutzbehörden bereits Bedenken geäußert.⁴⁶ Die italienische Datenschutzbehörde ließ ChatGPT sogar kurzzeitig sperren. So ist beispielsweise unklar, ob die Trainingsdaten für die KI rechtmäßig erhoben wurden oder was mit Daten der Nutzer:innen passiert.⁴⁷ Es ist anzunehmen, dass ähnliche Bedenken auch bei anderen Anbietern auftreten könnten.

Ein weiteres aufkommendes Problemfeld in diesem Kontext betrifft den Bereich des Urheberrechts.⁴⁸ Insbesondere ist noch zu klären, wer Urheber von einem KI-generierten Text ist. Erste Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur gehen davon aus, dass grundsätzlich weder die KI selbst noch dessen Anbieter Urheber i.S.d. Urhebergesetzes von einem KI-generierten Text sind, da nur Werke geschützt werden, die eine schöpferische Gestaltung eines Menschen voraussetzen.⁴⁹ Der Nutzer, der einen Text von einer KI mit einem Prompt generieren lässt, dürfte regelmäßig auch nicht als Urheber infrage kommen, da die gestalterische Tätigkeit von der KI derjenigen des Nutzers überwiegt. Inwieweit ein Text, der von einem Nutzer durch die Eingabe mehrere Prompts immer weiter verändert wurde, eine ausreichend schöpferische Gestaltung darstellt, um als geschütztes Werk i.S.d. Urhebergesetzes zu gelten, dürfte in der Rechtswissenschaft noch intensiv diskutiert werden und vor allem vom Einzelfall abhängen. Die bloße Reproduktion eines bereits urheberrechtlichen geschützten Werkes durch einen KI-Generator lässt das ursprüngliche Urheberrecht nicht entfallen.⁵⁰

⁴⁵ Einen Überblick über die vorhandene Erkennungssoftware bietet Holski, So erkennen Sie KI-Texte, abrufbar: <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/chatgpt-so-erkennen-sie-ki-texte/29173354.html>

⁴⁶ ChatGPT droht auch in Deutschland Datenschutzträger, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/chatgpt-droht-auch-in-deutschland-datenschutztraeger-a-36d48232-0f0b-4d94-a953-c55c2603c15f>

⁴⁷ Einführend zu den datenschutzrechtlichen Problemen: Krönke, Attention Is All You Need: ChatGPT und die DSGVO, VerfBlog, 2023/4/14, <https://verfassungsblog.de/attention-is-all-you-need/>

⁴⁸ Allgemein zum Urheberrecht in Lehre und Prüfungen sind die FAQ des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zu empfehlen, abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/bmbf/shared-docs/kurzmeldungen/de/was-forschende-und-lehrende-wissen-sollten.html>

⁴⁹ Hoeren, Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, S. 26f.

⁵⁰ von Welser, ChatGPT und Urheberrecht, GRUR-Prax 2023, 57, 58.

4.1 KI-Generatoren bei der Aufgabenerstellung

KI-Generatoren könnten dazu genutzt werden, um Aufgaben für Prüfungen zu erstellen.

Die Prüfenden müssen grundsätzlich ihre Prüfertätigkeit eigenverantwortlich ausführen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie sich alle ihre Prüfungsaufgaben selbst ausdenken müssen. So kann bereits jetzt bei der Aufgabenauswahl auf Aufgaben von Dritten zurückgegriffen werden, solange keine Urheberrechte oder sonstiger Rechte Dritter verletzt werden. Dennoch ist bei der Verwendung von ChatGPT zur Aufgabenerstellung Vorsicht geboten. Aufgaben, die von ChatGPT erzeugt werden, könnten den allgemeinen Anforderungen nicht gerecht werden. So könnte eine unlösbare oder widersprüchliche Aufgabe erstellt werden oder erstellte Aufgaben könnten nicht mehr den Zweck der Prüfung erfüllen. Sollte also ChatGPT als Inspirationsquelle zur Aufgabenerstellung genutzt werden, sollte von den Prüfenden immer überprüft werden, ob diese Aufgabe den allgemeinen Anforderungen entspricht.

Auf einen Sonderfall soll hier noch eingegangen werden. Es ist durchaus denkbar, von einem KI-Generator einen Text generieren zu lassen, damit die Studierenden diesen Text anschließend analysieren können. Wichtig ist hierbei jedoch darauf zu achten, dass die Studierenden nicht selbst individuell durch die Eingabe eines Prompts den Text generieren. Aufgrund der Zufälligkeit der generierten Texte wäre so ein ähnlicher Schwierigkeitsgrad der Prüfungsaufgaben zwischen den Studierenden kaum zu gewährleisten und würde dadurch einen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit bedeuten. Daher müssen die Studierenden entweder alle denselben KI-generierten Text erhalten oder die Prüfenden müssen für jeden einzelnen Studierenden so lange einen Text mit der KI generieren, bis alle Texte einen ähnlichen Schwierigkeitsgrad haben.

4.2 KI-Generatoren während der Prüfung

Ob und wie KI-Generatoren während einer Prüfung eingesetzt werden dürfen, hängt vom Einzelfall der jeweiligen Prüfung ab. Zunächst müssen sich die Prüfenden selbst überlegen, wie sie den Umgang mit den neuen KI-Generatoren gestalten möchten. Hier stellt sich die Frage, ob man den Einsatz verbieten, erlauben oder nur unter Einschränkungen erlauben möchte. Bei dieser Frage kommt es auch darauf an, welche Studienziele durch die Prüfung abgefragt

werden sollen. Würde der Einsatz von KI-Generatoren den abzufragenden Kompetenzen entgegenstehen, ist der Einsatz zu verbieten.

Hinzu kommt die Frage, ob und wie die Übernahme von Texten eines KI-Generators gekennzeichnet werden muss. Grundsätzlich besteht eine Kennzeichnungspflicht, wenn eine Eigenständigkeit der Prüfung verlangt und durch eine entsprechende Eigenständigkeitserklärung abgesichert ist.⁵¹ Die Eigenständigkeitserklärung muss ChatGPT oder andere KI-Generatoren nicht gesondert ansprechen. Ein entsprechender Passus kann aus deklaratorischen Gründen zu der Erklärung hinzugefügt werden.

Eine Eigenständigkeitserklärung könnte daher wie folgt lauten: *„Ich versichere, dass die vorliegende Arbeit [...] selbstständig [...] und ohne fremde Hilfe verfasst worden ist, dass keine anderen Quellen und Hilfsmittel als die angegebenen benutzt worden sind und dass die Stellen der Arbeit, die anderen Werken – auch elektronischen Medien – dem Wortlaut oder Sinn nach entnommen wurden, auf jeden Fall unter Angabe der Quelle als Entlehnung kenntlich gemacht worden sind.“*⁵²

Wenn etwas wortwörtlich von einem KI-Textgenerator übernommen wird, sollte es „klassisch“⁵³ zitiert werden. Sollte ein KI-Textgenerator als Inspirationsquelle oder Denkanstoß verwendet werden, ist dies als Hilfsmittel zu kennzeichnen.⁵⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit der Einsatz eines KI-Textgenerators gegen die Grundsätze für die Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis an der Universität Duisburg-Essen⁵⁵ (im folgenden GwP) verstößt. So könnte der unmarkierte Einsatz von KI-Textgeneratoren ein wissenschaftliches Fehlverhalten i.S.d. § 10 GwP sein. Da beispielsweise ChatGPT öfter Quellen oder sonstige Informationen erfindet, dürfte es sich in den Fällen um eine zumindest grob fahrlässig verursachte Verwendung von falschen Angaben handeln, § 10 Abs. 2 Nr. 1 GwP. Des Weiteren könnte ein Verstoß gegen § 10 Abs. 2 Nr. 6 lit. a GwP vorliegen. Bei der Verwendung von KI-generierten Texten könnte eine Erlangung einer Autorenschaft ohne einen eigenen

⁵¹ Hoeren, Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, S. 29.

⁵² Beispiel aus: Hoeren, Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, S. 32f.

⁵³ Einen Überblick darüber, wie man ChatGPT zitieren kann, ist unter folgenden Link abrufbar: <https://guides.library.uq.edu.au/referencing/chatgpt-and-generative-ai-tools>

⁵⁴ Hoeren, Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, S. 29.

⁵⁵ Abrufbar unter: https://www.uni-due.de/imperia/md/content/zentralverwaltung/bereinigtesammlungen/3-50_gwp_2023.pdf

wissenschaftlichen Beitrag vorliegen. Hierfür dürfte es in Anlehnung an die Eigenständigkeit der Studierenden darauf ankommen, ob bei dem Beitrag eine signifikante wissenschaftliche Eigenleistung des Verfassenden erbracht wurde. Ist diese nicht gegeben, liegt ein Verstoß gegen § 10 Abs. 2 Nr. 6 lit. a GwP vor. Demnach würde der unmarkierte Einsatz von KI-Textgeneratoren einen Verstoß gegen die Grundsätze für die Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis darstellen. Sanktionsmöglichkeiten für die Studierenden ergeben sich dennoch ausschließlich aus fachspezifischen Prüfungsordnungen, § 20 Abs. 2 GwP.

Darüber hinaus dürfte eine Prüfungsleistung, die lediglich auf Antworten eines KI-Generators beruht, keinen tauglichen Prüfungsgegenstand darstellen, da dieser als Grundlage für einen Leistungsnachweis der jeweiligen Studierenden untauglich ist. Davon abzugrenzen sind die Prüfungen, in denen (zukünftig) der Umgang mit solchen KI-Generatoren Teil der abzurufenden Studienziele ist bzw. sein wird. In diesen Fällen sollte jedoch nicht nur der Output des KI-Generators maßgeblich sein, sondern vielmehr sollte der Input der Studierenden die Grundlage für die Leistungsbewertung bilden.

Eine weitere Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellen könnte, ist, ob man die Studierenden dazu verpflichten kann, einen KI-Generator zu benutzen. Auch hier dürfte es auf den Einzelfall ankommen. Am Beispiel von ChatGPT lassen sich dabei gut die aufkommenden Probleme darstellen. Zum einen könnte die generelle Nutzung des KI-Generators an sich schon datenschutzrechtlich bedenklich sein.⁵⁶ Zum anderen bedarf es für die Erstellung eines Accounts zur Nutzung von ChatGPT aktuell einer Handynummer. Eine Verpflichtung zur Nutzung von ChatGPT würde somit dazu führen, dass die Studierenden dazu gezwungen wären, ihre Handynummer bei OpenAI zu hinterlegen. Dies dürfte jedoch gegen Art. 6 DSGVO verstoßen, da so weder eine Einwilligung aufgrund einer fehlenden Freiwilligkeit der Studierenden noch ein sonstiges öffentliches Interesse an der Datenverarbeitung bestünde. Eine Lösung hierfür könnten Accounts sein, die von der Hochschule erstellt und den Studierenden zur Verfügung gestellt werden.

⁵⁶ Zur datenschutzrechtlichen Problematik bei ChatGPT Krönke, Attention Is All You Need: ChatGPT und die DSGVO, VerfBlog, 2023/4/14, <https://verfassungsblog.de/attention-is-all-you-need/>

4.3 Einsatz von KI-Generatoren zur Bewertung von Prüfungen

Der Einsatz von KI-Generatoren wie ChatGPT bei der Bewertung dürfte unzulässig sein, da KI-Generatoren bei der Erstellung von Texten einen Zufallsfaktor verwenden, sodass die Bewertung sprichwörtlich gewürfelt werden würde und somit einen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit nach Art. 3 GG darstellt. Davon abzugrenzen sind die Fälle, bei denen eine KI speziell dafür entwickelt wurde, um Prüfungen zu korrigieren. In diesem Fall wäre die KI mit einem „menschlichen“ Korrekturassistenten vergleichbar. Der Einsatz von Korrekturassistenten ist dann zulässig, wenn diese sich an strikte Vorgaben des Prüfenden zu halten haben, sodass diese nicht als fremdes Werturteil des Korrekturassistenten gesehen werden kann.⁵⁷ Diese Grundsätze sind auf eine KI als Korrekturassistenten anwendbar. ChatGPT würde aktuell diesen Anforderungen nicht gerecht werden, da der zuvor genannte Zufallsfaktor dazu führen könnte, dass die strikten Vorgaben der Prüfenden nicht in jedem Fall eingehalten werden.

Dazu kommt, dass nach dem aktuellen Entwurf der EU-Verordnung eine KI, die zur Bewertung von berufsbezogenen Prüfungen herangezogen wird, als Hochrisiko-KI-System gemäß Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 3 lit. b) KI-VO-E eingestuft werden dürfte. Dies hätte zur Folge, dass die Hochschule in diesen Fällen einige Maßnahmen treffen müsste, um KIs an dieser Stelle einsetzen zu können. So müsste beispielsweise nach Art. 9 der KI-VO-E ein Risikomanagementsystem errichtet werden und es besteht eine besondere Aufzeichnungs- und Dokumentationspflicht, sowie eine höchstmögliche Transparenz für die Nutzer einer solchen KI.

4.4 Fazit

Die technologischen Entwicklungen sind in diesem Bereich bei weitem noch nicht abgeschlossen. Dem entsprechend kann sich bei neuen Entwicklungen immer eine neue Rechtslage ergeben. Nicht nur aus juristischer Sicht ist es spannend, ob in Zukunft eine Methode entwickelt wird, mit der sicher nachgewiesen werden kann, wann ein Text von einer KI erzeugt wurde. Bis dahin sollten die Lehrenden vor allem darauf achten, dass ihre Prüfungen so konzipiert sind, dass weiterhin mit dem Prüfungsformat die Studienziele abgefragt

⁵⁷ Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 321.

werden können und Täuschungen durch den Einsatz von KI möglichst vermieden werden.

5 Ausblick

Im Rahmen des PITCH-Projekts wurden bereits einige rechtliche Fragestellungen behandelt. Viele davon betrafen digitale Prüfungen an sich, aber auch viele innovative Prüfungsformate, die nicht unmittelbar eine digitale Prüfung (also Online-Prüfungen und Prüfungen in elektronischer Form) betrafen, konnten rechtlich begleitet werden. Gerade aufgrund der Digitalisierung ergeben sich für die Prüfenden immer mehr Optionen, wie sie ohne großen Aufwand ihre Prüfungen optimieren können. Größere Potenziale für mehr Freiraum für die Prüfenden und die Studierenden bieten noch die Online-Prüfungen. Aufgrund der neu gefassten HDVO dürften in dem Bereich bald neue Fragen bei den Lehrenden ergeben.

Darüber hinaus kann sich gerade im Hinblick auf die Entwicklungen im Bereich der KI-Generatoren die Frage gestellt werden, inwieweit eine Online-Prüfung noch eine sinnvolle Alternative darstellt, da dort im Vergleich zu Präsenz-Prüfungen der Einsatz kaum kontrolliert werden kann. Es bleibt abzuwarten, wie sich sowohl die tatsächlichen als auch die rechtlichen Rahmenbedingungen in Zukunft gestalten werden.

6 Literaturverzeichnis

- Birnbaum, Christian: Bildungsrecht in der Corona-Krise, 1. Auflage, München 2021
- Birnbaum, Christian: ChatGPT und Prüfungsrecht, NVwZ 2023, 1127
- von Coelln, Christian/Schemmer, Julian: BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 29. Edition, München 2023
- Escher-Weingart, Christina: Die Prüfung – das unbekannte Wesen, 2021
- Fischer, Edgar/Jeremias, Christoph/Dieterich, Peter: Prüfungsrecht, 8. Auflage, München 2022
- Forgó, Nikolaus/Graupe, Simon/Pfeiffenbring, Julia: Gutachten über rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, Essen 2016

Heckmann, Dirk/Rachut, Sarah: E-Klausur und elektronische Fernprüfung,
Berlin 2023
Salden, Peter/Leschke, Jonas/Hoeren, Thomas: Didaktische und rechtliche
Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, 2023
Krönke, Christoph: Attention Is All You Need: ChatGPT und die DSGVO,
VerfBlog, 2023/4/14, <https://verfassungsblog.de/attention-is-all-you-need/>
von Welser, Marcus: ChatGPT und Urheberrecht, GRUR-Prax 2023, 57