

Gutachten: Rechtliche Ausgestaltung der Videokonferenz-Lehre und Zulässigkeit einer Videopflicht

Projekt Rechtsinformationsstelle Digitale Hochschule NRW

Leitung Prof. Hoeren, Uni Münster

23. November 2020

wissenschaftlicher Mitarbeiter Julian Albrecht

Fragestellungen

Auf welche genaue(n) Rechtsgrundlage(n) lassen sich Datenverarbeitungen bei der Durchführung von Videokonferenzen in der Lehre (nicht: Prüfung) stützen? Unter welchen Umständen kann eine Pflicht zur Videoteilnahme vorgesehen werden?

Hintergrund

Die genaue rechtliche Ausgestaltung der synchronen Lehre via Videokonferenz ist auch einige Monate nach Beginn der flächendeckenden digitalen Lehre noch nicht gänzlich geklärt. Unsicherheit besteht insbesondere bei der Frage, ob Veranstaltungen mit einer Videopflicht für Studierende versehen werden können. Auch im Rahmen des Webinars vom 4.11.2020 erreichten uns hierzu viele Nachfragen. Dieses Kurzgutachten soll einen Beitrag zur Klärung dieser Fragen leisten.

Zusammenfassung

Bei Videokonferenzen werden personenbezogene Daten verarbeitet, weshalb es gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO einer Rechtfertigung bedarf. Eine gesetzliche Grundlage ist gegenüber einer Einwilligung der Studierenden in jedem Einzelfall als Rechtfertigung für den Basisfall der Lehre via Videokonferenz ohne Video- oder Klarnamenpflicht vorzuziehen.

Es bestehen Zweifel, ob bereits bestehende Normen auf Ebene der Landesgesetze und -verordnungen in NRW den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügen. Um Zweifeln zuvorzukommen, ist es empfehlenswert, wenn die Hochschulen jeweils eine eigene Satzung schaffen, die die Nutzung von Videokonferenzen zu Lehrzwecken vorsieht. Bis 31.12.20 können sie sich dabei auf § 8 Abs. 1 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung NRW stützen (eine Nachfolgeregelung ist laut Pressemitteilung in Arbeit; sie soll mindestens bis zum Ende des Wintersemesters gelten). Die Satzung muss verhältnismäßig sein.

Die Verhältnismäßigkeit entscheidet insbesondere über die Zulässigkeit der genauen satzungsmäßigen Ausgestaltung der Videokonferenz-Lehre. Unseres Rechtsauffassung nach gilt folgendes:

- Eine Klarnamenpflicht unzulässig. Ein milderer Mittel ist eine Pflicht zu „respektvoller Namensgebung“, die die Wahl von Fantasienamen (z.B. Andreas Müller) weiter zulässt. Gegen Namen, die das wissenschaftliche Gespräch stören können (z.B. Avenger63), kann auf einer solchen Grundlage ebenfalls vorgegangen (Aufforderung - vorübergehender Ausschluss – vollständiger Ausschluss) werden.
- Eine allgemeine Videopflicht ist unzulässig.
- Eine Videopflicht könnte in folgenden Fällen zulässig sein:
 - Dialogische Kleinstveranstaltungen, die nach Konzeption der Hochschullehrerin / des Hochschullehrers und tatsächlicher Durchführung auf eine Interaktion mit allen Teilnehmern angewiesen sind.
 - Bei kleinen Veranstaltungen mit Präsenzplicht.
 - Bei großen Veranstaltungen mit Präsenzplicht vorübergehend (eingangs und ggfs. ausgangs der Veranstaltung).

Unberührt von der teilweisen Unzulässigkeit einer *Videopflicht* bleibt die Möglichkeit erhalten, dass Hochschullehrende die Studierenden Angabe ihres Klarnamens oder um Einschaltung der Kamera bitten. Schalten die Studierenden ihre Kameras ein, liegt darin eine konkludente Einwilligung zur Datenverarbeitung, die nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann. Die Datenverarbeitung erfolgt dann auf gesetzlicher Grundlage, soweit der Basisfall betroffen, und für den überschießenden Teil aufgrund einer Einwilligung.

Die Bitte muss unbedingt mit einem Hinweis auf die Freiwilligkeit kombiniert werden. Es darf nicht einmal der Eindruck entstehen, dass eine Verweigerung der Videoteilnahme mit negativen Konsequenzen (z.B. schlechtere Note) verbunden ist. Andernfalls würde ein Gericht angesichts der für die Freiwilligkeit besonders sensiblen Subordinationsverhältnisses zwischen Hochschulen und Studierenden schnell zur Auffassung gelangen, es liege zwar eine Einwilligung vor, diese sei aber nicht *freiwillig* erteilt.

Bei den gefundenen Ergebnissen ist zu beachten, dass Rechtsprechung noch nicht verfügbar ist, sodass die Schlüsse nicht mit letzter Sicherheit gezogen werden können. Die spärliche Literatur wurde berücksichtigt und an entsprechenden Stellen gekennzeichnet.

Inhaltsverzeichnis

Fragestellungen	1
Hintergrund	1
Zusammenfassung.....	1
Inhalt.....	3
Kurzgutachten	4
I. Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO	4
II. Rechtsgrundlage im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO.....	5
1. Anforderungen	5
2. Keine Rechtsgrundlage auf Landesebene	5
3. Schaffen einer Rechtsgrundlage durch die Hochschulen	6
4. Verhältnismäßigkeit (insb. von Klarnamen-, Videopflicht u.Ä.)	7
a) Basisfall	8
b) Klarnamenpflicht	8
c) Videopflicht (Zwang zur Teilnahme mit laufendem Video).....	9
aa) Veranstaltungen ohne Präsenzplicht	9
bb) Veranstaltungen mit Präsenzplicht.....	11
d) Zwischenergebnis	12
III. Zusammenführung: Satzung für den Grundfall, im Übrigen Einwilligung.....	12
Ergänzende Literaturhinweise.....	13

Kurzgutachten

Bei Lehrveranstaltungen mittels Videokonferenzen werden verschiedene personenbezogene Daten verarbeitet, weshalb es gem. Art. 6 DSGVO einer Rechtfertigung bedarf. In Betracht kommt hierzu sowohl eine Einwilligung der Studierenden gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO als auch eine Verarbeitung im öffentlichen Interesse gem. Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO. Letzteres bedarf einer konkretisierenden Norm im europäischen oder mitgliedstaatlichen Recht, die eine Datenverarbeitung zu einem bestimmten im öffentlichen Interesse liegenden Zweck vorsieht.

I. Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO

Einwilligungen sollten von Hochschulen mit Bedacht genutzt werden. An dem Vorliegen der notwendigen Freiwilligkeit (Art. 7 DSGVO, Erwägungsgrund (EG) 42 S. 4 DSGVO) bestehen im Verhältnis zwischen Studierenden und Hochschulen grundsätzlich Zweifel (EG 43 S. 1 DSGVO). Zwar können diese im Einzelfall überwunden werden („in Anbetracht aller Umstände“, EG 43 S. 1 DSGVO).¹ Einwilligungen erfordern aber mehr „rechtlichen Begleitungsaufwand“ als eine gesetzliche Norm als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung. Wollte man bereits den Grundfall der Lehre via Videokonferenz mit einer Einwilligung rechtfertigen, müsste man für jede Einzelfallveranstaltung einzeln die Alternativen der Studierenden prüfen und bewerten, ob ihnen bei Ausschlagen der Einwilligung wesentliche Nachteile entstehen. In der Bewertung müsste man danach differenzieren, ob die Teilnahme an einer Veranstaltung mit Videokonferenz für den Studienverlauf notwendig ist, ob dieselbe auch in Präsenz oder als Videokonferenz verfügbar ist, ob alternative Veranstaltungen ohne Videokonferenz angeboten werden, die im Studienverlauf auch weiterführen usw.²

Vorzugswürdig erscheint daher eine Rechtfertigung auf gesetzlicher Grundlage (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO), soweit dies möglich ist (dazu sogleich, II.).

Nicht ausschlaggebend für diese Empfehlung ist hingegen die manchmal genannte Widerruflichkeit der Einwilligung. Mit einem Widerruf entfällt die Rechtfertigungswirkung nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit, Art. 7 Abs. 3 DSGVO.

Speziell im Fall des Einsatzes von Videokonferenzsystemen ebenso wenig ausschlaggebend sind unseres Erachtens mögliche Beweisprobleme. Es ist richtig, dass der Verantwortliche die Erteilung einer Einwilligung nachweisen können muss, Art. 7 Abs. 1 DSGVO. Technisch bedingt liegt es jedoch in der Macht der Studierenden, ob und wie (mit Bild, Ton oder ohne) sie an einer Videokonferenz teilnehmen. Sobald sie entsprechend an einer Konferenz teilnehmen, liegt darin daher eine Einwilligung durch schlüssiges Verhalten (konkludente Einwilligung). Eine Einwilligung muss nicht ausdrücklich und auch nicht schriftlich erfolgen. Sofern die:der Lehrende eine schriftliche Einladung zu der Videokonferenz vorweisen kann (z.B. in einer Email oder im Learnmanagementsystem) mit Hinweisen auf die Freiwilligkeit der Teilnahme und des Umfangs der Teilnahme, sowie zu der Datenschutzerklärung der Hochschule zur eingesetzten Software, sollte der Nachweis der Einwilligung gelingen. Wegen der Sensibilität des Subordinationsverhältnisses für die Freiwilligkeit muss ein solcher

¹ *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 50 f.; *Frenzel*, in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 10.

² *Fehling*, OdW 2020, 138, 147; *Roßnagel*, ZD 2020, 296, 297, der zwischen Pflicht- und Wahlveranstaltungen unterscheidet.

Hinweis aber unbedingt erfolgen und sollte auch dokumentiert werden. Es darf nicht einmal der Eindruck entstehen, dass mit einer Verweigerung der Einwilligung negative Konsequenzen verbunden sind. Dann aber kann die Vermutung gegen die Freiwilligkeit aus EG 43 S. 1 DSGVO widerlegt werden. Dies wird sogar für die Aufsicht von Online-Prüfungen vertreten³ - weshalb dies hier erst recht gelten muss für die weniger im Vergleich zur Prüfung freiere Situation der Lehre.

Wegen der oben genannten Erwägungen bleibt eine Rechtfertigung auf gesetzlicher Grundlage im Ergebnis aber vorzugswürdig.

II. Rechtsgrundlage im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO

Die genannte vorzugswürdige Rechtfertigung fußt auf Art. 6 Abs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO. Dieser ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, Rechtsnormen zu schaffen, die öffentlichen Stellen Datenverarbeitungen im öffentlichen Interesse erlauben. Auch das Satzungsrecht der Hochschulen fällt hierunter.

1. Anforderungen

An eine solche Rechtsgrundlage stellt die DSGVO zwei zentrale Anforderungen: Erstens muss sie hinreichend bestimmt sein, das heißt die ermöglichten Datenverarbeitungen müssen für Bürger hinreichend vorhersehbar sein. Zweitens muss die Norm einem legitimen Zweck dienen und bezogen hierauf geeignet, erforderlich und angemessen sein (Verhältnismäßigkeit). Aus Erwägungen der Verhältnismäßigkeit ergeben sich auch die Möglichkeiten und Grenzen einer Videopflicht (siehe dazu unten 4.c), S. 6 f.).

2. Keine Rechtsgrundlage auf Landesebene

Möglicherweise besteht bereits eine Rechtsgrundlage für Lehre via Videokonferenz in Landesgesetzen oder -Verordnungen.

Im Landesdatenschutzgesetz NRW oder im Hochschulgesetz NRW findet sich keine Norm, die die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Lehre zum Gegenstand hat. In der spärlich verfügbaren Literatur zum bereichsspezifischen Datenschutz an Hochschulen wird teilweise vertreten, dass allein die allgemeinen §§ 58 ff. HG NRW als Aufgabenzuweisungsnormen schon ausreichen als Rechtsgrundlagen im Sinne des § 6 Abs. 1 lit. e DSGVO.⁴

Dieser Auffassung stehen jedoch deutliche Bedenken entgegen. Zwar scheinen die Anforderungen der DSGVO an die Bestimmtheit einer Rechtsgrundlage nicht allzu hoch ausgestaltet zu sein (Art. 6 Abs. 3 S. 3 DSGVO, „kann spezifische Bestimmungen [...] enthalten“; EG 41 S. 2 DSGVO „sollte jedoch klar und präzise [...] und] vorhersehbar sein“ [Hervorh. jeweils durch den Verf.]). Nach EG 41 S. 1 DSGVO gelten aber auch die jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben der Mitgliedsstaaten. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht beginnend mit dem Volkszählungsurteil verschiedene Prinzipien des Datenschutzes hergeleitet, darunter besondere Anforderungen an die Bestimmtheit von

³ Fehling, OdW 2020, 137, 147.

⁴ Roßnagel, ZD 2020, 296, 297; Golla, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 23 Datenschutz in Forschung und Hochschullehre, Rn. 79-84; a.A. Sandberger, OdW 2020, 155, 166-167, wonach datenschutzrechtliche Spezialbestimmungen für den Hochschulbereich bisher (Stand Juni 2020) gänzlich fehlen und die Hochschulen auf die Umstellung auf den digitalen Lehrbetrieb datenschutzrechtlich praktisch nicht vorbereitet sind.

Ermächtigungsgrundlagen.⁵ Danach muss „der Anlass, der Zweck und die Grenzen“ der Datenverarbeitung grundsätzlich „bereichsspezifisch und präzise“ festgelegt werden.⁶ §§ 58 ff. HG NRW nennen nicht einmal Datenverarbeitungen in ihren Bestimmungen. Daher erscheint es zweifelhaft, ob die Anforderungen an die Bestimmtheit hier erfüllt sind. Für diese Auffassung spricht auch, dass der Landesgesetzgeber in den §§ 7 f. HG NRW durchaus explizite Regelungen für Datenverarbeitungen getroffen hat, diese sich aber auf die Durchführung von Evaluationen, Immatrikulationen und Qualitätsmanagement beschränken.

Demnach sollte man sich nicht auf die §§ 58 ff. HG NRW als Rechtsgrundlagen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO verlassen.

§ 3 Abs. 3 S. 2 HG NRW ist ein Auftrag an die Hochschulen, Online-Lehrangebote zu konzipieren und stellt noch keine Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen dar. In der aktuell noch bis 31.12.20 geltenden Corona-Epidemie-Hochschulverordnung vom 8.6.20 (CoEpHSVO) (die Nachfolgeregelung ist noch in Bearbeitung) findet sich ebenfalls kein Hinweis auf Datenverarbeitungen.

Im Ergebnis muss festgestellt werden, dass Zweifel daran bestehen, ob eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch Videokonferenzsysteme im Rahmen der Lehre bereits auf landesgesetzlicher und Verordnungsebene besteht. Um auf rechtssicherer Grundlage zu operieren, empfiehlt es sich für Hochschulen, mittels Satzungsrechts selbst eine Rechtsgrundlage zu schaffen, die jedenfalls den Bestimmtheitsanforderungen genügt.

3. Schaffen einer Rechtsgrundlage durch die Hochschulen

Mit § 8 Abs. 1 CoEpHSVO sind die Rektorate in NRW hierzu in einer Art Schnellverfahren ermächtigt. Sie können „hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung von Lehrveranstaltungen“ Regelungen erlassen. Mit dieser Ermächtigung können die Rektorate abweichend vom ordentlichen Verfahren ohne Beteiligung weiterer Gremien entsprechende Regelungen erlassen. Die Verordnung gilt noch bis zum 31.12.20. Nach einer Pressemitteilung des Ministeriums sollen zumindest ähnliche Regeln noch bis zum Ende des Wintersemesters fortgelten. Die Nachfolgeregelung Stand 17.11.20 wurde noch nicht veröffentlicht. Im Übrigen könnte auf die allgemeine Satzungsbefugnis zurückgegriffen werden. Soweit die Norm mangels ausreichender Verordnungsermächtigung (in § 82a HG NRW fehlt die Nennung der Abweichung von Regelungen zur Lehre) für rechtswidrig gehalten wird⁷, könnte eine entsprechende Regelung wohl auch auf die allgemeine Satzungsautonomie der Hochschulen aus § 2 Abs. 4 S. 1 HG NRW gestützt werden, weil die Lehre zur Kernaufgabe der Hochschulen gehört.

Hier geprüft wird zunächst eine Regelung, die die Lehre via Videokonferenz datenschutzrechtlich rechtfertigt, in dem Fall, dass Hochschullehrende sich zu einer entsprechenden Lehrform entscheiden. Eine andere und hiervon getrennt zu untersuchende Frage ist, ob Lehrende zu einer entsprechenden Lehrform angewiesen werden können. Dabei stellen sich komplizierte Fragen des Dienstrechts und der Reichweite der Lehrfreiheit.⁸ Der Übersichtlichkeit halber geht es im Folgenden weiter um den

⁵ BVerfGE 65, 1 (44, 46); 100, 313 (359 f., 372); 110, 33 (53); 113, 348 (375); 115, 320 (365).

⁶ BVerfGE 100, 313 (359 f., 372); BVerfGE 113, 348 (375) = NJW 2005, 2603.

⁷ So eine Überlegung bei *Klostermeyer*, RiDHnrw_20.10.2020_Pflicht-zur-Hybrid-Veranstaltung, S. 3.

⁸ Siehe hierzu *Klostermeyer*, RiDHnrw_20.10.2020_Pflicht-zur-Hybrid-Veranstaltung, S. 1-5; *Albrecht*, RiDHnrw_01.07.2020_Kurztgutachten Austausch mitgeschnittener Vorlesungen auf privaten Plattformen durch Studierende, S. 2-4.

Grundfall, dass Hochschullehrende eine entsprechende Lehrform selber auswählen und anbieten wollen.

Um datenschutzrechtlichen Vorgaben zu genügen, sollte in einer entsprechenden Regelung folgendes enthalten sein:

- Ausdrückliche Nennung des Zwecks der Lehre via Videokonferenz
- Explizite Beschränkung des Mittels (die Videokonferenz-Software) auf die Programme, die von der Hochschule ausgewählt wurden und zusammen mit einer Datenschutzerklärung bereitgestellt werden
- Hinweis auf die Erforderlichkeit des Einsatzes im konkreten Einzelfall als Zulässigkeitsvoraussetzung (z.B. „soweit erforderlich“)
- Ausdrückliche Normierung der Voraussetzungen und Folgen einer Videopflicht (soweit rechtlich zulässig (dazu sogleich))

4. Verhältnismäßigkeit (insb. von Klarnamen-, Videopflicht u.Ä.)

Die Rechtsgrundlage muss überdies verhältnismäßig sein. Sie muss also in Bezug auf einen Zweck, der im öffentlichen Interesse liegt, ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel vorsehen.

Legitimer Zweck zum Einsatz von Videokonferenzsystemen im Rahmen der Hochschullehre ist die Förderung der wissenschaftlichen Lehre. Hierzu gehört nach einer Konkretisierung des BVerfG auch das „wissenschaftliche Gespräch“.⁹ Darin angelegt kann man also auch Interaktion und aktive Teilnahme der Studierenden sehen.¹⁰

Zur Feststellung der Eignung, Erforderlichkeit, Angemessenheit bietet es sich an, zwischen verschiedenen Stufen der Videokonferenz-Lehre zu unterscheiden, die in ihrer datenschutzrechtlichen Eingriffsintensität zunehmen: Basisfall, Klarnamenpflicht, Videopflicht.

Beachte: Soweit einzelne Stufen im Folgenden als unzulässig erachtet werden, bleibt die Möglichkeit bestehen, die Datenverarbeitung auf der Grundlage einer freiwilligen Einwilligung der Studierenden zu rechtfertigen. Ausführungen zu dem Zusammenspiel von satzungsmäßiger Normierung des Basisfalls und einer Videopflicht in bestimmten Fällen sowie der Heranziehung von Einwilligungen im Übrigen folgen unten 4., S. 9 f. Praktisch heißt das, dass ein Bitten oder auch ein Auffordern zur Videoteilnahme immer möglich bleibt, sofern zugleich kommuniziert wird, dass eine Weigerung keine negativen Konsequenzen hat. Ein entsprechender Wunsch kann z.B. in einer Veranstaltungsbeschreibung zum Ausdruck gebracht werden etwa mit Hinweis auf pädagogische und motivationspsychologische Vorteile, wenn zugleich auf die Freiwilligkeit hingewiesen wird.

Im Folgenden nun zur Verhältnismäßigkeit der Normierung verschiedener Ausgestaltungen einer Videokonferenz-Lehre in einer Hochschulsatzung (Basisfall – Klarnamenpflicht – Videopflicht).

⁹ BVerfGE 35, 79, 113.

¹⁰ vgl. eingehender *Wellmann/John*, Grundfragen zu Datenschutz und Zoom im Vorlesungsbetrieb, S. 1 f.

a) Basisfall

Beim Basisfall werden nur die Login-Daten verarbeitet und solche, die technisch notwendig für die Durchführung einer Videokonferenz sind.

Jedenfalls solange eine Präsenzlehre infektionsrechtlich nicht zulässig ist (so die aktuelle Rechtslage in NRW, 23.11.20), ergeben sich hierbei keine Zweifel an der Verhältnismäßigkeit.¹¹ Zwar wäre eine Videokonferenz (asynchrone Lehre) oder ein Webinar ein milderes Mittel, jedoch mangels unmittelbarer Interaktion nicht gleich geeignet.¹² Der Eingriff ist durch die Verarbeitung von häufig nur pseudonymisierten Login-Daten vergleichsweise gering. Die Gewinne in Bezug auf die Zweckerreichung sind jedoch wegen der Ermöglichung von Interaktion und Gesprächen erheblich. Der Rahmen der Angemessenheit wird daher nicht verlassen.

b) Klarnamenpflicht

Über die Unzulässigkeit einer allgemeinen Klarnamenpflicht im Internet herrscht rechtswissenschaftlich bereits Einigkeit.¹³ Möglicherweise ist eine solche aber zulässig im Spezialfall der digitalen wissenschaftlichen Lehre. Es ist allerdings zweifelhaft, ob eine Klarnamenpflicht in Bezug auf die Erbringung wissenschaftlicher Lehre und einem wissenschaftlichen Gespräch geeignet ist. In einem wissenschaftlichen Gespräch steht die Sache im Vordergrund, nicht die Person und jedenfalls nicht der Name der Person. Die Person selbst bringt sich im Falle mündlicher Beteiligung ohnehin ein. Auch im Fall von Präsenzvorlesungen sind Teilnehmer nur im Ausnahmefall namentlich bekannt. Eine Klarnamenpflicht erscheint daher nicht geeignet.

Bessere Argumente anführen lassen sich für eine Pflicht zu „ernsthaften, respektvollen Namen“, also der Angabe des echten oder eines normalen Fantasienamens. Zwar ist reine Höflichkeit rechtlich kein tragender Aspekt. Im Kontext des „wissenschaftlichen Gesprächs“ ist die Herstellung von Rahmenbedingungen einer gewissen Ernsthaftigkeit allerdings ein zu berücksichtigender Aspekt. Treffend wurde in unserem Seminar angemerkt, dass es sich mit „Avenger63“ schwerlich ernsthaft diskutieren lässt. Ob Andreas Müller aber tatsächlich so heißt, oder in Wahrheit Klaus Schmidt, spielt für die wissenschaftliche Ernsthaftigkeit im mündlichen Austausch keine wesentliche Rolle.

Eine so ausgestaltete Pflicht sollte am besten in der Satzung der Hochschule selbst vorgesehen sein. Sie ließe sich in der Praxis der Lehre auf verhältnismäßige Weise dann gestuft durchsetzen: 1. Aufforderung zur Umbenennung unter Hinweis auf die Pflicht; 2. eigenmächtige Umbenennung durch den Lehrenden als Host (bei einigen Tools möglich); 3. Entfernen aus der Konferenz bei erneutem Verstoß. Dieses tatsächliche Vorgehen ist rechtlich dann vom virtuellen Hausrecht der Hochschule gedeckt, welches die:der Lehrende in seinen Videokonferenzen ausübt.¹⁴

¹¹ Unter Betonung des Krisenelements beschränkt *Fehling*, *OdW* 2020, 138, 149.

¹² *Ders.*, *OdW* 2020, 138, 149.

¹³ *Ohly*, *AfP* 2011, 428, 436; *Kersten*, *JuS* 2017, 193, 199; *Zander*, *ZRP* 2019, 207, 207 ff.

¹⁴ Näher hierzu *Fischer*, [RiDHnrw_04.09.20_Rechtliche_Einschätzung_Sanktionsmöglichkeiten_digitale_Lehre](#).

Im Ergebnis ist eine Klarnamenpflicht als unverhältnismäßig zu beurteilen. Ein milderer und im Ergebnis verhältnismäßiges Mittel zur Herstellung eines ernsthaften Diskussionsrahmens dürfte die Pflicht zur „ernsthaften, respektvollen Benennung“ sein, die die Möglichkeit einräumt, einen unauffälligen Fantasienamen zu wählen.

c) *Videopflicht (Zwang zur Teilnahme mit laufendem Video)*

Bei dieser Frage bietet sich zunächst eine Unterscheidung an zwischen Veranstaltungen, die (zulässigerweise) mit einer Präsenzpflcht versehen sind und solchen, die ohne Präsenzpflcht abgehalten werden.

aa) *Veranstaltungen ohne Präsenzpflcht*

Teilweise wird vorgeschlagen, dass man eine Aufforderung zur Videoteilnahme und Entfernung aus der Konferenz bereits auf ein virtuelles Hausrecht stützen könne. Damit wird vorgebracht, dass bereits eine Rechtsgrundlage existiere und eine darauf gestützte Erzwingung des Videos verhältnismäßig sei mit dem Argument, dass auch das Auffordern zur Ablegung einer Vermummung in der analogen Welt verhältnismäßig wäre.

Richtig ist, dass ein öffentlich-rechtliches Hausrecht für öffentliche Einrichtungen anerkannt ist und dies grundsätzlich auf den virtuellen Raum erstreckt wird.¹⁵ Allerdings bestehen Zweifel daran, ob angesichts der datenschutzrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen (siehe soeben) nicht eine Normierung nötig ist, sobald die Verarbeitung personenbezogener Daten auf ein ungeschriebenes öffentlich-rechtliches Hausrecht gestützt werden sollen.

Diese Frage kann aber dahinstehen, denn *jedenfalls* dürften die Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Hausrechts in der Regel nicht vorliegen, sodass gestützt hierauf in der Fläche Videoteilnahmen nicht erzwungen werden können. Das öffentlich-rechtliche Hausrecht ermöglicht es dem Inhaber, im Falle *nachhaltiger Störungen des Dienstbetriebes* Besucher des Hauses zu verweisen, auch wenn eine spezielle Hausordnung fehlt.¹⁶ Möglicherweise wird dies in der analogen Welt pauschal angenommen bei einer nicht-religiösen Vermummung, wobei uns hierzu keine Fundstelle bekannt ist (hingegen ist gesichert, dass Versammlungsteilnehmer in bestimmten Fällen einen Anspruch auf Ausnahme vom versammlungsrechtlichen Vermummungsverbot haben¹⁷). Jedenfalls im digitalen Raum einer Lehrveranstaltung mag es aufgrund eines schwarzen Bildschirms zu qualitativen Beeinträchtigungen kommen – eine *nachhaltige Störung* des Dienstbetriebes dürfte aber abgesehen vom Sonderfall dialogischer Kleinstseminare nicht vorliegen.

Überdies gälte für ein Vorgehen auf Grundlage des öffentlich-rechtlichen virtuellen Hausrechts wie für die Normierung einer speziellen Satzung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁸ Eine Videopflcht lässt sich über diesen Weg daher auch nicht leichter rechtfertigen. Die folgende Untersuchung zur Verhältnismäßigkeit gilt entsprechend:

¹⁵ Kalscheuer/Jacobsen, NJW 2018, 2358, 2359 f.

¹⁶ Kalscheuer/Jacobsen, NJW 2018, 2358, 2361.

¹⁷ Kersten, JuS 2017, 193, 199.

¹⁸ Kalscheuer/Jacobsen, NJW 2018, 2358, 2361 f.

Eine Regelung zur verpflichtenden Videoteilnahme müsste verhältnismäßig sein.

Mit dem Argument der Mimik und Gestik als wichtigen Teil der Kommunikation könnte man die Eignung und Erforderlichkeit einer Videopflicht noch bejahen. Führt man sich die übliche Oberfläche eines Videokonferenztools vor Augen, sind indes bereits Zweifel anzumelden.¹⁹ Die Argumentation setzt nämlich voraus, dass der Dozent tatsächlich die Mimik und Gestik aller Teilnehmer registriert. Die übliche Oberfläche zeigt indes in der Regel nicht mehr als dreißig Personen gleichzeitig an. Man müsste davon ausgehen, dass Hochschullehrende regelmäßig die angezeigten Teilnehmer „durchklicken“.

Jedenfalls an der Angemessenheit fehlt es aber. Im Ergebnis ist eine Videopflicht aus unserer Sicht *allenfalls* bei kleinen Lehrveranstaltungen angemessen, die nach Konzeption und tatsächlicher Durchführung auf eine Interaktion mit allen Teilnehmern angewiesen sind (z.B. Kleinstgruppenseminare).²⁰

Angemessen ist ein Mittel, soweit die dem Einzelnen entstehenden Nachteilen nicht außer Verhältnis zu der Förderung des legitimen Zweckes stehen.

Problematisch ist, dass das Mittel der Videopflicht einen absoluten Ansatz bedeutet: *Alle* Teilnehmer werden dazu gezwungen mit Video und teilweise mit Mikrofon teilzunehmen. Bei lebensnaher Betrachtung ist die Alternative zu diesem Mittel nicht, dass keiner der Studierenden mit Bild und teilweise Ton teilnimmt. Die Alternative ist, dass immerhin einige Studierende entsprechend teilnehmen, welche sich freiwillig dazu entscheiden. Dies werden abzüglich einiger Datenschutzkritiker auch die Studierenden sein, die geneigt sind, sich mit Wortbeiträgen an der Veranstaltung zu beteiligen. Daher dürfte sich bei dem untersuchten Mittel die Förderung des legitimen Zwecks quantitativ auf eher geringem Niveau bewegen, nämlich nur insoweit durch die bildliche Sichtbarkeit *zusätzliche* Studierende zur aktiveren Teilnahme am wissenschaftlichen Gespräch ermutigt werden. Dies gilt umso mehr, je größer die Lehrveranstaltung ist, da dann typischerweise nur ein Anteil der Studierenden aktiv teilnimmt. Der Grenzgewinn nimmt ab.

Demgegenüber stehen erhebliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Studierenden durch den Zwang zur bildlichen Übertragung von Gesicht, Oberkörper und Hintergrund. Der Eingriff lässt sich nicht gänzlich durch einen Vergleich mit der Präsenzveranstaltung relativieren. Mit der *Datenverarbeitung* entsteht eine neue rechtliche Relevanz des Vorgangs, da die Gesetzgeber in diesem Bereich besondere Gefahrenpotentiale identifiziert und ein Schutzregime (DSGVO und weitere) installiert haben. Daneben tritt der besondere Schutz der Wohnung der Studierenden, wobei dieser durch die Aufklärung im Vorfeld, Wahl eines einfarbigen oder virtuellen Hintergrundes erreicht werden kann.

Unseres Erachtens wäre ein entsprechender Zwang bei größeren Lehrveranstaltungen wegen der geringen Gewinne für die Zweckerreichung im Verhältnis zu den erheblichen Eingriffen als

¹⁹ Ohne weitere Begründung die Erforderlichkeit verneinend *Fehling*, OdW 2020, 138, 149.

²⁰ Nach *Roßnagel*, ZD 2020, 296, 299, ist entscheidend, ob Studierende als Teil einer Gruppe oder als Individuen zu sehen sind. In letzterem Fall Zulässigkeit nur bei freiwilliger Einwilligung. Danach scheidet die Zulässigkeit einer Videopflicht sogar für dialogische-Kleinstveranstaltungen aus.

unangemessen zu beurteilen.

Denkbar ist, dass sich eine Videopflicht im Bereich der Angemessenheit bewegt bei kleineren Veranstaltungen, die nach Konzeption und tatsächlicher Durchführung der Veranstaltung auf Interaktionen mit jedem einzelnen Studierenden angewiesen sind. Die Förderung des legitimen Zweckes fällt hier deutlich gewichtiger aus. Letztlich werden die Gerichte diese Frage entscheiden müssen. Zur Absenkung der Eingriffsintensität sollte über die Videopflicht rechtzeitig im Vorfeld aufgeklärt und dazu geraten werden, einen neutralen (z.B. weiße Wand) oder virtuellen Hintergrund vorzubereiten.

bb) Veranstaltungen mit Präsenzpflcht

Unsere Linie bisher war, dass jedenfalls in Veranstaltungen mit Präsenzpflcht ein Zwang zur Videoteilnahme rechtlich zulässig ist, soweit eine Ausnahme für technische Probleme vorgesehen wird. Für diese Auffassung spricht § 7 Abs. 2 S. 4 CoEpHSVO und ihrer Begründung auf S. 6. Die Teilnahme mit Bild und Mikrofon könnte als „Anwesenheit“ verstanden werden.

Die Verhältnismäßigkeitsebene wurde bisher nicht weiter ins Auge gefasst. Als legitimer Zweck ist hier – anders als bei aa) – die Kontrolle der Präsenz anzusehen und mittelbar die mit der Präsenzpflcht verfolgten Zwecke. Eine Videopflicht ist sicher auch geeignet zur Förderung dieser Zwecke.

Zweifel sind indes aufgekomen betreffend die Erforderlichkeit. Jedenfalls bei größeren Veranstaltungen könnte man einwenden, dass bereits ein Abgleich der Teilnehmer:innen zu Beginn der Veranstaltung mit einer Liste den Zweck in gleichem Maß erreicht, da nach dieser Kontrolle die:der Lehrende ohnehin den Überblick verliert über die Vielzahl an Teilnehmer:innen in der Konferenz und darüber, wer genau die Konferenz verlassen hat. Auch in der analogen Welt nimmt die Kontrolldichte der Präsenzpflcht mit der Größe der Veranstaltungen ab. Wenn z.B. bei 100 Teilnehmer:innen nur eine Liste herumgegeben wird, in der man die Anwesenheit durch Unterschrift bestätigen muss, ist eine Täuschung durch Unterzeichnung für mehrere Freunde ebenso leicht möglich wie in der digitalen Welt durch die aktive Teilnahme an einer Verifizierung eingangs der Veranstaltung und dem anschließenden Verlassen des Arbeitsplatzes.

Eine nur vorübergehende Videopflicht eingangs der Veranstaltung – oder eine andere Form der Authentifizierung, z.B. der Login mit der persönlichen Unikennung – ist danach jedenfalls für größere Veranstaltungen ein gleich geeignetes Mittel. Weil es milder ist, entfällt die Erforderlichkeit der vollständigen Videopflicht. Unter dem Deckmantel des Zwecks, die Präsenzpflcht durchsetzen zu wollen, können nicht andere Zwecke verfolgt werden, namentlich, dass sich Lehrende häufig wünschen, des Respekts und der gefühlten Interaktion wegen alle Studierende bildlich zu sehen.

Diese Einwände greifen aber nicht ein, wenn es sich um kleinere Veranstaltungen handelt und die:der Lehrende einen guten Überblick über seine Studierende hat.

Unseres Erachtens ist daher auch bei Veranstaltungen mit Präsenzpflcht eine Differenzierung

nach der Größe der Veranstaltung angezeigt. Ein guter Richtwert dürfte der Abgleich mit der vormaligen analogen Situation sein: Wie genau wurde hier die Präsenzplicht kontrolliert - eingangs und während der Veranstaltung?

d) Zwischenergebnis

Danach ergibt sich unseres Erachtens folgendes Bild:

- Der Basisfall der Videokonferenz ohne Bild- und Tonteilnahme für Studierende kann verhältnismäßig in einer Hochschulsatzung normiert werden.
- Eine Klarnamenpflicht ist unverhältnismäßig. Verhältnismäßig ist eine Pflicht zur „ernsthaften und respektvollen Namensgebung“, die neben der Möglichkeit der Angabe des echten Namens die Möglichkeit einräumt, einen Fantasienamen wie z.B. Andreas Müller zu wählen.
- Eine Videopflicht könnte für kleinere Veranstaltungen, die nach Konzeption und tatsächlicher Durchführung der Veranstaltung auf Interaktionen mit jedem einzelnen Studierenden angewiesen sind, verhältnismäßig sein. Im Übrigen ist eine Videopflicht nicht verhältnismäßig.
- Auch bei Veranstaltungen mit Präsenzplicht sollte hinsichtlich der Videopflicht als Kontrollmittel nach Größe der Veranstaltung differenziert werden (Konkretisierung der vormaligen Position). Nur bei einer Veranstaltungsgröße, bei der eine durchgehende Kontrolle der Anwesenheit durch Sichtkontrolle realistisch möglich ist, bietet die Präsenzplicht für die Videopflicht eine Rechtfertigungsmöglichkeit.
- Darüberhinausgehende Videoteilnahmen können auf freiwillige Einwilligungen der Studierende gestützt werden (siehe hierzu sogleich 3.). Entscheidend ist, dass ihnen keine negativen Konsequenzen drohen dürfen – oder auch nur ein entsprechender Eindruck entsteht -, für den Fall, dass sie sich gegen das Einschalten des Videos entscheiden.

III. Zusammenführung: Satzung für den Grundfall, im Übrigen Einwilligung

Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass die Hochschullehrenden bei den gefundenen Ergebnissen nicht stehen bleiben müssen. Sie können die Studierenden *bitten* und dazu *auffordern* in weitergehendem Maße teilzunehmen (Video, Klarnamen). Es dürfen ihnen nur keine Nachteile entstehen, falls sie sich dagegen entscheiden – oder auch nur der Eindruck entstehen. In diesem Fall liegt eine freiwillige Einwilligung der Studierenden im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO vor, die insoweit die Datenverarbeitung rechtfertigt. Durch die Kontrolle der Studierenden liegt mit dem Einschalten eine konkludente Einwilligung vor, die nicht weiter dokumentiert werden muss.

Die unter 1. genannten Einwände gegen Einwilligungen kommen hier nicht zum Tragen. Das zu vergleichende Alternativszenario im Fall der Verweigerung der Einwilligung ist hier deutlich weniger komplex (Teilnahme ohne Video) im Vergleich zu oben (Lehrveranstaltung nächstes Jahr, andere Lehrveranstaltung usw.). Die freiwillige Einwilligung kann hier Datenverarbeitungen rechtfertigen, die ohne Freiwilligkeit nicht verhältnismäßig angeordnet werden können.

Es ergibt sich damit folgendes Zusammenspiel der Rechtfertigungen: Der Basisfall der Videokonferenz-Lehre mit Login-Daten - und in bestimmten Fällen erweitert durch eine Videopflicht (dialogische Kleinstveranstaltungen; kleine Veranstaltungen mit Präsenzpflcht; vorübergehend zur Authentifizierung bei größeren Veranstaltungen mit Präsenzpflcht) – wird mittels Satzungsrecht i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO gerechtfertigt. Soweit sich Studierende darüber hinaus nach Bitte/Aufforderung des Dozenten freiwillig zur Einschaltung von Kamera und Mikrofon entschließen, wird die Datenverarbeitung mittels einer Einwilligung gerechtfertigt.

In der Praxis könnte bei der Einladung zur Lehrveranstaltung (VK, LMS, Mail) darauf hingewiesen werden, dass die Lehrveranstaltung via Videokonferenz durchgeführt wird, welcher Fall vorliegt (dialogische Kleinstveranstaltung, kleine Veranstaltung mit Präsenzpflcht, große Veranstaltung mit Präsenzpflcht, kleine bis große Veranstaltung ohne Präsenzpflcht) und was daraus bzgl. der Pflicht zur Teilnahme mit Video folgt. Es kann die Bitte formuliert werden, aus didaktischen und motivationspsychologischen Gründen mit Video teilzunehmen, wenn im nächsten Satz der Hinweis folgt, dass im Fall der Weigerung keine Nachteile entstehen. Es sollte ein Link zur Datenschutzerklärung der Hochschule betreffend das Videokonferenzsystem beigefügt werden.

Ergänzende Literaturhinweise

Fehling, Michael, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, OdW 2020, S. 138–154.

Roßnagel, Alexander, Datenschutz im E-Learning, ZD 2020, S. 296–301.

Sandberger, Georg, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen – Sandberger, OdW 2020, 155, 160, OdW 2020, S. 155–168.