



Zentrum für
Wissenschafts-
didaktik



DATENSCHUTZRECHTLICHE BEURTEILUNG VON LEARNING ANALYTICS AN HOCHSCHULEN IN NRW

Studie im Auftrag der Ruhr-Universität Bochum

Priv.-Doz. Dr. Christian L. Geminn, Mag. iur.
Rechtsanwalt Paul C. Johannes, LL.M.
Dr. Maxi Nebel
Dr. Tamer Bile, LL.M.

März 2023



<https://doi.org/10.13154/294-9657>

Gefördert durch:

Ministerium für
Kultur und Wissenschaft
des Landes Nordrhein-Westfalen



Vorwort

Die computergestützte Analyse von Daten wird in immer mehr Lebensbereichen zu einem wichtigen Element der Entscheidungsfindung. Analog zum Einsatz in kommerziellen Kontexten funktioniert das Prinzip von Datenanalysen auch in Bezug auf Lernprozesse. Gerade in Hochschulen entstehen heute im Zusammenhang mit dem Lernen vielfältige Daten, die in unterschiedlichen technischen Systemen einer Hochschule vorliegen. Dies beginnt bei den Studierendendaten zum Werdegang (Hochschulabschluss, Abiturnote, ...), setzt sich fort mit Daten zu Studienleistungen (abgeschlossene Studienabschnitte, Prüfungsnoten, ...) und führt bis hin zu Nutzungsdaten von Lernplattformen (Logdaten zu Nutzungsdauer und -erfolg, ...). Verbindet man derartige Daten, lassen sich – so die Hoffnung – Muster erkennen, wie Studierende sich durch das Studium bewegen und welche Merkmale bzw. Verhaltensweisen den erfolgreichen Abschluss von Lehrveranstaltungen und eines Studiums begünstigen. Als Bezeichnung derartiger Ansätze hat sich der Begriff Lerndatenanalyse bzw. Learning Analytics etabliert.

Erkenntnisse von Lerndatenanalysen sollen dabei helfen, Lehre zu verbessern und Lernenden Hinweise zur Steuerung ihres Lernverhaltens zu geben. So können Analyseergebnisse genutzt werden, um Studierende früh zu absehbaren Problemen im Studium zu beraten oder aber um ihnen gezielt Lernmaterial bereitzustellen, das sie individuell unterstützt. Lernende können damit eigene Strategien weiterentwickeln und erhalten Hinweise, sich beispielsweise mit bestimmten Inhalten vertieft zu beschäftigen. Trotz dieses hohen Potentials haben Hochschulen in Deutschland mit der breitflächigen Umsetzung von Learning Analytics bisher kaum Erfahrung. Hier setzt das seit dem Jahr 2020 vom Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen geförderte Projekt „KI:edu.nrw. Didaktik, Ethik und Technik von Learning Analytics und KI in der Hochschulbildung“ an. Es handelt sich hierbei um das aktuell umfangreichste derartige Vorhaben im deutschsprachigen Raum.

Ansatz von KI:edu.nrw ist es, die Umsetzung von Learning Analytics bzw. die Nutzung Künstlicher Intelligenz für die Hochschulbildung als eine Aufgabe zu betrachten, die den Einbezug aller mit Lehre befassten Akteurinnen und Akteure an einer Hochschule erfordert. Das Projekt ist daher als interdisziplinäre Arbeitsgruppe organisiert, in der Fachexpertinnen und -experten u. a. für die Themen Didaktik, Educational Data Mining, Machine Learning, Data Literacy, Ethik, Datenschutz und Studienberatung zusammenarbeiten. Die konkrete Erprobung von Ansätzen zur Datenanalyse findet auf diesem Fundament in unterschiedlichen Fächergruppen insb. an der Ruhr-Universität Bochum statt (Erziehungswissenschaft, Informatik, Maschinenbau, Mathematik, Medizin, Sportwissenschaft). Die Umsetzung des Gesamtvorhabens erfolgt als Kooperation zwischen der Ruhr-Universität Bochum (RUB) und der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen (RWTH).

Ein kritischer Erfolgsfaktor für die Umsetzung von Learning Analytics an Hochschulen ist ein reflektierter und korrekter Umgang mit Datenschutzfragen und die Einhaltung rechtlicher Vorgaben. Entsprechend gilt diesem Thema im Projekt KI:edu.nrw besondere Aufmerksamkeit, was sich in der Ansiedlung eines Teilvorhabens beim Datenschutzbeauftragten der Ruhr-Universität Bochum ausdrückt. Aufgabe dieses Teilvorhabens ist es zum einen, alle Projektbeteiligten bei der datenschutzkonformen Gestaltung ihrer Ansätze zu beraten. Zum anderen zielt das Datenschutzteilvorhaben auf eine Grundsatzklärung, wie Learning Analytics an Hochschulen auch dauerhaft datenschutzkonform umgesetzt werden kann und wie mögliche datenschutzrelevante Folgen zu bewerten sind.

Ausgangspunkt des vorliegenden Gutachtens sind damit die praktischen Erfahrungen, die in der ersten Projektphase von KI:edu.nrw bei der Diskussion und Klärung von Datenschutzfragen in den unter-

schiedlichen Teilvorhaben gesammelt wurden. Die dabei aufgekommenen Fragen wurden systematisiert und im Rückgriff auf einschlägige Fachliteratur und Rechtsprechung vom Datenschutz-Teilvorhaben zu einem Fragenkatalog weiterentwickelt. Der Entwurf des Fragenkatalogs wurde im Kreis der Datenschutzbeauftragten der nordrhein-westfälischen Hochschulen zur Diskussion gestellt und verfeinert sowie dann den externen Gutachterinnen und Gutachtern zur Bearbeitung vorgelegt. Für die Bearbeitung der Fragen konnte die Datenrecht Beratungsgesellschaft gewonnen werden, die im Bereich Datenschutz ausgewiesen ist und auch für die besonderen Fragestellungen an Hochschulen bereits über wesentliche Erfahrungen verfügt.

Mit dem Gutachten der Datenrecht Beratungsgesellschaft liegt nun erstmal eine umfassende rechtliche Bewertung von zentralen Datenschutzfragen in Bezug auf Learning Analytics an Hochschulen vor. Es werden sowohl Grenzen für den Einsatz von Learning Analytics gezogen als auch Möglichkeiten aufgezeigt, wie Gesetzgeber und Hochschulen Voraussetzungen für einen datenschutzkonformen Einsatz von Learning Analytics schaffen können. Auch wenn das Gutachten ausdrücklich auf das Land Nordrhein-Westfalen bezogen ist – was sich aus der teilweisen Landesspezifität des Datenschutzrechts ergibt – reicht die Bedeutung des Gutachtens über NRW hinaus und zeigt Ministerien und Hochschulen auch in anderen Bundesländern konzipiert den Handlungsrahmen für dieses wichtige Themenfeld auf.

Für diese wichtige Pionierarbeit sowie für ausgezeichnete Zusammenarbeit bedanken wir uns beim Team der Datenrecht Beratungsgesellschaft, namentlich bei Tamer Bile, Christian L. Geminn, Paul C. Johannes und Maxi Nebel. Zudem bedanken wir uns für den Input der nordrhein-westfälischen Hochschul-Datenschutzbeauftragten im Vorfeld der Begutachtung. Ganz besonderer Dank gilt dem Datenschutz-Team der Ruhr-Universität Bochum für die ausgezeichnete Vorbereitung und Begleitung des Gutachtens (einschließlich der Formulierung des Fragenkatalogs), namentlich Kai-Uwe Loser als Datenschutzbeauftragten der RUB sowie Christopher Lentzsch als Mitarbeiter des Datenschutz-Teilprojekts in KI:edu.nrw.

Peter Salden (Projektleiter KI:edu.nrw)

Jonas Leschke (Projektkoordinator KI:edu.nrw)

Executive Summary / Zusammenfassung

- Die Entwicklung und der Einsatz von Learning Analytics lassen sich (funktionsabhängig) mehreren Aufgaben der Hochschulen nach dem Hochschulgesetz NRW zuordnen.
- Hochschulen in NRW können insoweit die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Learning Analytics auf Basis konkreter Einwilligungen der Studierenden legitimieren. Hier gelten jedoch hohe Anforderungen an Transparenz und Freiwilligkeit.
- Es ist nicht möglich, den Einsatz von Learning Analytics auf die datenschutzrechtlichen Generalklauseln nach dem Datenschutzgesetz NRW zu stützen – dies auch nicht in Verbindung mit den Aufgabenzuweisungen nach dem Hochschulrecht. Die Normen sind zum einen zu unbestimmt. Zum anderen ist die mit Learning Analytics einhergehende Verarbeitungsintensität (zum Beispiel Datenzusammenführung, Profilbildung, Eingriff in Freiheit der Lehre, potenzieller Eingriff in Freiheit des Studiums) zu groß, um sie auf Generalklauseln stützen zu können.
- Allerdings ermöglichen die Aufgabenzuweisungen Verarbeitungen zu Zwecken von Learning Analytics im Rahmen der Hochschulautonomie durch eine entsprechende Satzung normklar und bestimmt auf eine Art und Weise zu regeln, die die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen (in der Regel Studierende und Lehrende) ausreichend schützt.
- Eine solche Satzung kann die für Learning Analytics-Verfahren notwendigen Datenverarbeitungsvorgänge legitimieren, indem darin zum einen die Zwecke der Verarbeitung und zu verarbeitenden Daten(kategorien) bestimmt werden und zum anderen spezifische Grenzen und Schutzmaßnahmen der Verarbeitung festgelegt werden. Eine normklare und bestimmte Regelung durch Satzung kann insbesondere im Sinne des Schutzes der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen wirken, da diese im Rahmen des Verfahrens der hochschulischen Selbstverwaltung an der Rechtsetzung beteiligt wären. Außerdem erlaubt die Satzung eine verlässliche und transparente Regelung, die durch Zustimmungs- und Widerspruchslösungen auch Einzelinteressen wahren kann.
- Der Legislative wird empfohlen, das Hochschulgesetz NRW dahingehend zu ergänzen, dass Learning Analytics zu bestimmten Zwecken gestattet und Grenzen der Nutzung bestimmt werden. Einzelheiten können dem Satzungsrecht der Hochschulen als Regelungsauftrag überlassen werden.
- Die Studie enthält in den Anhängen Formulierungsbeispiele für ein Einwilligungsformular und eine entsprechende Hochschulsatzung.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	2
Executive Summary / Zusammenfassung.....	4
Inhaltsverzeichnis	5
1. Aufgabenstellung.....	6
1.1 Allgemeines zu Learning Analytics	6
1.2 Beispielszenarien	7
Szenario 1	7
Szenario 2	7
Szenario 3	7
2. Betrachteter Rechtsrahmen Datenschutz.....	8
3. Datenschutzrechtliche Grundlagen	10
4. Einwilligung als Rechtsgrundlage	11
4.1 Bedingungen einer Einwilligung	11
4.2 Gesamteinwilligung	13
5. Aufgabenerfüllung als Rechtsgrundlage.....	15
5.1 Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse.....	15
5.2 Datenschutzrechtliche Generalklausel	15
5.3 Aufgabenzuweisung mit Bezug zu Learning Analytics.....	17
5.4 Spezielle Abwägung Profiling	22
5.5 Spezielle Abwägung Freiheit des Studiums.....	24
5.6 Spezielle Abwägung Rechte der Lehrenden	25
5.7 Spezielle Abwägung Wissenschaftsfreiheit.....	28
5.8 Spezielle Abwägung Speicherbegrenzung.....	32
5.9 Zwischenergebnis	35
6. Einsatz von Learning Analytics nach Satzung	36
7. Pflichten aus dem Einsatz von Learning Analytics.....	39
7.1 Folgen von Nachweispflichten	39
7.2 Informations- und Auskunftspflichten	39
7.3 Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA).....	40
7.4 Vorherige Konsultation des Landesdatenschutzbeauftragten.....	40
8. Regelungsempfehlungen für die Legislative des Landes NRW.....	42
9. Empfehlungen zum weiteren Vorgehen.....	44
Anhang 1: Einwilligungsmuster	46
Anhang 2: Satzungsentwurf	48
Literaturverzeichnis	53
Über die Autor:innen.....	56

1. Aufgabenstellung

Im Rahmen des Projekts KI:edu.nrw wird sondiert, wie der Einsatz von Learning Analytics-Ansätzen ausgestaltet werden muss, um diese zu einem erfolgreichen Einsatz zu führen. Die gesammelten Erfahrungen sollen insbesondere Hochschulen in Nordrhein-Westfalen dabei helfen zu entscheiden, ob und wie sie Learning Analytics einsetzen wollen und wie der Einsatz fair und erfolgreich für alle Nutzer:innen gelingen kann. Einige der damit verbundenen datenschutzrechtlichen Rechtsfragen – insbesondere solche, die sich bei der Planung und Nutzung von Learning Analytics stellen – werden im Rahmen dieser Studie geklärt. Das Gutachten bezieht sich konkret auf den Einsatz von Learning Analytics an Hochschulen im Geltungsbereich des Hochschulgesetzes NRW.

Aus der Studie werden entsprechende Empfehlungen abgeleitet. Diese Empfehlungen umfassen die Ausgestaltung der Systeme, Spezifika rechtlicher Dokumente, Rechtsakte der Hochschulen und Hinweise an die Landeslegislative.

1.1 Allgemeines zu Learning Analytics

In dieser Studie werden folgende, allgemeine Feststellungen zu Learning Analytics unter Einbeziehung der Beispielszenarien (Kapitel 1.2) betrachtet:

Learning Analytics bezeichnet die Erhebung und Analyse von Daten, die von den Nutzer:innen in ihrem Lernprozess generiert werden, unabhängig davon, ob das Lernen von einem digitalen Lern-Management-System unterstützt wird oder analog stattfindet. Das Ziel von Learning Analytics ist die Verbesserung und Unterstützung von Lernen und Lehren. Die Auswertung von Daten aus Lern-Management-Systemen (gegebenenfalls unter Einsatz von künstlicher Intelligenz) bietet durch die dynamische Abbildung der Lern-Aktivitäten der Nutzer:innen die größten Potenziale verglichen mit lediglich den in Campus-Management-Systemen vorliegenden statischen Daten. Für den Einsatz von Learning Analytics-Systemen sollten beide Datenarten bereitstehen und miteinander in Beziehung gesetzt werden können. Diese Daten sind in der Regel personenbezogen. Um anschließend Unterstützungsangebote bedarfsgerecht und personalisiert unterbreiten zu können, muss dieser Personenbezug erhalten bleiben oder wiederherstellbar sein.

Unter künstlicher Intelligenz werden hier alle Verfahren des maschinellen Lernens verstanden, unabhängig davon, ob es sich um supervised, unsupervised oder reinforcement learning handelt oder Kombinationen dieser.

Bei der Verarbeitung können zwei Phasen unterschieden werden. Die Phase der Modellbildung und des Trainings (Modellierungsphase) und die Anwendung des Modells zur Erstellung individueller Prognosen (Nutzungsphase). In der Modellierungsphase werden vereinfacht gesprochen mittels Machine-Learning-Verfahren Muster und Zusammenhänge in den Daten gesucht und erkannt. Dabei handelt es sich in der Regel um Korrelationen. Für die Modellbildung ist es unerheblich, ob die Trainingsdaten personenbezogen sind oder nicht. Das Training des Modells kann kontinuierlich erfolgen oder in regelmäßigen Intervallen durchgeführt werden. Das „gelernte“ Modell enthält nach dem Training selbst keine personenbezogenen Daten mehr. (Anmerkung: Zur Vereinfachung der Betrachtung werden etwaige notwendige Schritte der Datenaufbereitung, Validierung und Qualitätssicherung hier nicht explizit aufgeführt).

In der Nutzungsphase wird das Modell verwendet, um mit Hilfe der gelernten Zusammenhänge Analysen, Visualisierungen und Prognosen für neue Fälle zu generieren. Dazu wird das Modell auf die personenbezogenen Daten der betroffenen Person angewendet. Durch die erlernten und im Modell abgebildeten Zusammenhänge lässt sich aus den gegebenen Daten eine Prognose ableiten, wie sich die zukünftige Entwicklung darstellt. Die vom System getroffenen Aussagen können nicht mit absoluter Sicherheit getroffen werden, sondern werden immer mit gewissen Wahrscheinlichkeiten angegeben. Mit den gewonnenen Erkenntnissen, zum Beispiel eines drohenden Studienabbruchs, können noch vor

dem Eintreten des Ereignisses Maßnahmen vorgeschlagen und ergriffen werden, die das Eintreten dieses prognostizierten Ereignisses verhindern oder abmildern. Die beiden Phasen sind zyklisch miteinander verbunden, mit neuen Daten werden die Modelle weiter geschärft oder geänderten Situationen angepasst.

In der aktuellen Praxis stecken Learning Analytics-Projekte in NRW derzeit häufig noch in der Planungs- und Entwicklungsphase. Die Rechtsunsicherheit in Bezug auf eine tragfähige Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung in Learning Analytics-Projekten stellt dabei ein großes Problem dar. In Sondierungsprojekten kann dem zum Teil begegnet werden, indem die Verarbeitung auf das Privileg der wissenschaftlichen Forschung abgestützt wird oder die Verarbeitung auf den statistischen Bereich beschränkt wird. Die Frage der Rechtsgrundlage ist für den dauerhaften Einsatz von Learning Analytics an Hochschulen insofern entscheidend, als dass sich die Anforderungen an die technische Infrastruktur erheblich unterscheiden. Ein auf die freiwillige Einwilligung gestütztes Learning Analytics-System benötigt ein entsprechendes Einwilligungsmanagement für die Nutzer:innen. Werden Verarbeitungen auf die Aufgabenerfüllung der Hochschulen abgestützt, muss dies beispielsweise in den Satzungen der Hochschule abgedeckt werden.

1.2 Beispielszenarien

Szenario 1

Basierend auf Prädiktoren, die in wissenschaftlichen Studien identifiziert wurden (wie zum Beispiel dem Hochschul- und Fachsemester, dem gegenwärtigen Studienfortschritt und des aktuellen Notenniveaus, sowie soziodemografischen Risikofaktoren), wird für alle Nutzer:innen des Learning Analytics-Systems die Wahrscheinlichkeit eines bevorstehenden Studienabbruchs prognostiziert. Liegt eine hohe oder sehr hohe Gefährdung vor, wird dem bzw. der Nutzer:in ein konkreter Beratungstermin bei der Studienberatung vorgeschlagen, der freiwillig wahrgenommen werden kann. Zusätzlich erhält der bzw. die Nutzer:in einen Hinweis auf die bereitstehenden Auswertungen und Unterstützungsangebote des Learning Analytics-Systems, sofern dieses nicht oder nur wenig genutzt wurde.

Szenario 2

Die Nutzer:innen interagieren in ihrem Lernprozess kontinuierlich mit einem Lern-Management-System. Unterstützungsangebote in Form von zusätzlichem Material und Handlungs-Empfehlungen (zum Beispiel die Wiederholung eines bestimmten Inhalts oder das Durchführen von Quiz- und Zwischentest-Aktivitäten) werden von einem KI-System basierend auf dem Verhalten von früher und aktuell erfolgreichen Nutzer:innen gegeben. Das KI-System benutzt als Eingabedaten alle verfügbaren Daten zur Aktivität im Lern-Management-System und alle weiteren bereitstehenden Daten aus Prüfungs- und Campus-Management-Systemen sowie soziodemografische Daten.

Szenario 3

Eine studierende Person belegt im 4. Semester die Veranstaltung „Erweiterte Verfahren des maschinellen Lernens“. Dabei stellt sie fest, dass sie Probleme hat, die Vorlesungsinhalte zu verstehen und rechtzeitig nachzubereiten. Sie entschließt sich, das von der Hochschule angebotene Learning Analytics-Angebot zu nutzen, um die bisherige Leistung in der Veranstaltung im Vergleich zu vorherigen Semestern und zu Kommiliton:innen vergleichen zu können und von personalisierten Inhaltsempfehlungen zu profitieren. Die Hochschule hat die Interaktionsdaten der betroffenen Person im aktuellen Semester und auch der Vorsemester gespeichert. Mit Aktivierung der Funktion stehen der betroffenen Person eine umfassende Übersicht sowie passende Inhaltsempfehlungen zur Verfügung. Im Analyse-Dashboard erkennt die betroffene Person, dass der Workload durch die hohe Anzahl an belegten Veranstaltungen so hoch ist, dass für einzelne Veranstaltungen nicht genug Zeit bereitsteht.

2. Betrachteter Rechtsrahmen Datenschutz

Jede Datenverarbeitung ist ein Eingriff in das durch die EU-Grundrechtecharta (GRCh) garantierte Grundrecht auf Datenschutz. Ein solcher Eingriff ist gemäß Art. 8 Abs. 2 und 52 Abs. 1 GRCh nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig. Hinzu treten das durch das Grundgesetz garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das durch die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen garantierte Recht auf Datenschutz (Art. 4 Abs. 2 Verf NRW). Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ergibt sich aus einem Zusammenspiel von unionsrechtlichen und nationalen Regelungen. Grundlage bildet die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)¹, die durch bereichsspezifische Regelungen, insbesondere dem Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen (DSG NRW) und dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), ergänzt wird.

Die Datenschutz-Grundverordnung regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche und nicht-öffentliche Verantwortliche. Dies dient dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen, insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten sowie dem freien Datenverkehr im Europäischen Binnenmarkt. Sie gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und hat Anwendungsvorrang vor widersprechenden nationalen Regelungen.

Das DSG NRW² konkretisiert und ergänzt spezifische Regelungen der DSGVO. Das Gesetz ist gemäß § 3 DSG NRW anwendbar für öffentliche Stellen des Landes NRW, also auch für Hochschulen im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit.

Das TTDSG³ beinhaltet Bestimmungen zum Fernmeldegeheimnis und zum Datenschutz bei Telekommunikations- und Telemediendiensten und ersetzt die bisherigen datenschutzrechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Telemediengesetzes (TMG). Es ist gemäß § 1 Abs. Absatz 3 TTDSG anwendbar auf „alle Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen“. Dies trifft auf Hochschulen in NRW als juristische Personen zu.

Im Folgenden nicht betrachtet wird der Digital Services Act (DSA).⁴ Die Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste wurde Ende 2022 verabschiedet und wird größtenteils zum 17. Februar 2024 anwendbar werden. Der DSA richtet sich an Anbieter:innen von Vermittlungsdiensten (zum Beispiel Internetdienstleister, Cloud-Anbieter:innen, Suchmaschinen, soziale Netzwerke und andere Online-Plattformen sowie Online-Marktplätze). Er wird grundsätzlich auch für Learning Management-Systeme mit Learning Analytics-Verfahren gelten, soweit diese als Online-Plattformen und damit als Vermittlungsdienste im Sinne der Vorschrift zu qualifizieren sind. Ob der DSA auch im Rahmen der Erbringungen von Leistungen einer Universität für ihre Studierenden in einem Learning Management-System anwendbar sein wird, ist fraglich. Erwägungsgrund 14 DSA deutet auf die Nicht-Anwendbarkeit des DSA bei nicht-öffentlichen Diensten mit geschlossenen Benutzergruppen hin.

Änderungen der Rechtslage können sich zukünftig insbesondere aus der ePrivacy-Verordnung und dem Gesetz über künstliche Intelligenz ergeben. Auch diese werden im Folgendem nicht betrachtet:

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

² Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen (DSG NRW) vom 17. Mai 2018 (Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Mai 2018 (GV. NRW. S. 244)).

³ Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1982; 2022 I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 12. August 2021 (BGBl. I S. 3544; 2022 I S. 1045) geändert worden ist.

⁴ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

Die Bemühungen um die Verabschiedung der sogenannten ePrivacy-Verordnung dauern an. Über den bereits 2017 eingebrachten Vorschlag⁵ wird immer noch verhandelt, aktuell in der Version des Entwurfs vom 10. Februar 2021.⁶ Die ePrivacy-Verordnung soll im Schwerpunkt dezidierte Regeln für die Vertraulichkeit der Kommunikation (Fernmeldegeheimnis), die Verarbeitung von Kommunikationsdaten (bisher Verkehrsdaten) und das Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen (zum Beispiel Cookies) enthalten und so die Datenschutz-Grundverordnung ergänzen.

Am 21. April 2021 schlug die EU-Kommission eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz vor (Gesetz über künstliche Intelligenz oder Artificial Intelligence Act (AIA)).⁷ Der Vorschlag wird nun von den Mitgesetzgebenden, dem Europäischen Parlament und dem Rat (EU-Mitgliedstaaten), erörtert. Im Rat haben die Verhandlungen begonnen, um einen gemeinsamen Standpunkt der Mitgliedstaaten zu finden. Der AIA zielt auf die Regulierung von Systemen und Praktiken im Bereich Künstlicher Intelligenz ab. Es soll ein robuster und flexibler Rechtsrahmen geschaffen werden, der den Umgang mit KI und automatischen Entscheidungsfindungssystemen vertrauenswürdig und sicher gestaltet.⁸

⁵ Vorgang [2017/0003/COD](#).

⁶ [Dokumentennr. 6087/21](#).

⁷ Vorgang [2021/0106/COD](#).

⁸ Dazu und zum neuen europäischen Datenrecht insgesamt Geminn/Johannes (Hrsg.) 2023 (in Vorbereitung).

3. Datenschutzrechtliche Grundlagen

Jede Verarbeitung personenbezogener Daten ist ein Eingriff in die Grundrechte der Art. 7 und 8 GRCh, sowie in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Diese schützen die Selbstbestimmung über den Zugriff Dritter auf die Privatsphäre und über den Umgang Dritter mit personenbezogenen Daten der betroffenen Person.⁹ Gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh dürfen Daten „nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden“. Diese gesetzlichen Grundlagen finden sich nach Eröffnung des Anwendungsbereichs in der DSGVO. Für eine Hochschule mit Sitz in Deutschland, die personenbezogene Daten ganz oder teilweise automatisiert verarbeitet, ist die Datenschutz-Grundverordnung nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 DSGVO sachlich und räumlich anwendbar. Die Datenschutz-Grundverordnung regelt die Grundsätze der Datenverarbeitung in Art. 5 Abs. 1 DSGVO, die bei jeder Datenverarbeitung zu beachten sind, sowie die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung vorrangig in Art. 6 DSGVO. Für Verantwortliche, die Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen oder öffentliche Gewalt ausüben, bietet die Datenschutz-Grundverordnung Öffnungsklauseln in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO. Da staatliche Hochschulen akademische Bildung im öffentlichen Interesse vermitteln und durch die Vergabe ihrer Bildungsabschlüsse öffentliche Gewalt ausüben,¹⁰ dürfen die Mitgliedstaaten selbst datenschutzrechtliche Regelungen in diesem Bereich erlassen. Hieran knüpft das DSG NRW an. Eine Datenverarbeitung kann von einer öffentlichen Stelle grundsätzlich auch auf eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO gestützt werden, soweit diese oder deren Zweck grundsätzlich dem Aufgabenbereich der öffentlichen Stelle zuordenbar ist.¹¹ Dies folgt daraus, dass sich öffentliche Stellen mit Hilfe der Einwilligung nicht anderweitiger rechtlicher Bindungen entledigen können und an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die gesetzliche Aufgabenzuweisung gebunden sind.¹²

⁹ Roßnagel, NJW 2019, 1 (2).

¹⁰ Roßnagel, ZD 2020, 296 (297 f.) m.w.N.

¹¹ Dies ist hinsichtlich Entwicklung und Einsatz von Learning Analytics-Verfahren für Hochschulen in NRW der Fall; siehe dazu unten Kapitel zur Aufgabenerfüllung.

¹² Stemmer, in: Wolff/Brink (Hrsg.) 2023, Art. 7 DSGVO Rn. 3.

4. Einwilligung als Rechtsgrundlage

Fragenkomplex 1:¹³ Einwilligungen als Rechtsgrundlage

1.A: Können Hochschulen beim Einsatz von Learning Analytics die freiwillige Einwilligung von Studierenden einholen?

Ob die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO als zulässige Rechtsgrundlage für den Einsatz von Learning Analytics gesehen werden kann, ist auf Grund der bestehenden Machtdisparität zwischen Hochschule und Studierenden fraglich. So wird die Freiwilligkeit der Erteilung der Einwilligung insbesondere dann verneint werden müssen, wenn von ihr die Absolvierung und der Abschluss eines Studiums abhängt.¹⁴ Dabei ist zu beachten, dass der Betrieb des Learning Analytics-Systems unabhängig von der Einwilligung einzelner Studierender erfolgt. Insgesamt kann der Zwang zur Nutzung des Systems schwerer wiegen als der Zwang, einer Datenauswertung ausgesetzt zu sein. Entscheidend ist letztlich die Ausgestaltung des Systems: Wird zum Beispiel erfasst, wie häufig oder wie lange bestimmte Studierende das System nutzen? Findet eine Videoauswertung im Hörsaal oder über die Webcam eines Endgeräts statt? Oder ist das System beschränkt auf die freiwillige Eingabe einer Selbsteinschätzung nach einer Vorlesung? Oder bewertet lediglich der Dozent die Mitarbeit der Studierenden insgesamt oder sogar einzelner Studierender? Denkbar sind auch freiwillig bearbeitbare Quizze, die automatisiert ausgewertet werden und eine längsschnittliche Bewertung der Entwicklung über das Semester hinweg erlauben oder gar eine Prognose zum Bestehen eines Kurses ausgeben. Der Grad des hochschulseitig ausgeübten Zwanges unterscheidet sich in diesen Szenarien erheblich.

In Erwägungsgrund 43 Satz 1 DSGVO findet sich die Aussage, dass eine Einwilligung ausgeschlossen sein sollte, wenn zwischen der betroffenen Person (hier: Studierende) und dem Verantwortlichen (hier: Hochschule) ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt. Gleichzeitig wird diese Aussage dahingehend abgeschwächt, dass ungleiche Machtverhältnisse die Freiwilligkeit nur dann entfallen lassen, wenn sich dies unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls ergibt. Besteht zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person eine Machtdisparität, wie im vorliegenden Verhältnis zwischen Hochschule und Studierenden, so ist prüfen, ob sie Auswirkungen auf die Einwilligungen hat. Sofern sich die bestehende Machtdisparität nicht auf die Einwilligung auswirkt und die in Art. 7 DSGVO normierten Bedingungen eingehalten werden, steht der Einholung von Einwilligungen von Studierenden für den Einsatz von Learning Analytics grundsätzlich nichts entgegen.

4.1 Bedingungen einer Einwilligung

1.A.1: Sind Einschränkungen dabei zu berücksichtigen? Wie muss eine entsprechende Einwilligung gestaltet sein?

Wird eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen von Learning Analytics auf das datenschutzrechtliche Instrument der Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO gestützt, so hat der Verantwortliche die gesetzlichen Anforderungen in Art. 7 DSGVO – die durch die Definition der Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 DSGVO weiter ausgeprägt werden – zu berücksichtigen.

Die Datenschutz-Grundverordnung sieht kein Schriftformerfordernis für Einwilligungen vor. Dementsprechend kann die Einwilligung für die Nutzung von Learning Analytics grundsätzlich in jeder beliebigen Form erteilt werden. Angesichts der in Art. 7 Abs. 1 DSGVO geregelten Nachweispflicht des Ver-

¹³ Die kursiv gesetzten Fragen entstammen der Aufgabenbeschreibung des Auftraggebers. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde im Rechtsgutachten von der ursprünglichen Gliederung des Auftraggebers abgewichen.

¹⁴ Siehe auch im Kontext des Einsatzes von E-Learning-Plattformen Golland, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 87 unter Verweis auf Internationale Arbeitsgruppe für Datenschutz in der Telekommunikation, Arbeitspapier zum Thema E-Learning-Plattformen, 3.

antwortlichen über den Erhalt einer wirksamen Einwilligung, empfiehlt es sich, den Erhalt einer Einwilligung, sofern sie nicht ohnehin schriftlich eingeholt wird, zu dokumentieren, um deren Vorliegen rechtssicher nachweisen zu können. Erfolgt die Einholung der Einwilligung elektronisch, so kann die Dokumentation der Einwilligung im Wege der Speicherung des Einwilligungstextes zusammen mit einem zuverlässigen Identifizierungsmerkmal des Einwilligenden und dem dazugehörigen Eingabezeitpunkt („timestamp“) erfolgen.

Art. 4 Nr. 11 und Erwägungsgrund 32 DSGVO setzen für die Einwilligung eine eindeutige bestätigende Handlung voraus. Hieraus folgt, dass eine konkludente Einwilligung durch Schweigen oder bloße Nutzung des Dienstes unwirksam ist. Schweigen, Inaktivität und vorangekreuzte Kästchen (Opt-Out) sind damit unzureichend. Jede Einwilligung bedarf insoweit einer aktiven Handlung der betroffenen Person. Wird die Einwilligung schriftlich eingeholt, sollte mit dem Ersuchen der Einwilligung die Unterschrift der betroffenen Person eingefordert werden. Im Falle der elektronischen Einholung von Einwilligung für die Legitimation der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Learning Analytics kommt das sog. Opt-In-Verfahren in Betracht, bei dem die betroffene Person selbst in Form des Anklickens von Check-Boxen in die Verarbeitung einwilligt. Soweit die studierende betroffene Person ihre Identität über das Einloggen in den Uni-Account bereits nachgewiesen hat, ist kein Double-Opt-In-Verfahren notwendig.

Art. 4 Nr. 11 DSGVO fordert, dass eine Einwilligung als Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung nur dann wirksam ist, wenn sie freiwillig erteilt wird. Freiwillig ist die Einwilligung, wenn sie ohne Zwang und aus freier, autonomer Entscheidung der betroffenen Personen erteilt wird.¹⁵ Angesichts der klaren Machtdisparität zwischen der Hochschule und den Studierenden ist bezüglich des Einsatzes von Learning Analytics genau zu prüfen, ob sich die ungleiche Machtverteilung auf die Freiwilligkeit der Einwilligung auswirkt. Im Einzelfall ist eine Einwilligung trotz Machtungleichgewicht wirksam, wenn sich das Ungleichgewicht in der konkreten Einwilligungssituation nicht niederschlägt, etwa weil die Verarbeitung im Interesse der Studierenden liegt oder die Studierenden keinerlei Nachteile erleiden, wenn sie ihre Einwilligung (hier: in die Nutzung von Learning Analytics) verweigern.¹⁶ Umgekehrt fehlt es an Freiwilligkeit, wenn eine Datenverarbeitung für die Abwicklung eines Verhältnisses nicht erforderlich und mit Nachteilen für den Betroffenen verbunden ist. Damit lässt sich in Bezug auf das Erfordernis der Freiwilligkeit festhalten, dass die Nutzung von Learning Analytics auf Grundlage einer Einwilligung nicht möglich sein wird, sofern eine Nutzungspflicht besteht, sondern nur, wenn die Nutzung von Learning Analytics als Zusatzangebot der Hochschule angeboten wird.

Die von Art. 4 Nr. 11 DSGVO verlangte Informiertheit setzt voraus, dass die betroffene Person weiß, worin sie eingewilligt hat. Dementsprechend sind Einwilligungserklärungen so klar und transparent wie möglich zu formulieren (s. Formularbeispiel Anlage 1). Insbesondere schwammige Zweckbegrenzungen müssten hier unterbleiben. Neben der konkreten Zweckbenennung muss eine wirksame Einwilligung außerdem auführen: die Identität des Verantwortlichen, die verarbeiteten Datenkategorien sowie gegebenenfalls die Absicht einer ausschließlich automatisierten Entscheidung.

Nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist der betroffenen Person auch von der Möglichkeit eines Widerrufsrechts in Kenntnis zu setzen. Der Widerruf der Einwilligung hat zur Folge, dass jede künftige Verarbeitung durch Verantwortliche rechtswidrig ist, sofern kein anderer Erlaubnistatbestand die Verarbeitung rechtfertigt. Die auf Grundlage der Einwilligung gespeicherten Daten müssten dann gelöscht werden, insbesondere wenn die betroffene Person dies – im Rahmen ihres Rechts auf Löschung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO – fordert und geltend macht. Dementsprechend sind technisch-organisatorische Maßnahmen erforderlich, damit die Anforderungen ab Erhalt des Widerrufs auch tatsächlich umgesetzt werden. Nicht erfasst vom Widerrufsrecht sind hingegen anonymisierte Trainingsdaten, da

¹⁵ Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG 2022, Art. 7 DSGVO Rn. 21.

¹⁶ Siehe zum Beispiel Stemmer, in: Wolff/Brink (Hrsg.) 2023, Art. 7 DSGVO Rn. 53.

diese Trainingsdaten angesichts des fehlenden Personenbezugs nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung fallen. Im Umkehrschluss ist bei Trainingsdaten mit Personenbezug das Widerrufsrecht zwingend zu beachten.

Die Datenschutz-Grundverordnung trifft keine Aussage zur Geltungsdauer von Einwilligungen. Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) empfiehlt allerdings, die Einwilligung in angemessenen Zeitabständen zu erneuern, um eine regelmäßige Information der betroffenen Person über die von ihr erteilten Einwilligungen zu gewährleisten und ihr bei Bedarf den Widerruf derselben zu ermöglichen.¹⁷ Im Übrigen kann die ursprüngliche Einwilligung ihre Wirksamkeit verlieren, wenn sich die Verarbeitung signifikant verändert oder weiterentwickelt und damit nicht mehr den ursprünglichen Zweck verfolgt.¹⁸ Da davon auszugehen ist, dass sich gerade in den ersten Jahren der Entwicklung und des Einsatzes von Learning Analytics-Verfahren die Verarbeitungen signifikant verändern dürften, sollten die Intervalle zur Überprüfung der eingeholten Einwilligungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit in dieser Zeit möglichst kurzgehalten werden.

Eine wirksame Einwilligungserklärung muss folgende Elemente enthalten:

- Identität des Verantwortlichen,
- Verarbeitete Datenkategorien,
- Zweck der Verarbeitung,
- Gegebenenfalls und soweit möglich konkrete Angaben zu den Empfängern der personenbezogenen Daten,¹⁹
- Hinweis über Bestehen und Form der Ausübung des Widerrufsrechts sowie
- gegebenenfalls einen Hinweis auf eine automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling im Sinne des Art. 22 DSGVO.

Bezogen auf die Szenarien 1 bis 3 wäre ein entsprechender Hinweis auf eine automatisierte Entscheidungsfindung für Szenario 1 und 3 nicht notwendig, für Szenario 2 hingegen wäre gegebenenfalls darauf hinzuweisen (siehe ausführlich Kapitel 5.4).

4.2 Gesamteinwilligung

1.A.2: Die Nutzung von Daten für bestimmte analytische Zwecke ist zum Zeitpunkt der Erhebung kaum vorher anzugeben. Ist eine Gesamteinwilligung für die Nutzung von Learning Analytics daher möglich oder muss auf der Ebene einzelner Auswertungen separat eingewilligt werden? Welche Grenzen bestehen?

Es ist nicht möglich, betroffene Personen pauschal in die Datenverarbeitung zu Zwecken von Learning Analytics einwilligen zu lassen. Dies würde weder dem Zweckbindungsgrundsatz noch dem Transparenzgrundsatz genügen. Aus Sicht des Verantwortlichen ist es vorteilhaft, die Zwecke der Verarbeitung möglichst umfassend, aber dennoch genau zu fassen.

Eine Gesamteinwilligung für die Nutzung von Learning Analytics wäre grundsätzlich möglich, sofern die Verarbeitungszwecke miteinander vereinbar sind. Eine Vereinbarkeit der Zwecke kann insbesondere dann angenommen werden, wenn die im Zuge des Einsatzes von Learning Analytics erfolgenden Verarbeitungen von personenbezogenen Daten übergeordnet auf einen gemeinsamen Zweck (hier: Optimierung des individuellen Lern- und Lehrerfolgs) zielen. Wenngleich auch möglicherweise nicht für alle

¹⁷ EDSA, Leitlinien 05/2020, Rn. 111.

¹⁸ Sogenannter „function creep“, den die Zweckbestimmung verhindern soll, siehe EDSA, Leitlinien 05/2020, Rn. 55, 56.

¹⁹ Vergleiche EuGH, Urteil vom 12.01.2023, Rs. C-154/21 zu Art. 15 Abs. 1 lit. c DSGVO der im Wortlaut Art. 13 Abs. 1 lit. e und 14 Abs. 1 lit. e DSGVO entspricht. Es erscheint wahrscheinlich, dass dies auch für die Informationspflichten im Rahmen der Einwilligung gilt.

im Rahmen von Learning Analytics verarbeiteten personenbezogenen Daten eine einzige (Gesamt-)Einwilligung ausreichen wird,²⁰ wird dies zumindest für einen Großteil der im Rahmen von Learning Analytics erfolgenden Verarbeitungen (mit ähnlichen Zwecken) möglich sein. In diesem Fall müssen alle Zwecke in der Einwilligungserklärung aufgeführt werden.²¹

Eine gewisse Granularität der Zweckbeschreibung stärkt die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Personen, da diese besser informiert werden. Dabei darf die granulare Aufteilung der Zwecke ihrerseits aber auch nicht überschießend erfolgen und in Intransparenz umschlagen.

Weichen die Verarbeitungszwecke, für die eine Gesamteinwilligung eingeholt werden soll, zu stark voneinander ab, so wird es jedoch an der notwendigen Bedingung der Freiwilligkeit fehlen (siehe Kap. 4.1). In diesem Fall wäre die Einwilligung eine ungültige Grundlage für die Verarbeitung. Das Zusammenspiel zwischen der Einwilligung und dem Zweckbindungsgrundsatz dient letztlich dem Schutz vor einer sukzessiven Ausweitung oder einem Verwischen der Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, nachdem die betroffene Person in die anfängliche Verarbeitung ihrer Daten eingewilligt hat.²² Unzulässig ist somit auch, nicht bereits vorhersehbare oder festgelegte Zwecke anzugeben, die aktuell (noch) nicht, sondern möglicherweise erst in der Zukunft verfolgt werden sollen (also de facto eine Einwilligung „auf Halde“ eingeholt werden soll). Für die betroffene Person muss vielmehr ersichtlich sein, welche Verarbeitungen aktuell erfolgen und welchen Zwecken diese Verarbeitungen aktuell dienen. Anders formuliert dürfen personenbezogene Daten nicht ohne explizite Verarbeitungsgrundlage auf Vorrat für potenzielle zukünftige Zwecke gespeichert werden.

Bei Learning Analytics handelt es sich gerade nicht um einen starren Ansatz, sondern vielmehr um einen iterativen Prozess (Sammlung, Aufbereitung, Analyse und Auswertung von Daten), der sich auf Grund der Analyse von weiteren Daten oder der Änderung der Analysemethode erweitern/verändern kann.²³ Ob damit eine Zweckänderung einhergeht, müsste im Einzelfall überprüft werden. Bei jeder Erweiterung oder Ergänzung der Verarbeitungszwecke müsste überprüft werden, inwieweit diese mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist und ggf. eine erneute/separate Einwilligung einzuholen ist.²⁴

²⁰ So fielen zum Beispiel die zum Trainieren des Learning Analytics-Verfahrens erforderlichen Datenverarbeitungen strenggenommen nicht mehr unter den Zweck der Optimierung des individuellen Lernerfolgs. Über diesen müsste deswegen auch in einer Aufforderung zur Einwilligung in die Datenverarbeitung gesondert informiert werden.

²¹ Siehe zum Beispiel Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Art. 7 DSGVO Rn. 45.

²² Siehe EDSA, Leitlinien 05/2020, Rn. 45 ff.

²³ Lipp, in: Bachor/Hug/Pallaver (Hrsg.) 2021, 127.

²⁴ Zum sogenannten „Broad Consent“ im Kontext wissenschaftlicher Forschungszwecke siehe Kapitel 5.7.

5. Aufgabenerfüllung als Rechtsgrundlage

Fragenkomplex 2: Aufgabenerfüllung als Rechtsgrundlage

2.A: In § 58 HG NRW findet sich die Verpflichtung von Hochschulen zur Verbesserung des Studienverlaufs: „[...] Die Hochschule ergreift Maßnahmen zur Verbesserung des Studienerfolgs. [...]“. Das Gutachten sollte klären, ob diese Norm einen geeigneten Erlaubnistatbestand im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO für die Nutzung von Daten für Learning Analytics darstellt.

2.B: Welche weiteren damit in Verbindung stehenden Rechtsnormen und Erlaubnistatbestände können für den Einsatz von Learning Analytics einschlägig sein?

5.1 Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO rechtfertigt in seiner ersten Alternative jede Datenverarbeitung, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Diese Aufgabe muss dem Verantwortlichen übertragen worden sein. Ob eine Aufgabe im öffentlichen Interesse besteht, die eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfordert, bestimmt jedoch nicht der Verantwortliche. Die Datenschutz-Grundverordnung selbst definiert allerdings weder, was sie unter öffentlichem Interesse versteht, noch wie die Übertragung der Aufgabe zu erfolgen hat. Beides können die Union oder die Mitgliedstaaten im Rahmen einer Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DSGVO selbst bestimmen. Aus der Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DSGVO folgt, dass lit. e nur eine Scharniernorm ist und der eigentliche Erlaubnistatbestand in der „Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen“ der Union oder des Mitgliedstaats zu sehen ist.²⁵ Die Datenverarbeitung muss durch die gesetzliche Rechtsgrundlage erlaubt werden, die sie nur zulässt, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Dieser Zweck der Datenverarbeitung muss nach Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DSGVO in der Rechtsgrundlage festgelegt werden.

5.2 Datenschutzrechtliche Generalklausel

Hochschulen in NRW unterliegen als Träger funktionaler Selbstverwaltung und zugleich staatliche Einrichtungen²⁶ sowohl der Datenschutz-Grundverordnung als auch dem Datenschutzgesetz des Landes NRW (DSG NRW).

Auch nach § 8 Abs. 7 HG NRW gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften im Übrigen. Dies nimmt auf das in § 5 Abs. 6 DSG NRW verankerte Subsidiaritätsprinzip Bezug, wonach grundsätzlich besondere datenschutzrechtliche Vorschriften dem allgemeinen Datenschutzgesetz vorgehen.²⁷

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung ist folglich auf § 3 DSG NRW abzustellen. Nach § 3 Abs. 1 DSG NRW ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen zulässig, wenn sie für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe der verarbeitenden Stellen erforderlich ist. § 3 DSG NRW ist eine allgemeine Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO. Sie ist damit die datenschutzrechtliche Generalklausel auf Landesebene, die eine Datenverarbeitung rechtfertigen kann.²⁸ Eine Verarbeitung personenbezogener Daten greift immer in die Rechtssphäre des Betroffenen ein, nämlich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf Datenschutz. Da es kein belangloses Datum gibt,²⁹ ist jede Datenverarbeitung ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff. Demzufolge bedarf es immer einer Rechtsgrundlage, die den Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) genügen muss.

²⁵ Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.) 2019, Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 71.

²⁶ Reimer 2019, Rn. 81.

²⁷ Entsprechend zur alten Rechtslage Noack, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 8 HG NRW Rn. 11.

²⁸ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, in: Schwartmann/Pabst (Hrsg.) 2020, § 3 Rn. 1.

²⁹ BVerfGE 65, 1 (45).

Sofern das Verwaltungshandeln in diesem Sinne verfassungsrechtlich zulässig ist, kann die Datenverarbeitung als solche über die Generalklausel des § 3 DSGVO legitimiert werden.

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt für das Handeln der öffentlichen Verwaltung ist Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die öffentliche Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden ist. Voraussetzung für das Eingreifen des § 3 Abs. 1 DSGVO NRW kann daher nur eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe der verarbeitenden Stelle sein, die ihr per Gesetz zugewiesen ist. Wie konkret die Aufgabenzuweisung gefasst sein muss, lässt sich nicht allgemein bestimmen. Die Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die öffentliche Stelle schlicht im Rahmen ihrer Zuständigkeit tätig wird und dabei personenbezogene Daten verarbeiten muss.³⁰

Aufgaben in der Zuständigkeit der verarbeitenden Stelle sind sowohl in nationalen Rechtsvorschriften als auch in europarechtlichen Vorgaben festgelegt. § 3 Abs. 1 Var. 1 DSGVO NRW kann eine Datenverarbeitung nur dann rechtfertigen, wenn auch das Handeln der öffentlichen Stelle formell und materiell rechtmäßig ist. Daraus wird auch gefolgert, dass die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung mit der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns steht oder fällt.³¹ Im strengen Sinne „unabdingbar“ oder „zwingend notwendig“ braucht die Datenverarbeitung nicht zu sein,³² da hinsichtlich der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe auch in bestimmtem Umfang die Kriterien Effizienz oder Bürgerfreundlichkeit einfließen können.

Entscheidend ist aber auch, dass die Datenverarbeitung zur Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe der verarbeitenden Stelle erforderlich ist. Für das Kriterium der Erforderlichkeit ist zu beachten, dass es sich um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handelt.³³ Gefordert wird nicht das „mildeste Mittel“, sondern ein Konnex zwischen Zweck und Daten. Erforderlich kann damit nur die Verarbeitung der Daten sein, ohne die die öffentliche Stelle die Wahrnehmung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe nicht erfüllen kann.³⁴ Erforderlich ist eine Datenverarbeitung in der Regel nur, wenn die Zielerreichung im konkreten Einzelfall ohne die Verarbeitung nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise erfolgen kann.³⁵ Die Datenverarbeitung muss sich bezogen auf die verfolgte Aufgabe auf das absolut Notwendige beschränken.³⁶ Ohne eine solche Einschränkung wäre es öffentlichen Stellen erlaubt, Daten, die über das Notwendige hinausgehen, zu verarbeiten. Das willkürliche Sammeln von Daten zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen soll die Norm aber einerseits nicht ermöglichen.³⁷ Andernfalls würde sie ins Leere laufen. Andererseits stellt die Erforderlichkeit aber auch sicher, dass den öffentlichen Stellen die tatsächlich legitim benötigten Daten zur Verfügung stehen, um die Erfüllung der Aufgaben zu ermöglichen.

Die Aufgaben öffentlicher Hochschulen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO und § 3 Abs. 1 DSGVO im Kontext der Lehre ergeben sich aus den Hochschulgesetzen.³⁸ Ob eine Datenverarbeitung im Rahmen der Lehre zur Wahrnehmung der Aufgaben einer Hochschule in NRW erforderlich ist, ist nach den der Hochschule gesetzlich zugewiesenen Aufgaben im Einzelfall zu beurteilen. Dies gilt für jede abgrenzbare Funktion einer E-Learning-Plattform oder eines Learning Management-Systems, durch die die Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt.³⁹

³⁰ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, in: Schwartmann/Pabst (Hrsg.) 2020, § 3 Rn. 27.

³¹ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, in: Schwartmann/Pabst (Hrsg.) 2020, § 3 Rn. 28.

³² Albers/Veit; in: Wolff/Brink (Hrsg.) 2023, Art. 6 DSGVO Rn. 19.

³³ Albers/Veit, in: Wolff/Brink (Hrsg.) 2023, Art. 6 DSGVO Rn. 60.

³⁴ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, in: Schwartmann/Pabst (Hrsg.) 2020, § 3 Rn. 29.

³⁵ Eßer, in: Auernhammer (Hrsg.) 2020, § 3 BDSG Rn. 22.

³⁶ Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.) 2018, § 3 BDSG Rn. 14.

³⁷ Eßer, in: Auernhammer (Hrsg.) 2020, § 3 BDSG Rn. 24.

³⁸ Golla, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 83.

³⁹ Golla, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 87.

Lehre als Aufgabe deckt grundsätzlich auch den Einsatz technischer Hilfsmittel⁴⁰ sowie die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung von Daten ab. Dazu zählt auch E-Learning und die Verwendung von Learning Management-Systemen.⁴¹ Ein Teil der Literatur geht jedoch undifferenziert davon aus, dass E-Learning-Plattformen und Learning Management-Systeme an Hochschulen nur in einzelnen Funktionalitäten und vorwiegend als Content-Management-Systeme genutzt werden sollten.⁴² Richtigerweise ist jedoch sowohl auf die konkreten Funktionen als auch auf die konkreten gesetzlichen Aufgabenzuweisungen abzustellen. Dies gilt auch für Learning Analytics-Funktionen und die damit einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten.

5.3 Aufgabenzuweisung mit Bezug zu Learning Analytics

5.3.1. Rechtsrahmen Hochschulrecht NRW

Das Hochschulrecht in NRW wird nicht nur durch das Hochschulgesetz NRW geregelt. Hochschulspezifische Bestimmungen finden sich in zahlreichen Landesgesetzen und auch in der Landesverfassung.⁴³ Wesentliche gesetzliche Rechtsgrundlagen des nordrhein-westfälischen Hochschulrechts in Bezug zum Einsatz von Learning Analytics können sein:

- Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz – HG NRW),⁴⁴
- Gesetz über die Kunsthochschulen (Kunsthochschulgesetz – NRWKunstHG),
- Gesetz über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (Fachhochschulgesetz öffentlicher Dienst – FHGöD),
- Gesetz über die Deutsche Hochschule der Polizei (Polizeihochschulgesetz – DHPolG),
- Gesetz zur Verbesserung der Qualität in Lehre und Studium an nordrhein-westfälischen Hochschulen (Studiumsqualitätsgesetz) v. 1.3.2011 = Art. 2 Gesetz zur Verbesserung von Chancengleichheit beim Hochschulzugang in Nordrhein-Westfalen (GV. NRW. 165),
- Gesetz zu dem Staatsvertrag über die Hochschulzulassung und zur Neufassung des Hochschulzulassungsgesetzes in Nordrhein-Westfalen v. 29.10.2019 (GV. NRW. 830).

5.3.2 Einsatz von Learning Analytics als erforderliche Aufgabe der Hochschule

Weder im Landesrecht NRW noch im Bundesrecht oder Unionsrecht findet sich eine Rechtsvorschrift, die Learning Analytics ausdrücklich als Aufgabe einer Hochschule vorsieht. Neben § 58 Abs. 1 Satz 3 HG NRW⁴⁵ existieren aber Aufgabenzuweisungen, die den Einsatz von Learning Analytics begründen können.⁴⁶

⁴⁰ Flisek, CR 2004, 62 (64); Golla, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 83.

⁴¹ Golla, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 86 ff.

⁴² Golla, in: Specht/Mantz (Hrsg.) 2019, § 23 Rn. 87; Hansen/Hatteh, in: Seehusen/Lucke/Fischer (Hrsg.), e-Learning Fachtagung Informatik, 2008, 329 (334).

⁴³ Siehe Aufstellung bei Schemmer, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, Grundlagen des Hochschulrechts in Nordrhein-Westfalen, Rn. 34

⁴⁴ Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz – HG) vom 16. September 2014, verkündet als Art. 1 G v. 16.9.2014 (GV. NRW. S. 547); zuletzt geändert durch Art. 1 G betreffend die Mitgliedschaft der Universitätskliniken im Arbeitgeberverband des Landes vom 30.6.2022 (GV. NRW. S. 780b).

⁴⁵ Vergleiche Frage 2.A.

⁴⁶ Vergleiche Frage 2.B.

5.3.2.1 § 3 Abs. 1 Satz 1 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Universitäten dienen der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung, Lehre, Studium, Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und Wissenstransfer (insbesondere wissenschaftliche Weiterbildung, Technologietransfer, Förderung von Ausgründungen).“

Die Vorschrift ist eine allgemeine Aufgabenzuweisung, die die Kernaufgaben der Hochschulen abstrakt generell festlegt. Dass den Universitäten die Aufgabe der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften zugewiesen ist, begründet ihre Eigenschaft als Trägerinnen der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG bzw. Art. 4 Abs. 1 NRW Verf. Diese werden im Rest des Gesetzes weiter konkretisiert.⁴⁷ Die allgemeine Aufgabenzuweisung in § 3 HG NRW ist jedoch zu unbestimmt, um als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm für eingriffsintensive Datenverarbeitungen wie Datenzusammenführung und Profilbildung zu dienen. Gleiches gilt auch für § 3 Abs. 2 HG NRW bezogen auf die Fachhochschulen.

5.3.2.2 § 3 Abs. 3 Satz 2 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschulen sollen ergänzend Lehrangebote in Form elektronischer Information und Kommunikation (Online-Lehrangebote) sowie Maßnahmen zur Unterstützung der Lehrangebote durch elektronisch basierte Methoden und Instrumente entwickeln.“

Die Vorschrift deckt den Einsatz von Learning Analytics als Aufgabe, weil Learning Analytics als ein elektronisches Instrument eine Maßnahme zur Unterstützung des Lehrangebots ist. Die Vorschrift bezweckt, dass elektronische Information und Kommunikation in der Lehre noch stärkeren Einsatz als bisher finden. Dabei sollen laut Entwurfsbegründung Lehrkonzepte entwickelt werden, die die Vorteile der Präsenz-Veranstaltungen (insbesondere die Rückkoppelung der Studierenden mit den Lehrenden) mit den Vorteilen einer ortsungebundenen Online-Lehre verbinden.⁴⁸ Durch das NRW-HG-ÄndG 2019 wurden die „Maßnahmen zur Unterstützung der Lehrangebote durch elektronisch basierte Methoden und Instrumente“ eingefügt. Damit soll unterstrichen werden, dass auch im Bereich nicht elektronisch angebotener Lehre „unterstützende Maßnahmen in Form elektronisch basierter Methoden und Instrumente sachgerecht“ sind.⁴⁹ Die „Entwicklung“ von Methoden und Instrumenten schließt nach Sinn und Zweck der Vorschrift deren Anwendung als Maßnahme ein, gegebenenfalls auch nach weiteren Aufgabenzuweisungen.

5.3.2.3 § 3 Abs. 7 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Grundordnung kann weitere Hochschulaufgaben vorsehen, soweit diese mit den gesetzlich bestimmten Aufgaben zusammenhängen und deren Erfüllung durch die Wahrnehmung der weiteren Aufgaben nicht beeinträchtigt wird.“

Dem Wortlaut nach könnte die Vorschrift erlauben, dass eine Hochschule den Einsatz von Learning Analytics als Aufgabe in ihrer eigenen Grundordnung bestimmt. Vom Sinn und Zweck der Vorschrift her räumt sie den Hochschulen insgesamt aber keine Allzuständigkeit und kein Aufgabenfindungsrecht ein.⁵⁰ Die Vorschrift verlangt kumulativ, dass die weiteren Aufgaben mit den gesetzlich bestimmten Aufgaben zusammenhängen und deren Erfüllung durch die Wahrnehmung der weiteren Aufgaben

⁴⁷ Siehe zum Beispiel § 35 HG NRW zu den Aufgaben.

⁴⁸ LT-Drs. 16/5410, 298.

⁴⁹ LT-Drs. 17/4668, 152.

⁵⁰ von Coelln, in: Leuze/Epping (Hrsg.) 2022, § 3 Rn. 24; Pernice-Warneke, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 3 HG NRW Rn. 64.

nicht beeinträchtigt wird.⁵¹ Dies bezieht sich auf sämtliche Aufgaben. Im Zusammenhang mit anderen in diesem Kapitel benannten Vorschriften wäre statthaft, dass sich eine Hochschule den Einsatz von Learning Analytics in die Grundordnung schreibt. Dies würde sich auch nicht als völlig neue Aufgabe darstellen, sondern mit den sonstigen Aufgaben der Hochschule nach den HG NRW korrespondieren. Siehe dazu und den Grenzen auch die folgenden Kapitel.

5.3.2.4 § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Zur Qualitätsentwicklung und -sicherung überprüfen und bewerten die Hochschulen regelmäßig die Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere im Bereich der Lehre und im Hinblick auf den Studienerfolg. Die Evaluationsverfahren regeln die Hochschulen in Ordnungen, die auch Bestimmungen über Art, Umfang und Behandlung der zu verarbeitenden und personenbezogenen Daten der Mitglieder und Angehörigen enthalten, die zur Bewertung notwendig sind.“

Learning Analytics könnte zum Teil als Maßnahme zur Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung dienen. Dies muss aber in einer Satzung geregelt sein, welche auch Learning Analytics erlauben könnte.⁵² Diese datenschutzrechtliche Gestattungsnorm steht hauptsächlich im Kontext des Evaluationsauftrags, der seinerseits der Qualitätssicherung dient. Dabei geht es gerade nicht um eine individuelle Lernevaluation, sondern um eine Lehrevaluation. Diese bezieht sich allgemein auf Aspekte der Lehr- und Prüfungsorganisation, die Betreuung der Studierenden, Umsetzung der Studiengangskonzeption, Studierbarkeit des Lehrangebots, Kohärenz und Abstimmung des Lehrangebots, Internationalität oder den Einsatz multimedialer Inhalte im Unterricht.⁵³ Der Einsatz von Learning Analytics zur individuellen Lernevaluation kann somit von der Vorschrift nicht getragen werden; anderes gilt jedoch für die Lehrevaluation. Diese kann durch Learning Analytics-Verfahren unterstützt werden. Insoweit trägt die Vorschrift auch den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren zur Unterstützung der Lehrevaluation.

5.3.2.5 § 8 Abs. 5 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschulen dürfen personenbezogene Daten ihrer ehemaligen Mitglieder und Angehörigen verwenden, soweit dies zum Zwecke der Befragung im Rahmen der Qualitätssicherung und von Evaluationen nach § 7 Absatz 2 oder zur Pflege der Verbindung mit diesen Personen erforderlich ist und diese nicht widersprechen. Die Befragten sind auf die Freiwilligkeit ihrer Angaben und ihre Widerspruchsmöglichkeit hinzuweisen. Das Nähere regelt die Evaluationsordnung.“

Die Vorschrift kann den Einsatz von Learning Analytics nicht als Aufgabe rechtfertigen, auch nicht hinsichtlich der Verwendung von personenbezogenen Daten Ehemaliger. Die Vorschrift ist klar auf die Befragung im Rahmen der Qualitätssicherung und Evaluation beschränkt. Siehe auch unten zur Kapitel 5.8 zur Speicherbegrenzung.

5.3.2.6 § 58 Abs. 1 Satz 2 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschule ergreift Maßnahmen zur Verbesserung des Studienerfolgs.“

⁵¹ Siehe vertiefend dazu auch von Coelln, in: Leuze/Epping (Hrsg.) 2022, § 3 Rn. 164 f.

⁵² Vergleiche Uphues, DÖV 2020, 234 (238), der aufgrund der konkreten Ausgestaltung feststellt, dass § 7 Abs. 2 Satz 1 HG NRW in Verbindung mit der Evaluationsordnung der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster keine Rechtsgrundlage für den Einsatz von Learning Analytics-Software ist.

⁵³ Vergleiche zur entsprechenden Vorschrift im HG BaWü, Keber/Bachmaier/Neef, JurPC Web-Dok. 97/2019, Abs. 47.

§ 58 HG NRW regelt zusammenfassend und zielgebend die grundsätzlichen Anforderungen an Studium und Lehre.⁵⁴ Nach § 58 Abs. 1 Satz 2 HG NRW ergreift die Hochschule Maßnahmen zur Verbesserung des Studienerfolgs. Dies ist als Verpflichtung formuliert und auch als ein „objektivrechtlicher Auftrag an die Hochschulen“ intendiert.⁵⁵ Es ist ein Handlungsauftrag, der als Ergebnis einer gesetzlichen Entwicklung zu verstehen ist. Mit dem Hochschulrechtsänderungsgesetz 2019 ist der frühere Satz 2 entfallen, welcher eine ausdrückliche Verpflichtung der Hochschulen auf den Studienerfolg statuierte.⁵⁶ Mit der Änderung bemühte sich die Legislative um eine Klarstellung dahingehend, dass mit der bisherigen Regelung kein subjektiv-rechtlicher Erfolgsanspruch der Studierenden verbunden sein sollte.⁵⁷ Anstatt einer vagen „Erfolgsverpflichtung“ trat die Verpflichtung zur Ergreifung konkreter, erfolgsbezogener „Maßnahmen“.⁵⁸

Die Art der zu ergreifenden Maßnahmen bleibt an dieser Stelle im Gesetz offen. Zu den Maßnahmen gehören sicherlich auch die im weiteren Gesetz bereits konkret genannten und von den Hochschulen umzusetzenden Maßnahmen „Studienplan“ (§ 58 Abs. 3 HG NRW), „Studienberatung“ (§ 58a Abs. 1 HG NRW), „Fachstudienberatung“ (§ 58a Abs. 2 HG NRW) und „Studienverlaufsvereinbarung“ (§ 58a Abs. 3 HG NRW). Dies sind aber nur Beispiele, denn dadurch, dass die Legislative die Maßnahmenverpflichtung nach § 58 Abs. 1 Satz 3 HG NRW nicht weiter konkretisiert, macht er deutlich, dass er keinen abschließenden Maßnahmenkatalog vorgeben wollte, auch wenn er an anderer Stelle im Gesetz konkrete Maßnahmen benennt.⁵⁹ Dies korrespondiert im Übrigen mit dem Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen nach § 2 HG NRW. Die Legislative versteht die Verpflichtung auch im Zusammenhang mit der Verpflichtung für Studiengänge ein „Leitbild für die Lehre“ zu entwickeln. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 der Studienakkreditierungsverordnung, welche als Musterrechtsverordnung innerhalb der Kultusministerkonferenz verabschiedet worden ist, muss jede Hochschule als Voraussetzung für die Akkreditierung eines Studienganges über ein Leitbild für die Lehre verfügen.⁶⁰ § 58 Abs. 1 Satz 3 HG NRW unterstreicht angesichts dessen den hohen politischen Stellenwert eines derartigen Leitbildes und ist zudem für Studiengänge, bei denen die o. g. Rechtsverordnung nicht greift – also insbesondere für Staatsexamensstudiengänge – konstitutiv.

Diese eher allgemeine Aufgabenzuweisung ist jedoch zu unbestimmt, um als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm für eine derart eingriffsintensive Datenverarbeitung zu dienen. Es bedarf hierfür einer rechtlichen Grundlage, die den Eingriff in die Grundrechte und Grundfreiheiten der Studierenden legitimiert. Der Einsatz von Learning Analytics mit Datenzusammenführung und Profilbildung ist jedenfalls nicht erforderlich, um die Aufgabenzuweisung des Art. 58 Abs. 1 Satz 2 HG NRW zu erfüllen.

5.3.2.7 § 58 Abs. 2 Satz 2 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Dabei sind auch Möglichkeiten des Selbststudiums zu nutzen und Maßnahmen zu dessen Förderung zu treffen.“

Diese Vorschrift deckt den Hauptzweck von Learning Analytics in Bezug auf die Studierenden, also die Förderung des Selbststudiums durch technische Mittel. Dies kommt sowohl in Szenario 2 als auch in Szenario 3 zum Ausdruck, in welchem Studierende durch automatisierte Auswertungen ihrer Interaktionshistorie und weitere personenbezogener Daten im Vergleich zu Daten anderer Studierende im Learning Management-System konkrete Aufgaben und Lerninhalte vorgeschlagen bekommen.

⁵⁴ Birnbaum, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 58 HG NRW Rn. 1.

⁵⁵ LT-Drs. 17/4668, 173.

⁵⁶ „Die Hochschulen sind dem Studienerfolg verpflichtet.“

⁵⁷ LT-Drs. 17/4668, 173.

⁵⁸ Birnbaum, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 58 HG NRW Rn. 5.

⁵⁹ So auch Birnbaum, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 58 HG NRW Rn. 5.

⁶⁰ LT-Drs. 17/4668, 174.

5.3.2.8 § 58 Abs. 2a Satz 1 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschulen können im Einvernehmen mit dem Ministerium Reformmodelle des Studiums insbesondere der Studienanfängerinnen und Studienanfänger erproben und im Rahmen dieser Reformmodelle insbesondere Ergänzungskurse anbieten und Maßnahmen zur Verbesserung des Studienerfolgs vorsehen; ...“

Die Vorschrift kann den Einsatz von Learning Analytics decken, allerdings nur in der Erprobungsphase von Reformmodellen als Maßnahme zur Verbesserung des Studienerfolgs. Zudem bedarf es eines Einvernehmens des Ministeriums. Der Einsatz von Learning Analytics müsste also auf diesen Zweck begrenzt werden; die Vorschrift ist daher von untergeordneter Relevanz.

5.3.2.9 § 58a Abs. 1 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschule berät ihre Studierenden sowie Studieninteressentinnen und Studieninteressenten, Studienbewerberinnen und Studienbewerber in allen Fragen des Studiums und der allgemeinen, hochschulübergreifenden Studienorientierung.“

Sie kann den Einsatz von Learning Analytics decken, wenn und soweit Learning Analytics hilft, die Studierenden hinsichtlich Auswahl, Lerninhalten, Fachrichtung, Studienschwerpunkten, Wahlfächern und Kursen zu beraten. Dies ist insbesondere bei Szenario 1 und 3 gegeben. Allerdings trägt die Norm den Einsatz von Learning Analytics nur am Rande, da die Hochschulen durch den Einsatz von Learning Analytics die ihnen in der Vorschrift zugewiesene Aufgabe nur zu einem kleinen Teil zu erfüllen imstande sind. Zum einen kann der Unterstützungsleistung durch Learning Analytics nur einen Teil der Beratungsleistung umfassen und ist durch weitere Maßnahmen zu ergänzen und zum anderen betrifft diese Art der Beratung nur Studierende, nicht hingegen Studieninteressent:innen sowie Studienbewerber:innen.

5.3.2.10 § 62a Abs. 1 HG NRW

Die Vorschrift lautet:

„Die Hochschule soll das Lehrangebot so organisieren, dass das Studium auch als Teilzeitstudium erfolgen kann.“

Die Vorschrift regelt das „echte Teilzeitstudium“, also insbesondere die Etablierung von Studiengängen, die darauf ausgerichtet sind, parallel zu einer sonstigen Tätigkeit wahrgenommen zu werden.⁶¹ Die Absolvierung eines Studiums in Teilzeit kann in nicht unerheblicher Weise durch entsprechende Online-Lehrangebote in Learning Management-Systemen unterstützt oder sogar ermöglicht werden. Diese wiederum können durch Learning Analytics-Verfahren unterstützt werden. Dabei könnten solche Verfahren darauf abgestimmt werden, Studierenden in Teilzeit spezielle Unterstützungsangebote zu machen, die das Studieren in Teilzeit fördern. Insoweit trägt die Vorschrift auch den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren, spielt dabei aber nur eine untergeordnete Rolle, die speziell auf das Studieren in Teilzeit begrenzt wäre.

5.3.2.11 § 3 Abs. 1 Studiumsqualitätsgesetz

Die Vorschrift ist überschrieben mit „Qualitätsverbesserung in Lehre und Studium“ und lautet:

„Die Hochschule ist verpflichtet, ihre Lehre und ihre Studienbedingungen kontinuierlich zu verbessern.“

⁶¹ Birnbaum, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 64a HG NRW Rn. 4.

Die Vorschrift findet sich im Gesetz zur Verbesserung der Qualität in Lehre und Studium an nordrhein-westfälischen Hochschulen (Studiumsqualitätsgesetz). Dieses regelt im Wesentlichen eine Mittelgarantie und die Mittelvergabe zur Verbesserung der Lehre und der Studienbedingungen als Ausgleich zum Wegfall der Studiengebühren. Die mit der Vorschrift geregelte Maßgabe ist aber als Verpflichtung und damit öffentlich-rechtliche Aufgabe der Hochschulen zu verstehen, die die Lehre als Kernaufgabe der Hochschulen nach § 3 HG NRW unterstreicht.⁶² An sie ist zwar die Verteilung der Mittel gebunden, sie ist aber Aufgabe der Hochschule, die durch die Mittelvergabe gesichert werden soll.⁶³ Die Vorschrift ist generell ausformuliert. Zur Verbesserung von Studienbedingungen kann insoweit auch die Entwicklung von Learning Analytics-Verfahren zählen. Das würde den Mitteleinsatz für Learning Analytics ermöglichen. Die Vorschrift allein ist aber zu unbestimmt, um damit eine konkrete Datenverarbeitung als erforderliche Aufgabenwahrnehmung der Hochschule zu legitimieren. Die Vorschrift ermächtigt aber im Zusammenspiel mit den vorgenannten Aufgabenzuweisungen und der Satzungsgebungskompetenz die bestimmte und normklare Ausgestaltung entsprechender Rechtsgrundlagen in einer Hochschulordnung.

5.3.2.12 Zwischenergebnis

Das HG NRW und das Studiumsqualitätsgesetz bestimmen in mehreren Vorschriften Aufgaben, die von Hochschulen in NRW zu erfüllen sind und die durch Learning Analytics-Verfahren erfüllt oder unterstützt werden könnten.

5.4 Spezielle Abwägung Profiling

Fragenkomplex 6: Einzelfallentscheidungen und Profiling

Learning Analytics soll in erster Linie das Lernen und die Lehre unterstützen und fördern. Dabei soll durch die Personalisierung der Unterstützungsangebote und Auswertung eine optimale Wirkung erzielt werden.

6.A: Dabei stellt sich die Frage, ob die Empfehlung von Inhalten und der Hinweis auf Unterstützungsangebote, wie z. B. die Studienberatung oder bestimmte Inhalte, bereits eine Einzelfallentscheidung im Sinne des Art. 22 DSGVO darstellt

6.B: Ist Learning Analytics für Studierende oder Lehrende Profiling im Sinne der DSGVO? Welche Folgen ergeben sich ggf. daraus?

5.4.1 Einzelfallentscheidung im Sinne des Art. 22 DSGVO

Art. 22 DSGVO gibt der betroffenen Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Art. 22 DSGVO findet also nur Anwendung, wenn eine durch Mensch oder Maschine automatisch ausgeführte Entscheidung auf Grundlage einer automatisierten maschinellen Verarbeitung (Automated Decision Making) vorliegt. Die Entscheidung muss ausschließlich maschinell erfolgen, also der auch nur teilweisen Entscheidung durch eine natürliche Person entzogen sein.⁶⁴ Die Empfehlung von Inhalten und der Hinweis auf Unterstützungsangebote stellen eine automatisierte Einzelfallentscheidung dar, wenn sie auf Grundlage der vorhandenen personenbezogenen Daten der Studierenden zum Beispiel zu Lernprozess, Studienfortschritt, Notenniveau, soziodemografischer Faktoren und Ähnlichem bezüglich der konkreten Person getroffen werden. Art. 22 DSGVO kommt allerdings nur zum Tragen, wenn diese automatisierte Verarbeitung der studierenden Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Eine rechtliche Wirkung ist beispielsweise bei belastenden

⁶² LT-Drs. 15/97, 32.

⁶³ LT-Drs. 15/97, 26 f.

⁶⁴ Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.) 2022, Art. 22 DSGVO, Rn. 11.

Verwaltungsakten oder beim Versagen von öffentlichen Leistungen gegeben.⁶⁵ Eine ähnliche Beeinträchtigung läge beispielsweise dann vor, wenn (jenseits der bloßen Belästigung) die wirtschaftliche oder persönliche Situation betroffen wäre oder eine erhebliche Diskriminierung⁶⁶ gegeben wäre.⁶⁷ Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn Studienfortschritt, Benotung oder zu erbringende Leistungsnachweise davon abhängig gemacht würden, dass die studierende Person der Empfehlung folgt, da hierdurch die Empfehlung eine rechtliche Wirkung entfalten würde. Sofern die Einzelfallentscheidung ausschließlich informativen Charakter hat, ohne der studierenden Person gegenüber rechtliche Wirkung hinsichtlich ihres Studienfortschritts zu entfalten oder sie in ähnlicher Weise zu beeinträchtigen, ist Art. 22 DSGVO nicht anwendbar.

Die Szenarien sind wie folgt zu bewerten:

Die Bewertung in Szenario 1 entfaltet keine rechtliche Wirkung oder erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise, da nur ein freiwillig wahrzunehmendes Angebot zur Studienberatung gemacht wird. Eine erhebliche Beeinträchtigung wäre hingegen beispielsweise gegeben, wenn der Beratungstermin zur Studienberatung kein rein freiwilliges Angebot wäre, sondern ein Nichtwahrnehmen des Termins Konsequenzen für den Studienfortschritt der Studierenden hätte.

In Szenario 2 werden Unterstützungsangebote in Form von zusätzlichem Material und Handlungsempfehlungen durch das Learning Analytics-System gemacht. Dies entfaltet für die betroffenen Personen keine rechtliche Wirkung oder erhebliche Beeinträchtigung, solange sie auf diese Angebote verzichten und sie das Learning Management-System uneingeschränkt nutzen können. Sofern aber die zugänglichen Lernpfade und Lerninhalte im Learning Management-System von der Wahrnehmung der Unterstützungsangebote abhängig sind, könnte diese eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne von Art. 22 DSGVO sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Lerninhalte von den Lehrenden nicht auf andere Art und Weise zur Verfügung gestellt werden und für eine Prüfungsvorbereitung erforderlich und/oder Teil einer Prüfung sind.

Aus der in Szenario 3 skizzierten Möglichkeit des Datenvergleichs zum Studienverlauf ist keine rechtliche Wirkung oder erhebliche Beeinträchtigung für die betroffene Person erkennbar. Eine rechtliche Wirkung oder erhebliche Beeinträchtigung ist denkbar, wenn das Learning Analytics-Angebot Inhaltsempfehlungen abgäbe, die der studierenden Person nicht auf anderem Wege zugänglich wären oder Handlungsempfehlungen abgäbe, deren Nicht-Befolgung durch die Hochschule sanktioniert würde.

5.4.2 Profilbildung und Profiling

Die Datenschutz-Grundverordnung definiert Profiling in Art. 4 Nr. 4 als „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“. „Learning Analytics[-Systeme] sind selbstlernende Systeme, die Interessen und Neigungen, Stärken und Schwächen von Studierenden erkennen, sich an sie anpassen, ihnen individuelle Lernpfade ermöglichen und sie im Studium unterstützen sollen. Hierfür benötigen sie viele Daten, die bei der Nutzung von E-Learning-Programmen oder Lern-Management-Systemen anfallen. Diese Informationen zur Leistung, zum Verhalten, zu Einstellungen und Interessen führen sie zu einem Persönlichkeitsprofil des Lernenden zusammen, aus dem sie ihre Unterstützungsleistungen ableiten.“⁶⁸ Daher handelt es sich bei Learning Analytics um Profiling im Sinne der DSGVO.

⁶⁵ Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.) 2022, Art. 22 DSGVO, Rn. 22.

⁶⁶ Keine erhebliche Diskriminierung an sich, ist die mit der Funktionsweise von KI-Verfahren verbundene „Vorurteilsbildung“ (Bias), also der Schluss vom Allgemeinen auf den Einzelfall.

⁶⁷ Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.) 2022, Art. 22 DSGVO, Rn. 23.

⁶⁸ Roßnagel, ZD 2020, 296 (300).

Daraus ergeben sich Folgen für die Hochschule als Verantwortliche. Zum einen handelt es sich bei Profiling um einen erlaubnispflichtigen Verarbeitungsvorgang, so dass eine Rechtsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO oder dem Hochschulgesetz erfüllt sein muss. Zudem sind die Datenschutzgrundsätze des Art. 5 Abs. 1 DSGVO einzuhalten und gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO nachzuweisen. Bei der Konzeption des Systems sind die Grundsätze des Privacy by Default und by Design nach Art. 25 DSGVO einzuhalten sowie technische und organisatorische Sicherungsmaßnahmen nach Art. 32 DSGVO umzusetzen.

Zudem sind die Rechte der betroffenen Person nach Art. 12 bis 22 DSGVO zu achten. Profiling kann als automatisierte Einzelfallentscheidung insbesondere den Vorgaben des Art. 22 DSGVO unterfallen. Art. 22 Abs. 1 DSGVO gibt der betroffenen Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt. Die automatisierte Generierung von Einzelentscheidungen ist nach Abs. 2 lit. b und c dann zulässig, wenn unions- oder mitgliedstaatliches Recht sie erlaubt oder die betroffene Person eingewilligt hat. Weder das HG NRW noch das DSG NRW enthalten eine entsprechende Erlaubnis. Mitgliedstaatliches Recht im Sinne der Vorschrift umfasst aber alle Gesetze im materiellen Sinne, so dass sich die Erlaubnis auch aus einer Satzung ergeben kann.⁶⁹ Siehe zur Satzung auch Punkt 6. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer automatisierten Entscheidung ist dennoch, dass die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der studierenden Person gewahrt werden. Liegt keine satzungsmäßige Regelung vor, ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 DSGVO eine Einwilligung der betroffenen Person notwendig. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung sind zu beachten. Siehe dazu oben Kapitel 4.

5.5 Spezielle Abwägung Freiheit des Studiums

2.D: Neben der Forschungsfreiheit garantiert das HG NRW auch die Freiheit des Studiums (§ 4 Abs. 2 Satz 3 HG NRW). Das Gutachten sollte auf die daraus resultierenden gesetzgeberischen Grenzen zur Beschneidung dieses Rechts eingehen. Zur Freiheit des Studiums gehört auch, dass die Studierenden sich den Lernstoff ungeachtet einer permanenten Kontrolle aneignen können, und zwar auch dann, wenn sie die Lernsysteme der Hochschule nutzen. Es stellt sich somit die Frage, ob bzw. inwieweit die Gewinnung und anschließende Nutzung insbesondere der dynamisch gewonnenen Lernprofile und Lernfortschrittsprofile gegen dieses Freiheitsrecht verstößt bzw. die Legislative hier Regelungen (und in welchem Umfang) treffen darf und ggf. zwecks Einhaltung des Bestimmtheitsgebots gesetzlicher Regelungen solche Regelungen treffen muss und dies nicht den Hochschulen über die Möglichkeit des Satzungsrechts überlassen darf.

Nach § 4 Abs. 2 Satz 3 HG NRW umfasst die Freiheit des Studiums, unbeschadet der Studien- und Prüfungsordnungen, insbesondere die freie Wahl von Lehrveranstaltungen, das Recht, innerhalb eines Studienganges Schwerpunkte nach eigener Wahl zu setzen, sowie die Erarbeitung und Äußerung wissenschaftlicher oder künstlerischer Meinungen auch zu Inhalt, Gestaltung und Durchführung von Lehrveranstaltungen.

All dies wird durch den Einsatz von Learning Analytics in der vorgesehenen Weise (Szenarien 1 bis 3) nicht direkt tangiert, da dort die Freiwilligkeit der Nutzung der Unterstützungsangebote oder der Learning Analytics-Verfahren durch die Studierenden vorausgesetzt wird. Es ist aber grundsätzlich möglich, dass die durch Learning Analytics gewonnenen Erkenntnisse in einer Weise genutzt werden können, die in die Rechte und Freiheiten des Studiums eingreift. Beispiele dafür wären:

- Studierende werden in Szenario 1 zur Wahrnehmung von Studienberatung verpflichtet.
- Studierende werden in Szenarien 2 und 3 dazu verpflichtet, den Inhaltsempfehlungen zu folgen, da sie andernfalls zum Beispiel nicht alle Inhalte der jeweiligen Online-Kurse einsehen können oder den Kurs nicht abschließen.

⁶⁹ Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.) 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 39.

- Einer Verpflichtung käme es in diesem Kontext wohl gleich, wenn die Hinweise auf die jeweiligen Unterstützungsangebote in einer zu aufdringlichen, wiederholenden oder sonst zu penetranen oder auch einer manipulativen Form erfolgen würden.

Hinsichtlich spezifischer Inhalts- und Tätigkeitsempfehlungen muss auch beachtet werden, dass das Erlernen der Fähigkeit, selbstbestimmt beurteilen zu können, was in welcher Intensität gelernt muss, um eine Prüfung zu bestehen, Teil eines jeden Studiums ist. Dies zu erlernen kann wichtiger sein als die Kenntnis der Lerninhalte selbst. Auch eine Durchdringung der Inhalte erfolgt wahrscheinlich besser, wenn Studierende sie selbst erschließen, als wenn ein Learning Analytics-Verfahren dies kleinschrittig vorgibt.

Die Legislative darf zur Freiheit des Studiums Regeln treffen und dieses Recht weiter konkretisieren. Die Freiheit des Studiums ist kein eigenständiges Grundrecht, sondern eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Grundrechts auf Berufsfreiheit und der darin enthaltenen freien Wahl der Ausbildungsstätte nach Art. 12 GG.⁷⁰ Studierende können sich auch ihr Recht auf Bildung nach Art. 14 Abs. 1 GRCh⁷¹ und Art. 12 Abs. 1 GG⁷² berufen. Die Freiheit des Studiums umfasst nicht nur den diskriminierungsfreien Zugang zur Hochschule, sondern auch die Teilnahme an den für das Ausbildungsziel notwendigen Veranstaltungen. Es schützt auch vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen bei der Wahrnehmung von Ausbildungsschritten.⁷³ Insoweit ist sowohl die Satzungsgeber:in durch § 4 Abs. 2 Satz 3 HG NRW gebunden als auch die Legislative gehindert, unverhältnismäßig in die in der Norm zum Ausdruck gebrachten Grundrechte einzugreifen. Kein Eingriff in die Freiheit des Lernens ist die Organisation und die Ausgestaltung der Lehre im Rahmen eines abgestimmten Lehrbetriebs, da Freiheit nämlich geeignete Bedingungen zu ihrer Verwirklichung benötigt.⁷⁴

Im Rahmen seiner Kompetenz zur Setzung einer Rechtsverordnung nach § 3 Abs. 3 HG NRW muss auch der Verordnungsgeber der Norm Rechnung tragen.

Die Vorschrift tangiert das Satzungsrecht der Hochschulen nicht direkt. Regelungen einer Satzung dürfen dieser Vorschrift aber nicht direkt oder inhaltlich widersprechen. Dies kann in einer Satzung auch direkt zum Ausdruck kommen, indem sie Verbote dazu enthält, Ergebnisse von Learning Analytics gegen den Willen der betroffenen Personen zu nutzen, diese zu verpflichten, bestimmte Kurse zu besuchen oder diese zu Schwerpunkten innerhalb eines Studiums zu machen. Auch kann geregelt werden, dass die Daten nicht im Rahmen von Entscheidungen zu Immatrikulation, Exmatrikulation, Prüfung und Benotung genutzt werden dürfen.

5.6 Spezielle Abwägung Rechte der Lehrenden

Fragenkomplex 8: Rechte der Lehrenden

Mittelbar generieren die Systeme auch kontinuierlich Aussagen über Lehrende und die Qualität ihrer Lehre, zum Beispiel: In welchen Kursen ist besonders viel zusätzliche Unterstützung notwendig? Ebenfalls lässt sich nachvollziehen, ob Lehrformate und Inhalte angepasst wurden. Bestimmte Learning Analytics-Auswertungen werden nur bei einer bestimmten Aufbereitung der Inhalte einsetzbar sein, zum Beispiel durch das Einbinden von Quiz-Aufgaben im Lern-Management-System, was einen Eingriff in die Freiheit der Lehre bedeuten kann.

⁷⁰ Schemmer, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 4 HG NRW Rn. 18.

⁷¹ Vergleiche EuGH, Urteil vom 3.4.1974 – C-9/74, Rn. 6 – Casagrande/Landeshauptstadt München; EuGH, Urteil vom 21.6.1988 – C-39/86, Rn. 17 ff. – Lair/Universität Hannover.

⁷² Vergleiche zum Beispiel BVerfGE 33, 303 (329); 45, 393 (397); 62, 117 (146); BVerfGE 47, 330 (332).

⁷³ Roßnagel, ZD 2020, 296 (297).

⁷⁴ Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.) 2014, Art. 14 GRCh Rn. 13; Roßnagel, ZD 2020, 296 (297).

5.6.1 Mitbestimmungspflichtigkeit

8.A: Ist der Einsatz von Learning Analytics-Systemen an der Hochschule mitbestimmungspflichtig?

§ 18 DSGVO NRW sieht vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten zulässig ist, soweit dies für das Beschäftigungsverhältnis oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen erforderlich ist. Alternativ muss eine Einwilligung oder eine Dienstvereinbarung vorliegen.

Werden Aussagen über Lehrende und die Qualität ihrer Lehre durch den Einsatz technischer Einrichtungen generiert, kommt dem Personalrat nach § 72 Abs. 3 Nr. 2 Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG NRW) ein zwingendes Mitbestimmungsrecht zu. Die Vorschrift ist nicht (wie im Falle von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) beschränkt auf die „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“,⁷⁵ sondern betrifft auch bereits die „Einführung, Anwendung und Erweiterung technischer Einrichtungen, es sei denn, dass deren Eignung zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Beschäftigten ausgeschlossen ist“.⁷⁶ Eine Erheblichkeitsschwelle ist nicht vorgesehen. Die Eignung des Systems kann aber durch technische und organisatorische Maßnahmen ausgeschlossen werden. Die in der Einführung beschriebenen Learning Analytics-Verfahren sind grundsätzlich dazu geeignet das Verhalten und die Leistung von Lehrenden zu überwachen, zum Beispiel in Bezug auf den Einsatz und die Verwendung von Learning Management-Systemen oder deren Interaktion mit Studierenden darüber. Ein Verbot der diesbezüglichen Verwendung in einer Satzung wäre zum Beispiel eine organisatorische Maßnahme, die die Eignung des Systems zu einem solchem Einsatz ausschließen würden.

5.6.2 Wesentliche Inhalte einer Dienstvereinbarung

8.A.1: Wenn Frage 8.A. mit Ja beantwortet wird: Welche wesentlichen Inhalte sollten in einer Dienstvereinbarung getroffen werden?

Nach § 70 LPVG NRW sind Dienstvereinbarungen zulässig, soweit nicht gesetzliche oder tarifliche Regelungen entgegenstehen. Sie dürfen nicht einem Tarifvertrag widersprechen, es sei denn, ein solcher lässt ergänzende Dienstvereinbarungen ausdrücklich zu. Soweit ersichtlich, enthält der einschlägige Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in NRW keine entsprechende Regelung zur Datenverarbeitung.

Eine Dienstvereinbarung zur Regelung einer Datenverarbeitung von Mitarbeitendendaten sollte vergleichbare Inhalte wie eine Einwilligung (siehe dazu oben) enthalten, jedenfalls zur Festlegung des Zwecks einer Datenverarbeitung, den zu verarbeitenden Daten und Informationen zur Datenverarbeitung. Außerdem sollten in ihr ausreichende Garantien und Maßnahmen zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten der Arbeitnehmenden festgelegt werden. Konkrete Learning Analytics-Verfahren und ihr technisches Umfeld sollten in Bezug auf betroffene Mitarbeitende möglichst aussagekräftig beschrieben werden und insbesondere den Zweck der Datenverarbeitung konkret und bestimmt festlegen und regeln, was erlaubt ist und was nicht.⁷⁷ Dabei sollten insbesondere folgende Themen bedacht werden:

- Abgleich mit EDV-/IT-Rahmenbedingungen,
- Begriffsbestimmungen,
- sachlicher und persönlicher Geltungsbereich,
- Beschreibung IT-Systeme, -Verfahren, -Schnittstellen,
- Regelungen zu Auftragsverarbeitung,

⁷⁵ Wobei das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung auch hier davon ausgeht, dass es ausreicht, wenn ein System objektiv zu entsprechender Überwachung geeignet ist.

⁷⁶ Siehe hierzu umfassend Pagenkopf/Hitzelberger-Kijima/Mues in: Laber/Pagenkopf (Hrsg.) 2017, § 72 Rn. 328 ff.

⁷⁷ Vergleiche Holthausen, RdA 2021, 19 (29).

- Unterrichtung über Betroffenenrechte,
- Regelungen zur Unterrichtung des Personalrats,
- Beschreibung der konkreten Learning Analytics-Verfahren,
- Beschreibung der konkreten Datenverarbeitungen und deren Zweckbestimmung,
- Regelungen zu Berechtigungs-, Zugriffs-, Speicherungs- und Löschkonzept,
- aussagekräftige, nachvollziehbare Angaben zu technischen Datenschutzmaßnahmen,
- Regelungen zur Verarbeitung von Daten besonderer Kategorien,
- Regelungen zu Aus- und Weiterbildung des verantwortlichen und betroffenen Personals sowie
- Regelungen zu Kontroll- und Zugriffsrechten des Personalrats.

5.6.3 Eingriff durch Learning Analytics in die Freiheit der Lehrenden

8.B: Stellt der Einsatz von Learning Analytics-Systemen einen Eingriff in die Freiheit der Lehrenden dar?

Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 HG NRW umfasst die Freiheit der Lehre insbesondere die Durchführung von Lehrveranstaltungen im Rahmen der zu erfüllenden Lehraufgaben und deren inhaltliche und methodische Gestaltung sowie das Recht auf Äußerung wissenschaftlicher oder künstlerischer Lehrmeinungen. Dies konkretisiert in Aspekten⁷⁸ Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG („Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“), welcher nach Art. 4 LV NRW auch Teil der Verfassung des Landes NRW ist. Lehre ist die systematisch angelegte Verbreitung des Erkannten, also die wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse.⁷⁹ Die Lehrfreiheit steht nicht nur Hochschullehrern zu. Sie steht auch jedem wissenschaftlich Lehrenden zu, soweit ihm eine eigenständig wahrzunehmende Lehraufgabe übertragen ist.⁸⁰ Die Lehrfreiheit beschränkt sich nicht auf die durch das Dienstverhältnis übertragenen Lehraufgaben. Erfasst sind auch Lehrveranstaltungen außerhalb der Lehrverpflichtung und des Fachgebiets,⁸¹ mithin also auch die Vermittlung der Lehrinhalte in und über Lern-Management-Systeme.

Ein Lehrbetrieb in akademischer Selbstverwaltung ist Voraussetzung der Lehrfreiheit. Auch dieser muss die individuelle Lehr- und Lernfreiheit beachten und sich auf die Organisation der Rahmenbedingungen beschränken. Hochschulen können allerdings den Einsatz bestimmter technischer Hilfsmittel fordern, um das Recht der Studierenden an der Teilnahme an der Lehrveranstaltung zu gewährleisten oder andere lehrbezogene Aufgaben der Hochschulen zu erfüllen.⁸² Dazu kann auch die Verwendung von Learning Analytics-Verfahren zählen. Der Hochschule steht also ein (durch die Freiheit der Lehre beschränktes) Weisungsrecht zu. So bestimmt die jeweilige Studienordnung die äußere Form der Lehrveranstaltungen. Das Weisungsrecht ist jedoch auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Lehrverpflichtung beschränkt. Die Gestaltung der Lehrveranstaltungen selbst liegt „grundsätzlich in der Hand des Hochschullehrers“. „Es gehört zu seiner Lehrfreiheit und zu der durch das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten verfassungsrechtlichen Position, selbst über Inhalt und Ablauf der Lehrveranstaltung bestimmen zu können.“⁸³ Zugleich gilt: „Es müssen ferner die Interessen der verschiedenen Hochschulangehörigen, der Wissenschaftler, ihrer Mitarbeiter und der Studenten sowie der übrigen Bediensteten miteinander abgestimmt und koordiniert werden. Sie alle müssen sich – bedingt durch das Zusammenwirken mit den anderen Grundrechtsträgern und mit Rücksicht auf den Ausbildungszweck der Universität – Einschränkungen gefallen lassen.“⁸⁴

Solange der Einsatz von Learning Analytics-Verfahren sich unter Berücksichtigung der Rechte Dritter nicht einschränkend auf die inhaltliche Ausgestaltung der Lehre, den Ablauf der Lehrveranstaltungen

⁷⁸ Schemmer, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 4 HG NRW Rn. 15.

⁷⁹ BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 (1177).

⁸⁰ OVG Berlin, NJW 1972, 2099 (2100).

⁸¹ Schemmer, in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.) 2022, § 4 HG NRW Rn. 17.

⁸² Roßnagel, ZD 2020, 296 (297).

⁸³ BVerfGE 55, 37 (68).

⁸⁴ BVerfGE 35, 79 (122).

und die freie Wahl der methodischen Ansätze in den Lehrveranstaltungen selbst auswirkt, bleibt die Freiheit der Lehre gewahrt.⁸⁵

8.B.1: Wenn die Nutzung der Funktionen von den Lehrenden pro Veranstaltung ein- und ausgeschaltet werden kann.

Kann der Einsatz von Learning Analytics von den Lehrenden direkt gesteuert werden, so liegt kein Eingriff in die Freiheit der Lehre vor. Dies gilt sowohl bei der Aktivierung von Learning Analytics by default mit der Möglichkeit zum Opt-Out als auch bei der standardmäßigen Deaktivierung mit der Möglichkeit zum Opt-In. Empfehlenswert ist letztere Alternative, da sie insgesamt weniger aufdringlich ist.

8.B.2: Wenn die Nutzung der Funktionen von den Studierenden für ihre Veranstaltungen ein- und ausgeschaltet werden kann.

Dieser Faktor ist zur Bestimmung eines Eingriffs in die Freiheit der Lehre nur dann von Relevanz, wenn die Nutzung in die Gestaltungsfreiheit der jeweiligen Lehrenden eingreifen würde. Dies gilt auch für den Fall, dass eine aktive Bewertung der Lehrqualität durch die Studierenden erfolgt.

8.B.3: Wenn die Hochschule die Lehrenden zur Nutzung der Learning Analytics-Funktionen verpflichtet.

Die Verpflichtung greift dann in die Freiheit der Lehre ein, wenn sie die Freiheit zur Gestaltung von Inhalt und Ablauf der Lehrveranstaltung in unzulässiger Weise behindert. Eine Einschränkung kann dann gerechtfertigt sein, wenn sie mit Rücksicht auf den Ausbildungszweck der Universität erforderlich ist. Ist sie nicht im engeren Sinne erforderlich, so kann die Einschränkung dennoch gerechtfertigt sein, sofern sie den Ausbildungszweck fördert, und zugleich nur einen vernachlässigbaren Einfluss auf die Gestaltungsfreiheit des Lehrenden hat. Es ist somit eine Grundrechtsabwägung erforderlich, die die Rechte der Lehrenden mit denen der Lernenden abwägt. Letztlich ist somit die konkrete Ausgestaltung des Learning Analytics-Systems entscheidend. Es sind sowohl Ausgestaltungen denkbar, die den Ablauf einer Lehrveranstaltung gar nicht tangieren, als auch solche, die den Ablauf stark determinieren.

5.7 Spezielle Abwägung Wissenschaftsfreiheit

Fragenkomplex 4: Verarbeitungen auf Grundlage der Privilegien nach Art. 89 DSGVO

Neben der Unterstützung der Nutzer:innen bei ihrem Lernprozess müssen die Hochschulen das Funktionieren der Systeme überwachen, den Nutzen in wissenschaftlichen Studien evaluieren und die Systeme weiterentwickeln. Insbesondere mit Blick auf den Einsatz von KI-Lösungen werden in der Modellierungsphase große Mengen an Daten über vergangene Lernprozesse benötigt. Eine vollständige Anonymisierung der Datengrundlage wird auf Ebene der individuellen Studienverläufe nicht möglich sein. Wie erläutert, sind die „Modelle“ in der Regel abstrakte, nicht personenbezogene Beschreibungen. Art. 5. lit. b und e in Verbindung mit Art. 89 DSGVO eröffnet mit dem Wissenschafts- und Statistikprivileg die Verarbeitung unter Einhaltung bestimmter Bedingungen.

4.A: Ist die Verarbeitung für Learning Analytics an Hochschulen privilegiert, bzw. unter welchen Bedingungen ist dies der Fall?

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten aus dem Einsatz von Learning Analytics an Hochschulen (oder zur Vorbereitung dieses Einsatzes) könnte als Tätigkeit zu wissenschaftlichen Forschungszwecken oder als Tätigkeit zu statistischen Zwecken privilegiert sein. Einen gesonderten Erlaubnistatbestand stellt Art. 89 Abs. 1 Satz 1 DSGVO jedoch nicht dar.

⁸⁵ Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.) 2022, Art. 5 GG Abs. 3, Rn. 116.

5.7.1 Wissenschaftliche Forschungszwecke

Forschung und Lehre sind sowohl nach dem Grundgesetz als auch nach der Grundrechtecharta⁸⁶ Teilaspekte der Wissenschaft, die hier als Oberbegriff zu verstehen ist.⁸⁷ Der Begriff der Forschung ist weit zu verstehen und schließt auch die angewandte Forschung mit ein.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken erfährt in der Datenschutz-Grundverordnung eine besondere Behandlung. Da der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten oftmals nicht vollständig angegeben werden kann, hebt die Unionslegislative in Erwägungsgrund 33 Satz 2 DSGVO hervor, dass es betroffenen Personen erlaubt sein sollte, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht. Dabei sollten nach Auffassung der Unionslegislative die betroffenen Personen Gelegenheit erhalten, ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zugelassenen Maße zu erteilen.⁸⁸

Der Begriff der wissenschaftlichen Forschungszwecke wird jedoch weder in der Verordnung selbst noch im Bundesdatenschutzgesetz oder dem Datenschutzgesetz NRW definiert. Es kann jedoch festgestellt werden, dass der Datenverarbeiter keine bestimmten Eigenschaften vorweisen muss; es kommt vielmehr allein auf den Zweck der Verarbeitung an.

Wie auch der Begriff der Forschung sind auch die wissenschaftlichen Forschungszwecke weit auszulegen und umfassen explizit unter anderem die Verarbeitung für die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung.⁸⁹ Ob ökonomisch verwertbares Wissen generiert wird oder nicht, ist unerheblich.⁹⁰ Zwar sind auch Auftragsforschung, Industrieforschung und gutachterliche Forschung erfasst, jedoch bedingt die wissenschaftliche Betätigung Unabhängigkeit und Selbstständigkeit in inhaltlicher Hinsicht – also ein Ausschluss der Einflussnahme auf den wissenschaftlichen Erkenntnisprozess.⁹¹ Hinzu tritt die Verwendung wissenschaftlicher Methodik als weiteres zentrales Kriterium.⁹² Mit erfasst sind außerdem vorbereitende und unterstützende Aktivitäten. Eine Pflicht zur Veröffentlichung erzielter Forschungsergebnisse besteht nicht.⁹³ Die weite Auslegung gilt auch für die Begriffsverwendung in § 17 DSG NRW.⁹⁴

Ausgenommen ist die reine Anwendung bereits gewonnener Erkenntnisse. Dies gilt auch für die Anwendung wissenschaftlicher Standards und Methoden lediglich zu Organisations-, Aufsichts- und Kontrollzwecken⁹⁵ sowie grundsätzlich auch für die auf die Entwicklung neuer Produkte ausgerichtete Forschung (soweit diese nicht unabhängig und erkenntnisgetrieben erfolgt).⁹⁶ Nicht erfasst sein sollen zudem Prüfungsverfahren an Hochschulen, die der Leistungsbeurteilung der Studierenden dienen. Von

⁸⁶ Lehre wird hier zwar nicht explizit genannt, ist jedoch im Begriff der „akademischen Freiheit“ enthalten; siehe Jarass 2016, Art. 13 GG Rn. 8.

⁸⁷ Siehe hierzu wie auch zum Folgenden umfassend Geminn, DuD 2018, 640 (640 f.). Wissenschaft bezeichnet „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“ - BVerfGE 47, 327 (367).

⁸⁸ Erwägungsgrund 33 Satz 3 DSGVO.

⁸⁹ Erwägungsgrund 159 Satz 2 DSGVO.

⁹⁰ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) 2016, Art. 179 AEUV, Rn. 1.

⁹¹ Vergleiche Weichert, ZD 2020, 18 (19 f.).

⁹² Weichert, ZD 2020, 18 (20).

⁹³ Geminn, DuD 2018, 640 (644 f.); anderer Ansicht Weichert, ZD 2020, 18 (20); man beachte aber, dass die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen aber etwa zu den Dienstpflichten eines Universitätsprofessors gehört – s. BVerfGE 47, 327 (375 f.).

⁹⁴ Schwartmann/Hermann, in: Schwartmann/Pabst (Hrsg.) 2020, § 17 Rn. 9.

⁹⁵ Johannes, in: Roßnagel 2018, § 7 Rn. 247.

⁹⁶ Weichert, ZD 2020, 18 (20).

statistischen Zwecken grenzen sich wissenschaftliche Forschungszwecke dadurch ab, dass erstere „zwar neue, aber keine neuartigen Erkenntnisse liefern“.⁹⁷ Ob Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Forschung gelten dürfen, ist umstritten.⁹⁸

5.7.2 Statistische Zwecke

Anders als im Falle der wissenschaftlichen Forschungszwecke definiert die Datenschutz-Grundverordnung direkt, was unter statistischen Zwecken zu verstehen ist – und zwar „jeder für die Durchführung statistischer Untersuchungen und die Erstellung statistischer Ergebnisse erforderliche Vorgang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten“.⁹⁹ Dabei „wird vorausgesetzt, dass die Ergebnisse der Verarbeitung zu statistischen Zwecken keine personenbezogenen Daten, sondern aggregierte Daten sind und diese Ergebnisse oder personenbezogenen Daten nicht für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen natürlichen Personen verwendet werden“.¹⁰⁰ Nach Erwägungsgrund 162 Satz 4 DSGVO können statistische Ergebnisse „für verschiedene Zwecke, so auch für wissenschaftliche Forschungszwecke, weiterverwendet werden“. Anders als im Falle wissenschaftlicher Forschungszwecke ist im Falle statistischer Zwecke eine Nutzung zu Organisations-, Aufsichts- und Kontrollzwecken sowie zu Planungszwecken zulässig.¹⁰¹

5.7.3 Modellierungsphase als eine privilegierte Verarbeitung?

4.A.1: Können das Training und Erstellen der Modelle in der Modellierungsphase als eine privilegierte Verarbeitung nach Art. 89 DSGVO betrachtet werden? Welche Einschränkungen gibt es hier?

Training und Erstellung von Modellen in der Modellierungsphase können als wissenschaftliche Forschungszwecke gelten, wenn die oben genannten Anforderungen an wissenschaftliche Forschung vorliegen. Wissenschaftliche Forschung liegt vor, solange nicht der Boden von zumindest angewandter Forschung oder der technologischen Entwicklung und Demonstration verlassen wird.

Eine für wissenschaftliche Forschungszwecke oder statistische Zwecke erforderliche Verarbeitung personenbezogener Daten ist aufgrund von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO (Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde) und aufgrund von Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO im Falle besonderer Kategorien personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung zulässig. Dies gilt zumindest dann, wenn die schutzwürdigen Belange der betroffenen Person nicht überwiegen.¹⁰² Anders als etwa im Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes¹⁰³ ist damit im Geltungsbereich des DSG NRW ein einfaches Überwiegen ausreichend und gerade kein erhebliches Überwiegen erforderlich – die Schwelle zur Zulässigkeit einer Verarbeitung ohne Einwilligung wird somit niedriger angesetzt. Zu beachten ist jedoch, dass die schutzwürdigen Belange der betroffenen Person nicht bereits dadurch abnehmen, dass eine Pseudonymisierung oder Anonymisierung vorgenommen wird, soweit diese Pseudonymisierung oder Anonymisierung ohnehin gesetzlich gefordert wird. Nur ein Vorgehen, das über das rechtlich Geforderte hinausgeht, kann sich in der Abwägung der Belange reduzierend auswirken.

⁹⁷ Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (301); siehe auch Weichert, ZD 2020, 18 (22).

⁹⁸ Dagegen: Grages, in: Plath (Hrsg.) 2018, Art. 89 DSGVO, Rn. 6; dafür: Hornung/Hofmann, ZD-Beilage 4/2017, 1 (14).

⁹⁹ Erwägungsgrund 162 Satz 3 DSGVO.

¹⁰⁰ Erwägungsgrund 162 Satz 5 DSGVO.

¹⁰¹ Weichert, ZD 2020, 18 (22).

¹⁰² § 17 Abs. 1 DSG NRW.

¹⁰³ Siehe § 27 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

Bezogen auf die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken sind geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorzusehen.¹⁰⁴ Diese nehmen die Form von technischen und organisatorischen Maßnahmen an, die insbesondere dem Grundsatz der Datenminimierung dienen sollen, also der Beschränkung der Verarbeitung auf das zur Zweckerreichung notwendige Maß.¹⁰⁵ § 17 Abs. 2 Satz 1 DSGVO spricht von „angemessenen und spezifischen Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person“ und verweist auf § 15 DSGVO. Zudem sind § 17 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 DSGVO zu beachten. Dabei ist zu beachten, dass § 17 Abs. 3 DSGVO von Anonymisierung spricht, jedoch eigentlich Pseudonymisierung meint. Eine frühestmögliche Anonymisierung wird bereits durch Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO gefordert.¹⁰⁶

Bezogen auf die Verarbeitung zu statistischen Zwecken ist vor allem zu beachten, dass eine Aggregation der Daten erfolgt, die eine Wiederherstellung des Personenbezugs ausschließt. Zudem ist eine Verwendung der Ergebnisse für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen natürlichen Personen ausgeschlossen.¹⁰⁷

In beiden Fällen – Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken und zu statistischen Zwecken – ist eine Prüfung vorzunehmen, ob auch eine Verarbeitung von pseudonymen oder anonymisierten Daten ausreichend ist, um die angestrebten Ziele zu erreichen.¹⁰⁸ Die Pseudonymisierung entbindet den Verantwortlichen jedoch nicht davon, geeignete Garantien bei der Verarbeitung vorzusehen.

Privilegiert werden sowohl die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken als auch zu statistischen Zwecken in verschiedenen Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b 2. HS DSGVO gilt eine Verarbeitung zu diesen Zwecken nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e 2. HS DSGVO dürfen personenbezogene Daten länger gespeichert werden, soweit sie ausschließlich für wissenschaftliche Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Artikel 89 Absatz 1 verarbeitet werden. Ferner besteht bei wissenschaftlichen Forschungszwecken die Möglichkeit, eine „breite“ Einwilligung einzuholen;¹⁰⁹ dies bedeutet eine bereichsspezifische Aufweichung der Vorgabe nach Art. 5 Abs. 1 lit. b 1. HS DSGVO, den Zweck der Verarbeitung vorab möglichst präzise anzugeben.¹¹⁰ Hinzu treten die Privilegierungen in Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO als Ausnahme vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, in Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO zur Aussetzung der Informationspflichten des Verantwortlichen sowie in Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO zum Versagen des Rechts auf Löschung.¹¹¹ Die in Art. 89 Abs. 2 und 3 DSGVO genannten Ausnahmen gelten nach Abs. 4 nicht, wenn die Verarbeitung gleichzeitig einem anderen Zweck dient.

Fraglich ist, ob das Modellieren von und mit Trainingsdaten als statistischer Zweck privilegiert sein kann. Die Verarbeitung zu statistischen Zwecken ist gemäß Erwägungsgrund 162 DSGVO „jede für die Durchführung statistischer Untersuchungen und die Erstellung statistischer Ergebnisse erforderliche Vorgang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten“. Die so gewonnenen statistischen Ergebnisse können für verschiedene Zwecke, so auch für wissenschaftliche Forschungszwecke, weiterverwendet werden, allerdings nicht für Maßnahmen gegenüber einzelnen natürlichen Personen.¹¹² Statistische Methoden, die auf bestimmte Personen angewendet werden, fallen daher nicht unter die

¹⁰⁴ Siehe Erwägungsgrund 156 Satz 1 DSGVO.

¹⁰⁵ Siehe Erwägungsgrund 156 Satz 2 DSGVO. Siehe zum Begriff der Datenminimierung Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Roßnagel, ZD 2020, 296 (300); Roßnagel, ZD 2019, 157 (162).

¹⁰⁷ Vergleiche Erwägungsgrund 162 Satz 5 DSGVO.

¹⁰⁸ Siehe Erwägungsgrund 156 Satz 3 DSGVO.

¹⁰⁹ Siehe Erwägungsgrund 33 Satz 2 DSGVO.

¹¹⁰ Geminn, DuD 2018, 640 (641).

¹¹¹ Siehe hierzu den Überblick in Geminn, DuD 2018, 640 (641 f.).

¹¹² Richter, DuD 2016, 581 (584); Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (301); Roßnagel, in: Simitis/Hor-nung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.) 2019, Art. 5 DSGVO Rn. 107.

Privilegierung der erleichterten Weiterverarbeitung.¹¹³ Da das Modellieren der Learning Analytics-Algorithmen letztlich darauf abzielt, individualisierte Maßnahmen auf Einzelpersonen anzuwenden, unterfällt dies nicht dem privilegierten Zweck der statistischen Verarbeitung.

5.7.4 Weiterentwicklung, Begleitung und Evaluation von Learning Analytics

4.A.2: In gleicher Weise: Sind die Weiterentwicklung, Begleitung und Evaluation von Learning Analytics durch die Hochschule als wissenschaftliche Forschung einzustufen, bzw. unter welchen Bedingungen kann dies geschehen?

Weiterentwicklung, Begleitung und Evaluation von Learning Analytics durch die Hochschule sind dann als wissenschaftliche Forschung einzustufen, wenn diese Tätigkeiten den Anforderungen an wissenschaftliche Forschung gerecht werden. Finden sie noch im Rahmen der technologischen Entwicklung oder der Demonstration statt, so liegt wissenschaftliche Forschung vor. Anders ist dies zumindest im Grundsatz zu beurteilen, wenn das im Rahmen wissenschaftlicher Forschung entwickelte System in den regulären Einsatz überführt worden ist. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Weiterentwicklung, Begleitung oder Evaluation doch die Form von wissenschaftlicher Forschung annehmen. Hier ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, wobei die Forderung nach Unabhängigkeit und Selbstständigkeit wissenschaftlicher Forschung eine zentrale Rolle spielt. Insbesondere die Evaluation muss über Aufsichts- und Kontrollzwecke hinausgehen. Bei der Begleitung ist lediglich eine wissenschaftliche Begleitforschung als wissenschaftliche Forschung zu qualifizieren. Bei der Weiterentwicklung wird es hingegen auf den Grad der Weiterentwicklung ankommen. Ein bloßes Nachjustieren des laufenden Systems, das Beheben von Fehlern oder Ähnliches wird nicht als wissenschaftliche Forschung gelten können. Anderes gilt beispielsweise für die Entwicklung neuer Module nach wissenschaftlichen Standards.

Werden personenbezogene Daten aus dem regulären Einsatz von Learning Analytics zu wissenschaftlichen Forschungszwecken genutzt, so stellt dies eine Zweckänderung dar.¹¹⁴ Diese ist jedoch nach Art. 5 Abs. 1 lit. b 2. HS DSGVO zulässig, sofern die wissenschaftlichen Forschungszwecke sich mit dem Primärzweck vereinbaren lassen. Um dies festzustellen, ist eine Prüfung nach den Maßstäben von Art. 6 Abs. 4 DSGVO erforderlich. Diese Prüfung wird im Regelfall jedoch vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 lit. b 2. HS DSGVO positiv ausfallen.¹¹⁵ Je gewichtiger die ergriffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen ausfallen, umso eher ist auch eine Vereinbarkeit der wissenschaftlichen Forschungszwecke mit dem Primärzweck gegeben.

5.8 Spezielle Abwägung Speicherbegrenzung

Fragenkomplex 5:

Die Auswertungen von Daten, um Unterstützungsangebote für die Nutzer:innen anzubieten, basieren zum wesentlichen Teil auf der Auswertung von Daten im zeitlichen Verlauf und Auswertungen der Interaktionshistorie. In manchen Fällen können Daten erforderlich sein, die für den eigentlichen Systembetrieb und den eigentlichen Einsatzzweck nicht (mehr) erforderlich sind.

¹¹³ Richter, DuD 2016, 581 (584 f.); Richter, in: Roßnagel (Hrsg.) 2018, § 7 Rn. 147 ff., 153 f.; Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (301); Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.) 2019, Art. 5 DSGVO Rn. 107.

¹¹⁴ Roßnagel, ZD 2020, 296 (300); Roßnagel, ZD 2019, 157 (162).

¹¹⁵ Roßnagel, ZD 2020, 296 (300); Roßnagel, ZD 2019, 157 (162).

5.8.1 Speicherung zur Verarbeitung

5.A: In Verbindung mit den Rechtsgrundlagen sind auch Zwecke des Learning Analytics benannt. Können diese Zwecke Grundlage der Argumentationen für die Erforderlichkeit der Speicherung (weiterer) Daten in den Ursprungssystemen sein?

Die Aufbewahrungsdauer oder die Speicherfrist für personenbezogene Daten einer rechtmäßigen Verarbeitung hängen grundsätzlich vom Zweck der Verarbeitung ab. Dies folgt dem Grundsatz der Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO, wonach personenbezogene Daten einer Form gespeichert werden dürfen, die die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist. Der Ordnungsgeber geht in Erwägungsgrund 39 Satz 11 davon aus, dass die Verantwortlichen sich selbst Lösungs- oder Überprüfungsfristen setzen. Sind die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten gespeichert wurden, erreicht, müssen die Daten gelöscht oder anonymisiert werden.¹¹⁶ Die Speicherfrist ist stets auf das unbedingt notwendige Mindestmaß zu beschränken.¹¹⁷ Sie ist vor Beginn der Datenerhebung dokumentiert im Sinne von Art. 5 Abs. 2 DSGVO festzulegen und regelmäßig zu überprüfen,¹¹⁸ wozu ein Lösungskonzept dient.

Daten und deren Verarbeitung können zugleich mehreren Zwecken unterliegen. Soweit ein Zweck erfüllt ist, aber ein anderer noch nicht, können Daten zu dem anderen Zweck weiter aufbewahrt oder gespeichert werden. Sind zum Beispiel Interaktionsdaten im Learning Management-System für den Betrieb des Learning Management-Systems an sich nicht mehr erforderlich, müssten sie eigentlich gelöscht oder anonymisiert werden. Sind diese Interaktionsdaten aber für das Trainieren von Learning Analytics erforderlich, können sie für diesen Zweck weiter aufbewahrt werden, bis dieser Zweck erreicht ist. Der Grundsatz der Speicherbegrenzung gilt aber auch für die Trainingsdaten, mit denen eine KI-Anwendung trainiert wurde, solange kein weiterer Zweck besteht, welcher darin liegen kann, dass die Datenbasis noch verwendet werden muss, um nachzuweisen, wie die KI Entscheidungen trifft.¹¹⁹

Grundsätzlich müssen daher, vergleichbar wie bei Art. 89 Abs. 1 DSGVO, gespeicherte personenbezogene Daten soweit möglich und so früh wie möglich anonymisiert oder gelöscht werden, wenn sie für den Zweck der Datenverarbeitung nicht mehr erforderlich sind.

Die von der KI gelernten Muster (nicht personenbezogene Daten) müssen nicht nach dem Grundsatz der Speicherbegrenzung gelöscht werden. Die Muster sind nämlich von einer bestimmten oder bestimmbarer Person abstrahiert und beziehen sich auf Personengruppen, die bestimmte Eigenschaften erfüllen. Gruppeninteressen werden von der DSGVO nicht geschützt.¹²⁰

5.8.2 Verlängerte Aufbewahrungsfristen

5.B: Sind verlängerte Aufbewahrungsfristen ableitbar? (siehe auch Fragenkomplex 4)

Die Verpflichtung zur Löschung besteht nicht absolut, sondern in Abhängigkeit von dem Zweck, für den das Datum verarbeitet wird.¹²¹ Weder der EuGH noch der Ordnungsgeber haben mit Art. 17 DSGVO ein absolutes „Recht auf Vergessen“ oder gar eine „Pflicht zum Vergessen“ statuiert im Sinne einer alleinigen Bestimmung durch den Betroffenen, welche Daten er freigibt,¹²² sondern wägen den Zweck

¹¹⁶ Voigt, in: Taeger/Gabel (Hrsg.) 2022, Art. 5 DSGVO Rn. 37; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.) 2018, Art. 5 DSGVO Rn. 27; Roßnagel, ZD 2021, 188 (190).

¹¹⁷ Erwägungsgrund 39 Satz 7, 10 DSGVO.

¹¹⁸ Art. 24 Abs. 1 Satz 2 DSGVO; Erwägungsgrund 39 Satz 10 DSGVO.

¹¹⁹ Bierehoven, ITRB 2019, 261 (264); Steege/Kuß, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hrsg.) 2022, § 2 Rn. 61.

¹²⁰ Steege/Kuß, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hrsg.) 2022, § 2 Rn. 61.

¹²¹ Erwägungsgrund 39 Satz 7 DSGVO; DIN 66398:2016-05 Kap. 1.

¹²² BVerfG, Beschluss vom 6. 11. 2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (309); Herbst, in: Kühling/Buchner (Hrsg.) 2018, Art. 17 DSGVO Rn. 67 ff.

der Speicherung mit dem Recht auf Löschung verhältnismäßig ab.¹²³ Solange ein legitimer Zweck die Datenverarbeitung rechtfertigt, besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zur Löschung. Je nach Zweck können sich folglich unterschiedliche Löschfristen und -maßnahmen für Daten und Datenarten im jeweiligen Kontext ergeben.¹²⁴

5.8.3 Zulässigkeit der fortgeführten Speicherung

7.B: Wenn es technisch erforderlich ist, Daten für die Nachweiszwecke aufzubewahren, ist daraus eine rechtliche Zulässigkeit der fortgeführten Speicherung abzuleiten? Welche Argumente zur Herleitung daraus resultierender Fristen sollten berücksichtigt werden?

Die Zulässigkeit der fortgeführten Speicherung muss sich aus einem der Tatbestände aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO ergeben. Für eine wirksame Einwilligung sind die Voraussetzungen des Art. 7 DSGVO zu erfüllen, siehe auch Fragenkomplex 1. Daten für Nachweiszwecke aufzubewahren ist grundsätzlich ein legitimer Zweck. Eine Speicherung ist zulässig, solange die Speicherung der Daten zu diesem Zweck erfolgt und in der Einwilligungserklärung transparent gemacht wird. Aus Gründen der Datenminimierung und Speicherbegrenzung ist aber zu prüfen, ob eine Aufbewahrung zu Nachweiszwecken auch mit anonymen Datensätzen möglich ist.¹²⁵

Wird die Verarbeitung von Learning Analytics auf eine Satzung gestützt, gilt entsprechendes.

Die Daten sind zu löschen (oder ausreichend zu anonymisieren), wenn der Verarbeitungszweck entfallen ist. Statische Löschfristen kennt die Datenschutz-Grundverordnung nicht. Vielmehr ist der Verantwortliche gemäß Art. 17 Abs. 1 DSGVO verpflichtet, „unverzüglich“ zu löschen, sobald einer der Gründe in lit. a bis f vorliegt. Dazu zählt insbesondere, dass die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, nicht mehr notwendig sind (lit. a) oder die Einwilligung widerrufen wurde (lit. b). Zu empfehlen ist, den Verarbeitungszweck einer regelmäßigen Prüfung zu unterziehen und Löschfristen in einem Löschkonzept festzulegen.¹²⁶ Im Hinblick auf die „Unverzüglichkeit“ der Löschpflicht sollten Löschfristen nicht zu lang angesetzt werden. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Verzögern. Angemessen sind daher Zeiträume, die benötigt werden, um den Verarbeitungszweck zu prüfen und die Löschung durchzuführen.

In einer Satzung sollten konkretere Lösch- oder Überprüfungspflichten festgelegt werden. Damit könnte das mit der Speicherung von personenbezogenen Daten einhergehende Missbrauchsrisiko gemindert werden. Zum Beispiel könnte festgelegt werden, dass die Löschung von Nutzungs- oder Interaktionsdaten bestimmbarer studierender Personen zeitnah, zum Beispiel „unverzüglich, spätestens aber drei Monate“, nach deren Exmatrikulation erfolgen muss. An die Stelle der Löschung kann auch eine Anonymisierung treten.¹²⁷

Gesetzliche Aufbewahrungspflichten können grundsätzlich zu einer längeren Löschfrist führen. Diese können sich beispielsweise aus handels- und steuerrechtlichen Vorschriften ergeben, sind vorliegend aber nicht einschlägig. Längere Aufbewahrungsfristen ergeben sich auch bei der Aufbewahrung prüfungsrelevanter Unterlagen. Das HG NRW hat hierzu keine speziellen Regelungen. Gemäß § 11 ArchivG NRW iVm § 2 Abs. 4 HG NRW erlassen die Hochschulen Ordnungen/Grundordnungen in eigener Zuständigkeit. So finden sich beispielsweise Aufbewahrungsfristen für Studierenden- und Prüfungsakten

¹²³ EuGH, Urteil vom 13. 5. 2014 – C 131/12, NJW 2014, 2257 (2263 f.); Urteil vom 9. 3. 2017 – C-398/15, BeckRS 2017, 103300 Rn. 57, 60, 63f; BVerfG, Beschluss vom 6. 11. 2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (310); Beschluss vom 6. 11. 2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 (325 f.).

¹²⁴ DIN 66398:2016-05 Kap. 4.4.1.

¹²⁵ Vergleiche dazu oben Kapitel 5.8.

¹²⁶ Siehe dazu auch oben Kapitel 5.8.2.

¹²⁷ Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), Positionspapier zur Anonymisierung unter der DSGVO unter besonderer Berücksichtigung der TK-Branche, 29. Juni 2020, S. 8.

einschließlich Studienverlauf von 30 Jahre und sonstige Prüfungsunterlagen für 5 Jahre.¹²⁸ In den beschriebenen Szenarien 1-3 liegt keine Prüfungsrelevanz, so dass längere Aufbewahrungsfristen hier nicht einschlägig sind. Sollte sich das Einsatzgebiet der Learning Analytics aber entsprechend ändern, wäre dies zu berücksichtigen.

5.8.4 Bewertung von Schattendatensätzen

5.C: In manchen Fällen ist die Zustimmung zu Beginn des Verarbeitungsablaufs nicht sinnvoll einzuholen, da die Transparenz der Nutzungszwecke nicht herstellbar ist. Ein Ansatz besteht daher darin, die Speicherung unter anderem über die Speicherbegrenzung hinweg als „Schattendatensatz“ fortzuführen. Erst wenn die Verarbeitung tatsächlich angefordert wird, wird die Zustimmung eingeholt. Wie ist das zu bewerten?

Es ist grundsätzlich nicht möglich, personenbezogene Daten betroffener Personen auf die bloße Möglichkeit der Zustimmung zu einer Verarbeitung¹²⁹ hin ohne Rechtsgrundlage zu speichern oder vorzuhalten. Die Speicherung ist bereits eine erlaubnispflichtige Verarbeitung im Sinne von Art. 6 DSGVO, vergleiche Art. 4 Nr. 2 DSGVO.

Denkbar wäre ein gestuftes Vorgehen auf Basis von Einwilligung oder Rechtsgrundlage:

Ein Beispiel wäre, dass die Accounterstellung zum Learning Management-System auf Grundlage einer Einwilligung erfolgt. Diese erfordert die Zustimmung zur Speicherung aller Interaktionsdaten, da man sie allgemein für Learning Analytics-Verfahren auswerten will. Das ist möglich, erfordert aber auch transparente Informationen. Sobald eine bestimmte Auswertung für eine bestimmte Learning Analytics-Funktion durch die studierende Person angestoßen werden soll, benötigt man (erneut) deren konkrete Einwilligung. Ein vergleichbares Vorgehen ist denkbar bei Learning Analytics auf Basis von Hochschulrecht und spezifischer Satzung. Hier würde anstelle einer Einwilligung eine Zustimmung als konstitutives Tatbestandsmerkmal beim Anstoß einer bestimmten Learning Analytics-Funktion durch die studierende Person abgefragt werden. Dies entspräche dem Vorgehen in Szenario 3.

5.9 Zwischenergebnis

Es ist nicht möglich, den Einsatz von Learning Analytics auf die datenschutzrechtlichen Generalklauseln nach dem DSGVO NRW zu stützen – dies auch nicht in Verbindung mit den Aufgabenzuweisungen nach dem Hochschulrecht. Die Normen sind in Bezug auf Datenverarbeitung und Learning Analytics-Verfahren zum einen zu unbestimmt. Zum anderen ist die mit Learning Analytics einhergehende Verarbeitungsintensität (insbesondere hinsichtlich Datenspeicherung, Datenzusammenführung und Profilbildung und den damit verbundenen Missbrauchsrisiken) zu groß, um sie auf Generalklauseln stützen zu können.

Zu fragen ist, ob die Aufgabenzuweisungen es ermöglichen, Learning Analytics-Verfahren im Rahmen der Hochschulautonomie durch eine entsprechende Satzung normklar und bestimmt auf eine Art und Weise zu regeln, die die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen (in der Regel Studierende und Lehrende) ausreichend schützt.

¹²⁸ Fachhochschule Düsseldorf, Ordnung über Aufbewahrung, Aussonderung, Archivierung und Vernichtung von Schriftgut an der Fachhochschule Düsseldorf vom 01.04.2014, <https://opus4.kobv.de/opus4-hs-duessel-dorf/frontdoor/deliver/index/docId/583/file/vb376.pdf>; siehe zur Ruhr-Universität Bochum <http://info.rub.de/sporga/aufbewahrung>.

¹²⁹ Das kann eine Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO oder eine Tatbestandsvoraussetzung einer Norm im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO sein.

6. Einsatz von Learning Analytics nach Satzung

2.C: Die Satzungskompetenz der Hochschulen NRW folgt aus § 2 Abs. 2 Satz 1 HG NRW, wonach die Hochschulen die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Ordnungen und Grundordnungen erlassen. Dies konkretisiert ihr Grundrecht auf Selbstverwaltung nach Art. 16 Abs. 1 LV NRW.

2.C.1: Die Satzungskompetenzen der Hochschulen ermöglichen eigene Rechtssetzungen der Hochschulen. Können auf der Basis der aktuellen hochschulrechtlichen Regelungen Satzungen den Einsatz von Learning Analytics (datenschutzrechtlich) legitimieren?

2.C.2: Wenn Frage 2.C.1. mit Ja beantwortet wird: Welche Aspekte sollte eine solche Ordnung berücksichtigen? Für die wesentlichen Anteile sollten dann Formulierungsvorschläge gemacht werden.

Die allgemeinen Öffnungsklauseln der Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO gestatten den Mitgliedstaaten, spezifischere Bestimmungen im Hinblick auf die Erlaubnistatbestände der rechtlichen Verpflichtung (Abs. 1 lit. c) und der Verarbeitung durch die öffentliche Hand (Abs. 1 lit. e) zu erlassen.¹³⁰ Als Rechtsvorschrift im Sinne von Abs. 2 und 3 kommen neben formellen Gesetzen auch untergesetzliche Erlaubnistatbestände in Betracht, also Rechtsverordnungen und Satzungen.¹³¹ Diese müssen jedoch auf eine durch formelles Gesetz vorgegebene Ermächtigungsgrundlage zurückgeführt werden können und bei Anwendung dem Wesentlichkeitsgrundsatz hinreichend Rechnung tragen.¹³²

Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 HG NRW dürfen Hochschulen zur Erfüllung ihrer Aufgaben eigene Satzungen erlassen. Die maßgeblichen Datenschutzgesetze (DSG NRW und DSGVO) sind dabei zu beachten. Die Satzung muss zur Erfüllung der Aufgabe erforderlich sein. Die Aufgabe der Hochschule umfasst gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 HG NRW die „Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung, Lehre, Studium [...]“. Der Einsatz von Learning Analytics dient der Verbesserung und Unterstützung von Lehre und Studium und ist damit Aufgabe der Hochschule. Als allgemeine Aufgabenzuweisung ist § 3 Abs. 1 Satz 1 HG NRW allerdings zu unbestimmt, um als Erlaubnisnorm zu dienen.

Auch ist „der Einsatz von Learning Analytics (...) für die konventionelle Lehre (Kohorten-Lehrveranstaltung) nicht erforderlich. Eine Profilerstellung ist hierfür auch im Verhältnis zur Zielsetzung des E-Learning unangemessen. Dies könnte sich in Zukunft ändern, wenn eine individualisierte Lehre zum Stand der Hochschuldidaktik wird. Bis dahin ist eine Einwilligung der betroffenen Person oder eine Zulässigkeitsregelung mit besonderen Schutzvorkehrungen in einer Satzung notwendig.“¹³³ Letztere Möglichkeit bietet § 2 Abs. 4 Satz 1 HG NRW.

Allgemein muss eine Satzung, die eine Ermächtigung zur Datenverarbeitung sein soll, aus sich heraus oder in der Zusammenschau mit dem in Gänze geltenden Rechtsrahmen den Anforderungen nach Art. 6 Abs. 3 DSGVO genügen. Sie muss also nach dessen Satz 2 den Zweck der Verarbeitung festlegen oder die Verarbeitung muss für die Erfüllung eines Zwecks erforderlich sein, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.¹³⁴ Außerdem muss sie nach Satz 4 ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen.¹³⁵

¹³⁰ Siehe auch oben Kapitel 5.1.

¹³¹ Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.) 2022, Art 6 DSGVO Rn. 56.

¹³² BVerfGE 65, 1.

¹³³ Roßnagel, ZD 2020, 296 (300).

¹³⁴ Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.) 2019, Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 30.

¹³⁵ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch aus Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh und Art. 8 GRCh folgt.

Ferner kann die Satzung als Rechtsgrundlage zur Datenverarbeitung nach Satz 3 Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften der DSGVO enthalten, unter anderem Bestimmungen darüber, welche allgemeinen Bedingungen für die Regelung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung durch den Verantwortlichen gelten, welche Arten von Daten verarbeitet werden, welche Personen betroffen sind, an welche Einrichtungen und für welche Zwecke die personenbezogenen Daten offengelegt werden dürfen, welcher Zweckbindung sie unterliegen, wie lange sie gespeichert werden dürfen und welche Verarbeitungsvorgänge und -verfahren angewandt werden dürfen, einschließlich Maßnahmen zur Gewährleistung einer rechtmäßig und nach Treu und Glauben erfolgenden Verarbeitung.

In einer Satzung zu Learning Analytics-Verfahren könnte die Ermächtigung zur Datenverarbeitung auf verschiedene Arten und Weisen geregelt werden. Insoweit sind viele verschiedene Modelle oder Mischmodelle¹³⁶ denkbar, was an folgenden Beispielen verdeutlicht werden soll.

- Die Satzung erlaubt den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren allgemein. Sie beschreibt Grenzen der Verarbeitung und technische sowie organisatorische Maßnahmen zur Verwirklichung von Datenschutzgrundsätzen und Gewährleistung der Datensicherheit (TOM). Die Verarbeitung personenbezogener Daten wird aber grundsätzlich von der datenschutzrechtlich konformen Einwilligung der jeweils betroffenen Person abhängig gemacht.
- Die Satzung erlaubt den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren zu bestimmten Zwecken oder bestimmten Verfahren. Sie bestimmt Grenzen der Verarbeitung und TOM. Die Verarbeitung personenbezogener Daten wird aber grundsätzlich von der datenschutzrechtlich konformen Zustimmung der jeweils betroffenen Person im Einzelfall abhängig gemacht (einzelfallabhängiges Opt-In).¹³⁷
- Die Satzung erlaubt den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren zu bestimmten Zwecken oder bestimmten Verfahren. Sie bestimmt Grenzen der Verarbeitung und TOM. Die Verarbeitung personenbezogener Daten wird aber grundsätzlich von der Zustimmung der jeweils betroffenen Person allgemein abhängig gemacht (allgemeines Opt-In).
- Die Satzung erlaubt den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren zu bestimmten Zwecken oder bestimmten Verfahren. Sie bestimmt spezifische Grenzen der Verarbeitung und TOM. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Trainingszwecken wird erlaubt. Die konkrete Nutzung eines Learning Analytics-Verfahrens in Bezug auf eine betroffene Person wird davon abhängig gemacht, dass diese Person das jeweilige Verfahren anstößt oder einer solchen Verarbeitung zustimmt.¹³⁸ Die betroffene Person kann die einmal von ihr angestoßenen Verarbeitungen stoppen und auch allgemein der Datenverarbeitung zu Trainingszwecken widersprechen (spezifisches Opt-Out).
- Die Satzung erlaubt den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren zu bestimmten Zwecken bzw. bestimmten Verfahren. Sie bestimmt spezifische Grenzen der Verarbeitung und TOM. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Trainingszwecken und zu Nutzungszwecken wird erlaubt. Betroffene Personen können der Verarbeitung widersprechen (allgemeines Opt-Out).

Die Zulässigkeit einer bestimmten Art und Weise der Satzungsregelung lässt sich nicht allgemein klären. Dies wird nur in Ansehung der konkreten Regelungen zu Art der Datenverarbeitung, Art der Daten und Zweck der Verarbeitung im Verhältnis zur Eingriffsintensität und Risiko sowie vorgesehenen Grenzen der Verarbeitung und Schutzmaßnahmen beantwortet werden können.

Um eine solche Verhältnismäßigkeit zu erreichen, sollte eine entsprechende Satzung inhaltlich auch die Gewährleistungsziele des Standard-Datenschutzmodells adressieren, also Verfügbarkeit, Integrität,

¹³⁶ Auch hinsichtlich einzelner Learning Analytics-Funktionen oder -verarbeitungen.

¹³⁷ Rechtsgrundlage der Verarbeitung ist in diesem Fall die Satzung in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO; die Zustimmung ist ein Tatbestandsmerkmal der Rechtsgrundlage und keine Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO; welchen Anforderungen die Zustimmung im Vergleich zu einer Einwilligung genügen muss, kann die Satzung bestimmen.

¹³⁸ Dies kann die längere Speicherung von Aktionen des Learning Management-Systems betreffen oder auch so geregelt werden, dass diese verpflichtend ist, vergleiche oben Unterkapitel zur Speicherbegrenzung.

Vertraulichkeit, Nichtverkettung, Transparenz, Intervenierbarkeit, und Datenminimierung.¹³⁹ Außerdem könnte sie den Verhaltenskodex für Trusted Learning Analytics aufgreifen.¹⁴⁰

Inhalt einer Satzung zu Learning Analytics muss folglich sein:

- Aufgaben- und Zweckbeschreibung, soweit nicht anders möglich abstrakt-generell,
- transparente Beschreibung der zu verarbeitenden Daten und Datenkategorien,
- Verbot bestimmte Daten zu benutzen / Verpflichtung bestimmte Daten nicht zu nutzen oder auf bestimmte Art und Weise weiterzuverarbeiten oder zu nutzen,
- spezifische Bestimmungen, um Learning Analytics-Daten zu Forschungszwecken zu verwenden,
- spezifische Garantien und Sicherheitsvorkehrungen (TOM):
 - Aussagen zu Speicher- und Löschfristen und Art und Weise der Löschung,
 - Verbot Daten zu anderen Zwecken weiterzuverarbeiten oder zu übermitteln
 - Regelungen zum Widerspruchsrecht,
 - Technisch-organisatorische Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Verarbeitung gemäß der Datenschutz-Grundverordnung erfolgt,
 - Maßnahmen, die gewährleisten, dass nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten eingegeben, verändert oder entfernt worden sind,
 - Sensibilisierung der an Verarbeitungsvorgängen Beteiligten,
 - Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle und von Auftragsverarbeitern,
 - Pseudonymisierung/Anonymisierung personenbezogener Daten,
 - Verschlüsselung personenbezogener Daten,
 - Sicherstellung der Fähigkeit, Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich der Fähigkeit, die Verfügbarkeit und den Zugang bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen sowie
 - zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung die Einrichtung eines Verfahrens zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der TOM.

Der Satzungsentwurf in der Anlage 2 ist auf diese abstrakten Vorgaben angepasst und setzt diese um. Inhaltlich entspricht die im Satzungsentwurf geregelte Datenverarbeitung am ehesten dem vierten Modell der Beispiele oben.

¹³⁹ Datenschutzkonferenz, Das Standard Datenschutzmodell – Eine Methode zur Datenschutzberatung und -prüfung auf der Basis einheitlicher Gewährleistungsziele, Version 2.0, 2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191106_SDM-Methode_V2.0.pdf.

¹⁴⁰ Hansen/Rensing/Herrmann/Drachler 2020.

7. Pflichten aus dem Einsatz von Learning Analytics

7.1 Folgen von Nachweispflichten

Fragenkomplex 7:

Beim Einsatz von KI-Verfahren stellt sich regelmäßig die Frage, wie vom System getroffene Empfehlungen im Nachgang nachvollzogen werden können. Auf Ebene der Algorithmen und technischen Artefakte ist das alleinig nicht immer möglich, sondern ggf. nur im Zusammenspiel der Eingangs- und Trainingsdaten mit dem jeweiligen Systemzustand. Im Zusammenhang mit Profiling ist gegenüber den betroffenen Personen ein erweiterter Auskunftsanspruch zu erfüllen.

7.A: Welche Nachweispflichten sind zu erfüllen?

Der Verantwortliche hat ein Interesse daran, durch das System getroffene Entscheidungen nachvollziehen zu können, um Betroffenenrechten nachzukommen, die Wirkweise des KI-Systems zu prüfen, Fehler aufzudecken und das System langfristig zu verbessern. Notwendig ist dafür zum einen die möglichst langfristige Speicherung der zugrunde liegenden Daten (siehe dazu auch Kapitel 5.8) und zum anderen eine ordnungsgemäße Dokumentation.

Die Pflicht zur Dokumentation ergibt sich aus der Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO, nach der der Verantwortliche die Pflicht hat, die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nachzuweisen. Art. 24 DSGVO präzisiert diese Anforderungen weiter, indem dem Verantwortlichen auferlegt wird, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen umzusetzen, um sicherzustellen und den Nachweis erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß der DSGVO erfolgt. Die wichtigsten Nachweis- und Dokumentationspflichten sind: Führen eines Verzeichnisses für Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO, Dokumentation von Datenpannen nach Art. 33 Abs. 5 DSGVO, Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO. Mit Blick auf die Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. 3 DSGVO und das Recht auf Löschung nach Art. 17 DSGVO muss der Verantwortliche zudem ein Löschkonzept vorhalten.

Die Datenschutz-Grundverordnung spricht an einigen Stellen im Rahmen des Profiling davon, „ausgekräftigte Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person“ zur Verfügung zu stellen, siehe Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Dies kann man als erweiterten Auskunftsanspruch verstehen. Dies gilt jedoch ausschließlich für automatisierte Entscheidungsfindungen einschließlich Profiling gemäß Art. 22 Abs. 1, 4 DSGVO. (Siehe dazu Fragenkomplex 6.) Für alle anderen Fälle des Profiling ist Art. 22 DSGVO nicht einschlägig. Es gelten aber weiterhin die übrigen Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung.

7.2 Informations- und Auskunftspflichten

Die verantwortliche Hochschule trifft Informations- und Auskunftspflichten nach Art. 12 ff. DSGVO. Den an Learning Analytics partizipierenden Studierenden sind nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO vorab in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in klarer und einfacher Sprache neben allgemeinen Informationen nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO (wie zum Beispiel Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen sowie Zwecke und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung) nach Art. 13 Abs. 2 DSGVO zusätzliche Informationen, wie etwa die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder das Bestehen der Betroffenenrechte). Grundsätzlich ist es auch möglich, den Informations- und Auskunftspflichten gestuft und mittels unterschiedlicher Medien nachzukommen. So könnten den Studierenden etwa Pflichtangaben zum Inhalt und Umfang der Datenverarbeitung ge-

meinsam mit der Einwilligungserklärung in Textform bereitgestellt und zusätzlich Informationsveranstaltungen angeboten werden, in denen eine genauere Erläuterung erfolgt.¹⁴¹ Informations- und Auskunftspflichten sollten von der verantwortlichen Hochschule sehr ernst genommen werden.

7.3 Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)

Besteht bei Datenverarbeitungsvorgängen voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, muss der Verantwortliche nach Art. 35 DSGVO vorab eine Abschätzung der Folgen der vorhergesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durchführen. Diese wird Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) genannt. Die DSFA ist ein spezielles Selbstkontrollinstrument zur Beschreibung, Bewertung und Eindämmung von Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Ihr Ziel besteht darin, Kriterien für den Schutz der betroffenen Personen zu definieren und die Folgen der Datenverarbeitung möglichst umfassend zu erfassen.

Eine DSFA ist verpflichtend durchzuführen, wenn die Verarbeitungstätigkeit in einer Positivliste der Aufsichtsbehörde aufgeführt ist. Nordrhein-Westfälische Behörden und andere öffentliche Stellen, die nicht am Wettbewerb teilnehmen, müssen immer eine DSFA durchführen, wenn ihre Verarbeitungstätigkeit in der Liste für den öffentlichen Bereich genannt ist.¹⁴² Learning Analytics-Verfahren und die dafür erforderliche Datenverarbeitung lassen sich keinem Punkt der Liste zuordnen.

Daraus ist jedoch nicht der Schluss zu ziehen, dass keine DSFA durchzuführen wäre. Im Wege einer Vorabprüfung müsste bezüglich der Datenverarbeitung zu Zwecken der Learning Analytics-Verfahren eingeschätzt werden, ob die Verarbeitung aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs, ihrer Umstände und ihrer Zwecke voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen aufweist und damit die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1 Satz 1 DSGVO erfüllt. Zum Begriff des Risikos kann auf die „Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)“ und zur Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“ der Art.-29-Gruppe und das Kurzpapier Nr. 10 „Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“ der Datenschutzkonferenz zurückgegriffen werden.

Sehr wahrscheinlich erfüllt die Datenverarbeitung zu Zwecken von Learning Analytics die in den Leitlinien genannten Kriterien:

- Datenverarbeitung in großem Umfang,
- systematische Überwachung,
- innovative Nutzung oder Anwendung neuer technologischer oder organisatorischer Lösungen sowie
- Abgleichen oder Zusammenführen von Datensätzen.

Aufgrund dessen ist regelmäßig vor Einführung von Learning Analytics-Verfahren zu prüfen, ob eine DSFA durchzuführen ist. Angesichts des Umfangs der im Rahmen von Learning Analytics verarbeiteten personenbezogenen Daten und der Zusammenführung dieser Daten aus unterschiedlichsten Quellsystemen wird die Pflicht zur Durchführung einer DSFA in der Regel auch bestehen.¹⁴³

7.4 Vorherige Konsultation des Landesdatenschutzbeauftragten

Art. 36 DSGVO sieht eine Pflicht zur Konsultation der Aufsichtsbehörde vor der Datenverarbeitung in bestimmten Fällen vor. Stellt der Verantwortliche nach einer durchgeführten DSFA fest, dass das Risiko einer geplanten Datenverarbeitung trotz ergriffener Maßnahmen zu hoch ist und sich nicht mit einem verhältnismäßigen technischen und finanziellen Aufwand eindämmen lässt, so ist er verpflichtet, die

¹⁴¹ Keber/Bachmeier/Neef, JurPC Web-Dok. 97/2019, Abs. 52.

¹⁴² Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, [“Liste von Verarbeitungsvorgängen nach Art. 35 Abs. 4 DS-GVO für den öffentlichen Bereich”](#), Stand 03.08.2018.

¹⁴³ Roßnagel, ZD 2020, 296 (301).

zuständige Aufsichtsbehörde zu konsultieren. Gemäß Art. 36 Abs. 2 Satz 1 DSGVO erteilt die Aufsichtsbehörde dem Verantwortlichen schriftliche Empfehlungen, falls die Datenverarbeitung der Verordnung widersprechen würde. Außerdem kann sie ihre Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse nach Art. 58 DSGVO wahrnehmen. Hierfür ist eine Frist von bis zu acht Wochen vorgesehen, die die Behörde jedoch um bis zu sechs Wochen verlängern kann.

8. Regelungsempfehlungen für die Legislative des Landes NRW

Fragenkomplex 3:

Insbesondere, wenn Frage 2.C.1 mit Nein beantwortet wird, ist zu klären, ob sich daraus Empfehlungen für die Landeslegislative ergeben.

Für alle betrachteten Rechtsnormen (Komplexe 1–3) ist zu benennen, ob sich aus ihnen spezifische Grenzen für den Einsatz von Learning Analytics ergeben. Bei der Betrachtung ist auch die kontinuierliche Evaluation und Weiterentwicklung des Learning Analytics-Systems zu berücksichtigen.

Regelungsempfehlung:

Welche Empfehlung zur Regelung von Learning Analytics ist an die Legislative des Landes NRW zu richten?

Aus den betrachteten Rechtsnormen ergeben sich spezifische Grenzen für den Einsatz von Learning Analytics, welche im Folgenden zusammengefasst werden:

Rechtsnorm	Grenze für den Einsatz von Learning Analytics	Berücksichtigung der kontinuierlichen Evaluation und Weiterentwicklung des Learning Analytics-Systems
Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO, Einwilligung	Keine Einwilligung möglich, falls sich Machtasymmetrie zwischen Hochschule und Studierenden auf Freiwilligkeit der Einwilligung auswirkt	Ja
§ 3 Abs. 1 DS-G NRW	Abhängig von den der Hochschule gesetzlich zugewiesenen Aufgaben	Nein
§ 3 Abs. 1 Satz 1 HG NRW	Keine Legitimation von Learning Analytics	Nein
§ 3 Abs. 3 Satz 2 HG NRW	Learning Analytics als elektronisches Instrument zur Unterstützung des Lehrangebots zulässig	Ja
§ 3 Abs. 7 HG NRW	Einsatz von Learning Analytics im Rahmen der Aufgaben der Hochschule als Teil des Satzungsrechts	Ja
§ 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 HG NRW	Learning Analytics nicht möglich zur Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung / allgemeinen Lehrevaluation; möglich jedoch zur individuellen Lernevaluation	Nein
§ 8 Abs. 5 HG NRW	Learning Analytics nicht möglich	Nein
§ 58 Abs. 1 Satz 2 HG NRW	Learning Analytics nicht möglich	Nein
§ 58 Abs. 2 Satz 2 HG NRW	Learning Analytics möglich, soweit es der Förderung des Selbststudiums durch technische Mittel dient	Ja

§ 58 Abs. 2a Satz 1 HG NRW	Learning Analytics nur im Rahmen von Erprobungsphasen von Reformmodellen, nur in Einvernehmen mit Ministerium	Ja
§ 58a Abs. 1 HG NRW	Studienberatung durch Learning Analytics nur als untergeordneter Teil der Beratung und nicht für alle Berechtigten möglich	Ja
§ 62a Abs. 1 HG NRW	Nur, soweit Learning Analytics das Teilzeitstudium fördert	Ja
§ 3 Abs. 1 Studiumsqualitäts-gesetz	Ermöglicht Learning Analytics im Rahmen einer Satzung zur Verbesserung der Studiumsqualität	Ja

In § 3 Abs. 3 Satz 3 HG NRW hat sich die nordrhein-westfälische Legislative in Ansehung der Corona-Pandemie ein Konkretisierungsrecht hinsichtlich der „Erprobung, zur Einführung und zum Umfang der Online-Lehrangebote einschließlich von Online-Prüfungen sowie der Maßnahmen zur Unterstützung der Lehrangebote durch elektronisch basierte Methoden und Instrumente“ vorbehalten. Das schließt Learning Analytics-Systeme grundsätzlich ein. Dem Ministerium obliegt es, durch Rechtsverordnung das Nähere zu regeln. Dies hindert die einzelne Hochschule nicht daran, im Rahmen ihrer Satzungs-kompetenz nach § 2 Abs. 4 HG NRW eigene Regelungen zu erlassen, solange das Ministerium nicht von seiner Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht hat.

Da keine der betrachteten Rechtsregeln den Einsatz von Learning Analytics-Systemen vollumfänglich legitimiert, ist der Legislative anzuraten, das HG NRW dahingehend zu ergänzen, dass allgemein Learning Analytics zu bestimmten Zwecken gestattet wird und Grenzen der Nutzung bestimmt werden. Einzelheiten können dann dem Satzungsrecht der Hochschulen als Regelungsauftrag überlassen werden. Die Verordnungsermächtigung des Ministeriums nach § 3 Abs. 3 Satz 3 HG NRW wäre dann bezüglich der Learning Analytics-Verfahren nicht mehr anwendbar.

Die grundsätzliche Legitimation bestimmter Learning Analytics-Verfahren zu festgelegten Zwecken im Gesetz oder durch Rechtsverordnung hätte aus Sicht der Hochschulen und der Legislative mehrere Vorteile. Sie ermöglicht die vereinheitlichte Festlegung von Grenzen und Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen. Insoweit böte die Regelung Rechtssicherheit für betroffene Personen aber auch für alle Hochschulen in NRW. Sie könnte Anlass für verstärkte, Synergien schaffende Zusammenarbeit über Hochschulverbände in NRW zur Entwicklung von Learning Analytics-Verfahren in NRW sein. Aus Sicht der Legislative wäre das ein Standortvorteil für das Land Nordrhein-Westfalen.

9. Empfehlungen zum weiteren Vorgehen

Die Entwicklung und der Einsatz von Learning Analytics-Verfahren lassen sich (funktionsabhängig) mehreren Aufgaben der Hochschulen nach dem Hochschulgesetz NRW zuordnen. Es ist allerdings nicht möglich, den Einsatz von Learning Analytics auf die datenschutzrechtlichen Generalklauseln nach dem DSGVO NRW zu stützen – dies auch nicht in Verbindung mit den Aufgabenzuweisungen nach dem Hochschulrecht. Die Normen sind zu unbestimmt, um die mit Learning Analytics einhergehende hohe Verarbeitungsintensität (zum Beispiel Datenzusammenführung, Profilbildung, Eingriff in Freiheit der Lehre, potenzieller Eingriff in Freiheit des Studiums) auf sie stützen zu können.

Hochschulen können insoweit die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Learning Analytics-Verfahren auf Basis konkreter Einwilligungen der Studierenden und Lehrenden legitimieren. Hier gelten jedoch hohe Anforderungen an Transparenz und Freiwilligkeit. Außerdem macht dies ein dezidiertes Einwilligungsmanagement erforderlich.

Andererseits ermöglichen die Aufgabenzuweisungen im Rahmen der Hochschulautonomie es aber auch, den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren durch eine entsprechende Satzung normklar und bestimmt auf eine Art und Weise zu regeln, die die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen (in der Regel Studierende und Lehrende) ausreichend schützt. Eine solche Satzung kann die für Learning Analytics-Verfahren notwendigen Datenverarbeitungsvorgänge legitimieren, indem darin zum einen die Zwecke der Verarbeitung und zu verarbeitenden Daten(kategorien) bestimmt werden und zum anderen spezifische Grenzen und Schutzmaßnahmen der Verarbeitung festgelegt werden. Insoweit wäre auch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten in Learning Analytics-Verfahren ohne Einzeleinwilligung der jeweils betroffenen Personen möglich.

Da bei der Legitimierung des Einsatzes von Learning Analytics durch eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO ein Einwilligungsmanagement erforderlich sein wird und regelmäßig geprüft werden muss, inwieweit der Einsatz (noch) durch die ursprünglich eingeholte Einwilligung abgedeckt wird, wäre der Weg über eine Legitimierung durch eine Satzungsregelung – zumindest aus Gründen des Umsetzungsaufwandes – unter Umständen vorzuziehen. Zudem ließen sich durch eine umfassende Satzung die Rechte und berechtigten Interessen der betroffenen Personen besser schützen.

Eine solche normklare und bestimmte Regelung durch Satzung kann nämlich auch im Sinne des Schutzes der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen wirken. Im Rahmen des Verfahrens der Selbstverwaltung wären diese zum einen an der Rechtsetzung beteiligt. Zum anderen erlaubt die Satzung eine verlässliche und transparente Regelung, die durch Opt-Out und Widerspruchslösungen auch Einzelinteressen wahren kann.

Wenn eine nordrhein-westfälische Hochschule Learning Analytics-Verfahren einführen möchte, wird empfohlen, folgende Grundüberlegungen anzustellen und Abwägungsentscheidungen zu treffen:

- Zu prüfen, ob die Hochschule den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren durch eine Einwilligungslösung oder durch eine Satzungsregelung legitimieren will.
- In diesem Sinne zu prüfen, ob der Einsatz und die Entwicklung von Learning Analytics-Verfahren von einer kritischen Masse an betroffenen Personen abhängig ist, deren Daten verarbeitet werden müssten.
- In diesem Sinne zu prüfen, ob die verpflichtende Beteiligung von Studierenden und anderen Hochschulangehörigen für die Entwicklung und den Einsatz von Learning Analytics-Verfahren gewünscht und inwieweit dies erforderlich ist.

Das Datenschutzrecht nimmt der Hochschule diese Klärungsprozesse und Policy-Entscheidungen nämlich nicht gänzlich ab. Es setzt ihr nur Grenzen.¹⁴⁴ Die betroffenen Personen (Studierende wie auch Lehrende) haben ein Interesse auf Schutz ihrer informationellen Selbstbestimmung und ihres Rechts

¹⁴⁴ Siehe insbesondere Kapitel 6.

auf Datenschutz. Aus dieser Sicht wären sicherlich Modelle vorteilhafter, die auf eine freiwillige Partizipation und Zurverfügungstellung ihrer personenbezogenen Daten setzen – sei es durch Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO oder durch Zustimmungserfordernis als Tatbestandsmerkmal in einer Satzungsermächtigung.

Andererseits kann eine verpflichtende Partizipation aus Sicht der Funktionsfähigkeit und -qualität des Learning Analytics-Verfahrens als Ganzes erforderlich sein. Sie kann auch in Bezug auf den Einzelnen und einzelne Learning Analytics-Funktionen erforderlich sein, weil die Hochschule dadurch ihre gesetzlichen Aufgaben und Pflichten gegenüber dem Einzelnen bestmöglich erfüllen kann. Hier kommt es auch auf die konkrete Zweckbestimmung an.

Welche Seite argumentativ überwiegt, kann nur in Ansehung des konkreten Einzelfalls und der konkreten technischen und organisatorischen Ausgestaltung entschieden werden.

Anhang 1: Einwilligungsmuster

Hinweis zur Verwendung des Musters

Das Einwilligungsmuster ist als *ein* möglicher Vorschlag zu verstehen. Das Muster wurde mit größter Sorgfalt erstellt, erhebt aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es ist als Checkliste mit Formulierungshilfen konzipiert und soll lediglich eine Anregung bieten, wie die typische Interessenlage der Hochschule und der betroffenen Personen sachgerecht ausgeglichen werden kann und eine Einwilligung, die Art. 7 DSGVO genügt, formuliert werden könnte. Dies entbindet nicht von der sorgfältigen eigenverantwortlichen Prüfung und Anpassung im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung von Learning Analytics-Verfahren. So müssen Platzhalter in eckigen Klammern ausgefüllt werden. Auch die in [eckigen Klammern] präsentierten Klauseln sind nur dann relevant, wenn die dort beschriebene Datenverarbeitung auch tatsächlich erfolgt oder geplant ist. Die Verwender:in kann auch andere Formulierungen wählen. Vor einer Übernahme des unveränderten Inhaltes muss im eigenen Interesse geprüft werden, ob und in welchen Teilen gegebenenfalls eine Anpassung an die konkret zu regelnde Situation und die Rechtsentwicklung erforderlich ist.

Ausgestaltung der Einwilligungserklärung:

[Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen]

[Name und Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten]

Ich willige ein, dass die [verantwortliche Hochschule] meine personenbezogenen Daten¹⁴⁵:

- Kommunikationsdaten: E-Mails, Forenbeiträge, ... [abschließende Liste].
- Interaktionsdaten mit fester Struktur (Interaktionshistorie): Up- und Downloads, Anzahl der Logins in Lernmanagementsysteme, Social-Network-Aktivitäten, Logfiles, Bibliotheks-Aktivitäten ... [abschließende Liste].
- Soziodemografische Daten: Name, Alter, Nationalität, Geschlecht, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Alter zu Studienbeginn, Abiturnote, ... [abschließende Liste].
- Prüfungsrelevante (Leistungs-)Daten: Summe der erreichten ECTS-Punkte, erreichte Durchschnittsnote, Anzahl der nicht bestanden Prüfungen, Anzahl erfolgreicher Prüfungen, Anzahl der aufgeschobenen Prüfungen, Häufigkeit des Nichterscheinens bei angemeldeten Prüfungen, Daten aus Feedbackgesprächen, Vorabtests in moodle, Kunstmappe, ... [abschließende Liste]

zu den folgenden Zwecken für Learning Analytics-Verfahren:

- Messung von Lernfortschritten
- Vorausberechnung zukünftiger Leistungen
- Aufdeckung potenzieller Problembereiche
- Unterstützung und Optimierung von Lehr-Lernprozessen
- Personalisierte Inhaltsempfehlung
- Studienberatung
- Forschung zu und Weiterentwicklung von Learning Analytics-Verfahren
- ...
- [abschließende Liste]

¹⁴⁵ Diese Liste ist nicht abschließend und ist entsprechend zu ergänzen. Die hier vorgenommene Kategorisierung der personenbezogenen Daten in „Kommunikationsdaten“, „Interaktionsdaten“, „Soziodemografische Daten“ und „Prüfungsrelevante (Leistungs-)Daten“ ist nicht verpflichtend und kann auch auf andere Weise erfolgen. Siehe zu dieser Kategorisierung und weiteren Kategorisierungsmöglichkeiten Scheidig/Holmeier, in: Hochschulforum Digitalisierung (Hrsg.) 2021, 215 (218).

erhebt, um das Lernen und Lehren an der [verantwortlichen Hochschule] zu verbessern und zu unterstützen.

Mir ist bewusst, dass die [verantwortliche Hochschule] hierfür Learning Analytics einsetzt und im Zuge dessen Daten von mir erhebt, analysiert und auswertet, die von mir in meinem Lernprozess generiert werden, unabhängig davon, ob mein Lernprozess von einem digitalen Lern-Management-System unterstützt wird oder analog stattfindet. Learning Analytics bezeichnet die Erhebung und Analyse von Daten, die von den Nutzer:innen in ihrem Lernprozess generiert werden. Das Ziel von Learning Analytics ist die Verbesserung und Unterstützung von Lernen und Lehren. Mir ist auch bewusst, dass meine Daten aus einem digitalen Lern-Management-System (ggf.) unter Einsatz von künstlicher Intelligenz¹⁴⁶ und meine in Campus-Management-Systemen vorliegenden statischen Daten sowie Daten aus sonstigen Quellsystemen der [verantwortlichen Hochschule] zusammengeführt werden und ein Profil von mir erstellt wird.

[Mir ist zudem bewusst, dass meine personenbezogenen Daten an weitere Hochschulen in NRW weitergegeben werden.]

[Teilweise trifft die Learning Analytics-Anwendung Entscheidungen auf Basis automatisierter Datenverarbeitung im Sinne des Art. 22 DSGVO, welche mir gegenüber rechtliche Wirkung entfalten oder mich anderweitig erheblich beeinträchtigen können. Hierin willige ich ausdrücklich ein.]

Mir ist bewusst, dass angemessene Maßnahmen zum Schutz meiner berechtigten Interessen getroffen wurden, und ich stets das Recht habe, ein Eingreifen einer Person auf Seiten der [verantwortlichen Hochschule], auf Darlegung meines Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung habe.]

Mir ist bewusst, dass ich diese Einwilligung jederzeit ohne Angabe von Gründen für die Zukunft widerrufen kann, indem ich der [verantwortlichen Hochschule] postalisch unter [Adresse] oder per E-Mail [E-Mail-Adresse] meinen Widerruf gegen die Verarbeitung meiner personenbezogenen Daten mitteile. Die [verantwortliche Hochschule] weist mich darauf hin, dass ich ein Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung und auf Widerspruch habe (Art. 15-21 DSGVO), sowie auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 77 DSGVO).

Der Datenschutzbeauftragte der [verantwortlichen Hochschule] ist erreichbar unter: [E-Mail-Adresse].

Weitere Informationen zum Datenschutz sind zu finden unter: [Link zur Datenschutzerklärung]

¹⁴⁶ Unter künstlicher Intelligenz werden hier alle Verfahren des maschinellen Lernens verstanden, unabhängig davon, ob es sich um supervised, unsupervised oder reinforcement learning handelt oder Kombinationen dieser.

Anhang 2: Satzungsentwurf

Zur Verwendung dieses Entwurfs:

Dieser Entwurf ist als ein Vorschlag für eine mögliche Regelung zu verstehen (Muster). Er wurde mit größter Sorgfalt erstellt, erhebt aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er ist als Checkliste mit Formulierungshilfen zu verstehen und soll eine Anregung bieten, wie die typische Interessenlage der Hochschule und der betroffenen Personen sachgerecht ausgeglichen werden kann. Dies entbindet nicht von der sorgfältigen eigenverantwortlichen Prüfung und Anpassung im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung von Learning Analytics-Verfahren. Die Satzungsgeber:in kann auch andere Formulierungen wählen. Vor einer Übernahme des unveränderten Inhaltes muss im eigenen Interesse geprüft werden, ob und in welchen Teilen gegebenenfalls eine Anpassung an die konkret zu regelnde Situation und die Rechtsentwicklung erforderlich ist.

Präambel

Die [verantwortliche Hochschule] beschließt diese Satzung zur Einführung, zum Einsatz und zur Weiterentwicklung von Learning Analytics-Verfahren. Sie verpflichtet sich, dass solche Verfahren der Verbesserung der Bedingungen für Lernen und Lehren dienen sollen und ein Unterstützungsangebot für alle Studierenden sind. Dabei verpflichtet sie sich zu einem transparenten, kritischen und verantwortlichen Umgang mit personenbezogenen Daten und gewährleistet die menschliche Kontrolle dieser Verfahren. Um einen verantwortungsvollen Umgang für Learning Analytics zu gewährleisten, wird die [Hochschule] regelmäßig Weiterbildungsangebote für Studierende und andere Hochschulangehörige anbieten.¹⁴⁷

§ 1 Geltungsbereich

1. Diese Satzung gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Learning Analytics-Verfahren, die an der [Hochschule] eingesetzt werden.
2. Details zu der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie den technischen Rahmenbedingungen können in einer gesonderten Satzung geregelt werden.

§ 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Satzung sind

1. Learning Analytics-Verfahren: Verfahren zum Messen, Sammeln, Analysieren und Auswerten von Daten über nutzende Personen und ihren Kontext mit dem Ziel, das Lernen und die Lernumgebung zu verstehen und zu optimieren und Unterstützungsangebote zu realisieren;
2. digitale Lehr-/Lernanwendungen: IT-gestützte Lernumgebungen, in denen Studieninhalte wiedergegeben (zum Beispiel Text, Bilder, Podcasts, Videos), interaktive Aufgaben bearbeitet werden oder Kommunikation zwischen Studierenden untereinander oder mit den Lehrenden stattfindet; dies sind zum Beispiel Learning Management-Systeme wie moodle oder ILIAS.
3. digitale Prüfungsverfahren: IT-gestützte Prüfungs- oder Rückmeldeprozesse zu den individuell erworbenen Kompetenzen. Die Bewertung kann automatisch oder freihändig durch die Lehrenden erfolgen.
4. Lehrende: Lehrberechtigte und deren Mitarbeitende, die in fachlicher Zuständigkeit von der [Hochschule] zur Verfügung gestellte Learning Analytics-Verfahren einsetzen.

¹⁴⁷ Präambel greift den Verhaltenskodex auf nach Hansen/Rensing/Herrmann/Drachsler 2020.

5. nutzende Personen: Studierende, Gasthörer, Teilnehmende aus der Öffentlichkeit oder Lehrende, die Learning Analytics-Verfahren nutzen.

§ 3 Grundsätze

1. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen beim Einsatz von Learning Analytics-Verfahren personenbezogene Daten der nutzenden Person verarbeiten, soweit diese Satzung oder eine andere Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt.
2. Personenbezogene Daten der nutzenden Person dürfen nur dann der Öffentlichkeit, Mitgliedern der Hochschule, anderen Teilnehmenden einer Lehrveranstaltung oder Anbietenden zugänglich gemacht werden, wenn dies erforderlich ist, um den Zweck der konkreten digitalen Lehr-/Lernanwendung oder des Prüfungsverfahrens zu erreichen.
3. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen personenbezogene Daten der nutzenden Person, die in Learning Analytics-Verfahren gespeichert wurden oder darin entstehen, nicht für andere als die in dieser Satzung genannten Zwecke verarbeiten oder weiterverarbeiten, es sei denn, die betroffene Person hat darin eingewilligt.
4. Die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 9 DSGVO, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person zu Zwecken von digitalen Lehr-/Lernanwendungen und Prüfungsverfahren ist nur auf Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung der nutzenden Person zulässig.

§ 4 Datenverarbeitung

1. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen soziodemografische Daten der nutzenden Person wie Name, Anschrift, Matrikelnummer, Studienfach, Studiensemester, Nationalität, Geschlecht, Alter zu Studienbeginn, Abiturnote oder E-Mail-Adresse verarbeiten, soweit diese Daten für die Registrierung oder für die Nutzung von Learning Analytics-Verfahren erforderlich sind.
2. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen Interaktionsdaten mit fester Struktur (einschließlich Interaktionshistorie) der nutzenden Person wie insbesondere Merkmale zu deren Identifikation, Angaben über Beginn und Ende sowie Umfang der jeweiligen Nutzung oder Angaben über die einzelnen von der nutzenden Person verwendeten digitalen Lehr-/Lernanwendungen nur in den Learning Analytics-Verfahren verarbeiten, soweit dies für die Nutzung der Verfahren erforderlich ist.
3. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen die Nutzungsdaten der nutzenden Person über die Nutzung verschiedener Lehr-/Lernanwendungen und prüfungsrelevante (Leistungs-)Daten wie Summe der erreichten ECTS-Punkte, erreichte Durchschnittsnote, Anzahl der nicht bestandenen Prüfungen, Anzahl erfolgreicher Prüfungen, Anzahl der aufgeschobenen Prüfungen, Häufigkeit des Nichterscheinens bei angemeldeten Prüfungen, Daten aus Feedbackgesprächen oder Vorabtests in moodle zusammenführen, soweit dies für die Wahrnehmung der Zwecke der Learning Analytics-Verfahren erforderlich ist.
4. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen öffentliche Kommunikationsinhalte der nutzenden Person aus den konkreten Lehr-/Lernanwendung oder des konkreten Prüfungsverfahrens jeglicher Art, unbeschadet urheberrechtlicher Vorschriften, verarbeiten, soweit dies für den Zweck der Auswertung von Learning Analytics-Verfahren erforderlich ist.

§ 5 Pflichten der [Hochschule]

1. Die [Hochschule] hat für jedes Learning Analytics-Verfahren sowie für jede Software oder Plattform, die sie für diese Zwecke betreibt, in einem Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO Art, Umfang und Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten, die im Rahmen der digitalen Lehr-/Lernanwendung oder des Prüfungsverfahrens anfallen, zu beschreiben.
2. Die [Hochschule] hat die Informationen nach Art. 13 oder 14 DSGVO (Datenschutzinformation) der nutzenden Person vor der Anmeldung zu einem Learning Analytics-Verfahren zugänglich zu machen und bis zur Einstellung des Verfahrens jederzeit abrufbar zu halten.
3. Die [Hochschule] muss nach Möglichkeit die nutzende Person jederzeit erkennen lassen, welchen Empfängern oder Kategorien von Empfängern ihre Daten in Learning Analytics-Verfahren zugänglich gemacht werden und für welchen Zeitraum diese einsehbar sein werden. Weitervermittlung zu einem anderen Anbieter von Telemedien ist der nutzenden Person anzuzeigen.¹⁴⁸
4. Die [Hochschule] hat durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass die nutzende Person die Nutzung von Learning Analytics-Verfahren jederzeit beenden kann.¹⁴⁹
5. Die [Hochschule] führt erforderlichenfalls eine Überprüfung durch, um zu bewerten, ob die Verarbeitung gemäß der Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt wird, wenn hinsichtlich des mit den Verarbeitungsvorgängen verbundenen Risikos Änderungen eingetreten sind.¹⁵⁰
6. Die [Hochschule] stellt sicher, dass die nutzende Person ihr Widerspruchsrecht auch hinsichtlich Learning Analytics-Verfahren wirksam geltend machen kann.

§ 6 Rechte der nutzenden Personen¹⁵¹

1. Die [Hochschule] trifft geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Betroffenenrechte der nutzenden Personen der Datenschutz-Grundverordnung und des DSG NRW.
2. [ggf. konkrete Regelung zum Opt-Out/Widerspruch]
3. [ggf. konkrete Regelungen zu Datenportabilität]

§ 7 Rechte der Lehrenden

1. Die [Hochschule] trifft geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Betroffenenrechte der Lehrenden nach der Datenschutz-Grundverordnung und des DSG NRW.
2. [ggf. konkrete Regelung zum Opt-Out/Widerspruch]
3. [ggf. konkrete Regelungen zu Datenportabilität]

¹⁴⁸ Umsetzung von § 19 Abs. 3 TTDSG.

¹⁴⁹ Umsetzung von § 19 Abs. 1 TTDSG.

¹⁵⁰ Die Einführung von Learning Analytics-Verfahren erfordert in der Regel die Durchführung einer DSFA nach Art. 35 DSGVO, siehe oben. Deren kontinuierliche Überprüfung gehört zu den Pflichten des Verantwortlichen.

¹⁵¹ Aufteilung nach Personengruppen in § 6 und § 7 hier vorgeschlagen, um ggf. unterschiedliche Regelungen treffen zu können.

§ 8 Speicherfristen

1. Die Speicherfrist von Daten kann durch gesetzliche Aufbewahrungspflichten vorgegeben sein. Daten über nutzende Personen dürfen nur so lange gespeichert werden, wie es für die Realisierung der Learning Analytics-Verfahren notwendig ist.
2. Personenbezogene Nutzungsdaten sind unverzüglich nach dem Nutzungsvorgang zu löschen, es sei denn, sie sind für die Durchführung Learning Analytics-Verfahren erforderlich, ausgenommen den Fall, die nutzende Person hat von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht.
3. Inhaltsdaten sind spätestens nach Ablauf der vom Anbietenden angekündigten Nutzungsdauer zu löschen.

§ 9 Forschung

1. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen Daten zur Nutzung von digitalen Lehr-/Lernanwendungen oder Prüfungsverfahren zum Zwecke der Weiterentwicklung oder zu Forschungszwecken nur in anonymisierter Form auswerten.
2. Die [Hochschule] und Lehrende dürfen öffentliche Kommunikationsinhalte von digitalen Lehr-/Lernanwendungen oder Prüfungsverfahren zum Zwecke der Weiterentwicklung der Learning Analytics-Verfahren oder zu Forschungszwecken nur in anonymer Form auswerten.
3. Forschende dürfen Daten im Sinne dieser Satzung zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung hinsichtlich Learning Analytics-Verfahren verarbeiten, soweit dies für die Verfolgung konkreter Forschungszwecke erforderlich ist und schutzwürdige Belange der nutzenden Person wegen der Art der Daten, deren Offenkundigkeit oder deren Verwendung nicht beeinträchtigt werden. Die Daten sind soweit es der Zweck erlaubt zu pseudonymisieren und so früh wie möglich zu anonymisieren.¹⁵²
4. Die Daten dürfen, soweit sie nicht anonymisiert wurden, nur zu Forschungszwecken und nur mit Einwilligung der nutzenden Person übermittelt werden.
5. Forschende haben vor der Durchführung des Forschungsvorhabens für dieses eine Datenschutzhinweise zu erstellen und der betroffenen nutzenden Person bekannt zu geben.

§ 10 Datensicherheit

1. Die [Hochschule] hat die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um die auf Grundlage dieser Satzung erhobenen und verwendeten Daten angemessen vor Missbrauch zu schützen. Erforderlich sind Maßnahmen dann, wenn ihr Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum Risiko und dem angestrebten Schutzzweck steht.
2. Vor allem sind Maßnahmen zu treffen, die den Stand der Technik berücksichtigen,¹⁵³ und die gewährleisten sollen, dass
 - a. die Zweckbindung der personenbezogenen Daten gewahrt wird und die Speicherfristen sowie der Umfang personenbezogener Daten auf das erforderliche Minimum begrenzt werden (Datenminimierung und Datensparsamkeit);
 - b. ausschließlich die Berechtigten auf die ihrer Zugriffsberechtigung unterliegenden Daten zugreifen und personenbezogene Daten nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert

¹⁵² § 9 Nr. 3 ist dabei speziell auf die Forschung in Bezug auf und im Kontext von Learning Analytics bezogen und lässt auch die Nutzung von lediglich pseudonymisierten Daten zu. Jenseits dieses Bereichs findet eine Beschränkung auf anonyme und anonymisierte Daten statt. Es wird dabei zunächst der Grundsatz der Beschränkung auf anonyme und anonymisierte Daten aufgestellt (Nr. 1 und 2), der jedoch für die Forschung zu Learning Analytics durchbrochen wird (Nr. 3).

¹⁵³ Vergleiche Art. 32 DSGVO und § 19 Abs. 4 TTDSG.

- und entfernt werden können sowie personenbezogene Daten gegen zufällige Zerstörung oder Verlust geschützt sind;
- c. kein unerlaubter Zugriff auf die für Learning Analytics-Verfahren genutzten technischen Einrichtungen möglich ist und diese gesichert sind gegen Störungen, auch soweit sie durch äußere Angriffe bedingt sind, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist;¹⁵⁴
 - d. nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten eingegeben, verändert oder entfernt worden sind;
 - e. die an den Verarbeitungsvorgängen beteiligten Personen hinsichtlich Rechten und Pflichten sensibilisiert und geschult sind;
 - f. der Zugang zu den personenbezogenen Daten innerhalb der [Hochschule] beschränkt ist;
 - g. die personenbezogenen Daten pseudonymisiert werden;
 - h. die personenbezogenen Daten soweit möglich anonymisiert werden;
 - i. die Daten innerhalb des Systems verschlüsselt transportiert werden und auch nach außen verschlüsselt sind;
 - j. die Fähigkeit, Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich der Fähigkeit, die Verfügbarkeit und den Zugang bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen, sichergestellt ist und
 - k. zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung ein Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen eingerichtet wird.
3. Die [Hochschule] speichert keine Informationen in der Endeinrichtung der nutzenden Person (zum Beispiel Cookies) oder nimmt Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung der nutzenden Person gespeicherten Informationen, soweit
 - a. dies nicht unbedingt erforderlich ist, damit die [Hochschule] der nutzenden Person das Learning Analytics-Verfahren oder die digitale Lehr-/Lernanwendung zur Verfügung stellen kann oder
 - b. die nutzende Person auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen darin eingewilligt hat.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Adressiert § 19 Abs. 4 TTDSG.

¹⁵⁵ Adressiert § 25 TTDSG.

Literaturverzeichnis

Auernhammer, H. (Begr.), Eßer, M./Kramer, P./Lewinski, K. v. (Hrsg.), DSGVO BDSG, Kommentar, 7. Auflage, Köln 2020 (zitiert als Bearbeiter, in: Auernhammer 2020).

Bachor, M./Hug, T./Pallaver, G. (Hrsg.), DataPolitics, Zum Umgang mit Daten im digitalen Zeitalter, Innsbruck 2021.

Bierekoven, C., Datenschutzkonforme Ausgestaltung von KI, IT-Rechtsberater (ITRB) 2019, 261-267.

Calliess, C./Ruffert, M., EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016.

Chibanguza, K. J./Kuß, C./Steege, H. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz, Recht und Praxis automatisierter und autonomer Systeme, Baden-Baden 2022.

von Coelln, C./Schemmer, F. (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 24. Edition, Stand: 01.09.2022, München 2022.

Dürig, G. (Begr.), Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 99. Ergänzungslieferung, Stand: September 2022, München (zitiert als Bearbeiter, in: Dürig/Herzog/Scholz 2020).

EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1., angenommen am 4. Mai 2020,

https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf.

Ehmann, E./Selmayr, M. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Auflage, München 2018.

Flisek, C., Datenschutzrechtliche Fragen des E-Learning an Hochschulen, Computer und Recht (CR) 2004, 62-69.

Gemmin, C., Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, Neuerungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2018, 640-646.

Gemmin, C. / Johannes, P. C. (Hrsg.), Europäisches Datenrecht, Baden-Baden 2023 (in Vorbereitung).

Gola, P./Heckmann, D. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2022.

Hansen, J. / Hatteh, N., Datenschutz beim E-Learning – Zum Verhältnis von Kontrolle und Vertrauen in der Informationsgesellschaft. in: Seehusen, S. / Lucke, U. / Fischer, S., DeLFI 2008: Die e-Learning Fachtagung Informatik: Tagung September 2008, Lübeck (GI-Edition. Proceedings / Lecture Notes in Informatics), Vol. 132, GI, 2008, 329-340.

Hansen, J./Rensing, C./Herrmann, O./Drachsler, H., Verhaltenskodex für Trusted Learning Analytics, Entwurf für die hessischen Hochschulen, Innovationsforum Trusted Learning Analytics, Frankfurt 2020, Version 1.0, DOI:10.13140/RG.2.2.24859.41760.

Holthausen, J., Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, Recht der Arbeit (RdA) 2021, Heft 1, 19-32.

Hornung, G./Hofmann, K., Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, Zeitschrift für Datenschutz (ZD)-Beilage 7/2017, 1-16.

Jarass, H. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2016.

Johannes, P. C., Wissenschaftliche Forschung, in: Roßnagel, A. (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze, Baden-Baden 2018, 324.

Johannes, P. C./Richter, P., Privilegierte Verarbeitung im BDSG-E, Regeln für Archivierung, Forschung und Statistik, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2017, 300-305.

Keber, T./Bachmaier, E./Neef, K., Learning Analytics – Datenschutzrechtliche und ethische Überlegungen zu studienleistungsbezogenen Datenanalysen an Hochschulen, JurPC Web-Dok. 97/2019, Abs. 1-72.

Kühling, J./Buchner, B. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Kommentar, 2. Auflage, München 2018.

Laber, Jörg/Pagenkopf, Martin (Hrsg.), Landespersonalvertretungsgesetz, 1. Auflage, München 2017.

Leuze, D./Epping, V. (Hrsg.), Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz – HG), Kommentar in Loseblattform unter besonderer Berücksichtigung des Hochschulrahmengesetzes des Bundes und der Hochschulgesetze der einzelnen Länder, 19. Ergänzungslieferung, 2022.

Meyer, J. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.

Plath, K.-U. (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, 3. Auflage, Köln 2018.

Reimer, P., Verwaltungsdatenschutzrecht, Das neue Recht für die behördliche Praxis, Baden-Baden 2019.

Richter, P., Big Data, Statistik und die Datenschutz-Grundverordnung, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2016, 581-586.

Richter, P., Statistik, in: Roßnagel, A. (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze, Baden-Baden 2018, 302-313.

Roßnagel, A. (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze, Baden-Baden 2018.

Roßnagel, A., Kein „Verbotsprinzip“ und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ im Datenschutzrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, Heft 1, 1-5.

Roßnagel, A., Datenschutz in der Forschung, Die neuen Datenschutzregelungen in der Forschungspraxis von Hochschulen, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2019, 157-164.

Roßnagel, A., Datenschutz im E-Learning, Die neuen Datenschutzregelungen im Lehrbetrieb von Hochschulen, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2020, Heft 6, 296-302.

Roßnagel, A., Datenlöschung und Anonymisierung, Verhältnis der beiden Datenschutzinstrumente nach DS-GVO, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2021, 188-192.

Scheidig, F./Holmeier M., Learning Analytics aus institutioneller Perspektive: Ein Orientierungsrahmen für die hochschulische Datennutzung, in: Hochschulforum Digitalisierung (Hrsg.), Digitalisierung in Studium und Lehre gemeinsam gestalten. Innovative Formate, Strategien und Netzwerke, Wiesbaden 2021, 215- 230.

Schwartzmann, R./Pabst, H.-J. (Hrsg.), Landesdatenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen, Handkommentar, Baden-Baden 2020.

Simitis, S./Hornung, G./Spiecker gen. Döhmann, I. (Hrsg.), Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Kommentar, Baden- Baden 2019.

Specht, L./Mantz, R. (Hrsg.), Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, Bereichsspezifischer Datenschutz in Privatwirtschaft und öffentlichem Sektor, München 2019.

Taeger, J./Gabel, D. (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2022.

Uphues, S., Learning-Analytics-Software zur Erstellung von Studienverlaufsprognosen vor dem Hintergrund der DS-GVO, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2020, Heft 6, 234-242.

Weichert, T., Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO, Gesetzlicher Änderungsbedarf bei der Verarbeitung personenbezogener Daten für Forschungszwecke, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2020, Heft 1, 18-24.

Wolff, H. A./Brink, S. (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 42. Edition, Stand 1.5.2022, München 2023.

Über die Autor:innen

Die Autor:innen sind geschäftsführende Gesellschafter:innen der Datenrecht Beratungsgesellschaft (DRBG) aus Baunatal bei Kassel.

Die DRBG ist ein Beratungsunternehmen in den Bereichen Datenschutzrecht und allen Rechtsfragen der Digitalisierung sowie der IT-Sicherheit. Sie berät bei der Umsetzung der europäischen und nationalen Datenschutz- und Datenrechtbestimmungen und der Implementierung von Datenstrategien und Compliance-Systemen.

Die Autor:innen sind außerdem wissenschaftliche Mitarbeitende von Prof. Dr. Alexander Roßnagel am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Recht der Technik und des Umweltschutzes in der Projektgruppe für verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) der Universität Kassel.

Die Projektgruppe provet führt interdisziplinäre Forschungsprojekte zu Rechtsfragen der Informations- und Kommunikationstechniken durch, welche in der Regel die Ziele verfolgen, Technik rechtsverträglich zu gestalten und Recht technikadäquat fortzuentwickeln. Das Wissenschaftliche Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung (ITeG) ist eines von vier herausgehobenen Forschungszentren der Universität Kassel, in dem Informatik, Ergonomie, Technikrecht, Wirtschaftsinformatik, Soziologie, Gender- und Diversityforschung und Wirtschaftspsychologie als Forschungsverbund zu Fragen der Gestaltung gesellschaftlich wünschenswerter Informations- und Kommunikationstechnik forschen.