



Aktennotiz

Datum: 17.5.2021
Von: BWB
Einschätzung des SBFI zur Machbarkeitsstudie online-HBB Prüfungen vom 1. März 2021 sowie zum juristischen Gutachten / Aktennotiz "Dezentrale Online-Prüfungen (nach BBG)" von Harisa Reiz, Swiss-legal vom 26. November 2020
Betreff:

1. Ausgangslage

Im Zusammenhang mit der Corona-Krise ist in der höheren Berufsbildung der Wunsch aufgenommen, Prüfungen dezentral online abnehmen zu können. Das SBFI unterstützt diese Stossrichtung. Mit der Digitalisierung eröffnen sich auch im Bereich der höheren Berufsbildung neue Möglichkeiten der Prüfungsdurchführung.

«Berufsbildung 2030» ist eine gemeinsame Initiative von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt. Deren Ziel ist es, Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft zu antizipieren. Im Rahmen von Berufsbildung 2030 wurde deshalb das Projekt "Machbarkeitsstudie online HBB-Prüfungen" lanciert.

Die heutigen Prüfungsordnungen lassen eine dezentrale online Prüfung jedoch nicht zu. Das Projekt soll die rechtlichen Rahmenbedingungen und die technische Machbarkeit von dezentralen Online-Prüfungen analysieren. Die Federführung im Projekt liegt bei ICT-Berufsbildung Schweiz. Seitens SBFI hatten Ramona Nobs und Céline Hertner Einsitz im Sounding-Board.

2. Stand der Arbeiten

Das Projekt wurde im Mai 2020 lanciert. ICT-Berufsbildung Schweiz mandatierte anschliessend Swisslegal mit der Ausarbeitung eines Gutachtens. Ein erster Entwurf lag Anfang September 2020 vor. Ein Austausch zwischen Swisslegal und dem Rechtsdienst SBFI hat, trotz mehrmaliger Ankündigung seitens ICT-Berufsbildung, nicht stattgefunden. Ramona Nobs und Céline Hertner haben im Rahmen der Sounding-Board-Sitzung vom 8. September 2020 darauf hingewiesen, dass der Aspekt des Datenschutzes noch zu thematisieren sei. Dieser fehlte bis zu diesem Zeitpunkt gänzlich. An der Sounding-Board-Sitzung vom 21. Januar 2021 wies man seitens SBFI darauf hin, dass aus dem künftigen Schlussbericht deutlich werden muss, dass das Gutachten ein externes ist und vom SBFI noch nicht beurteilt wurde. Mit vorliegender Einschätzung nimmt das SBFI entsprechend Stellung.

Der Schlussbericht der Machbarkeitsstudie (Schlussbericht) von ICT Berufsbildung wurde am 1. März 2021 fertiggestellt. Eine dezentrale online-Testprüfung wurde geplant. Ein Folgebericht soll die Erfahrungen und technischen Herausforderungen aufzeigen.

Die Einschätzung des SBFI soll mit dem Schlussbericht am **8. Juni 2021** der **TBBK** vorgelegt werden.

3. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Artikel 63 Absatz 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Berufsbildung. Der Bund verfügt im Rahmen der Berufsbildung, insbesondere auch der höheren Berufsbildung (Berufsprüfungen und höhere Fachprüfungen), über eine umfassende Regelungskompetenz. Diese nimmt der Bund mit Erlass der bundesrechtlichen Vorgaben im Bundesgesetz über die

Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG) vom 13. Dezember 2002¹ und der Ausführungsbestimmungen in der Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV) vom 19. November 2003² im Sinne einer Rahmengesetzgebung wahr.

Gemäss Artikel 28 Absatz 2 BBG regeln die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, *Qualifikationsverfahren*, Ausweise und Titel. Sie berücksichtigen dabei die anschliessenden Bildungsgänge. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das SBFJ.

Die beruflichen Qualifikationen werden nach Artikel 33 BBG nachgewiesen durch eine Gesamtprüfung, eine Verbindung von Teilprüfungen oder durch andere vom SBFJ anerkannte Qualifikationsverfahren. Für Qualifikationsverfahren gelten wiederum folgende Anforderungen nach Artikel 30 Absatz 1 BBV: (a.) Sie richten sich an den Qualifikationszielen der massgebenden Bildungserlasse aus; (b.) sie bewerten und gewichten die *mündlichen, schriftlichen und praktischen Teile* ausgewogen im Hinblick auf die Besonderheiten des entsprechenden Qualifikationsfeldes und berücksichtigen die Erfahrungsnoten aus Schule und Praxis; und (c.) sie verwenden adäquate und zielgruppengerechte Verfahren zur Feststellung der zu beurteilenden Qualifikationen. Gemäss Absatz 2 erfolgt die Feststellung einer Qualifikation im Hinblick auf einen Ausweis oder Titel auf Grund von abschliessenden fachübergreifenden Prüfungsverfahren oder durch äquivalente Verfahren.

4. Präsenzprüfungen

Prüfungen im Sinne des BBG werden heute noch immer als zentrale Präsenzprüfungen verstanden. Diese Auffassung ist einerseits historisch bedingt, da Prüfungen in den letzten Jahrzehnten immer zentral als Präsenzveranstaltungen stattfanden. Die Digitalisierung und Fortschreitung der technischen Entwicklung ermöglichen zunehmend aber auch neue Prüfungsformen.

Diese Haltung wird jedoch auch durch die Leittexte für die Berufsprüfungen und höhere Fachprüfungen verdeutlicht. Es wird in den jeweiligen Prüfungsordnungen unter dem Abschnitt "Kosten" darauf hingewiesen, dass Auslagen für Reisen, also typischerweise eine Verschiebung vom Wohn- zum Prüfungsort sowie allfällige Unterkünfte zulasten der Kandidatinnen und Kandidaten gehen. Mit dem Aufgebot zur Prüfung muss auch der Ort der Prüfung mitgeteilt werden. Es ist demnach offensichtlich, dass der Prüfungsort an welchem die Präsenz der Kandidatinnen und Kandidaten erforderlich ist, ein eigener ist. Vorbehalten bleiben selbstverständlich vorgängig zu erstellende Abschlussarbeiten.

Im juristischen Gutachten wird mit Verweis auf die Botschaft zum BBG argumentiert, dass Online-Prüfungen, "trotz des damaligen Einsatzes von computerunterstützten Verfahren, nicht als eine separat Prüfungsform genannt würden". Dabei verkennt die Autorin jedoch, dass "computerunterstützt" nicht gleichbedeutend zu verstehen ist mit einem an dezentralen Standorten stattfindenden, internetbasierten Verfahren.

5. Dezentrale online-Prüfung

a. Definition

Das SBFJ versteht *dezentrale online-Prüfungen* als eine Prüfungssituation, in der sich Kandidaten und Experten an unterschiedlichen Orten befinden. Denkbar sind unterschiedliche Prüfungssituationen und die Nutzung unterschiedlicher Medien. Die Kandidaten werden bei Ablegen ihrer Prüfungen überwacht und ihre Leistung im Anschluss oder direkt, etwa in einem Gespräch oder einer Präsentation, bewertet.

b. Online-Proctoring

Der Schlussbericht schlägt betreffend die Aufsicht bei dezentralen Prüfungen die Möglichkeit des sogenannten "Online-Proctoring" vor. Im Rahmen des juristischen Gutachtens wurde

¹ SR 412.10.

² SR 412.101.

diese Möglichkeit in keiner Weise thematisiert. Darunter ist eine automatisierte Prüfungsaufsicht für ortsunabhängige Prüfungen zu verstehen. Webcams und Mikrofone würden als Aufzeichnungsinstrumente verwendet. Entsprechend benötigten solche Settings, nebst stabiler Internetanbindung, eine oder mehrere funktionierende Kameras wie auch entsprechende Software, welche die Aufsicht unterstütze. Prüfungen, welche schriftlich durchgeführt würden, benötigten in den meisten Fällen die umfangreichste Aufsicht. Zum einen müsse die physische Aufsicht wie auch die Verifizierung der Prüfungskandidatinnen weitgehend durch eine digitale ersetzt werden. Zum anderen müsse mittels Aufnahme- und Sperroptionen sichergestellt werden können, dass keine unerlaubten Hilfsmittel eingesetzt oder unerlaubte Personen zu Rate gezogen werden können. Proctoringprogramme würden dabei meist durch künstliche Intelligenz unterstützt, welche die Verdachtsfälle während oder nach der Prüfung anzeigt.³

Damit die Akzeptanz bei den Kandidatinnen und Kandidaten für solche Tools hoch ist, schlägt ICT Berufsbildung im Schlussbericht vor, diese bereits in den vorbereitenden Unterricht einzubinden. Hier ist zu betonen, dass nicht alle Kandidatinnen und Kandidaten einen vorbereitenden Unterricht besuchen. Ein solcher ist in der höheren Berufsbildung nicht vorausgesetzt für die Absolvierung einer Berufs- oder höheren Fachprüfung. Deshalb muss aus den Prüfungsordnungen jeweils klar hervorgehen, wie das Qualifikationsverfahren ausgestaltet ist. Die Kandidatinnen und Kandidaten müssen wissen, welche Prüfungsform sie erwartet. Ferner ist fraglich, ob sich alle Bildungsanbieter der Höheren Berufsbildung ein solches Tool leisten können.

c. Chancen und Risiken

Das Gutachten geht in seinem Kapitel 4.5 auf zahlreiche juristisch begründbare Risiken ein. Auch der Schlussbericht nennt unter Kapitel 10 stichwortartig Chancen und Risiken.

Die grössten Risiken in diesem Zusammenhang bestehen aus juristischer Sicht in Bezug auf allfällige Beschwerdeverfahren. Alle Kandidatinnen und Kandidaten absolvieren unter unterschiedlichen Bedingungen (Raum, Licht, etc.) die jeweilige Prüfung. Denkbar sind auch technische Hindernisse, welche dazu führen können, dass Verfahrensfehler beanstandet werden. Es stellt sich hier die Frage, wie man mit solchen, nur schwer überprüfbar beschwerdegründen umgeht.

Entscheidend ist jedoch auch, dass in didaktischer Hinsicht Prüfungsaufgaben so gewählt resp. Prüfungsfragen so formuliert sind, dass sie sich für eine solche Prüfungsform eignen und dem Qualifikationsprofil der jeweiligen eidgenössischen Prüfung entsprechen.

Nebst den bereits genannten Punkten stellt sich die Frage nach der Prüfungsauswertung und -beurteilung durch die Experten. Bisher erfolgte die Beurteilung der einzelnen Prüfungen durch mindestens zwei Expertinnen oder Experten, welche gemeinsam die Note festgelegt haben. Im Zusammenhang mit neuen Formen von dezentralen online-Prüfungen muss sichergestellt werden, dass eine adäquate Prüfungsbeurteilung gewährleistet werden kann.

6. Datenschutz

a. Allgemeines

Das auf das Projekt anzuwendende Datenschutzgesetz wird das totalrevidierte Datenschutzgesetz vom 25. September 2020 sein⁴, das voraussichtlich anfangs oder Mitte 2022 in Kraft treten wird. Diese Abklärung stützt sich deshalb bereits auf die Grundlagen des revidierten Datenschutzgesetzes. Auch wenn die dazugehörige Verordnung noch nicht erlassen wurde, lohnt es sich nicht, das aktuell noch geltende Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 heranzuziehen.

b. Datenbearbeitung durch Bundesorgane

³ Machbarkeitsstudie Schlussbericht vom 1.3.21, S. 26 f.

⁴ Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020, SR 235.1, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1998/de>.

Das Datenschutzgesetz gilt für die Bearbeitung von Personendaten natürlicher Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 revDSG).

Als Bundesorgane gelten Behörden oder Dienststellen des Bundes oder Personen, die mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 5 Bst. i revDSG).

Mit dem Entscheid über die Genehmigung einer Prüfungsordnung (Art. 28 Abs. 2 BBG) ist gleichzeitig die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe verbunden. Die Genehmigung stellt eine Dauerverfügung dar.⁵ Damit gilt die Trägerschaft einer eidgenössischen Berufsprüfung oder höheren Fachprüfung im Rahmen des Datenschutzgesetzes als Bundesorgan i.S. von Artikel 5 Bst. i. revDSG. Die besonderen Bestimmungen zur Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 33 ff. revDSG) finden Anwendung. Die von der zuständigen Organisation der Arbeitswelt erlassenen Normen beruhen nicht auf einer formellen gesetzlichen Delegation öffentlich-rechtlicher Rechtssetzungskompetenzen. Mit der Genehmigung der Vorinstanz werden sie im Beschwerdeverfahren dem öffentlichen Recht des Bundes aber gleichgestellt.⁶

Bundesorgane dürfen nur Personendaten bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 34 revDSG). Eine gesetzliche Grundlage ist eine Norm in einem Gesetz im formellen Sinn (Gesetz) oder im materiellen Sinn (Verordnung). Eine Prüfungsordnung entspricht diesen Anforderungen nicht.

c. Online-Proctoring und Profiling

Das Projekt Online-Prüfungen gemäss der Machbarkeitsstudie Online-Prüfungen ICT-Berufsbildung Schweiz, Schlussbericht vom 1. März 2021 sieht für die Durchführung der dezentralen Online-Prüfungen mit eigenen Geräten (BYOD) vor:

- Schriftliche Online-Prüfung: Prüfungsaufsicht mit Zugriff auf die Computersysteme der Prüfungskandidaten
- Mündliche Online-Prüfungen: mit Video und Ton, evtl. Aufnahme zu Beweis Zwecken

Wie oben unter Kapitel 5 erwähnt, wird im Schlussbericht vorgeschlagen, die Prüfungsüberwachung mit Online-Proctoring wahrzunehmen, wobei Proctoringprogramme dabei meist durch KI (künstliche Intelligenz) unterstützt würden, die Verdachtsfälle während oder nach der Prüfung anzeigt. Beim sogenannten Live-Proctoring überwachen Aufsichtspersonen in Kombination mit einem Proctoringprogramm die KandidatInnen während der Prüfung. Der Anbietermarkt im Bereich des Online-Proctoring sei vorwiegend europäisch und amerikanisch geprägt. Die Daten sollen jedoch in der Schweiz zwischengespeichert werden und nur so lange aufbewahrt werden, wie es eine allfällige Einsprachefrist gegen ein Prüfungsergebnis erlaube.

Die Frage stellt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht, ob es sich bei dem anzuwendenden Online-Proctoring um Profiling i.S. von Artikel 5 Buchstabe f revDSG handelt:

Profiling ist jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten, die darin besteht, dass diese 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.

Gemäss dem Wortlaut handelt es sich kumuliert um:

- Personendaten, die
- automatisiert verarbeitet werden und
- diese (automatisiert verwendeten Personendaten) dazu verwendet werden, um

⁵ vgl. dazu BVGE B-4386/19 vom 11. Februar 2020 i.S. Widerruf Genehmigung der Prüfungsordnung Naildesigner.

⁶ vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1650/2017 vom 19. November 2018, E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7895/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 2.

- persönliche Aspekte einer natürlichen Person zu bewerten, zu analysieren oder vorherzusagen.

Um zu prüfen, ob das vorgesehene Online-Proctoring unter Profiling gemäss Artikel 5 Buchstabe f revDSG zu subsummieren wäre, stellt sich insbesondere die Frage, ob das Online-Proctoring eine rein automatisierte Verarbeitung der Personendaten darstellt oder ob zusätzlich eine Überprüfung durch eine natürliche Person stattfindet. Der Schlussbericht erwähnt denn auch auf Seite 27 ein sogenanntes Live-Proctoring, bei welchem Aufsichtspersonen in Kombination mit einem Proctoringprogramm die KandidatInnen während der Prüfung überwachen.

Die Botschaft zum revDSG lässt für Profiling nach Artikel 5 Buchstabe f revDSG nur einen vollständig automatisierten Vorgang zu - im Gegensatz zum Verständnis der EU, wonach auch teilweise automatisierte Bearbeitungen unter Profiling i.S.v. Artikel 4 Nr. 4 DSGVO fallen. Gemäss DAVID VASELLA werde der Begriff der automatisierten Bearbeitung in der Botschaft zu eng ausgelegt und auch der Normzweck spreche gegen das enge Verständnis. Zudem halte die Botschaft die Absicht fest, den Entwurf des DSG inhaltlich an die europäische Terminologie anzupassen. Die Zukunft werde zeigen, inwiefern für Profiling i.S.v. Artikel 5 Buchstabe f revDSG am Erfordernis einer vollständig automatisierten Bearbeitung festgehalten werde.⁷ Somit könnte in der Zukunft auch nach revDSG eine teilweise automatisierte Bearbeitung unter Profiling nach Artikel 5 Buchstabe f revDSG fallen.

Das revDSG verlangt für Profiling (Art. 5 Bst. f revDSG) durch Bundesorgane eine explizite Rechtsgrundlage in einem Gesetz oder in einer Verordnung (Art. 34 Abs. 1, 2 und 3 revDSG). Eine Abweichung von einer gesetzlichen Grundlage für Profiling wäre zwar im Einzelfall mit Einwilligung gemäss Artikel 34 Absatz 4b i.V.m. Artikel 6 Absatz 6 und 7 revDSG möglich. «Im Einzelfall» bedeutet jedoch, dass diese Möglichkeit nur für einen einzelnen, eigentlichen Ausnahmefall gelten soll, was bei der Durchführung von Prüfungen klar nicht der Fall sein wird.

d. Fazit

Treffen diese Tatbestandsmerkmale für Profiling zu, müsste dafür mindestens in der BBV eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

7. Notwendige Anpassungen für eine rechtlich korrekte Durchführung von dezentralen online-Prüfungen

a. Auf Stufe BBG oder BBV

Für die Feststellung der Notwendigkeit einer Anpassung von BBG oder BBV muss geprüft werden, ob bei der Prüfungsdurchführung – etwa im Rahmen von online-Proctoring – Profiling gemäss künftigem Datenschutzrecht zum Einsatz kommt. Ist dem der Fall, muss mindestens auf Stufe BBV eine rechtliche Grundlage für eine solche Datenbearbeitung geschaffen werden. Die gegenwärtigen gesetzlichen Grundlagen reichen für ein solches Vorgehen nicht aus.

b. Auf Stufe Prüfungsordnung

Das Gutachten geht bei der dezentralen online-Prüfung nicht von einer eigenen Prüfungsform, sondern lediglich eines Medium zur Durchführung der mündlichen oder schriftlichen Prüfung oder eines Prüfungsinstruments aus. Eine Anpassung in der Wegleitung sei deshalb ausreichend. Sei man aber der Auffassung, dass es sich um eine Prüfungsform handle, müsse die Prüfungsordnung geändert werden. Das SBFI ist nach den bisherigen Ausführungen hingegen nach wie vor der Ansicht, dass es sich bei einer dezentralen online-Prüfung um eine eigene Prüfungsform handelt.

⁷ VASELLA DAVID, Profiling nach der DSGVO und dem E-DSG bei Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken und Daten-schutz, Basel 2019, S. 193 (https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/Vasella_Profiling-DSGVO-und-E-DSG.pdf).

Soll eine Prüfungsordnung revidiert werden, wird zwischen drei Verfahrensformen unterschieden: Totalrevision, Teilrevision oder kleinere Anpassung. Bei Anpassungen des Qualifikationsverfahrens ist in der Regel von einer Teilrevision auszugehen; bleibt das Qualifikationsprofil gleich, kann grundsätzlich eine kleine Anpassung durchgeführt werden.

Das Gutachten kommt zum Schluss, dass allfällige Anpassungen in der Prüfungsordnung in Form einer «kleine Anpassung» erfolgen können, zumal das Qualifikationsprofil nicht ändere. Das SBFI ist diesbezüglich anderer Auffassung. Kleine Anpassungen umfassen gemäss dem Leitfaden Änderungen an der Prüfungsordnung, die in der Regel keine Veränderungen des Qualifikationsprofils zur Folge haben. Beispiele von kleinen Anpassungen sind etwa die Verlängerung der Übergangsbestimmungen, die Korrektur einer falschen Übersetzung oder die Änderung der Länge eines Prüfungsteils. Indem die Prüfungen online und somit nicht mehr im Sinne einer Präsenzprüfung abgehalten werden, *ändert sich das Qualifikationsverfahren*. Neben der Änderung der Prüfungsform werden bspw. auch Änderungen beim Abschnitt "Kosten" oder "Aufgebot zur Prüfung" notwendig. Es muss somit eine Teilrevision vorgenommen werden.

Das SBFI geht mit dem Gutachten jedoch einig, dass die Inkraftsetzung solcher Änderungen so anzusetzen ist, dass sich derzeit in Vorbereitung befindende Kandidaten auf die neu durchgeführte dezentrale Online-Prüfung vorbereiten können.

c. Keine Anpassungen

Ohne jeweilige Anpassungen der Rechtsgrundlagen sind heute aber schon digitale Prüfungsdurchführungen möglich, sofern sie zentral, d.h. im Rahmen einer Präsenzprüfung, stattfinden.

8. Schlussfolgerung

Dem Bund obliegt die Aufsicht über die eidgenössischen Berufsprüfungen und höheren Fachprüfungen. Er ist es auch, der die Verantwortung für deren Rechtssicherheit trägt. Dem SBFI ist es jedoch ein Anliegen, dass die Prüfungen in der höheren Berufsbildung attraktiv und zeitgemäss bleiben.

Das SBFI kommt zum Schluss, dass die heutigen Prüfungsordnungen die Prüfungsdurchführung nach wie vor als Präsenzprüfungen verstanden werden und es sich bei dezentralen online-Prüfungen um eine **eigene Prüfungsform** handelt. Entscheidend ist dabei nicht das digitale Element, sondern jenes der **Dezentralität**, wobei sich die Prüfungsaufsicht verschiebt von einer persönlichen zu einer technischen und somit eine veränderte Form der Datensammlung verlangt. Das SBFI hält demnach an seiner bisherigen Auffassung fest. Es ist gemäss SBFI notwendig, für künftige Prüfungsdurchführungen dieser Art eine **Anpassung der jeweiligen Prüfungsordnung** vorzunehmen. Für eine Regelung in der Prüfungsordnung spricht zudem, dass Rechtssicherheit für die Kandidaten sowie eine gewisse Verbindlichkeit für die Trägerschaft geschaffen wird. Da sich das Qualifikationsverfahren ändert, ist der Weg einer Teilrevision zu beschreiten.

Unter dem Blickwinkel des Datenschutzes wird insbesondere zeitnah zu prüfen sein, **ob** es sich beim Online-Proctoring um **Profiling gemäss dem künftigen Datenschutzrecht** handelt. Je nach Beurteilung wird eine neue gesetzliche Grundlage erforderlich, welche mindestens in der BBV Eingang finden muss. Ist dies der Fall, müsste mit der Anpassung der jeweiligen Prüfungsordnung zugewartet werden.

Heute und ohne jeweilige Anpassungen bereits möglich sind jedoch Prüfungen, welche computerunterstützt zentral durchgeführt werden.