

## **Recht auf diskriminierungsfreie Prüfungsbedingungen bei länger andauernden Erkrankungen: Überlegungen zu den Rechtsvorgaben aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 5 Abs. 2 UN-BRK**

### **A. Einleitung**

### **B. Zwei aktuelle Gerichtsentscheidungen und eine lange Rechtsprechungslinie**

#### **I. VG Berlin, Beschluss vom 9.9.2020 – 3 K 186/20, juris Rn. 14 – Hervorhebungen nicht im Original:**

„Nach § [xy] der Prüfungsordnung ... sind Prüfungsteilnehmern, die aufgrund ihrer Behinderung anderen Prüfungsteilnehmern gegenüber wesentliche Nachteile haben, auf Antrag durch den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses die ihrer Behinderung angemessenen Erleichterungen im Prüfungsverfahren einzuräumen.

Die Bestimmung ist auf die hier im Streit stehende Zwischenprüfung nicht unmittelbar anwendbar.

Ein entsprechender Anspruch auf Herstellung chancengleicher Prüfungsbedingungen dürfte mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ... unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG folgen...“

→ Großes Verdienst der Rechtsprechung:

- verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage auf Nachteilsausgleich und dadurch Verbesserung der Rechtsposition von Studierenden mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen
- schon lange vor Schaffung entsprechender Anti-Diskriminierungsbestimmungen in Grundgesetz, Europarecht oder Völkerrecht

## II. OVG Nds., Beschluss vom 29.7.2020 – 2 ME 321/20, juris Rn. 18:

„Selbst wenn zugunsten der Antragstellerin unterstellt würde, dass die bei ihr bestehenden Beeinträchtigungen [= Prüfungsangst mit Denkblockaden] eine Behinderung begründen, kann sie keinen Nachteilsausgleich [beantragt: mdl. Einzel- statt Gruppenprüfung] beanspruchen, weil es sich augenscheinlich um Beeinträchtigungen handelt, die eine Einschränkung der wissenschaftlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bedingen und mithin einem Ausgleich nach § 12 Abs. 5 PO nicht zugänglich sind. ...

Die bestehende kognitive Einschränkung der psychischen/geistigen Leistungsfähigkeit, die das Leistungsbild und die Persönlichkeit der Antragstellerin prägen und in Gruppenprüfungen punktuell zu einer Leistungsminde- rung bis hin zur Prüfungsunfähigkeit führen, sind einem Ausgleich nach § 12 Abs. 5 PO nicht zugänglich.“

## III. Bis heute relevante Leitentscheidung: BVerwG, Beschluss vom 13.12.1985 – 7 B 210/85, juris Rn. 6:

„Dauerleiden [hier: eine biphasische endogene Psychose] prägen als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften die Leistungsfähigkeit des Prüflings. Ihre Folgen bestimmen deshalb im Gegensatz zu sonstigen krankheitsbedingten Leistungsminderungen das normale Leistungsbild des Prüflings. Sie sind mithin zur Beurteilung der Befähigung bedeutsam, die durch die Prüfung festzustellen ist. Der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit läßt es daher ... nicht zu, eine von den Auswirkungen eines Dauerleidens betroffene Prüfungsleistung unberücksichtigt zu lassen (...).“

## C. Warum Art. 3 Abs. 1 GG? Warum nicht Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie Art. 5 Abs. 2 UN-BRK?

Rspr. und Lit. berücksichtigen m.E. vier Änderungen des rechtlichen Umfelds nicht hinreichend:

- Art. 5 Abs. 2, 28 Abs. 5 UN-BRK,
- Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG,
- „neue Formel“ bei Art. 3 Abs. 1 GG und
- gleichstellungsrechtliche Vorgaben im Arbeitsrecht.

### I. Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 UN-BRK

Art. 5 Abs. 2 UN-BRK: „Die Vertragsstaaten verbieten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen.“

Art. 24 Abs. 5 UN-BRK: „Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung, Berufsausbildung, Erwachsenenbildung und lebenslangem Lernen haben. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden.“

#### 1. Neues Begriffsverständnis von Behinderung

Art. 1 S. 2 UN-BRK: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.“

## 2. Diskriminierungsverbot

- Weites Verständnis von Diskriminierung unter Einschluss mittelbarer Diskriminierungen
- Unmittelbare Wirkung des Diskriminierungsverbots
- Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, die an eine Behinderung anknüpfen, nur bei *zwingendem Grund*

## 3. Angemessene Vorkehrungen im Einzelfall

a) Was sind angemessene Vorkehrungen? Siehe dazu Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK:

„notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“.

Nachteilsausgleiche in Prüfungen können angemessene Vorkehrungen sein.

b) Einschätzungsprärogative des Staates

aber Pflicht zur Einbeziehung des Betroffenen in Auswahl und Festlegung der angemessenen Vorkehrung

c) Grenzen der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen: unverhältnismäßige oder unbillige Belastung (Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK) – eingeschränkter Ressourcenvorbehalt

#### 4. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

- Aus Art. 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK folgt eine Pflicht des Staates zur Gewährung von Nachteilsausgleich („ob“).
- Dem Staat verbleibt aber ein Ermessensspielraum, „wie“ er den Nachteil ausgleicht, welche Vorkehrung er trifft. Die Vorkehrung muss lediglich angemessen sein. Die Auswahl der konkreten Vorkehrung muss im Dialog mit dem Betroffenen erfolgen.
- Wenn eine an sich angezeigte Vorkehrung für den Staat „unverhältnismäßig“ oder „unbillig“ ist, dann (und nur dann) entfällt ein Anspruch auf Nachteilsausgleich (Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK).

## II. Besonderes Gleichheitsrecht für Menschen mit Behinderung gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

1. Behinderungsbegriff wie bei UN-BRK
2. Benachteiligungsverbot
  - a) Weites Verständnis von Benachteiligung unter Einschluss mittelbarer Benachteiligungen

b) Rechtfertigung von Benachteiligungen, die an eine Behinderung anknüpfen, nur bei *zwingendem* Grund bzw. bei *Unerlässlichkeit*

Siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 57: Eine (auch nur mittelbare) „Schlechterstellung Behinderter ist nur zulässig, wenn zwingende Gründe eine solche rechtfertigen (...). Die Rechtfertigung einer Benachteiligung entgegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unterliegt damit einem strengen Maßstab (...).“

Ebenso BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18, juris Rn. 35: „... eine Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen ist nur zulässig, wenn dafür zwingende Gründe vorliegen...“

3. Pflicht zu hinlänglicher Kompensation; eng umgrenzter Ressourcenvorbehalt

BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 55, 57: „Eine Benachteiligung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt bei einem Ausschluss von Entfaltung- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt vor, soweit dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird...“

...erst wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist, kann eine Benachteiligung gerechtfertigt sein.“

Ähnlich BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18, juris Rn. 35: „wenn nicht ... hinlänglich kompensiert wird...“

4. Verhältnis von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu Art. 3 Abs. 1 GG: Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist lex specialis

5. Zwei Wirkungsdimensionen des Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für das Prüfungsrecht

- Besondere Ausprägung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit: verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich in Prüfungen als *lex specialis* zu Art. 3 Abs. 1 GG
- Verfassungsrechtliche Legitimation für einfachrechtliche positive Diskriminierung, z.B. in Form von Notenschutz

6. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgt deshalb: Sobald in einer Prüfung ein behinderungsbedingter Nachteil besteht und ein Ausgleich möglich und zumutbar ist, muss er gewährt werden, es sei denn, der Prüfungszweck steht der Gewährung zwingend entgegen.

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bietet allerdings keine verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage für bestimmte Leistungen. Das BVerfG verlangt lediglich, dass die Fördermaßnahme eine „hinlängliche“ Kompensation bewirkt.

### III. Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen für Ungleichbehandlungen gem. Art. 3 Abs. 1 GG (sog. neue Formel statt Willkürverbot)

Nach meiner Auffassung – anders Rspr. und h.L. – ist wie folgt zu unterscheiden:

- Wenn es um die benachteiligende Ungleichbehandlung von Prüflingen wegen ihrer Behinderung geht, greift ein spezieller prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.
- In den übrigen Fällen ist der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG heranzuziehen. Das kann relevant sein für Beeinträchtigungen ohne jeden Bezug zu einer Behinderung (z.B. Lärmstörungen).

Rechtsprechung und Lehre stellen indessen in aller Regel auf Art. 3 Abs. 1 GG ab.

So etwa unlängst etwa OVG NRW, NJW 2020, 1084 Ls. 3.

Aber selbst bei Heranziehung von Art. 3 Abs. 1 GG ist Rechtsprechung und Lehre vorzuhalten, dass sie wesentliche Änderungen im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG nicht in das Prüfungsrecht einbezogen haben. Das gilt insb. die sog. neue Formel des BVerfG.

1. Zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen gem. Art. 3 Abs. 1 GG: vom Willkürverbot zur sog. neuen Formel – hier: strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit geboten
2. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen: strenge Prüfung, ob im Einzelfall der Ausschluss von Nachteilsausgleich verhältnismäßig ist, um den Prüfungszweck zu erreichen

#### **IV. Gleichstellungsrechtliche Vorgaben für Arbeitgeber, insb. § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX**

1. Ansprüche auf behinderungsgerechte Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes (§ 164 Abs. 4 S. 1 Nrn. 4 und 5 SGB IX) sowie auf Teilzeit (§ 164 Abs. 5 SGB IX)
2. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen: Wenn Nachteilsausgleiche in der Berufspraxis möglich oder sogar geboten sind, dann steht der Prüfungszweck vergleichbaren Nachteilsausgleichen nicht zwingend entgegen

#### **V. Zwischenfazit: Verlust der normativen Bodenhaftung der prüfungsrechtlichen Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen**



## D. Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Nachteilsausgleichs

### I. Anspruchsgrundlagen für den Nachteilsausgleich

- Liegt eine Behinderung vor, greifen die speziell auf Menschen mit Behinderungen zugeschnittenen Anspruchsgrundlagen aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK.
- Fehlt es an einer Behinderung, gibt es aber eine andere prüfungsrelevante Beeinträchtigung (z.B. Baulärm), können Nachteilsansprüche auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützt werden.

### II. Tatbestandliche Anspruchsvoraussetzungen

1. Behinderung
2. Behinderungsbedingter Nachteil in einer Prüfung (Leistungshindernis)
 

Zu beachten: Der Nachteil entsteht erst durch das Prüfungssetting in Wechselwirkung mit der vorhandenen Beeinträchtigung. Jeder Antrag auf Nachteilsausgleich ist deshalb eine Anfrage an die Inklusivität der Hochschule.
3. Kein zwingendes Entgegenstehen des Prüfungszwecks
  - Nötig ist eine wertende Gesamtbetrachtung, in welche insbesondere der Prüfungszweck und der Nachteil eingestellt werden. Bezugspunkt dieser Gesamtbetrachtung ist der jeweilige Einzelfall, d.h. der Prüfling, seine Beeinträchtigung in ihrer Wechselwirkung zum Prüfungssetting, die konkrete Prüfungsleistung und der Prüfungszweck. Wenn die Prüfung einen Berufsbezug aufweist, sind Erfordernisse des Berufs sowie im Beruf bestehende Ausgleichsmöglichkeiten (z.B. i.S.d. § 164 Abs. 4 SGB IX) in die Bestimmung des Prüfungszwecks und damit in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.
  - „Zwingend“ ist jdf. zu bejahen im Falle der Vereitelung des Prüfungszwecks durch Nachteilsausgleich.

### III. Rechtsfolgenseite

1. Kein Ermessen hins. des „ob“, aber Ermessen hins. des „wie“ (so die Rspr. schon heute)
2. Ermessensdirektive: Hinlänglichkeit der Kompensation bzw. Angemessenheit der Vorkehrung – am ehesten zu erreichen bei Einbeziehung des betroffenen Prüflings in die Auswahl und Bemessung des Nachteilsausgleichs im Wege eines Benehmens
3. Ermessensgrenze: Chancengleichheit der übrigen Prüflinge (Art. 3 Abs. 1 GG), deshalb keine Überkompensation
4. Nur eng umgrenzter Ressourcenvorbehalt – Berufung darauf verlangt ein Gesamtkonzept der Hochschule, wie sie trotz begrenzter Ressourcen im Wege praktischer Konkordanz möglichst allen Belangen Rechnung tragen will

### IV. Konsequenzen für die Prüfungspraxis: z.B. Angststörungen, Konzentrationsstörungen – steht der Prüfungszweck wirklich in allen Fällen zwingend entgegen?

### E. Fazit und Ausblick

Vielleicht gibt es bereits einen ersten Ansatz für einen Rechtsprechungswandel: Siehe OVG Nds., Beschluss vom 28.5.2020 – 2 ME 208/20, juris Rn. 10:

„Der Antragsteller hat unstrittig einen Anspruch auf Maßnahmen des Nachteilsausgleichs wegen seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Hierdurch sollen die bei ihm bestehenden Behinderungen mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ausgeglichen werden.“

Aber: In der eingangs zitierten Entscheidung desselben Senats vom 29.7.2020 wird wieder nur auf Art. 3 Abs. 1 GG abgestellt.