

Nachteilsausgleiche als prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule

Autor: Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Bochum

A. Einleitung: Hochschulprüfungen als Inklusionsbremse insb. für Studierende mit nicht sichtbaren Beeinträchtigungen

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.“

B. Drei alte Entscheidungen des BVerwG zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen

- BVerwG, Urteil vom 22.3.1963 – VII C 141.61, juris Rn. 18: keine Prüfungsunfähigkeit bei sog. Examenspsychose.
- BVerwG, Beschluss vom 6.8.1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4: Keine Berücksichtigung einer kriegsbedingten Leistungsfunktionsstörung, weil
„über Leistungsmängel nicht wegen einen in der Person des Prüflings liegenden Grundes hinweggesehen werden darf (Art. 3 GG) ... Das ist ohne Einschränkung zu verstehen, auch bei einem gesundheitlichen Dauerleiden gelten also diese Grundsätze.“
- 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. Grundlinien der bisherigen Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen

I. Anspruchsgrundlagen

1. *Ausgangspunkt: Regelungen in den Prüfungsordnungen häufig unzureichend*
Siehe z.B. § 13 I 1 JAG NRW: „Für jede Aufsichtsarbeit in der staatlichen Pflichtfachprüfung stehen dem Prüfling an je einem Tag fünf Stunden zur Verfügung. Körperbehinderten Prüflingen kann diese Frist auf Antrag bis zu zwei Stunden verlängert werden.“
2. *Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG*
Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“
3. *Keine Heranziehung völker- und europarechtlicher Anspruchsgrundlagen auf Nachteilsausgleich*

II. Tatbestandliche Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs

Siehe dazu z.B. ThürOVG, Beschluss vom 17.5.2010 – 1 EO 854/10, juris Rn. 36: Nach „allgemein vertretener Auffassung“ könne

„ein Nachteilsausgleich nur dann gewährt werden..., wenn die Behinderungen nicht die in der Prüfung zu ermittelnde Leistungsfähigkeit, sondern lediglich den Nachweis derselben beeinträchtigt.“

1. *Behinderung*
2. *Beeinträchtigung nicht der in der Prüfung zu ermittelnden Leistungsfähigkeit, sondern von deren Nachweis*
3. *Insb.: Dauerleiden als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften*

Etwa SächsOVG, Beschluss vom 12.2.2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 7: „Insofern muss unterschieden werden zwischen Dauerleiden, die nicht die aktuell geprüfte Befähigung betreffen, sondern nur den Nachweis der vorhandenen Befähigung erschweren, und Dauerleiden, die als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften die Leistungsfähigkeit des Kandidaten in Prüfungen prägen. Diese bestimmen – im Gegensatz zu sonstigen krankheitsbedingten Leistungsminderungen – das normale Leistungsbild des Prüflings und stellen keine irregulären Leistungsbeeinträchtigungen dar. Ein Nachteilsausgleich kann für diese Leistungseinschränkungen nicht gewährt werden, da sie gerade zur Beurteilung der durch die Prüfung festzustellenden Befähigung bedeutsam sind (...).“

4. *Insb.: spätere Kompensierbarkeit der Beeinträchtigung in der Berufspraxis*

VG Hamburg, Urteil vom 14.12.2016 – 2 K 6704/15, juris Rn. 47: „In der Prüfung wird ein Nachteilsausgleich gewährt, wenn eine Behinderung vorliegt, die den Nachweis der vorhandenen Befähigung erschwert und die in der Prüfung sowie in dem angestrebten Beruf durch Hilfsmittel ausgeglichen werden kann (...).“

III. Rechtsfolgenseite: Ermessen, Formen des Nachteilsausgleichs

1. *Kein Ermessen hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs*

2. *Ermessen hinsichtlich des „wie“ eines Nachteilsausgleichs*

3. *Grenzen des Ermessens: Recht auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge*

- Keine Überkompensation
- Keine Absenkung der Prüfungsanforderungen/Leistungsstandards
- Problem: Veränderung des Prüfungsgegenstandes; Wechsel der Prüfungsform?

D. Verdienste der langjährigen Rechtsprechungslinie zu Nachteilsausgleichen

- Verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage auf Nachteilsausgleich
- Verfassungsrechtlicher Schutz von Studierenden mit Behinderungen schon vor Schaffung entsprechender Anti-Diskriminierungsbestimmungen in Grundgesetz, Europarecht oder Völkerrecht
- Kein Ermessen hins. des „ob“ eines Nachteilsausgleichs, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind

E. Defizite der langjährigen Rechtsprechungslinie zu Nachteilsausgleichen: insb. nicht ausreichende Rezeption wesentlicher Änderungen des rechtlichen Umfelds

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.“

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 (...).“

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 Entfaltungs- 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.“

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. Aber selbst auf dieser Grundlage 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

F. 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

a) Wertende Gesamtbetrachtung

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.

b) „Zwingend“ zu bejahen im Falle der Vereitelung des Prüfungszwecks durch Nachteilsausgleich

III. Rechtsfolgenseite

1. *Kein Ermessen hins. des „ob“, aber Ermessen hins. des „wie“*
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, 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?

G. Weitere Schritte auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule

- Handlungssicherheit für alle Beteiligten durch Erarbeitung eines Musterverfahrens (dazu *Gattermann-Kasper*, Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen, Arbeitshilfe für Beratende, Dez. 2018)
- Musterbestimmungen für Gesetze und Prüfungsordnungen
- Positive Diskriminierung als weiterer Schritt? Z.B. Austausch der Prüfungsform mit Zeugnisvermerk?

H. Fazit und Ausblick