



Prof. Dr. iur. Jörg Ennuschat

Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen –
Prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule

Rechtsgutachten

eGeh
uersc
Blind
RheumaEssstörungivlultip
leSkleroseChronischkran
kEpilepsieDepressionDia
betesBeeinträchtigungLe
gasthenieMuskel dystrop
hieStotternAllergieAsthm
aAutismusTumorerkrank
ungGehörlosAngststörun

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium
für Bildung
und Forschung

Prof. Dr. iur. Jörg Ennuschat

**Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen –
Prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule**

Rechtsgutachten

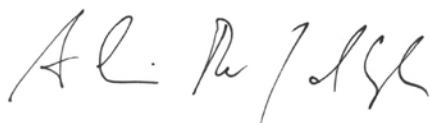
Vorwort

11% der Studierenden an deutschen Hochschulen studieren mit studienrelevanten gesundheitlichen Beeinträchtigungen – Tendenz steigend. Die Barrieren im Studium sind vielfältig und nicht zuletzt infolge der Bologna-Reform deutlich gestiegen. Anwesenheitspflichten, eine enge Prüfungstaktung und das vorgegebene Studientempo können für Studierende mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen genauso zu Hürden werden wie Prüfungssettings, die auf individuelle Belange zu wenig Rücksicht nehmen. In diesen Situationen müssen Nachteilsausgleiche im Nachhinein dafür sorgen, dass chancengleiche Studien- und Prüfungsbedingungen hergestellt werden.

Allerdings werden Studierende mit Behinderungen an einer zunehmenden Anzahl von Hochschulen pauschal und ohne Einzelfallprüfung von Nachteilsausgleichen in Studium und Prüfungen ausgeschlossen. Davon berichten ganz besonders Studierende mit chronischen Erkrankungen, z. B. Studierende mit Rheuma, Multipler Sklerose, Epilepsie oder Depressionen, aber auch Krebs-, Schmerz- oder Trauma-Patient/innen. Sie machen mehr als 75% der Studierenden mit Behinderungen aus. Die Hochschulverwaltungen und Prüfungsämter orientieren sich bei ihren Ablehnungen überwiegend an der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1985 (Az. BVerwG 7 B 210.85). Das Gericht lehnte damals einen zusätzlichen Prüfungsversuch mit der Begründung ab, studienrelevante Auswirkungen eines „Dauerleidens“ seien nicht ausgleichbar, weil diese als „persönlichkeitsbedingte Eigenschaft“ die Leistungsfähigkeit prägten und zum „normalen Leistungsbild des Prüflings“ gehörten. Die Rechtsprechung ist dieser Position überwiegend gefolgt.

Damit entsteht eine paradoxe Situation: seit 1985 wurde im Zuge der Inklusionsdebatte der Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderungen stetig verbessert, ihr Recht auf chancengleiche Teilhabe an Bildung und Ausbildung gesetzlich verankert sowie ein moderner Behinderungsbegriff etabliert. Dieser Teilhabesicherung entgegenwirkend unterläuft ein Rückgriff auf eine inzwischen über 30 Jahre alte Rechtsprechung den aktuell normierten Anspruch auf Nachteilsausgleich vieler Studierender mit Behinderungen. Mögliche Folgen für Studierende sind Studienzeitverlängerungen, Hochschulwechsel und Studienabbruch, unter Umständen ohne Aussicht auf eine angemessene Teilhabe am Arbeitsleben.

Vor diesem Hintergrund erscheint es an der Zeit, die Möglichkeiten und Grenzen von Nachteilsausgleichen für Studierende mit Behinderungen neu zu bewerten. Ich hoffe, dass das im Auftrag des Deutschen Studentenwerks erstellte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Ennuschat wichtige Impulse für eine Neuausrichtung der prüfungsrechtlichen Praxis gibt und damit dazu beiträgt, die chancengerechte Teilhabe von Studierenden mit Behinderungen an der Hochschulbildung zu sichern. Ich danke dem Bundesministerium für Bildung und Forschung für die finanzielle Unterstützung.



Achim Meyer auf der Heyde
Generalsekretär des Deutschen Studentenwerks (DSW)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
A. Einleitung: Deutschland auf dem Weg in eine inklusive Gesellschaft	13
I. Anlass und Gegenstand der Untersuchung	13
1. Im Ansatz unbestrittene Notwendigkeit der Inklusion von Studierenden mit Behinderungen	14
2. Praxisberichte über unzureichende Nachteilsausgleiche in Prüfungen	14
II. Ziel und Gang der Untersuchung	15
III. Methodische Vorbemerkung	16
B. Der normative Rahmen für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen	17
I. Völkerrechtlicher Rahmen: insbesondere UN-Behindertenrechtskonvention	17
1. Völkerrechtliches Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 26 Abs. 1 AEMR, Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR	17
2. UN-Behindertenrechtskonvention	18
a) Begriffsverständnis von „Behinderung“, Art. 1 S. 2 UN-BRK	19
b) (Allgemeines) Diskriminierungsverbot, Art. 5 Abs. 2 UN-BRK	20
aa) Was heißt Diskriminierung?	20
bb) Insbesondere: mittelbare und unbeabsichtigte Diskriminierungen	20
cc) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, die an eine Behinderung anknüpfen, nur bei zwingendem Grund	21
c) Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK	21
d) Drei zentrale Instrumente der UN-Behindertenrechtskonvention zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen einschließlich der Hochschulen	22
aa) Angemessene Vorkehrungen im Einzelfall, Art. 2, 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 UN-BRK	23
(1) Was sind angemessene Vorkehrungen?	23
(2) Anforderungen an angemessene Vorkehrungen	23
(3) Grenzen der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen	24
bb) Allgemeine Anpassung an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen, Art. 2, 4 Abs. 2, 9 UN-BRK	24
(1) Zugänglichkeit (Barrierefreiheit), Art. 3 lit. f, Art. 9 UN-BRK	25
(2) Universelles Design, Art. 2 UAbs. 5 UN-BRK	26
(3) Maßnahmen zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, Art. 4 Abs. 2 UN-BRK	26
cc) Besondere Maßnahmen zur Herbeiführung tatsächlicher Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen (positive Diskriminierung), Art. 5 Abs. 4 UN-BRK	27

e) Zwei flankierende Instrumente der UN-Behindertenrechtskonvention zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen einschließlich der Hochschulen	27
aa) Aktive Einbeziehung von Organisationen, welche Menschen mit Behinderungen vertreten, Art. 4 Abs. 3 UN-BRK	27
bb) Schulung von Fachkräften, Art. 4 Abs. 1 lit. i, Art. 24 Abs. 4 UN-BRK	28
3. Unmittelbare Wirkung der UN-Behindertenrechtskonvention?	28
a) Voraussetzungen unmittelbarer innerstaatlicher Wirkung der UN-Behindertenrechtskonvention	28
b) Innerstaatlicher Rechtsanwendungsbefehl	29
c) Self executing-Charakter	30
aa) Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 24 Abs. 1, 5 UN-BRK	30
bb) Diskriminierungsverbot, Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK	31
d) Subjektiv-rechtlicher Charakter der Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention	32
4. Mittelbare Wirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention	32
a) Ausrichtung der Hochschule auf das Ziel der Inklusion	33
b) Freiheit, nicht sozialstaatliche Wohltat	33
c) Kein vorschneller Rückgriff auf den Vorbehalt des Möglichen	33
5. Kontrolle der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch den UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen	34
a) Abschließende Bemerkungen des UN-Ausschusses zum Staatenbericht Deutschland vom 13. 4. 2015	34
b) Allgemeine Bemerkung Nr. 4 (2016) des UN-Ausschusses zum Recht auf inklusive Bildung	34
c) Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2018) des UN-Ausschusses zur Gleichheit und Nichtdiskriminierung	35
d) Signalwirkung der Bemerkungen des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen	35
6. Zwischenfazit zu den völkerrechtlichen Vorgaben	36
II. Europarechtlicher Rahmen	36
1. Rechtsakte des Europarates	36
a) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK)	36
aa) Recht auf Bildung, Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK	37
bb) Diskriminierungsverbot, Art. 14 EMRK	37
(1) Weites Verständnis von Diskriminierung	37
(2) Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	38
(3) Angemessene Vorkehrungen	38
(4) Ressourcenvorbehalt als Begrenzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen	39
b) Bereichsspezifische Konturierung des Rechts auf Bildung und des Diskriminierungsverbotes für Menschen mit Behinderungen	40
aa) Art. 10, 15 der Europäischen Sozialcharta	40
bb) Disability Strategy 2017–2023 – Human rights: a reality for all	40

2. Recht der Europäischen Union	41
a) Primärrecht: Recht auf Bildung (Art. 14 GRC), keine Diskriminierung wegen einer Behinderung (Art. 10, 19 AEUV, Art. 21 GRC), Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (Art. 26 GRC)	41
b) Sekundärrecht: Bekämpfung von Diskriminierungen u. a. wegen einer Behinderung gem. Art. 19 Abs. 1 AEUV	42
aa) Bekämpfung der Diskriminierung im Beruf und in der Berufsausbildung (RL 2000/78/EG)	42
(1) Zum Begriff der Behinderung	42
(2) Zum Begriff der Diskriminierung; Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	43
(3) Zum Begriff der angemessenen Vorkehrung	43
(4) Zur Begrenzung der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen	43
bb) Bekämpfung der Diskriminierung u. a. wegen einer Behinderung im Studium	44
3. Zwischenfazit zu den europäischen Vorgaben	45
III. Verfassungsrechtlicher Rahmen	46
1. Eckpunkte des verfassungsrechtlichen Rahmens für Nachteilsausgleiche in Prüfungen	46
a) Recht auf Bildung	46
b) (Chancen-)Gleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG – konkretisiert zum allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit	47
c) Keine Benachteiligung wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	47
aa) Was heißt „Behinderung“ i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?	48
(1) Begriffsverständnis von Behinderung zum Zeitpunkt der Einfügung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in das Grundgesetz	48
(2) Gewandeltes Verfassungsverständnis von Behinderung infolge von Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und § 2 Abs. 1 SGB IX	49
bb) Wirkungen von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	50
(1) Diskriminierungsverbot unter Einschluss mittelbarer Diskriminierungen	50
(2) Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf aktive Maßnahmen zur tatsächlichen Verwirklichung rechtlicher Gleichbehandlung	51
(3) Förderauftrag und positive Diskriminierung	53
cc) Verhältnis des Benachteiligungsverbotes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG	53
dd) Zwischenfazit: Bedeutung des Benachteiligungsverbotes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für das Prüfungsrecht	53
(1) Besondere Ausprägung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit: verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich in Prüfungen	53
(2) Verfassungsrechtliche Legitimation für einfachrechtliche positive Diskriminierung, z. B. in Form von Notenschutz	54
2. Prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit als zentraler Anknüpfungspunkt für Nachteilsausgleich in Prüfungen	54

3. Konsequenzen der Verortung des Nachteilsanspruchs in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (statt in Art. 3 Abs. 1 GG)	55
a) Herleitung des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG	55
b) Herleitung des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	56
c) Unterschiedliche Schwellen bei Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zur Auslösung der staatlichen Pflicht, aktive Maßnahmen zur Herstellung von Gleichheit zu ergreifen	57
aa) Frühere Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 1 GG: erst bei Willkür der Ungleichbehandlung	57
bb) Heutige Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 1 GG: Unverhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung	57
cc) Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: Fehlen eines zwingenden Grundes für die Ungleichbehandlung	59
4. Weitere Grundrechtspositionen: Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, und Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	60
5. Zwischenfazit zum verfassungsrechtlichen Rahmen	61
a) Verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage	61
b) Unterscheidung zwischen „ob“ und „wie“ des Nachteilsausgleichs	61
c) Anspruch auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge als Grenze des Nachteilsausgleichs	62
IV. Gleichstellungsrechtlicher Rahmen	62
1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	62
2. Behindertengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder	63
3. Arbeitsrechtliche Vorgaben, insbesondere § 164 SGB IX	64
a) Pflicht zur behinderungsgerechten Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes, § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 und 5 SGB IX	65
b) Pflicht zur Ermöglichung von Teilzeitbeschäftigung, § 164 Abs. 5 SGB IX	66
c) Keine Verpflichtung im Falle der Unzumutbarkeit oder Unverhältnismäßigkeit, § 164 Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 2 SGB IX	66
d) Prüfungsrechtsrelevante Einsichten des § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX	67
V. Hochschul- und prüfungsrechtlicher Rahmen	67
1. Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs	67
2. Art und Weise des Nachteilsausgleichs	68
3. Verfahrensvorgaben zum Nachteilsausgleich	69
4. Unvereinbarkeit einiger prüfungsrechtlicher Vorgaben mit den Anforderungen aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	69
VI. Zwischenfazit zum Rechtsrahmen für Nachteilsausgleiche	70
1. Zum höherrangigen Rechtsrahmen	70
2. Zum einfachrechtlichen Rahmen für Hochschulprüfungen	71
a) Zwar: teils defizitäre Umsetzung der höherrangigen Rechtsvorgaben durch die prüfungsrechtlichen Regelungen	71

b) Aber: Ersetzung und Ergänzung defizitärer einfachrechtlicher Regelungen durch den verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	72
3. Erste Einsichten zu praktischen Konsequenzen für den Nachteilsausgleich in Prüfungen	72
a) Anspruchsgrundlagen	72
b) Anspruchsvoraussetzungen	73
c) Rechtsfolgende: Ermessen, solange die Hinlänglichkeit gewahrt wird	73
d) Einzelfallbetrachtung statt Pauschalisierung	73
4. Klarstellungen zum prüfungsrechtlichen Verständnis von Behinderung: chronische Erkrankungen sind begrifflich eingeschlossen	74

C. Gegenwärtige Ausfüllung des normativen Rahmens durch Rechtsprechung, Literatur und Prüfungspraxis

I. Grundlinien der gegenwärtigen Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen	75
1. Anspruchsgrundlagen	75
a) Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	75
b) Völker- und europarechtlicher Anspruch auf Nachteilsausgleich	76
c) Verhältnis der Prüfungsordnungen zum verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich	76
aa) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG bei fehlender einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich	77
bb) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG bei lückenhafter einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich	77
cc) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG trotz abschließender einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich	78
dd) Anwendung des einfachen Rechts im Lichte von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	78
2. Anspruchsvoraussetzungen	78
a) Überblick: tatbestandliche Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs nach Auffassung der Rechtsprechung	78
b) Prüfungszweck und Bezug zum späteren Berufsbild	80
aa) Schnelligkeit der Bearbeitung als Prüfungsgegenstand	80
bb) Stressresistenz als Prüfungsgegenstand	81
c) Spätere Kompensierbarkeit der Beeinträchtigung in der Berufspraxis	81
3. Rechtsfolgende: Formen des Nachteilsausgleichs; Ermessen	82
a) Kein Ermessen hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs	82
b) Ermessen(spielräume) hinsichtlich des „wie“ eines Nachteilsausgleichs	82
c) Grenzen des Ermessens: Recht auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge	83
aa) Keine Überkompensation	83
bb) Keine Absenkung der Prüfungsanforderungen/Leistungsstandards	84

cc) Keine Veränderung des Prüfungsgegenstandes; Wechsel der Prüfungsform?	85
4. Insbesondere: Prüfungsangst	86
5. Insbesondere: sog. Dauerleiden	87
a) Frühe – meist restriktive – Rechtsprechung zur Problematik des sog. Dauerleidens	88
b) Leitentscheidung des BVerwG vom 13. 12. 1985	89
c) Keine Maßgeblichkeit der „Dauer“ beim sog. Dauerleiden	90
d) Insbesondere: sog. Dauerleiden und Prüfungsunfähigkeit	91
II. Grundlinien der prüfungsrechtlichen Literatur zu Nachteilsausgleichen	92
1. Überwiegend bloße Rezeption der Rechtsprechung	93
2. Vereinzelte Ansätze zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von Nachteilsausgleichen	93
III. Nachteilsausgleiche in der Praxis der Prüfungsämter	94
IV. Zwischenfazit: Schieflage bei der Gewährung von Nachteilsausgleichen in Hochschulprüfungen	95
 D. Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Nachteilsausgleichs	96
I. Hintergrund der Neukonstruktion: von der Rechtsprechung nicht rezipierte Veränderungen im rechtlichen und tatsächlichen Umfeld der Nachteilsausgleiche	96
1. Änderungen des verfassungsrechtlichen Umfeldes	96
2. Änderungen des völker- und europarechtlichen Umfeldes	97
3. Änderungen des gesellschaftlichen Umfeldes	97
II. Anspruchsgrundlagen für den Nachteilsausgleich	98
III. Zu den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs	99
1. Behinderung	99
2. Behinderungsbedingter Nachteil (Leistungshindernis)	99
3. Kein zwingendes Entgegenstehen des Prüfungszwecks	100
a) Prüfungszweck	100
b) Zwingendes Entgegenstehen	101
c) Fehlende Ressourcen sind kein zwingender Grund	102
IV. Zur Rechtsfolgenseite	102
1. Auswahlermessen hinsichtlich des „wie“ des Nachteilsausgleichs	102
2. Hinlänglichkeit des Nachteilsausgleichs: Beurteilungsspielraum des Prüfungsamtes	103
3. Keine Überkompensation	103
4. Eng umgrenzter Ressourcenvorbehalt	104
V. Anwendung der ermittelten Maßstäbe auf Problemkonstellationen in der Praxis	104

1. Zentrales Praxisproblem: Abschichtung Leistungshindernis – Leistungsschwäche bei nicht sichtbaren Beeinträchtigungen	104
2. Restriktiver Lösungsweg der Rechtsprechung	105
3. Neue Lösungsansätze: Konstellation 1–6	106
a) Konstellation 3: Denkblockade insbesondere wegen einer Angststörung	106
aa) Konstellation 3a: Angststörung ohne Bezug zum Prüfungsgegenstand	107
bb) Konstellation 3b: sog. Examenspsychose (isolierte Prüfungsangst)	107
cc) Konstellation 3c: übergreifende Angststörung, die zugleich zur Prüfungsangst führt	108
b) Konstellation 4: Verlangsamung des Denkens infolge von Behinderung und/oder ihrer Medikation	109
c) Konstellation 5: fehlende Konzentrationsausdauer infolge von Behinderung	110
d) Konstellation 6: Fehlende Konzentrationsfähigkeit infolge von Behinderung	111
E. Verfahrensfragen	113
I. Antrag an die zuständige Stelle	113
II. Einbeziehung des Prüflings in die Bestimmung der Art und Weise des Nachteilsausgleichs: Entscheidung im Benehmen mit dem Prüfling	114
III. Einbeziehung des Behindertenbeauftragten der Hochschule	114
IV. Darlegungs- und Beweislast; Beurteilungsspielräume	115
V. Bedeutung der (amts-)ärztlichen Stellungnahme	116
VI. Zeitliche Reichweite der Entscheidung über den Nachteilsausgleich	117
VII. Mitwirkungsobliegenheiten des Prüflings im Vorfeld von Prüfungen	118
VIII. Kein Zeugnisvermerk	119
IX. Rechtsschutzfragen	119
F. Weitere Schritte auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule	121
I. Weitere Schritte zur allgemeinen Anpassung der Hochschulen an die Bedürfnisse von Studierenden mit Behinderungen	121
II. Weitere Schritte im Bereich der angemessenen Vorkehrungen (Nachteilsausgleiche)	122
1. Handlungssicherheit für alle Beteiligten durch Erarbeitung eines Musterverfahrens	122
a) Verfahrensablauf bis zur Entscheidung über den Nachteilsausgleich	122
b) Prüfliste zur inhaltlichen Vorbereitung der Entscheidung	123
c) Durchführung des Nachteilsausgleichs	124
2. Musterbestimmungen für Gesetze und Prüfungsordnungen	124
III. Positive Diskriminierung als weiterer Schritt?	125

G. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	126
I. Verlust der normativen Bodenhaftung der Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen	126
II. Allgemeine Anforderungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK	127
III. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen	128
1. Prüfungsrechtliche Anspruchsgrundlagen für Ansprüche auf Nachteilsausgleich	128
2. Anspruchsvoraussetzungen	129
3. Rechtsfolge	129
4. Prozedurale Fragen	130
Literaturverzeichnis	131
Abkürzungsverzeichnis	135
Zum Autor	140

A. Einleitung: Deutschland auf dem Weg in eine inklusive Gesellschaft

Deutschland macht sich auf den Weg in eine inklusive Gesellschaft. Einen wichtigen Impuls hierfür setzt die UN-Behindertenrechtskonvention. Dieses „Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ wurde von Deutschland am 30. 3. 2007 unterzeichnet, am 24. 2. 2009 ratifiziert und zum 26. 3. 2009 innerstaatlich in Kraft gesetzt.¹ Seitdem erstellen Bund und Länder Aktionspläne zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention. Hierzu heißt es im ersten Aktionsplan der Bundesregierung von 2011:²

„Das Ziel ist klar: Wir wollen in einer Gesellschaft leben, in der alle Menschen mitmachen können. Niemand ist perfekt, das wissen wir. Aber in jedem Menschen stecken viele Fähigkeiten und Fertigkeiten. Diese Talente wollen wir entdecken, fördern und einfordern, denn unsere Gesellschaft will und braucht die Beiträge aller.“

I. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Unserem Bildungssystem gelingt es freilich noch nicht, alle Talente junger Menschen zu entdecken und zu fördern. Das gilt namentlich für den Hochschulbereich. Studierende mit Behinderungen können ihre Fähigkeiten dort häufig nicht unbehindert entfalten und in Studien- und Abschlussprüfungen ihr Leistungsvermögen oft nicht vollständig präsentieren.

Betroffen sind viele junge Menschen. Im Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention werden folgende Zahlen genannt:³

„In Deutschland studieren etwa 450.000 Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Von diesen berichteten 95.000 Studierende (ca. 4 Prozent aller Studierenden) von schwereren Beeinträchtigungen, die zu Schwierigkeiten im Studium führen. Dabei sind psychische Beeinträchtigungen und chronisch-somatische Erkrankungen die am häufigsten genannten Beeinträchtigungen.“

1 Gesetz vom 21. 12. 2008, BGBl. II S. 1419.

2 Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft – Der Nationale Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention, Sept. 2011, S. 3 (https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a740-nationaler-aktionsplan-barrierefrei.pdf?__blob=publicationFile).

3 Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft“, Nationaler Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung zur UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) vom 28. 6. 2016, S. 59; wiedergegeben unter <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Inklusion/nationaler-aktionsplan-2-0.html>. – Nach Angabe von Poskowsky u. a., beeinträchtigt studieren – best 2, Datenerhebung zur Situation Studierender mit Behinderung und chronischer Krankheit (2016/2017), 2018, S. 3, sollen ca. 11 % der Studierenden eine studienrelevante gesundheitliche Beeinträchtigung aufweisen. – Insgesamt gab es im Wintersemester 2017/2018 2,8 Mio. Studierende in Deutschland (Angabe nach <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/221/umfrage/anzahl-der-studenten-an-deutschen-hochschulen>).

1. Im Ansatz unbestrittene Notwendigkeit der Inklusion von Studierenden mit Behinderungen

Das Ziel der Inklusion an Hochschulen findet sich in den Aktionsplänen von Bund und Ländern.⁴ Von großer praktischer Bedeutung sind zunächst die bauliche und technische Barrierefreiheit der verschiedenen Hochschulangebote sowie ggf. die Assistenz beim Vorlesungsbesuch. Eine organisatorische Flankierung erhält Inklusion durch Ämter und Stellen, welche der Beratung von Studierenden mit Behinderungen dienen. Schon der erste Aktionsplan der Bundesregierung von 2011 forderte schließlich, dass die spezifischen Belange von Studierenden mit Behinderungen in den Prüfungsordnungen berücksichtigt werden.⁵ Ähnliche Aussagen finden sich im Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung sowie in vielen Aktionsplänen der Länder,⁶ teils mit besonderem Fokus auf die Staatsprüfungen in der Juristenausbildung.⁷

2. Praxisberichte über unzureichende Nachteilsausgleiche in Prüfungen

Dem Grunde nach besteht mithin hochschulpolitische Einigkeit, dass in Prüfungen Nachteilsausgleiche geboten sind. Dennoch berichten Behindertenbeauftragte vieler Hochschulen, dass es in der Prüfungspraxis Probleme gibt. Das Deutsche Studentenwerk fasst diese Beobachtungen wie folgt zusammen:

„In der Praxis werden Studierende mit Behinderungen allerdings an einer zunehmenden Anzahl von Hochschulen pauschal mit Verweis auf ein die Persönlichkeit prägendes Dauerleiden ohne Einzelfallprüfung von individuellen Nachteilsausgleichen bei der Erbringung von Leistungsnachweisen ausgeschlossen. Davon berichten Studierende mit länger andauernden bzw. chronischen körperlichen und psychischen Erkrankungen und Beeinträchtigungen, z. B. Studierende mit Multipler Sklerose, Epilepsie, Autismus, AD(H)S, Krebs Erkrankte, Schmerz-, Trauma- oder Dialyse-Patient/innen. ...

Zusätzliche Unsicherheiten entstehen dadurch, dass eine einheitliche Umsetzungspraxis an den Hochschulen fehlt: es gibt sowohl Unterschiede von Hochschule zu Hochschule als auch zwischen einzelnen Hochschul-Fakultäten. Bewährte Verfahrensroutinen, die in den letzten

4 Siehe etwa Nationaler Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung von 2016 (Fn. 3), S. 51; Aktionsplan für Bayern, Schwerpunkte der bayerischen Politik für Menschen mit Behinderung im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention, März 2013, S. 27 ff. (https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas_inet/inklusion/3.8.1.2.1_aktionsplan.pdf); Aktionsplan der Landesregierung „Eine Gesellschaft für alle – NRW inklusiv“. Zweiter Bericht zur Umsetzung des Aktionsplans (Stand: April 2017), S. 119 (https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/170621_sachstandsbericht_aktionsplan_april17_barrierefrei.pdf); Aktionsplan der Sächsischen Staatsregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) vom 8. 11. 2016, S. 52 ff (https://www.behindern.verhindern.sachsen.de/download/Kampagnenmaterial/SMS_Aktionsplan_barrierefrei.pdf). – Teils überrascht es, dass Hochschulen als Bewährungsfeld von Inklusion nur eher am Rande wahrgenommen werden, siehe etwa Aktionsplan Inklusion 2019/2020 für ein barrierefreies Niedersachsen, Schritte zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention vom 28. 2. 2019, S. 27 (https://www.ms.niedersachsen.de/inklusion/aktionsplan_inklusion/menschen-mit-behinderungen-13851.html).

5 Nationaler Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention, Sept. 2011 (Fn. 3), S. 49.

6 Siehe z. B. Nationaler Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung von 2016 (Fn. 3), S. 53; Aktionsplan für Bayern von 2013 (Fn. 4), S. 27 f.; Aktionsplan NRW von 2017 (Fn. 4), S. 119; Aktionsplan Sachsen von 2016 (Fn. 4), S. 54.

7 Aktionsplan der Landesregierung zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Baden-Württemberg, 2015, S. 62 (wiedergegeben unter <https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/de/service/publikation/did/aktionsplan-der-landesregierung-zur-umsetzung-der-un-behindertenrechtskonvention-in-baden-wuerttemberg/>).

Jahren in Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention entwickelt wurden, wurden z. T. ohne interne Diskussion, ohne Ankündigung und ohne Übergangsfristen mit Verweis auf die gängige Rechtsprechung geändert. Verschiedentlich begrenzten Prüfungsordnungen den Anspruch auf Nachteilsausgleich auf Studierende mit körperlichen Behinderungen oder mit Bedarf an technischen Unterstützungen. An vielen Hochschulen sind Studierende, Beratende und Lehrende verunsichert.“

Die Formulierung „ein die Persönlichkeit prägendes Dauerleiden“ weist auf eine gängige Argumentationslinie der Rechtsprechung hin, die sich (mindestens) bis zu einer wegweisenden Entscheidung des BVerwG vom 13. 12. 1985 zurückführen lässt.⁸

II. Ziel und Gang der Untersuchung

Seit dieser Entscheidung des BVerwG sind über drei Jahrzehnte vergangen. Schon deshalb gibt es Anlass zur kritischen Analyse, ob die langjährige Rechtsprechungslinie noch fortgezogen werden kann, obwohl sich das normative und gesellschaftliche Umfeld seitdem grundlegend gewandelt hat. Am sichtbarsten sind zwei Rechtsänderungen: Bereits genannt wurde die UN-Behindertenrechtskonvention von 2006. Hinzu kommt, dass schon 1994 das Verbot, Menschen wegen ihrer Behinderung zu benachteiligen, in das Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) aufgenommen wurde. Vor diesem Hintergrund soll die Untersuchung ermitteln, ob die UN-Behindertenrechtskonvention und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Impulse für die Fortentwicklung der Rechtsprechung liefern, um die Rechtsposition von Studierenden mit Behinderungen in Prüfungssituationen zu verbessern.

Im Folgenden soll zunächst der normative Rahmen für Nachteilsausgleiche an Hochschulen eingehend betrachtet werden (unten B.). Im Anschluss daran wird die gegenwärtige Ausfüllung des Rahmens durch Rechtsprechung, Literatur und Prüfungspraxis analysiert (unten C.). Nach dieser Grundlegung soll eine – im Kern auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG beruhende – Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von Nachteilsausgleichen versucht und auf einige verbreitete Problemkonstellationen der Prüfungspraxis angewendet werden (unten D.). Im nächsten Abschnitt werden damit zusammenhängende Verfahrensfragen bedacht (unten E.), ehe weitere Schritte auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule skizziert werden (unten F.). Den Abschluss bildet eine Zusammenstellung wesentlicher Ergebnisse der Untersuchung (unten G.).

8 BVerwG, Beschluss vom 13. 12. 1985 – 7 B 210/85 (= NVwZ 1986, 377 f.); dazu unten C. I. 5.

III. Methodische Vorbemerkung

Rechtswissenschaftliche Betrachtungen zu Rechtsfragen der Praxis nehmen stets die einschlägige Rechtsprechung in den Blick. Dieser methodische Ansatz birgt die Gefahr einer verzerrten Wahrnehmung der Realität in sich: Nur wenige Fälle, in denen Aspekte des Nachteilsausgleichs zwischen Prüfling und Prüfer⁹ bzw. Prüfungsamt kontrovers diskutiert werden, gelangen zu den Gerichten. Die Sachverhalte der Gerichtsentscheidungen bilden deshalb nur einen kleinen Ausschnitt der Prüfungsrealität ab. Bestimmte Behinderungen oder Studiengänge können in den Gerichtsentscheidungen überrepräsentiert sein, andere sind womöglich noch überhaupt nicht Gegenstand einer veröffentlichten Gerichtsentscheidung geworden.

Um das Ausmaß der Verzerrung zu verringern, liegt dieser rechtswissenschaftlichen Untersuchung deshalb eine Reihe von Fachgesprächen zugrunde. Gespräche wurden geführt mit verschiedenen Prüfungsämtern, Behindertenbeauftragten der Hochschulen, Amts- und Vertrauensärztinnen sowie Vertreterinnen des Deutschen Studentenwerks. Selbst insoweit sind methodische Vorbehalte zu formulieren: Die Gesprächspartner sind nicht repräsentativ für sämtliche Akteure der Beratungs- und Prüfungspraxis. Die Gesprächsführung war stets spontan und folgte keiner strengen methodischen Vorgabe. Dennoch profitiert die Untersuchung sehr durch diese Gespräche, wofür der Verfasser zu danken hat.

9 Die Überlegungen dieser Untersuchung gelten für Studierende, Prüflinge und andere Beteiligte aller Geschlechter gleichermaßen, selbst wenn im Folgenden nur ein Geschlecht genannt sein sollte.

B. Der normative Rahmen für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen

Zunächst soll der normative Rahmen für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen¹⁰ umrissen werden. Die einschlägigen Vorschriften verteilen sich auf alle Ebenen der Normenhierarchie und reichen vom Völkerrecht bis zum Satzungsrecht der Hochschulen.

I. Völkerrechtlicher Rahmen: insbesondere UN-Behindertenrechtskonvention

Das Völkerrecht setzt wichtige Impulse zur Verbesserung der Rechtsposition von Menschen mit Behinderungen. Das betrifft auch den Hochschulbereich.

1. Völkerrechtliches Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 26 Abs. 1 AEMR, Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR

Das Völkerrecht kennt schon seit längerem das Recht auf Bildung einschließlich der Hochschulbildung. Eine erste Verankerung fand dieses Recht in Art. 26 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. 12. 1948:

„Jeder hat das Recht auf Bildung. ... der Hochschulunterricht muss allen gleichermaßen entsprechend ihren Fähigkeiten offenstehen.“

Dieser Erklärung, formuliert als Resolution der UN-Generalversammlung, fehlt allerdings die Rechtsverbindlichkeit.¹¹ Der Inhalt von Art. 26 AEMR wurde 1966 durch Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR, sog. UN-Sozialpakt) aufgegriffen. Gem. Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR anerkennen die Vertragsstaaten (u. a. Deutschland), dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung des Rechts auf Bildung

„der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muß ...“

Die völkervertragsrechtlichen Bestimmungen des Paktes sind mit der Zustimmung durch das Gesetz vom 23. 11. 1973 (BGBl 1973 II S. 1569) einfaches Bundesrecht geworden.¹² Die Vertragsbestimmungen begründen Pflichten für den Gesetzgeber,¹³ namentlich für den Landeshochschul-

10 Neben Hochschulprüfungen werden auch einige Staatsexamina in die Betrachtung einbezogen, welche an ein Hochschulstudium anknüpfen.

11 Z. B. SächsLSG, Urteil vom 28. 5. 2014 – L 8 SO 59/12, juris Rn. 23; VG Ansbach, Urteil vom 31. 8. 2007 – AN 4 K 07.00590, juris Rn. 25.

12 VG Hamburg, Beschluss vom 24. 2. 2011 – 15 E 36/11, juris Rn. 39.

13 BVerfG, Beschluss vom 8. 5. 2013 – 1 BvL 1/08, juris Rn. 43 (= NJW 2013, 2498).

gesetzgeber.¹⁴ Der Gesetzgeber hat jedoch Gestaltungsspielräume, auf welche Weise er den Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR Rechnung trägt.¹⁵ Angesichts dieser Spielräume ist in der Rechtsprechung die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR wiederholt verneint worden:¹⁶

„Trotz ihres Wortlauts begründen diese und andere Bestimmungen des Paktes nicht unmittelbar subjektive Rechte für den einzelnen Bürger, sondern bedürfen der Umsetzung und näheren Ausgestaltung durch staatliches Recht. Die Bestimmungen des Paktes enthalten, wie sich aus seinem Art. 2 ergibt, nur Programmsätze, die zu ihrer Durchführung weiterer staatlicher Rechtsakte bedürfen. Eine unmittelbare Wirkung, auf Grund der innerstaatliche Verwaltungsbehörden und Gerichte aus dem völkerrechtlichen Vertrag Rechtsfolgen für den Einzelfall ableiten dürfen, kommt den Bestimmungen des Paktes nicht zu.“

Das BVerwG hat später die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR nicht schlechthin in Abrede gestellt, diese Frage vielmehr offengelassen.¹⁷

Festzuhalten ist jedenfalls: Im Völkerrecht ist anerkannt, dass jedermann ein Recht auf Bildung hat, welches Hochschulbildung einschließt, und zwar entsprechend seiner Fähigkeiten.

2. UN-Behindertenrechtskonvention

In den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR fällt „jedermann“, fallen also auch Menschen mit Behinderungen. Deren spezifische Bedürfnisse werden durch die UN-Behindertenrechtskonvention geschützt. Diese will keine neuen Rechte einführen, sondern die im Völkerrecht bereits anerkannten Menschenrechte für die Menschen mit Behinderungen effektuieren und weiterentwickeln.¹⁸ Es geht nicht um Spezialrechte für Menschen mit Behinderungen, sondern um die allgemeinen Menschenrechte,¹⁹ wie sie u. a. im IPwskR verbürgt sind.

Obwohl die UN-Behindertenrechtskonvention an den bisherigen Rechtszustand anknüpft, wird sie vielfach als Neuanfang verstanden. Noch nie hat wohl eine internationale Menschenrechtskonvention in Deutschland so viel Aufmerksamkeit gefunden, so große Erwartungen genährt und geradezu Enthusiasmus ausgelöst wie die UN-Behindertenrechtskonvention.²⁰ Wenngleich manche Erwartungen überzogen sind, setzt die UN-Behindertenrechtskonvention doch wichtige Impulse zur Verbesserung der Situation von Menschen mit Behinderungen, und zwar auch im Hochschulbereich.

Zunächst sollen die wesentlichen Inhalte der UN-Behindertenrechtskonvention mit Bezug zum Nachteilsausgleich an Hochschulen betrachtet werden; dies betrifft:

14 VG Köln, Urteil vom 25. 11. 2010 – 6 K 2405/07, juris Rn. 49.

15 BVerwG, Beschluss vom 5. 10. 2006 – 6 B 33/06, juris Rn. 6; BayVGh, Urteil vom 9. 2. 2010 – 7 N 09.2482 –, juris Rn. 21.

16 VGh BW, Urteil vom 6. 4. 2000 – 2 S 1860/99, juris Rn. 90 (= DVBl. 2000, 1782); ebenso OVG NRW, Urteil vom 9. 10. 2007 – 15 A 1596/07, juris Rn. 44.

17 BVerwG, Urteil vom 15. 12. 2010 – 6 C 10/09, juris Rn. 30 (= NVwZ 2012, 1272).

18 Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 4 Rn. 24.

19 Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Einf. Rn. 1.

20 So eine Aussage von Bielefeldt, zitiert bei Degener, KJ 2012, 405.

- den Begriff „Behinderung“ gem. Art. 1 Abs. 2 UN-BRK (unten a),
- das Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK (unten b),
- das Recht auf (Hoch-)Schulbildung gem. Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK (unten c),
- die drei zentralen Instrumente der UN-Behindertenrechtskonvention zur Schaffung eines inklusiven Bildungssystems (insbesondere angemessene Vorkehrungen gem. Art. 24 Abs. 5 UN-BRK; unten d) und
- zwei flankierende Instrumente gem. Art. 4 Abs. 3, 24 Abs. 4 UN-BRK (unten e).

a) Begriffsverständnis von „Behinderung“, Art. 1 S. 2 UN-BRK

Die UN-Behindertenrechtskonvention prägt ein neues Verständnis von Behinderung; siehe dazu 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.“

„Behinderung“ ist also keine dem Menschen anhaftende persönliche Eigenschaft. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen der Beeinträchtigung des Menschen und seiner Behinderung:

- Die Beeinträchtigung liegt bei einer länger andauernden Regelwidrigkeit oder Funktionsstörung vor; insoweit greift ein medizinischer Maßstab.²¹
- Die Behinderung wirkt sich als Teilhabehindernis aus. Sie entsteht erst aus einer Wechselwirkung der Beeinträchtigung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren (so die Präambel lit. c).²² Insoweit gilt ein soziologischer Maßstab.²³

Als „Kernpunkt“ des gegenwärtigen Behinderungsbegriffs wird der zweitgenannte Aspekt der Wechselwirkung mit den verschiedenen Barrieren eingestuft, d. h. die Umweltfaktoren sind die maßgeblichen Bezugspunkte.²⁴ Mit gewisser Vergrößerung kann das Begriffsverständnis dabei wie folgt umrissen werden: Behinderung (Teilhabehindernis) = Beeinträchtigung plus Barrieren.

Die UN-Behindertenrechtskonvention verzichtet auf eine abschließende Definition von Behinderung,²⁵ verweist vielmehr auf die Entwicklungsoffenheit des Begriffs von Behinderung (so die Präambel lit. c). Diese begriffliche Offenheit betrifft zunächst die erste Komponente, d. h. die Beeinträchtigung. Auf deren Ursachen kommt es nicht an.²⁶ Die Entwicklungsoffenheit knüpft insbesondere an die zweite Komponente (das Teilhabehindernis) an: Der Behinderungsbegriff entwickelt sich somit fortlaufend weiter und passt sich an die jeweiligen gesellschaftlichen Entwicklungen an.²⁷ Daher ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob eine Beeinträchtigung der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe vorliegt.²⁸

21 BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815).

22 So deutlich Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 1 Rn. 4.

23 BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815).

24 Bechtolf, ZESAR 2018, 118 (119).

25 Uerpmann-Wittzack, AVR 54 (2016), 181 (188): Teildefinition; Bechtolf, ZESAR 2018, 118 (119).

26 LSG Berlin-Bbg., Urteil vom 26. 4. 2018 – L 33 R 964/15, juris Rn. 42.

27 BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815).

28 BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815).

Der Behinderungsbegriff ist umfassend. Auf Art und Grad der Beeinträchtigung kommt es nicht an.²⁹ Chronische Erkrankungen führen zu einer Behinderung, sofern die gesellschaftliche Teilhabe beeinträchtigt wird.³⁰ Auch psychisch kranke oder suchtkranke Personen können Menschen mit Behinderungen i. S. v. Art. 1 Abs. 2 UN-BRK sein.³¹

b) (Allgemeines) Diskriminierungsverbot, Art. 5 Abs. 2 UN-BRK

Nach Art. 5 Abs. 2 UN-BRK verbieten die Vertragsstaaten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen. Das Verbot der Diskriminierung ist ein Kernelement der UN-Behindertenrechtskonvention.³² Ihm „liegt die Erkenntnis zugrunde, dass behinderte Menschen oft gleichermaßen qualifiziert sind wie Nichtbehinderte, eine Tätigkeit auszuüben, wenn die Bedingungen der Tätigkeit, ihr Kontext oder ihr Umfeld an die individuelle Beeinträchtigung der behinderten Person angepasst werden.“³³

aa) Was heißt Diskriminierung?

Unter einer Diskriminierung aufgrund von Behinderung ist gem. Art. 2 Folgendes zu verstehen:

„jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“

Die Definition von Diskriminierung in Art. 2 UN-BRK nimmt u. a. die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte in Bezug, somit auch das Recht auf (Hochschul-)Bildung gem. Art. 13 IPwskR.

bb) Insbesondere: mittelbare und unbeabsichtigte Diskriminierungen

Diskriminierung wird dabei umfassend verstanden: Erfasst werden unmittelbare oder mittelbare, intendierte oder unbeabsichtigte Diskriminierungen durch aktives Tun oder durch Unterlassen.³⁴

Das Prüfungswesen liefert Beispiele für drohende mittelbare Diskriminierungen: So mag die Prüfungsdauer einer Klausur für alle Teilnehmer gleich lang sein. Wer schreibbehindert ist, hat aber größere Schwierigkeiten, die Zeitvorgabe einzuhalten. Beabsichtigt ist diese Benachteiligung nicht. Dennoch läge bei ausnahmsloser Anwendung der Prüfungsdauer auf alle Teilnehmer eine Diskriminierung schreibbehinderter Prüflinge vor, obwohl die Festsetzung der Prüfungsdauer keinen Diskriminierungszweck verfolgt.

29 Loytved, SGB 2018, 86.

30 BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815).

31 BVerfG, Urteil vom 24. 7. 2018 – 2 BvR 309/15 –, juris Rn. 90 (= NJW 2018, 2619).

32 Deutlich Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 2 Rn. 7, Art. 5 Rn. 10.

33 Degener, RdJB 2009, 200 (205).

34 Näher Aichele/Althoff, in: Welke, UN-BRK, 2012, Artikel „Nichtdiskriminierung“, Rn. 13 ff.

cc) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, die an eine Behinderung anknüpfen, nur bei zwingendem Grund

Können (unmittelbare oder mittelbare) Ungleichbehandlungen, die an eine Behinderung anknüpfen, ausnahmsweise gerechtfertigt werden?

Die UN-Behindertenrechtskonvention sieht keine ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe vor. Das steht der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen indessen nicht von vornherein entgegen. So könnte man nach dem Vorbild der Rechtsprechung des EGMR zum Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK bei einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung davon ausgehen, dass dann keine Diskriminierung i. S. d. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK vorliegt.³⁵ Denkbar ist ferner, dass man – parallel zum deutschen Verfassungsrecht – immanente Konventionsrechtsschranken, d. h. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe annimmt.³⁶

Wenngleich der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Rechtfertigungstatbestände, soweit ersichtlich, nicht anerkannt hat, gehen die (deutsche) Literatur und wohl auch die Staatenpraxis von Rechtfertigungsmöglichkeiten aus.³⁷ Rechtfertigungsgründe können der Schutz der betroffenen Personen³⁸ sowie andere legitime (Gemeinwohl-)Belange sein. Es genügt aber nicht das schlichte Vorliegen eines legitimen Belangs, d. h. eines sachlichen Grundes. Hinzutreten muss die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung.³⁹ Berücksichtigt man, dass die UN-Behindertenrechtskonvention keinen ausdrücklichen Rechtfertigungstatbestand für Ungleichbehandlungen kennt, spricht viel für strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit: Nur bei zwingender Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung liegt keine verbotene Diskriminierung vor.⁴⁰ Hierfür trägt der Staat die Darlegungs- und Beweislast.⁴¹ Fehlende Ressourcen können in der Regel eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen.⁴²

c) Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK

Nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 UN-BRK anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein inklusives⁴³ Bildungs-

35 EGMR, Urteil vom 29. 4. 2002 – 2346/02, Rn. 88 (= NJW 2002, 2851 [2855]).

36 Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195).

37 Aichele/Althoff, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. „Nichtdiskriminierung“, Rn. 9 f.; Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195). – Hinweise zur Staatenpraxis finden sich bei UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 3 (im Internet erhältlich unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en).

38 Dieser Grund wird in der Staatenpraxis wohl häufig geltend gemacht. Hier droht freilich ein Paternalismus, der den Zielen der UN-BRK zuwiderläuft. Kritisch deshalb UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 3.

39 Aichele/Althoff, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. „Nichtdiskriminierung“, Rn. 9; Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195); ebenso mit Blick auf Art. 14 EMRK Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

40 Ebenso Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195).

41 Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195); ebenso mit Blick auf Art. 14 EMRK Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

42 So Aichele/Althoff, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. „Nichtdiskriminierung“, Rn. 10.

43 In der amtlichen deutschen Übersetzung des authentischen Konventionstextes wird die Formulierung „integratives Bildungssystem“ verwendet. Es besteht jedoch weitgehende Einigkeit, dass Art. 24 Abs. 1 UN-BRK auf ein inklusives Bildungssystem zielt (z. B. Kreutz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 24 Rn. 8; Krajewski/Bernhard, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 12). Deutsch ist ohnehin keine der verbindlichen Sprachfassungen der UN-BRK. Verbindlich sind u. a. die englische und spanische Fassung (Art. 50 UN-BRK); dort heißt es: „inclusive education system“ bzw. „un sistema de educación inclusivo“.

system auf allen Ebenen. Was unter „Gewährleistung“ zu verstehen ist, wird durch den UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen wie folgt zusammengefasst:⁴⁴

„Die Gewährleistungspflicht erfordert die Ergreifung von Maßnahmen, die Personen mit Behinderungen in die Lage versetzen und ihnen helfen, das Recht auf Bildung auszuüben; dazu gehört zum Beispiel, dass Bildungsinstitutionen zugänglich sind und dass Bildungssysteme entsprechend angepasst und hierfür die notwendigen Ressourcen und Hilfen angeboten werden.“

Der Hochschulbereich wird sodann explizit in Art. 24 Abs. 5 UN-BRK in den Blick genommen:

„Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung ... haben. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden.“

Der gleichberechtigte „Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung“ erfasst nicht nur die Hochschulzulassung, sondern sämtliche Veranstaltungen und Prüfungen der Hochschulbildung.⁴⁵

Art. 24 Abs. 5 UN-BRK verlangt den Zugang zur Hochschulbildung „ohne Diskriminierung“ und ggf. „angemessene Vorkehrungen“. Parallele Vorgaben finden sich allgemein für den Bildungsbereich in Art. 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 lit. c UN-BRK.

Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK enthält mithin in Konturierung von Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ein spezielles Diskriminierungsverbot.

d) Drei zentrale Instrumente der UN-Behindertenrechtskonvention zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen einschließlich der Hochschulen

Der vorstehend zitierte Art. 24 Abs. 5 S. 2 UN-BRK nennt explizit die angemessenen Vorkehrungen als ein Instrument zur Sicherstellung des diskriminierungsfreien und gleichberechtigten Zugangs zur allgemeinen Hochschulbildung. Zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen stellt die UN-Behindertenrechtskonvention drei zentrale Instrumente zur Verfügung:

- allgemeine Anpassungen des Bildungssystems an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen (ex ante-Maßnahmen; dazu unten bb),
- angemessene Vorkehrungen im Einzelfall (ex nunc-Maßnahmen; dazu unten aa),
- besondere Maßnahmen zwecks tatsächlicher Gleichberechtigung (positive Diskriminierung; unten cc).

44 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 39; im Internet erhältlich unter https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD_Allgemeine_Bemerkung_Nr4_zum_Recht_auf_inklusive_Bildung.pdf. – Zur Bedeutung und Wirkung der Bemerkungen des UN-Ausschusses siehe unten B. I. 5. d).

45 Näher entfaltet wird das Zugangsrecht gem. Art. 24 Abs. 5 UN-BRK jedoch nicht. Dieser Bestimmung fehlen die Präzisierungen, wie sie insbesondere Absatz 2 enthält, der im Wesentlichen auf den Schulbereich zugeschnitten ist; näher unten B. I. 2. 3. c) aa).

aa) Angemessene Vorkehrungen im Einzelfall, Art. 2, 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 UN-BRK

Solange Inklusion im Bildungswesen noch nicht vollständig verwirklicht ist, kommt den angemessenen Vorkehrungen⁴⁶ die wohl wichtigste Rolle zu. Nicht ohne Grund werden diese deshalb in Art. 24 Abs. 5 S. 2 UN-BRK gesondert genannt. Angemessene Vorkehrungen zielen darauf, dass Menschen mit Behinderungen nicht nur rechtlich, sondern im Einzelfall auch tatsächlich gleichgestellt sind. Werden angemessene Vorkehrungen versagt, liegt gem. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK eine unzulässige Diskriminierung vor.

(1) Was sind angemessene Vorkehrungen?

Was ist unter angemessenen Vorkehrungen zu verstehen? Eine erste Antwort gibt die Begriffsbestimmung in 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 ...“

Durch die Formulierung „in einem bestimmten Fall“ wird deutlich, dass die notwendigen Vorkehrungen auf einen Einzelfall bezogen sind, also eine konkret-individuelle Zielrichtung haben.⁴⁷ Die Vorkehrung stellt sich als Änderung und/oder Anpassung allgemeiner Regelungen an die spezifischen Bedürfnisse in einem Einzelfall dar. Nachteilsausgleiche in Prüfungen können angemessene Vorkehrungen sein.⁴⁸

(2) Anforderungen an angemessene Vorkehrungen

Es genügt nicht irgendeine Änderung oder Anpassung. Die angemessene Vorkehrung muss vielmehr „notwendig und geeignet“ sein. Wie kann im Einzelfall bestimmt werden, was „notwendig und geeignet“ ist? Insoweit wird in der Literatur der vorkehrungsverpflichteten Stelle eine Einschätzungsprärogative zubilligt.⁴⁹ Die Einschätzung ist am ehesten dann tragfähig, wenn der betroffene Mensch mit Behinderungen in die Entscheidungsfindung einbezogen wird. Der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen führt hierzu Folgendes aus:⁵⁰

„Reasonable accommodation must be negotiated with the applicant(s). ... Reasonable accommodations requires the duty bearer to enter into dialogue with the individual with a disability.“

46 Zur Entstehung des Konzepts der allgemeinen Vorkehrungen siehe Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (195); Welte, Sozialer Fortschritt 2015, 267 (269).

47 Aichele/Althoff, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. „Nichtdiskriminierung“ Rn. 51; Welte, Sozialer Fortschritt 2015, 267 (269).

48 Eikötter, NordÖR 2015, 53 (58); Rabe-Rosendahl, DVfR – Fachbeitrag A3-2019, 1 (3 f.); Selbmann, SächsVBl. 2015, 285 (291); vgl. auch VG Dresden, Beschluss vom 19. 6. 2018 – 5 L 152/18, juris Rn. 27 – zu Nachteilsausgleichen und Notenschutz in Schulen: „Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 BRK beinhaltet zugleich die allgemeingültige Verpflichtung zur Gewährung angemessener Vorkehrungen im Sinne von der Behinderung angemessener Änderungen und Anpassungen zur Gewährleistung der Teilhabe (Art. 2 Gedankenstrich 2 und 3 BRK, Art. 5 Abs. 3 BRK).“

49 Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (208); siehe zur Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Hinlänglichkeit eines Nachteilsausgleichs unten D. IV. 2.

50 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 24 (zur Internetfundstelle siehe Fn. 37).

Die Forderung nach einer „Verhandlung“ dürfte zu weit gehen, weil die jeweilige staatliche Stelle die Entscheidung trifft, welche Vorkehrung getroffen wird. Sie muss aber die Betroffenen in die Entscheidungsfindung auf Augenhöhe einbeziehen. Verwaltungsverfahrensrechtlich bietet sich hierfür eine Parallele zum sog. „Benehmen“ an, d. h. die Entscheidung über das „wie“ eines Nachteilsausgleichs wird durch das Prüfungsamt im Benehmen mit dem Prüfling getroffen (dazu unten F. II 1. a).

(3) Grenzen der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen

Die Pflicht, Vorkehrungen zu treffen, entfällt, wenn diese zu einer unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastung führen (Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK). Wann ist diese Grenze erreicht? Der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen bietet eine sehr allgemeine Erläuterung:⁵¹

“Disproportionate or undue burden” should be understood as a single concept that sets the limit of the duty to provide reasonable accommodation. Both terms should be considered synonyms insofar as they refer to the same idea: that the request for reasonable accommodation needs to be bound by a possible excessive or unjustifiable burden on the accommodating party; ...”

Eine abstrakte Bestimmung der Grenze ist nicht möglich. Sie kann nur im jeweiligen Einzelfall unter abwägender Berücksichtigung aller Umstände bestimmt werden.⁵² Der UN-Ausschuss führt hierzu aus:⁵³

„Any justification of the denial of reasonable accommodation must be based on objective criteria and analysed and communicated in a timely fashion to the person with a disability concerned. The justification test in reasonable accommodation is related to the length of the relationship between the duty bearer and the rights holder.”

In die Abwägung einzustellen ist insbesondere das Ausmaß der Diskriminierung. Weitere Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Verpflichtungsgrenze bieten Regelungen ähnlicher Zielrichtung, etwa Art. 5 RL 2000/78/EG, § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX.⁵⁴ Die Darlegungs- und Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit und Unbilligkeit trifft den Vertragsstaat.⁵⁵

bb) Allgemeine Anpassung an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen, Art. 2, 4 Abs. 2, 9 UN-BRK

Bezogen auf das Ziel der Inklusion sind angemessene Vorkehrungen immer nur das Mittel zweiter Wahl. Das gilt auch für Nachteilsausgleiche: Die betroffene Person muss den Nachteilsausgleich beantragen, verlangt und erhält eine auf sie individuell zugeschnittene Behandlung, wird also quasi „verbesondert“. Ihre Gleichberechtigung wird nachträglich hergestellt, indem „ex nunc“ eine sie behindernde Barriere beseitigt wird oder ihr eine adäquate Überwindung ermöglicht wird. Sie kann aber ihre Rechte nicht von vornherein völlig selbstverständlich und gleich-

51 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 25 b (zur Internetfundstelle siehe Fn. 37).

52 Welte/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (321).

53 AaO Rn. 27.

54 Siehe zu Art. 5 RL 2000/78/EG unten B. II. 2. b) aa) (2), zu § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX unten B. IV. 3. c).

55 Welte/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (321).

berechtigt wahrnehmen. Das könnte sie aber, wenn schon im Vorhinein (ex ante) alles im Allgemeinen so hergerichtet und organisiert ist, dass auch ihren spezifischen Bedürfnissen Rechnung getragen wird.⁵⁶

Zwei Beispiele zur Erläuterung seien genannt: Eine Schülerin erfüllt alle Voraussetzungen für den Besuch einer Schule, scheitert aber an der fehlenden Rampe. Die für sie installierte Rampe ist eine angemessene Vorkehrung. Inklusiv wäre die Schule, wenn von vornherein für alle die Barrierefreiheit (u. a. in Form von Rampen) gegeben wäre.⁵⁷ – Ein Student mit Schreibbehinderung, die sich nur beim Schreiben mit der Hand, jedoch nicht beim Schreiben am PC auswirkt, erhält den Nachteilsausgleich, einen PC benutzen zu dürfen. Der Nachteilsausgleich wäre nicht nötig, wenn ohnehin alle Prüflinge die Möglichkeit hätten, die Prüfung PC-gestützt abzulegen.

Von der angemessenen Vorkehrung i. S. d. Art. 2, 5 Abs. 2 UN-BRK sind mithin abstrakt-generelle Maßnahmen zu unterscheiden, welche Inklusion ermöglichen, ohne dass auf angemessene Vorkehrungen zugegriffen werden muss. Insoweit geht es um eine allgemeine Anpassung an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen. Durchaus möglich ist, dass angemessene Vorkehrungen für einen Einzelfall später in allgemeine Maßnahmen münden (im vorgenannten Beispiel: die Rampe).⁵⁸

Die UN-Behindertenrechtskonvention kennt einige Ansätze zu derartigen vorgelagerten allgemeinen Maßnahmen.

(1) Zugänglichkeit (Barrierefreiheit), Art. 3 lit. f, Art. 9 UN-BRK

Bereits erwähnt wurde die Pflicht zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen gem. Art. 24 Abs. 1 S. 2 UN-BRK (oben c). Soweit Hochschulen noch nicht inklusiv ausgestaltet sind, müssen sie an die Bedürfnisse der Studierenden mit Behinderungen angepasst werden. Zur Anpassung zählt insbesondere die Schaffung und Sicherung von Zugänglichkeit (Barrierefreiheit), was gesondert gem. Art. 3 lit. f. und Art. 9 UN-BRK gefordert wird.

Barrierefreiheit stellt sich als einzelfallunabhängige allgemeine (abstrakt-generelle) Maßnahme dar.⁵⁹ Zugänglichkeit ist in erster Linie auf den „Zugang zur physischen Umwelt, zu Transportmitteln, Information und Kommunikation“ gerichtet (vgl. Art. 9 Abs. 1 UN-BRK), reicht aber darüber hinaus, wie der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen ausgeführt hat:⁶⁰

„Nach Artikel 9 des Übereinkommens ... müssen Bildungsinstitutionen und -programme ohne Diskriminierung für alle zugänglich zur Verfügung stehen. Das gesamte Bildungssystem muss zugänglich sein. Dies schließt Gebäude, Information und Kommunikation ..., Lehrpläne, Unterrichtsmaterialien, Lehrmethoden, Beurteilungsverfahren ... mit ein.“

56 Zur Unterscheidung ex nunc – ex ante siehe UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 24 (zur Internetfundstelle siehe Fn. 37).

57 Siehe Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 4 Rn. 30, Art. 5 Rn. 17.

58 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 24.

59 Welte, Sozialer Fortschritt 2015, 267 (269); Welte/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (322).

60 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 22. – Hervorhebung nicht im Original (zur Internetfundstelle siehe Fn. 44).

Zugänglichkeit bzw. Barrierefreiheit betreffen also auch den Prüfungsbereich. Allerdings beschreibt die Barrierefreiheit gem. Art. 9 UN-BRK eher ein Ziel, das nach und nach zu erreichen ist.⁶¹

(2) Universelles Design, Art. 2 UAbs. 5 UN-BRK

Anzuführen ist des Weiteren das Konzept des universellen Designs gem. Art. 2 UAbs. 5 UN-BRK; darunter ist Folgendes zu verstehen:

„ein Design von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von allen Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können. ‚Universelles Design‘ schließt Hilfsmittel für bestimmte Gruppen von Menschen mit Behinderungen, soweit sie benötigt werden, nicht aus.“

Prüfungen können wohl als Dienstleistungen i. S. d. Art. 2 UAbs. 5 UN-BRK eingestuft werden. Das Konzept des universalen Designs schlägt sich im weiteren Konventionstext allerdings nur an wenigen Stellen ausdrücklich nieder. So sind die Vertragsstaaten gem. Art. 4 Abs. 1 lit. f UN-BRK verpflichtet, Forschung und Entwicklung für (u. a.) Dienstleistungen in universellem Design,

„die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen mit möglichst geringem Anpassungs- und Kostenaufwand gerecht werden, zu betreiben oder zu fördern, ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und sich bei der Entwicklung von Normen und Richtlinien für universelles Design einzusetzen ...“

Art. 4 Abs. 1 lit. f. UN-BRK beschreibt eine sog. allgemeine Verpflichtung. Sie muss bei allen Entscheidungen von Gesetzgeber und Verwaltung mit Inklusionsrelevanz mitbedacht werden,⁶² belässt der öffentlichen Hand jedoch beträchtliche Gestaltungsspielräume.

(3) Maßnahmen zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, Art. 4 Abs. 2 UN-BRK

Art. 4 Abs. 2 UN-BRK benennt schließlich eine weitere allgemeine Verpflichtung aller Unterzeichnerstaaten:

„Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel ... Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“

Die Formulierung „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ zielt insbesondere auf den schon genannten UN-Sozialpakt, somit auch auf das Recht auf (Hochschul-)Bildung gem. Art. 13 IPwskR. Dieses Recht soll „nach und nach“ verwirklicht werden. Damit enthält Art. 4 Abs. 2 UN-BRK einen Progressionsvorbehalt.⁶³ Der Progressionsvorbehalt wird allerdings durch den Zusatz am Absatzende („unbeschadet...“) wiederum eingeschränkt. Angesprochen sind damit die

61 In diesem Sinne die Bundesregierung, BT-Drs. 16/10808, S. 51; ähnlich *Trenk-Herberger*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 9 Rn. 3, 5; *Welti*, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. 9 Rn. 4.

62 *Lachwitz*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 4 Rn. 1.

63 *Lachwitz*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 4 Rn. 24.

schwierigen Fragen der unmittelbaren Anwendbarkeit der UN-Behindertenrechtskonvention (dazu unten B. I. 3.).

cc) Besondere Maßnahmen zur Herbeiführung tatsächlicher Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen (positive Diskriminierung), Art. 5 Abs. 4 UN-BRK

Von angemessenen Vorkehrungen und von den allgemeinen Anpassungsmaßnahmen zu unterscheiden sind schließlich

„besondere Maßnahmen, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen erforderlich sind“ (so Art. 5 Abs. 4 UN-BRK).

Diese besonderen Maßnahmen ermöglichen eine punktuelle rechtliche Besserstellung von Menschen mit Behinderungen, um angesichts historischer oder struktureller Benachteiligungen deren tatsächliche Gleichstellung herbeizuführen.⁶⁴ Im Vordergrund stehen allgemeine (abstrakt-generelle) Regelungen.⁶⁵ Beispielhaft für das Arbeitsleben sind Quotenregelungen oder Vorgaben, dass bei gleicher Qualifikation Menschen mit Behinderungen bevorzugt eingestellt werden.⁶⁶

Es handelt sich mithin um eine positive Diskriminierung (affirmative action), welche gem. Art. 5 Abs. 4 UN-BRK jedoch nicht als Diskriminierung i. S. d. Diskriminierungsverbotes gewertet wird, also zulässig ist.

e) Zwei flankierende Instrumente der UN-Behindertenrechtskonvention zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen einschließlich der Hochschulen

Die UN-Behindertenrechtskonvention stellt noch zwei flankierende Instrumente zur Verfügung, um Inklusion im Bildungswesen zu fördern.

aa) Aktive Einbeziehung von Organisationen, welche Menschen mit Behinderungen vertreten, Art. 4 Abs. 3 UN-BRK

Gem. Art. 4 Abs. 3 UN-BRK müssen Organisationen, welche Menschen mit Behinderungen vertreten, in alle Entscheidungsprozesse, die Menschen mit Behinderungen betreffen, aktiv einbezogen werden. Die Vorschrift betrifft ausweislich ihres Wortlautes insbesondere die Ausarbeitung und Umsetzung von Rechtsvorschriften und politischen Konzepten zur Durchführung der UN-Behindertenrechtskonvention.

Das kann auch für den Hochschulbereich relevant werden, z. B. bei der Novellierung der Vorschriften zum Nachteilsausgleich in einem Hochschulgesetz. Organisationen, welche die Interessen von Menschen mit Behinderungen vertreten, müssen dann in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen werden, insbesondere bei Anhörungen.

64 Vgl. UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 25 (zur Internetfundstelle siehe Fn. 37).

65 Vgl. *Welti*, Sozialer Fortschritt 2015, 267 (269); *Welti/Frankenstein/Hlava*, SGB 2019, 317 (321).

66 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 25, 28.

Entscheidungen im Einzelfall dürften indessen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 3 UN-BRK fallen. Eine Pflicht zur Beteiligung des Behindertenbeauftragten bei der Entscheidung über einen Nachteilsausgleich lässt sich also nicht schon aus Art. 4 Abs. 3 UN-BRK ableiten. Diese Beteiligung im Einzelfall ist auch keine angemessene Vorkehrung. So hat das LArbG Berlin-Brandenburg zu einem arbeitsrechtlichen Sachverhalt entschieden, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung als solche keine angemessene Vorkehrung sei. Ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung angemessener Vorkehrungen schreiben weder die Richtlinie noch die UN-Behindertenrechtskonvention vor.⁶⁷

bb) Schulung von Fachkräften, Art. 4 Abs. 1 lit. i, Art. 24 Abs. 4 UN-BRK

Fachkräfte sowie alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf allen Ebenen des Bildungswesens – mithin auch an Hochschulen – sollen geschult werden, um zur Verwirklichung des Rechts auf (Hochschul-)Bildung beizutragen. Diese Schulung dient insbesondere der Bewusstseins-schärfung (Art. 24 Abs. 4 UN-BRK).

3. Unmittelbare Wirkung der UN-Behindertenrechtskonvention?

Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für den Nachteilsausgleich ist dann besonders groß, wenn und soweit sie unmittelbare Wirkung entfaltet, sodass betroffene Studierende sich unmittelbar auf sie berufen können. Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der UN-Behindertenrechtskonvention wird seit längerem kontrovers diskutiert. Eine Antwort auf diese Frage fällt schon deshalb nicht leicht, weil die Problemlage komplex ist, was eine sorgfältige Absichtung der einzelnen Aspekte und Vorfragen erfordert.

a) Voraussetzungen unmittelbarer innerstaatlicher Wirkung der UN-Behindertenrechtskonvention

Die UN-Behindertenrechtskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Völkerrechtliche Verträge verpflichten zunächst die Bundesrepublik als Vertragspartei gegenüber ihren Vertragspartnern. Von dieser Verpflichtung im Außenverhältnis ist die innerstaatliche Geltung zu unterscheiden. Unmittelbare innerstaatliche Geltung – relevant dann für jeden Rechtsanwender, insbesondere Behörden und Gerichte – können völkerrechtliche Verträge unter bestimmten Voraussetzungen erlangen.⁶⁸

- Nötig ist – erstens – ein innerstaatlicher Rechtsanwendungsbefehl (unten b). Dieser ist zu meist dem Zustimmungsgesetz zu entnehmen.⁶⁹
- Unmittelbare Geltung erlangen die Vertragsregelungen – zweitens – nur dann, wenn die einzelne Bestimmung hinreichend bestimmt ist, sodass sie aus sich heraus und ohne weitere

67 LArbG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. 5. 2018 – 23 TaBV 1699/17 –, juris Rn. 53.

68 Mit Blick auf die UN-BRK z. B. BayLSG, Urteil vom 12. 4. 2018 – L 8 SO 227/15, juris Rn. 74; SG Hamburg, Urteil vom 4. 12. 2018 – S 28 SO 279/14, juris Rn. 11; *Heinz*, ZFSH/SGB 2016, 7 (11); *Röhl*, jM 2016, 461 (462).

69 BVerfGE 111, 307 (316 f.); *Dederer*, in: Uhle, Kinder im Recht, 2019, S. 298 (307).

Rechtsakte anwendbar ist (self executing; unten c).⁷⁰ Das muss für jede Norm gesondert ermittelt werden.⁷¹

- Schließlich muss – drittens – nach dem Rechtscharakter der Norm unterschieden werden: Verpflichtet sie nur (objektiv) den Staat oder ist sie darüber hinaus nach ihrem Wortlaut, Zweck und Inhalt darauf gerichtet, dem Einzelnen subjektive Rechte zu verschaffen (unten d)?⁷²

In der Rechtsprechung sind diese Voraussetzungen mit Blick auf die UN-Behindertenrechtskonvention unlängst wie folgt zusammengefasst worden:⁷³

„Subjektive Ansprüche für behinderte Menschen vermittelt die UN-Behindertenrechtskonvention indes nur, soweit sie unmittelbar anwendbar („self-executing“) ist. Die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertragsrechtlicher Bestimmungen setzt voraus, dass die Bestimmung alle Eigenschaften besitzt, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben muss, um Einzelne berechtigen oder verpflichten zu können ... Dafür muss ihre Auslegung ergeben, dass sie geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, ohne dass es einer weiteren normativen Ausfüllung bedarf ... Ist eine Regelung – objektiv-rechtlich – unmittelbar anwendbar, muss sie zusätzlich auch ein subjektives Recht des Einzelnen vermitteln ...“

b) Innerstaatlicher Rechtsanwendungsbefehl

Zugestimmt hat zunächst der Bundesgesetzgeber (Art. 59 Abs. 2 GG). Das Zustimmungsgesetz des Bundes begründet eine gesamtstaatliche Verpflichtung gegenüber den Vertragspartnern. Art. 4 Abs. 5 UN-BRK stellt klar, dass die Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention ohne Einschränkung für alle Teile eines Bundesstaates gelten. Der Bund ist außenrechtlich seinen Vertragspartnern gegenüber verantwortlich, dass die Gliedstaaten den Vertrag erfüllen.⁷⁴

Davon zu unterscheiden ist, ob der Bund durch sein Zustimmungsgesetz einer völkervertraglichen Bestimmung innerstaatliche Anwendbarkeit verschaffen kann, wenn die Bestimmung nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zu den Landeskompetenzen zählt. Der Bund hat eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Hochschulabschlüsse (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG). Die Länder haben wiederum eine Abweichungskompetenz (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 GG). Das Prüfungsrecht dürfte nicht vom Kompetenztitel „Hochschulabschlüsse“ erfasst sein, sodass es sich um eine Landeskompetenz handelt.

Nach verbreiteter Auffassung in der Rechtsprechung gilt bei völkervertraglichen Bestimmungen aus dem Bereich der Landeskompetenzen Folgendes: Das Zustimmungsgesetz des Bundes verschafft einem völkerrechtlichen Vertrag nur in dem Umfang innerstaatliche Geltung, wie die Bundesgesetzgebungskompetenz für die inhaltlichen Regelungen reicht. Soweit es um Landes-

70 BayLSG, Urteil vom 12. 4. 2018 – L 8 SO 227/15, juris Rn. 75 (zu Art. 19 UN-BRK); SG Hamburg, Urteil vom 4. 12. 2018 – S 28 SO 279/14, juris Rn. 11.

71 *Rossa*, Kinderrechte, 2014, S. 62; *Nieding*, SDSRV 66 (2015), 77 (81).

72 LSG Berlin-Bbg., Urteil vom 26. 4. 2018 – L 33 R 964/15, juris Rn. 55; *Heinz*, ZFSH/SGB 2016, 7 (11).

73 LSG Berlin-Bbg., Urteil vom 26. 4. 2018 – L 33 R 964/15, juris Rn. 55; ebenso BayLSG, Urteil vom 12. 4. 2018 – L 8 SO 227/15, juris Rn. 75; LSG BW, Urteil vom 22. 2. 2018 – L 7 SO 3516/14, juris Rn. 65.

74 *Dederer*, in: Uhle, Kinder im Recht, 2019, S. 287 (306); *Schmahl*, JuS 2018, 737 (739).

materien geht, wäre dann ein Landesgesetz nötig, um die entsprechenden Regelungen des völkerrechtlichen Vertrages in das innerstaatliche Recht zu transformieren.⁷⁵

Folgt man dieser Ansicht, wofür nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung viel spricht, wäre also für jedes Land gesondert zu klären, ob ein landesrechtlicher Rechtsanwendungsbefehl gegeben ist. Ein solcher kann ausdrücklich erteilt werden.⁷⁶ Möglich ist auch ein konkludenter Rechtsanwendungsbefehl, der z. B. dann vorliegt, wenn der Landesgesetzgeber bei der Novellierung seines Hochschulgesetzes die UN-Behindertenrechtskonvention im Blick hatte.

c) Self executing-Charakter

Kommt den Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention self executing-Charakter zu? Diese Frage ist für jede Bestimmung gesondert zu prüfen und zu beantworten.⁷⁷

aa) Recht auf (Hochschul-)Bildung, Art. 24 Abs. 1, 5 UN-BRK

Gegen den self executing-Charakter von Art. 24 UN-BRK spricht zunächst eine Aussage aus der UN-Behindertenrechtskonvention selbst: Gem. Art. 4 Abs. 2 1. Halbs. UN-BRK ist jeder Vertragsstaat verpflichtet,

„hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ... unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel ... Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen.“

Art. 24 UN-BRK zählt zu diesen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten. Das Recht auf Hochschulbildung soll also „nach und nach“ verwirklicht werden. Diese Pflicht steht mithin unter einem Progressionsvorbehalt. Beides belässt den Vertragsstaaten Umsetzungsspielräume, welche einem self executing-Charakter entgegenstehen.

Allerdings weist Art. 4 Abs. 2 2. Halbs. darauf hin, dass es auch im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte Bestimmungen geben kann, welche „nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“. Zählt das Recht auf (Hochschul-)Bildung gem. Art. 24 Abs. 1 und 5 zu diesen sofort – und nicht erst „nach und nach“ – anwendbaren Rechten?

Mit dieser Frage haben sich Rechtsprechung und Literatur schon wiederholt befasst. Einige Stimmen in der Literatur bejahen die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK,⁷⁸

75 BVerwG, Beschluss vom 18. 1. 2010 – 6 B 52/09, juris Rn. 4; HessVGH, Beschluss vom 12. 11. 2009 – 7 B 2763/09, juris Rn. 7 ff., insbesondere 17 f. (= NVwZ-RR 2010, 602 [603]); OVG Nds., Beschluss vom 2. 10. 2012 – 8 LA 209/11, juris Rn. 13 und Beschluss vom 16. 9. 2010 – 2 ME 278/10, juris Rn. 13; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 21. 4. 2010 – 4 K 3823/08, juris Rn. 67; offenlassend BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 39 (= NVwZ 2016, 541 [544]); ebenso Poscher/Rux/Langer, Von der Integration zur Inklusion, 2008, S. 19; a. A. Krajewski/Bernhard, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 9; Dederer, in Uhle, Kinder im Recht, 2019, S. 287 (308 Fn. 77).

76 Z. B. „Erstes Gesetz zur Umsetzung der VN-Behindertenrechtskonvention in den Schulen (9. Schulrechtsänderungsgesetz) vom 5. November 2013 (GV. NRW. S. 618)“ oder § 1 Abs. 1 Inklusionsgrundsatzgesetz Nordrhein-Westfalen vom 14. 6. 2016 (IGG NRW, GV. NRW. S. 441): „In Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte der Menschen mit Behinderungen (BGBl. 2008 II S. 1420; UN-Behindertenrechtskonvention) verankert dieses Gesetz Grundsätze für Nordrhein-Westfalen, die den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen fördern, schützen und gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde fördern.“

77 Rossa, Kinderrechte, 2014, S. 62; Nieding, SDSRV 66 (2015), 77 (81).

78 Z. B. Krajewski/Bernhard, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 24 (differenzierend); Marwege, Legasthenie und Dyskalkulie in der Schule, 2013, S. 231; Riedel/Arend, NVwZ 2010, 1346 ff.; Rux, RdJB 2009, 220; Schulte, br 2011, 41 (44); Selbmann, SächsVBl. 2015, 285 (287); Siehr/Wrase, RdJB 2014, 161 (173); in diese Richtung auch Rosenow, ASR 2015, 93 (95 f.).

während die Rechtsprechung mit Unterstützung anderer Literaturstimmen dieser Norm bislang den self executing-Charakter abgesprochen hat.⁷⁹ Deutliche Worte fand insbesondere das BVerwG:⁸⁰

„Diese Regelungen [= Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK] sind hier jedenfalls deshalb nicht unmittelbar anwendbar, weil ihnen die erforderliche Bestimmtheit fehlt. Sie enthalten Zielvorgaben für die Integration behinderter Menschen in das staatliche Schulsystem, verpflichten aber nicht zu konkreten behindertengerechten Modalitäten der Bewertung schulischer Leistungen und deren Dokumentation im Abschlusszeugnis.“

Bezogen auf das Recht auf Hochschulbildung gem. Art. 24 Abs. 5 UN-BRK ist zu berücksichtigen, dass diese Bestimmung in ihrer Regelungsdichte deutlich hinter Art. 24 Abs. 2 UN-BRK zurückbleibt⁸¹ – was zusätzlich gegen die Annahme von self executing-Charakter spricht.

bb) Diskriminierungsverbot, Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK

Anders gelagert ist die Situation beim Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK, dem, soweit ersichtlich, einhellig unmittelbare Wirkung attestiert wird.⁸² Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK enthalten in Bekräftigung von Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK ein spezielles Diskriminierungsverbot für den Bildungsbereich einschließlich der Hochschulen.⁸³ Soweit Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK ein Diskriminierungsverbot enthält, kommt ihm deshalb gleichfalls unmittelbare Wirkung zu.

Für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen bedeutet dies: Eine Prüfungsbestimmung kann sich als mittelbare Diskriminierung erweisen. Die Diskriminierung entsteht, wenn dem Prüfling angemessene Vorkehrungen in Form eines Nachteilsausgleichs verweigert werden (vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 2 UAbs. 4).⁸⁴ Der Staat ist verpflichtet, die Diskriminierung zu vermeiden. Er muss also ggf. angemessene Vorkehrungen treffen (hier: Nachteilsausgleich). Aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK lässt sich aber nicht ableiten, welche Vorkehrung getroffen wird. Bezogen auf den Nachteilsausgleich ist also zwischen dem „ob“ und dem „wie“ zu unterscheiden:

- 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“).⁸⁵

79 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 39 (= NVwZ 2016, 541 [544]); BayVerfGH, Entscheidung vom 19. 7. 2016 – 1-VII-16, juris Rn. 54; SächsVerfGH, NVwZ-RR 2014, 789 (791); BayVG, Beschluss vom 5. 10. 2015 – 7 ZB 15.768, juris Rn. 8 (= NVwZ-RR 2016, 51); VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 28; VG Karlsruhe, Urteil vom 4. 4. 2019 – 11 K 1830/18, juris Rn. 62; aus der Lit. ebenso z. B. *Ennuschat*, FS Stern, 2012, 711 (721 ff.); *ders.*, br 2015, 155 (156); *Luthe*, jM 2015, 190 (195); *Nieding*, SDRV 66 (2015), 77 (81, 82); *Roller*, SGB 2016, 17 (18); ähnlich *Bickenbach*, LKRZ 2015, 261 (266).

80 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 39 (= NVwZ 2016, 541 [544]).

81 *Kreutz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, UN-BRK, 2013, Art. 24 Rn. 22; *Krajewski/Bernhard*, in: *Welke*, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 32.

82 BSG, Urteil vom 8. 9. 2015 – B 1 KR 22/14 R, juris Rn. 23; Urteil vom 2. 9. 2014 – B 1 KR 12/13 R, juris Rn. 23; LSG Berlin-Bbg., Urteil vom 26. 4. 2018 – L 33 R 964/15, juris Rn. 57; BayLSG, Urteil vom 25. 4. 2018 – L 13 R 64/15, juris Rn. 41; VG Karlsruhe, Urteil vom 4. 4. 2019 – 11 K 1830/18, juris Rn. 60; VG SH, Urteil vom 7. 2. 2019 – 1 A 66/16, juris Rn. 32; *Kroworsch*, NDV 2015, 337 (339); *Luthe*, in: *SGB* 2013, 391 (393); *Roller*, NZS 2019, 368 (371); *Rosenow*, ASR 2015, 93 (97).

83 *Krajewski/Bernhard*, in: *Welke*, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 15

84 Oben B. I. 2. d) aa) (1).

85 In diesem Sinne wohl auch VG Dresden, Beschluss vom 19. 6. 2018 – 5 L 152/18, juris Rn. 27 – zum Notenschutz in Schulen: „Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 BRK beinhaltet zugleich die allgemeingültige Verpflichtung zur Gewährung angemessener Vorkehrungen im Sinne von der Behinderung angemessener Änderungen und Anpassungen zur Gewährleistung der Teilhabe (Art. 2 Gedankenstrich 2 und 3 BRK, Art. 5 Abs. 3 BRK).“

- Dem Staat verbleibt aber ein Ermessensspielraum, „wie“ er den Nachteil ausgleicht, welche Vorkehrung er trifft.⁸⁶ Die Vorkehrung muss lediglich angemessen sein. Nur im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null wäre ein Anspruch auf konkrete angemessene Vorkehrungen zu bejahen.⁸⁷

Insoweit entsteht eine Parallele zu den Wirkungen des verfassungsrechtlich verwurzelten prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit (unten B. III. 2., 3.).

d) Subjektiv-rechtlicher Charakter der Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention

Der subjektiv-rechtliche Charakter des Diskriminierungsverbotes ist zu bejahen. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK: Die Vertragsstaaten garantieren den Betroffenen wirksamen rechtlichen Schutz – was die Möglichkeit verlangt, sich mit eigenen Rechtsbehelfen gegen erlittene Diskriminierungen zu Wehr setzen zu können.⁸⁸ Soweit Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK ein spezielles Diskriminierungsverbot enthält, vermittelt dieses gleichfalls ein subjektives Recht.⁸⁹

4. Mittelbare Wirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention

Selbst bei Verneinung der unmittelbaren Geltung sind die Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Recht bedeutsam. Wegen des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung erfolgen Auslegung und Anwendung einer deutschen Rechtsnorm stets auch im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention.⁹⁰ Dies gilt sogar für Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes⁹¹ und insbesondere für die Anwendung des Nachteilsausgleichsinstrumentariums.⁹² Die UN-Behindertenrechtskonvention liefert deshalb Auslegungs- und Umsetzungsdirektiven und bedeutsame Impulse für die Ausgestaltung des Nachteilsausgleichsinstrumentariums.⁹³

86 Vgl. etwa BayVerfGH, Entscheidung vom 19. 7. 2016 – 1-VII-16, juris Rn. 54: „[A]us dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ergibt sich kein Anspruch auf bestimmte Maßnahmen zur Schaffung optimaler Bedingungen für die Integration Behinderter.“ – Siehe ferner VG SH, Urteil vom 7. 2. 2019 – 1 A 66/16, juris Rn. 32: Einschätzungsspielräume von Normgeber und Verwaltung, wie sie dem Fördergebot Rechnung tragen.

87 Das BayLSG, Urteil vom 9. 1. 2018 – L 15 BL 10/17, juris Rn. 61, scheint einen Anspruch auf bestimmte angemessene Vorkehrungen nicht schlechterdings auszuschließen: „Vorliegend braucht nicht entschieden zu werden, ob aus Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 UN-BRK auch ein unmittelbar anwendbarer Anspruch auf angemessene Vorkehrungen folgt, ob die durch das Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. 12. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. 12. 2008 (BGBl. II S. 1419) in innerstaatliches einfaches Bundesrecht transformierten völkerrechtlichen Regelungen der UN-BRK dem behinderten Menschen ein subjektiv-öffentliches Recht auf bestimmte Leistungen unabhängig von deren Ausgestaltung im sonstigen Bundesrecht einräumen...“.

88 Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 5 Rn. 14.

89 Krajewski/Bernhard, in: Welke, UN-BRK, 2012, Art. 24 Rn. 15.

90 Vgl. BVerfG, NJW 2019, 1201 (1206 Rn. 62 f.); NJW 2015, 3366 (3367 Rn. 15); Beschluss vom 22. 1. 2018 – 1 BvR 2616/17, juris Rn. 7 (= FamRZ 2018, 593); Beschluss vom 1. 2. 2018 – 1 BvR 1379/14, juris Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 23. 1. 2018 – 5 C 9/16, juris Rn. 16 (= NVwZ-RR 2018, 621); SG Hamburg, Urteil vom 4. 12. 2018 – S 28 SO 279/14, juris Rn. 11.

91 BVerfG, Beschluss vom 1. 2. 2018 – 1 BvR 1379/14, juris Rn. 14; Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 88 (= NJW 2017, 53); BVerwG, Urteil vom 23. 1. 2018 – 5 C 9/16, juris Rn. 16 (= NVwZ-RR 2018, 621); LSG Berlin-Bbg., Urteil vom 26. 4. 2018 – L 33 R 964/15, juris Rn. 57.

92 Eikötter, NordÖR 2015, 53 (58).

93 Eikötter, NordÖR 2015, 53 (58). – Zum Folgenden siehe Ennuschat, FS Stern, 2012, 711 ff.

a) Ausrichtung der Hochschule auf das Ziel der Inklusion

Von zentraler Bedeutung ist die Ausrichtung der UN-Behindertenrechtskonvention auf das Ziel der Inklusion. Für den Hochschulbereich bedeutet dies, zumindest im Ansatz: Nicht die Studierenden mit Behinderungen müssen sich der Hochschule, sondern die Hochschule hat sich ihre Studierenden mit Behinderungen anzupassen – auch in Prüfungen!

b) Freiheit, nicht sozialstaatliche Wohltat

Der UN-Behindertenrechtskonvention geht es nicht um Fürsorge, nicht um sozialstaatliche Wohltaten, sondern um Freiheit; siehe etwa Art. 4 Abs. 1 BRK: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern.“ Insbesondere im Bildungsbereich geht es darum, dass Menschen mit Behinderungen ihre Möglichkeiten, Fähigkeiten und Begabungen „voll zur Entfaltung bringen“ können (so Art. 24 Abs. 1 lit. a, b BRK).

c) Kein vorschneller Rückgriff auf den Vorbehalt des Möglichen

Der Vorbehalt des Möglichen bleibt zwar relevant.⁹⁴ Insoweit ist indessen zu unterscheiden zwischen den allgemeinen Maßnahmen zur Erreichung der Inklusion im Bildungsbereich (insbesondere Barrierefreiheit, universelles Design) und den angemessenen Vorkehrungen im Einzelfall.

Zunächst zu den allgemeinen Maßnahmen: Ein inklusives Bildungssystem verlangt u. a. bauliche und personelle Voraussetzungen, die nicht überall und sofort gegeben sind. Die Schaffung der Voraussetzungen erfordert wiederum den Einsatz finanzieller Mittel. Die finanziellen Ressourcen der öffentlichen Hand sind jedoch limitiert, während die Zahl förderungswürdiger Gemeinwohlbelange letztlich unbegrenzt ist. Vor diesem Hintergrund formuliert Art. 4 Abs. 2 UN-BRK einen Progressions- und Ressourcenvorbehalt: Die volle Verwirklichung der Rechte kann nur „nach und nach“ erreicht werden. Wenn sich die öffentliche Hand auf den Vorbehalt des Möglichen berufen will, gelten aber strenge Anforderungen, wie sich bereits aus Art. 4 Abs. 2 UN-BRK ergibt: Der Staat muss seine verfügbaren Mittel ausschöpfen. Der Vorbehalt des heute Möglichen darf keinesfalls das letzte Wort sein; siehe wieder Art. 4 Abs. 2 BRK: „nach und nach“ soll eben doch die volle Verwirklichung erreicht werden.

Viel strenger sind die Anforderungen, wenn es um Diskriminierungen im Einzelfall geht. Die UN-Behindertenrechtskonvention unterstreicht, dass eine diskriminierende Benachteiligung schon dann vorliegt, wenn angemessene Vorkehrungen zur Herstellung und Wahrung der Chancengleichheit ausbleiben (vgl. Art. 2 UAbs. 3 UN-BRK). Gerade für den Hochschulbereich sind angemessene Vorkehrungen gefordert (Art. 24 Abs. 5 S. 2 UN-BRK). Das Diskriminierungsverbot verlangt also ein aktives Tun von Gesetzgeber und Verwaltung, um bestehende Nachteile von Menschen mit Behinderungen auszugleichen. Hinsichtlich der angemessenen Vorkehrungen formuliert die UN-Behindertenrechtskonvention keinen Progressionsvorbehalt: Angemessene Vorkehrungen müssen also nicht erst „nach und nach“, sondern sofort getroffen werden. Diese Pflicht endet erst dann, wenn ihre Erfüllung zu einer unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastung führen würde (Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK).⁹⁵

⁹⁴ BayLSG, Urteil vom 12. 4. 2018 – L 8 SO 227/15, juris Rn. 73.

⁹⁵ Dazu oben B. I. 2. d) aa) (3).

5. Kontrolle der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch den UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Die nationale Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention wird durch einen UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen überwacht.

a) Abschließende Bemerkungen des UN-Ausschusses zum Staatenbericht Deutschland vom 13. 4. 2015

Eine erste Evaluierung Deutschlands fand 2011 bis 2015 statt. Die Bundesregierung legte am 3. 8. 2011 einen sog. Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention vor, der am Rande auch die Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen in den Blick nahm.⁹⁶ In seinen sog. Abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht vom 13. 4. 2015⁹⁷ äußert sich der UN-Ausschuss zu Hochschulen nur beiläufig. Zwei Aussagen seien hervorgehoben:

- Der UN-Ausschuss zeigt sich besorgt, dass in Deutschland das Verständnis, wie angemessene Vorkehrungen umgesetzt werden können, noch weitgehend unterentwickelt sei; das betreffe insbesondere Verwaltung und Gerichtsbarkeit (Abschließende Bemerkungen Rn. 13).
- Der UN-Ausschuss empfiehlt sicherzustellen, dass auf allen Bildungsebenen angemessene Vorkehrungen bereitgestellt werden und auf dem Rechtsweg durchsetzbar und einklagbar sind (Abschließende Bemerkungen Rn. 46).

b) Allgemeine Bemerkung Nr. 4 (2016) des UN-Ausschusses zum Recht auf inklusive Bildung

Als Hilfe zum Verständnis der Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention formuliert der UN-Ausschuss Allgemeine Bemerkungen, u. a. eine solche zum Recht auf inklusive Bildung.⁹⁸ In seiner Allgemeinen Bemerkung zum Recht auf Bildung gem. Art. 24 UN-BRK unterscheidet der UN-Ausschuss zwischen der allgemeinen Zugänglichkeit und den angemessenen Vorkehrungen im Einzelfall.

- Die allgemeine Zugänglichkeit ist Teil der Pflicht zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems auf allen Ebenen. Dazu zählt die Verpflichtung, Barrieren abzubauen.⁹⁹ Das betrifft auch das „Beurteilungsverfahren“,¹⁰⁰ also den Prüfungsbereich.
- Die dazu nötigen Maßnahmen müssen nach Art. 4 Abs. 2 UN-BRK „nach und nach“ verwirklicht werden. „Nach und nach“ bedeutet im Verständnis des UN-Ausschusses „so zügig und wirksam wie möglich“.¹⁰¹
- Angemessene Vorkehrungen sind nicht „nach und nach“, sondern unverzüglich umzusetzen.¹⁰²

96 Im Internet wiedergegeben unter https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/SharedDocs/Downloads/DE/AS/UN_BRK/2011_08_03_staatenbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2, dort S. 54 f.

97 Wiedergegeben unter https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/UN_BRK/Staatenpruefung/CO_Staatenpruefung.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

98 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4; zur Online-Verfügbarkeit siehe Beleg in Fn. 44.

99 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 9.

100 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 22.

101 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 39 f..

102 Allgemeine Bemerkung Nr. 4 zum Recht auf inklusive Bildung vom 25. 11. 2016, CRPD/C/GC/4, Rn. 41.

c) Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2018) des UN-Ausschusses zur Gleichheit und Nichtdiskriminierung

Eine weitere Allgemeine Bemerkung befasst sich mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 5 UN-BRK und geht dabei auch auf Art. 24 UN-BRK ein. Bemerkenswert ist, dass dort „unsichtbare Behinderungen“ ausdrücklich angesprochen werden („visible and invisible disabilities“).¹⁰³ Der UN-Ausschuss hebt u. a. hervor:¹⁰⁴

- Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 24 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Beseitigung aller Arten von Barrieren, welche einer inklusiven Bildung entgegenstehen.¹⁰⁵
- Welche Vorkehrung angemessen ist, ist im Dialog mit der betroffenen Person mit einer Behinderung zu ermitteln.¹⁰⁶

d) Signalwirkung der Bemerkungen des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen ist zwar keinem Gericht vergleichbar, hat also insbesondere kein Mandat zur verbindlichen Feststellung, ob ein Staat seine Pflichten aus der UN-Behindertenrechtskonvention erfüllt oder verletzt. In der Praxis nimmt er eher eine Anwalts- oder Lobbyfunktion zugunsten von Menschen mit Behinderungen ein.¹⁰⁷ Seine Feststellungen sind gleichwohl von beträchtlicher Signalwirkung und auch als Auslegungshinweis relevant.¹⁰⁸ Hierzu hat das BVerfG Folgendes ausgeführt:¹⁰⁹

„Der Ausschuss hat nach Art. 34 ff. BRK allerdings kein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes. Auch eine Kompetenz zur Fortentwicklung internationaler Abkommen über Vereinbarungen und die Praxis der Vertragsstaaten hinaus kommt ihm nicht zu ... Seine Äußerungen haben zwar erhebliches Gewicht, sie sind jedoch weder für internationale noch für nationale Gerichte verbindlich ...“

Für die Fachgerichte bedeutet dies – so das BVerfG:¹¹⁰

„Nationale Gerichte sollten sich im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts mit der Auffassung derartiger Vertragsorgane auseinandersetzen; sie müssen sie aber nicht übernehmen ...“

103 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 63 (zur Online-Verfügbarkeit siehe Fn. 37).

104 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 63.

105 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 63.

106 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 24. – Siehe oben B. I. 2. d) aa) (2).

107 Uerpmann-Wittzack, AVR 54 (2016), 181 (211); Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (538).

108 Welti/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (318).

109 BVerfG, Urteil vom 24. 7. 2018 – 2 BvR 309/15, juris Rn. 91 (= NJW 2018, 2619); ebenso Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 77 (= NJW 2019, 1201 [1208]).

110 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 65 (= NJW 2019, 1201 [1207]); ähnlich SG Hamburg, Urteil vom 4. 12. 2018 – S 28 SO 279/14, juris Rn. 11: Das nationale Gericht müsse sich mit den Ausführungen des UN-Fachausschusses für die Rechte der Menschen mit Behinderungen „in gutem Glauben argumentativ“ auseinandersetzen und in die Auslegung der nationalen Normen einbeziehen.

6. Zwischenfazit zu den völkerrechtlichen Vorgaben

Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK enthalten in Konturierung von Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ein unmittelbar anwendbares und gerichtlich durchsetzbares Diskriminierungsverbot. Diskriminierung wird dabei umfassend verstanden; insbesondere mittelbare Diskriminierungen sind eingeschlossen. Allerdings ist nicht jede an eine Behinderung anknüpfende Ungleichbehandlung als verbotene Diskriminierung zu werten: Ist die Ungleichbehandlung aus zwingenden Gründen gerechtfertigt, liegt kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor.

Eine Diskriminierung ist gem. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK schon dann gegeben, wenn angemessene Vorkehrungen ausbleiben. Angemessene Vorkehrungen zielen darauf, dass Menschen mit Behinderung nicht nur rechtlich, sondern im Einzelfall auch tatsächlich gleichgestellt sind.

Für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen bedeutet dies: Eine Prüfungsbestimmung kann sich als mittelbare Diskriminierung erweisen. Keine verbotene Diskriminierung liegt vor, wenn die Prüfungsbestimmung zwingend erforderlich und deshalb gerechtfertigt ist. Insoweit gilt ein strenger Maßstab mit Darlegungs- und Beweislast beim Prüfungsamt.

Stellt sich die Prüfungsregelung nicht als zwingend erforderlich dar, entsteht eine Handlungspflicht des Staates (hier: Prüfungsamt): Er muss angemessene Vorkehrungen (hier: in Form des Nachteilsausgleichs) treffen, um die Diskriminierung zu vermeiden. Damit korrespondiert ein Anspruch des Prüflings auf Nachteilsausgleich („ob“). Dem Staat verbleibt aber ein Ermessensspielraum, „wie“ er den Nachteil ausgleicht. Die Vorkehrung muss lediglich „angemessen“ sein, d. h. geeignet und notwendig. 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. Europarechtlicher Rahmen

Auf europäischer Ebene ist zwischen Rechtsakten des Europarates und dem Recht der Europäischen Union zu unterscheiden.

1. Rechtsakte des Europarates

Das Recht des Europarates kennt das Recht auf Bildung und ein weitreichendes Diskriminierungsverbot (unten a) sowie Vorschriften, welche das Recht auf Bildung und das Diskriminierungsverbot bereichsspezifisch für Menschen mit Behinderungen konturieren (unten b).

a) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK)

Der wohl bedeutsamste Rechtsakt des Europarates ist die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Auffällig ist, dass die EMRK die spezifischen Bedürf-

nisse von Menschen mit Behinderungen nicht in den Blick nimmt. So zählt das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK einige unzulässige Unterscheidungsmerkmale auf (Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache etc.), enthält aber kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung. Die Aufzählung in Art. 14 EMRK ist allerdings nicht abschließend zu verstehen („insbesondere“, „oder eines sonstigen Status“).¹¹¹

Im Übrigen gibt es einige Parallelen der EMRK zur UN-Behindertenrechtskonvention sowie zum Grundgesetz.

aa) Recht auf Bildung, Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK

Nach Art. 2 Abs. 1 des (ersten) Zusatzprotokolls zur EMRK (ZP-EMRK) darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden.¹¹² Insoweit gibt es Ähnlichkeiten zum völkerrechtlichen Recht auf Bildung i. S. d. Art. 26 Abs. 1 AEMR, Art. 13 IPwskR, Art. 24 Abs. 1 UN-BRK – mit dem grundlegenden Unterschied, dass die EMRK dem Einzelnen unstreitig unmittelbar anwendbare Rechte verschafft, die gerichtlich durchsetzbar sind.

Objektiv-rechtlich folgt aus Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK die Pflicht des Staates zur Vorhaltung eines Bildungswesens, das dem Minimalstandard einer modernen Gesellschaft genügt.¹¹³ Subjektiv-rechtlich verbürgt Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK ein Teilhaberecht,¹¹⁴ begründet also keinen Anspruch auf die Schaffung nicht vorhandener Bildungseinrichtungen.¹¹⁵

bb) Diskriminierungsverbot, Art. 14 EMRK

Der Aspekt der Chancengleichheit wird in Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK – im Unterschied zu Art. 24 Abs. 1 UN-BRK – nicht ausdrücklich angeführt. Im Zusammenspiel mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK wirkt das Recht auf Bildung dennoch in Richtung Chancengleichheit.¹¹⁶ Das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK hat – anders als die Parallelbestimmung in Art. 5 UN-BRK – keinen Selbststand, benötigt zu seiner Anwendung daher immer ein betroffenes Recht oder eine betroffene Freiheit i. S. d. EMRK (hier: Recht auf Bildung, Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK), ist insoweit akzessorisch.¹¹⁷

(1) Weites Verständnis von Diskriminierung

Das Diskriminierungsverbot erfasst – wie Art. 5 Abs. 2 UN-BRK – gleichermaßen unmittelbare oder mittelbare und beabsichtigte oder ungewollte Diskriminierungen.¹¹⁸ Art. 14 EMRK steht einer positiven Diskriminierung indessen nicht entgegen.¹¹⁹

111 Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 16.

112 Dazu z. B. Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2009, S. 395 ff.

113 Hanschmann, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 2 ZP Rn. 10; Mantl, VVDStRL 54 (1995), 75 (83).

114 Hanschmann, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 2 ZP Rn. 8; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 22 Rn. 88, 91.

115 Hanschmann, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 2 ZP Rn. 10.

116 Vgl. Wapler, RdJB 2015, 420 (438).

117 Dazu Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 5; Weltsi/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (318).

118 EGMR, Urteil vom 13. 11. 2007 – 57325/00, Ls. 2, 6, Rn. 184 (= NVwZ 2008, 533).

119 EGMR, Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, Rn. 54 (= NZS 2017, 299 [300]).

(2) Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 2 UN-BRK fehlt in Art. 14 EMRK eine ausdrückliche Rechtfertigungsmöglichkeit für Ungleichbehandlungen. Dennoch gehen Rechtsprechung und Literatur einhellig davon aus, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann und dann nicht als Diskriminierung zu werten ist, wenn sie eine objektive und angemessene Rechtfertigung findet und auch im Übrigen verhältnismäßig ist:¹²⁰

„In Bezug auf das Verbot der Diskriminierung erinnert der Gerichtshof daran, dass Diskriminierung im unterschiedlichen Behandeln von Menschen in ähnlichen Situationen ohne objektive und angemessene Rechtfertigung besteht und dass eine Ungleichbehandlung keine „objektive und angemessene Rechtfertigung“ hat, wenn sie kein „legitimes Ziel“ verfolgt oder es keinen angemessenen Verhältnismäßigkeitszusammenhang zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel gibt ...“

Hinsichtlich der Rechtfertigung kommt den Vertragsstaaten eine Einschätzungsprärogative zu.¹²¹ Der Staat trägt jedoch die Darlegungs- und Beweislast.¹²²

(3) Angemessene Vorkehrungen

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen findet sich nicht ausdrücklich in Art. 14 EMRK. Der EGMR wendet dieses Konzept dennoch auf Art. 14 EMRK an und sucht den Gleichlauf zu Art. 5 Abs. 2 UN-BRK:¹²³

„Solche angemessenen Vorkehrungen ermöglichen es, faktische Ungleichheiten zu korrigieren, die, da sie nicht gerechtfertigt werden können, eine Diskriminierung darstellen. ... Der Gerichtshof ... ist daher der Ansicht, dass die behinderungsbedingte Diskriminierung auch die Verweigerung angemessener Vorkehrungen umfasst.“

Dies bedeutet: Das Diskriminierungsverbot verpflichtet zum Tätigwerden („ob“). Hinsichtlich des „wie“ gesteht der EGMR den Vertragsstaaten einen Gestaltungsspielraum zu:¹²⁴

„Der Gerichtshof betont jedoch, dass es ihm keineswegs zusteht zu definieren, welche Mittel notwendig sind, um den Bildungsbedürfnissen von Kindern mit Behinderung gerecht zu werden. In der Tat sind die innerstaatlichen Stellen hier dank ihres direkten und ständigen Kontakts mit den lebendigen Kräften ihrer Länder prinzipiell besser in der Lage als der internationale Richter, über die Situation und die lokalen Bedürfnisse zu entscheiden.“

Der Staat muss jedoch Anstrengungen unternehmen, eine angemessene Vorkehrung zu finden. Das Fehlen solcher Anstrengungen hat der EGMR wiederholt als Diskriminierung gerügt. Zwei Entscheidungen seien angeführt:

120 EGMR, Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, Rn. 54 (= NZS 2017, 299 [300]); ebenso Urteil vom 29. 4. 2002 – 2346/02, Rn. 88 (= NJW 2002, 2851 [2855]); Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

121 EGMR, Urteil vom 29. 4. 2002 – 2346/02, Rn. 88 (= NJW 2002, 2851 [2855]); Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, Rn. 54 (= NZS 2017, 299 [300]); Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

122 Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

123 EGMR, Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, Rn. 65, 67 (= NZS 2017, 299 [301]); in diesem Sinne schon zuvor EGMR, NVwZ 2008, 533 Ls. 1; dazu Welte/Frankensteiner/Hlava, SGB 2019, 317 (318).

124 EGMR, Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, Rn. 66 (= NZS 2017, 299 [301]). – Der Gestaltungsspielraum soll jedoch eng umgrenzt sein, so Uerpmann-Witzack, NZS 2017, 301 (302).

Der EGMR hat – bezogen auf die Tschechische Republik – die vielfach ungerechtfertigte Einschulung von Roma-Kindern in Sonderschulen als Verstoß gegen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK gewertet¹²⁵ und den Behörden vorgehalten, sie hätten es mit Blick auf die betroffenen Schülerinnen und Schüler versäumt,

*„ihre wirklichen Schwierigkeiten zu lösen und ihnen zu helfen, sich später in allgemeinen Schulen zu integrieren und Fähigkeiten zu entwickeln, die es ihnen erleichtern würden, in der Mitte der Gesellschaft zu leben.“*¹²⁶

Erstreckt man diesen Gedanken auf die Situation von Studierenden mit Behinderungen, bedeutet dies, dass die Hochschulen deren „wahre Probleme in Angriff zu nehmen“ haben, damit sie ihre Fähigkeiten entwickeln können.

In eine ähnliche Richtung weist eine Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 2016:¹²⁷ Einer blinden, also sehbehinderten Studentin wurde die Aufnahme in eine türkische Musikhochschule verweigert. Begründet wurde die Nichtaufnahme mit der fehlenden Infrastruktur, um Studierende mit Behinderungen aufzunehmen. Der EGMR stellte jedoch fest, dass die Musikhochschule keinen Versuch unternommen habe, die spezifischen Bedürfnisse behinderter Studierender zu identifizieren, keine Maßnahmen (hier: insbesondere Anpassungen in der Lehre) erwogen habe, um den besonderen Bedürfnissen gerecht zu werden.¹²⁸ Darin sah der EGMR eine Diskriminierung und Verletzung von Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK und orientierte sich dabei an Art. 2 UN-BRK.

(4) Ressourcenvorbehalt als Begrenzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen

Der EGMR akzeptiert hinsichtlich der Verpflichtung, Menschen mit Behinderungen durch angemessene Vorkehrungen die Verwirklichung des Rechts auf Bildung zu ermöglichen, einen Ressourcenvorbehalt:¹²⁹

„Es trifft auch zu, dass der Staat bei der Entscheidung über die Art und Weise, wie er den Zugang zu Bildung regelt, einen Ausgleich treffen muss zwischen einerseits den pädagogischen Bedürfnissen der betroffenen Menschen [hier: mit Behinderung], die seiner Hoheitsgewalt unterstehen, und auf der anderen Seite seinen begrenzten Kapazitäten, darauf zu reagieren.“

Die begrenzten Kapazitäten bilden indessen keine starre Grenze, müssen vielmehr in einen „Ausgleich“ mit dem Recht auf Bildung gebracht werden. Im Ergebnis dürfte sich dieser Ressourcenvorbehalt in ähnlicher Weise auswirken wie die Pflichtengrenze der „unverhältnismäßigen und unbilligen Belastung“ i. S. d. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK.¹³⁰

125 EGMR, NVwZ 2008, 533 (537 Tz. 210).

126 EGMR, NVwZ 2008, 533 (537 Tz. 207); kritisch hierzu Heyden/von Ungern-Sternberg, EuGRZ 2009, 81 ff.

127 EGMR, Urteil vom 23. 2. 2016 – 51500/08, NZS 2017, 299 – „Cam/Türkei“.

128 EGMR, aaO, Tz. 68.

129 EGMR, aaO, Tz. 52.

130 Oben B. I. 2. d) aa) (3).

b) Bereichsspezifische Konturierung des Rechts auf Bildung und des Diskriminierungsverbotes für Menschen mit Behinderungen

Im Unterschied zu Art. 14 EMRK beziehen andere Rechtsakte des Europarates Menschen mit Behinderungen ausdrücklich in ihren Anwendungsbereich ein.

aa) Art. 10, 15 der Europäischen Sozialcharta

Im Fokus der Europäischen Sozialcharta¹³¹ steht das Recht auf Arbeit (Art. 1). Darauf bezogen formulieren Art. 10¹³² und 15¹³³ ein Recht auf Ausbildung und haben dabei auch Menschen mit Behinderungen im Blick. Art. 10 schließt die Hochschulausbildung ausdrücklich ein.

Deutschland hat sich zur Beachtung der Europäischen Sozialcharta verpflichtet (Art. 20) und legt in Staatenberichten Rechenschaft über die Umsetzung ab. Das Recht auf (Aus-)Bildung war letztmalig 2016 Gegenstand eines Staatenberichts,¹³⁴ ohne jeden Bezug zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen. Das Europäische Komitee für Soziale Rechte, welche die Staatenberichte prüft, hat Deutschland bestätigt, die Vorgaben der Art. 10 und 15 der Europäischen Sozialcharta einzuhalten.¹³⁵

bb) Disability Strategy 2017–2023 – Human rights: a reality for all

Ähnlich wie die UN-Behindertenrechtskonvention verfolgte die „Empfehlung Rec(2006)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Aktionsplan des Europarats zur Förderung der Rechte und vollen Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft: Verbesserung der Lebensqualität behinderter Menschen in Europa 2006 – 2015“ einen umfassenden Ansatz zur Schaffung von Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen. Der gleichberechtigte Zugang zur Bildung zählt zu den zentralen Aktionslinien dieses Aktionsplans.¹³⁶

An die Stelle des Aktionsplans 2006 – 2015 ist mittlerweile die „Disability Strategy 2017–2023 – Human rights: a reality for all“ getreten, welche den Fokus u. a. auf die Zugänglichkeit legt und klarstellt, dass es sich dabei um einen breit angelegten Ansatz handele, der weit über Barrierefreiheit in der baulichen Umwelt hinausgehe und die Zugänglichkeit zu allen Produkten und

131 Die Europäische Sozialcharta ist ein 1961 im Rahmen des Europarates geschlossenes völkerrechtliches Abkommen, das 1996 revidiert worden ist. Deutschland hat das ursprüngliche Abkommen ratifiziert (BGBl. 1964 II S. 1261), die revidierte Fassung aber lediglich unterzeichnet (am 29. 6. 2007); die Ratifizierung steht noch aus (Angabe nach <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>). Für Deutschland verbindlich ist daher die Fassung von 1961.

132 Art. 10 Nr. 1 der Sozialcharta lautet: „Das Recht auf berufliche Ausbildung. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf berufliche Ausbildung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: (1) die fachliche und berufliche Ausbildung aller Personen, einschließlich der Behinderten, soweit es notwendig ist, zu gewährleisten oder zu fördern ... sowie Möglichkeiten für den Zugang zu Technischen Hochschulen und Universitäten nach alleiniger Maßgabe der Eignung zu schaffen; ...“

133 Art. 15 der Sozialcharta lautet: „Das Recht der körperlich, geistig oder seelisch Behinderten auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung. Um die wirksame Ausübung des Rechtes der körperlich, geistig oder seelisch Behinderten auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: (1) geeignete Maßnahmen zu treffen für die Bereitstellung von Ausbildungsmöglichkeiten, erforderlichenfalls unter Einschluss von öffentlichen oder privaten Sondereinrichtungen; ...“

134 33rd National Report on the implementation of the European Social Charter vom 26. 1. 2016 – RAP/Cha/GER/33(2016); <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806304f6>.

135 European Committee of Social Rights, Conclusions XXI-1 (2016), Germany, S. 14 ff. (<https://www.coe.int/en/web/tur-in-european-social-charter/-/discrimination-remains-widespread-in-the-states-parties-to-the-european-social-charter>).

136 Siehe <https://rm.coe.int/16805d8666>.

Diensten einschließen.¹³⁷ Aktionsplan und Strategie begründen zwar keine Rechtspflichten, verstärken aber die Impulse der UN-Behindertenrechtskonvention.

2. Recht der Europäischen Union

Das Recht der Europäischen Union greift zunächst einige der bereits genannten völkerrechtlichen Rechtsakte auf. So hat die Europäische Union – ebenso wie ihre Mitgliedstaaten – die UN-Behindertenrechtskonvention unterzeichnet und ratifiziert.¹³⁸ In Art. 151 AEUV wird die Europäische Sozialcharta als Hintergrund der Sozialpolitik der Union angeführt, dort allerdings ohne spezifischen Bezug zu den Belangen von Menschen mit Behinderungen.

a) **Primärrecht: Recht auf Bildung (Art. 14 GRC), keine Diskriminierung wegen einer Behinderung (Art. 10, 19 AEUV, Art. 21 GRC), Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (Art. 26 GRC)**

Im Primärrecht der Europäischen Union ist das Recht auf Bildung verankert: Jede Person hat gem. Art. 14 Abs. 1 GRC das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung. Geschützt sind alle Personen, also auch solche mit Behinderungen, zumal Art. 14 GRC ausweislich der Entstehungsgeschichte u. a. an Art. 10 der Europäischen Sozialcharta anknüpft.¹³⁹

Gem. Art. 21 GRC sind Diskriminierungen u. a. wegen einer Behinderung verboten. Politiken und Maßnahmen der Europäischen Union zielen gem. Art. 10 AEUV auf die Bekämpfung von Diskriminierungen u. a. wegen einer Behinderung. Nach Art. 26 GRC anerkennt die Union schließlich den Anspruch von Menschen mit Behinderungen auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. Art. 21 GRC verbürgt selbst ein subjektives Recht, während Art. 26 GRC auf anderenorts verbürgte Rechte hinweist, immerhin als Auslegungsdirektive wirkt.¹⁴⁰

Der Begriff der Behinderung ist im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention auszulegen.¹⁴¹ Das Verständnis von Diskriminierung orientiert sich an Art. 14 EMRK¹⁴² und – bezogen auf Diskriminierungen wegen einer Behinderung – zugleich an der UN-Behindertenrechtskonvention. Hier gilt also ebenfalls, dass schon das Unterlassen angemessener Vorkehrungen eine unzulässige Diskriminierung darstellt.

137 Näher <https://rm.coe.int/16806fe7d4>; dort Rn. 56.

138 Siehe https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en.

139 Siehe die Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechte-Konvents, abgedruckt z. B. bei *Kempen*, in: *Sachs/Tettinger*, Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Dokumentation zu Art. 14.

140 *Mann/Ennuschat*, in: *Stern/Sachs*, GRC 2016, Art. 26 Rn. 14.

141 EuGH, Urteil vom 22.5.2014 – C-356/12, juris Rn. 45 – Glatzel; *Mann/Ennuschat*, in: *Stern/Sachs*, GRC 2016, Art. 26 Rn. 5.

142 *Sachs*, in: *Stern/Sachs*, GRC 2016, Art. 21 Rn. 8.

**b) Sekundärrecht: Bekämpfung von Diskriminierungen u. a. wegen einer Behinderung
gem. Art. 19 Abs. 1 AEUV**

Gem. Art. 19 Abs. 1 AEUV kann der Rat der Europäischen Union Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen (u. a.) aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen. Inhaltlich ermächtigt Art. 19 Abs. 1 AEUV nicht nur zum Erlass sekundärrechtlicher Diskriminierungsverbote, sondern auch zu Maßnahmen positiver Diskriminierung.¹⁴³ Der Diskriminierungsbegriff in Art. 19 AEUV ist weit gefasst und schließt mittelbare Diskriminierungen ein.¹⁴⁴ Auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 AEUV sind einige Sekundärrechtsakte erlassen worden.

**aa) Bekämpfung der Diskriminierung im Beruf und in der Berufsausbildung
(RL 2000/78/EG)**

Am bekanntesten ist die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. 11. 2000 (ABl. EG vom 2. 12. 2000) zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die in Deutschland insbesondere durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt wurde. Diese Richtlinie zielt auf die Berufswelt, schließt immerhin den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsausbildung ein (Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2000/78/EG).

(1) Zum Begriff der Behinderung

Der Begriff der Behinderung ist, so hat der EuGH entschieden, im Verständnis der UN-Behindertenrechtskonvention zu verstehen.¹⁴⁵ Der unionsrechtliche Behinderungsbegriff wurde allerdings insbesondere mit Blick auf die Gleichbehandlung im Beruf entfaltet, was dazu führt, dass eine Behinderung verneint wird, wenn es keine berufsbezogene Funktionsbeeinträchtigung und deshalb keine Beeinträchtigung der beruflichen Teilhabe gibt, selbst wenn eine gesellschaftliche Teilhabebeeinträchtigung vorliegt. Obwohl der unionsrechtliche Behinderungsbegriff im Ansatz deckungsgleich mit dem Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention ist, gibt es bei der RL 2000/78/EG so eine Verengung des unionsrechtlichen Begriffsverständnisses.¹⁴⁶

Eine Krankheit kann als Behinderung einzustufen sein, wenn sie – so der EuGH – eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.¹⁴⁷ Ob die Krankheit heilbar ist oder nicht, ist irrelevant, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁴⁸ Selbst der infolge eines Arbeitsunfalls eingegipste Arm kann zum Ausgangspunkt einer Behinderung werden.¹⁴⁹ Die Langfristigkeit kann u. U. bereits bei einer Beeinträchtigungsdauer von sechs Monaten bejaht werden.¹⁵⁰ Daraus folgt aber nicht, dass die Grenze starr bei sechs Monaten zu

143 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 AEUV Rn. 4.

144 *Grabenwarter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: Febr. 2019, Art. 19 AEUV Rn. 27.

145 EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 37, 39 – Ring, Skouboe Werge.

146 Kritisch zu dieser Verengung *Bechtolf*, ZESAR 2018, 118 (120 f.).

147 EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 41 – Ring, Skouboe Werge.

148 EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 41 – Ring, Skouboe Werge.

149 EuGH, Urteil vom 1. 12. 2016 – C-395/15, juris Rn. 47, 52 – Daouidi.

150 EuGH, Urteil vom 1. 12. 2016 – C-395/15, juris Rn. 47, 52 – Daouidi.

verorten ist.¹⁵¹ Unter denselben Voraussetzungen kann Adipositas als Behinderung zu werten sein.¹⁵²

(2) Zum Begriff der Diskriminierung; Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Gem. Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG

„liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit ... einer bestimmten Behinderung ... gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn: (i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, ...“

Es gilt also – wie bei Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, Art. 14 EMRK und Art. 19 AEUV – ein weiter Diskriminierungsbegriff. Ähnlich wie bei Art. 14 EMRK ist eine Rechtfertigung mittelbarer Ungleichbehandlungen möglich (sodass keine Diskriminierung vorliegt), wenn die mittelbare Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt und im Übrigen verhältnismäßig ist.

(3) Zum Begriff der angemessenen Vorkehrung

Es sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten (Art. 5 RL 2000/78/EG). Der Begriff der angemessenen Vorkehrung i. S. d. Art. 5 RL 2000/78/EG entspricht dem Verständnis der angemessenen Vorkehrung in Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK.¹⁵³ Angemessene Vorkehrungen sind insbesondere materielle und organisatorische Maßnahmen in Bezug auf die Arbeitsumgebung und die Arbeitsorganisation.¹⁵⁴ Anpassungen der Arbeitszeit, der Arbeitsgeschwindigkeit oder des Arbeitstaktes können ebenfalls angemessene Vorkehrungen sein.¹⁵⁵ Zur einfachrechtlichen Umsetzung in Deutschland u. a. durch § 164 SGB IX siehe unten B. IV. 3.

Diese Einsichten lassen sich unschwer auf den Prüfungsbereich übertragen: materielle und organisatorische Maßnahmen in Bezug auf die Prüfungsumgebung und Prüfungsorganisation sowie die Anpassung der Prüfungszeit und des Prüfungstaktes.

(4) Zur Begrenzung der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen

Art. 5 RL 2000/78/EG sieht eine Begrenzung der Pflicht vor, angemessene Vorkehrungen zu treffen: Diese Pflicht entfällt, wenn solche Maßnahmen den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Zur Ausfüllung des Begriffs der Unverhältnismäßigkeit bietet Art. 5 RL 2000/78/EG lediglich einen Anhaltspunkt, wenn es dort heißt:

„Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.“

151 So Schmitt, NZS 2018, 247 (249).

152 So EuGH, Urteil vom 18. 12. 2014 – C-354/13, juris Rn. 59 – FOA; anders BVerwG, Beschluss vom 13. 12. 2013 – 2 B 37/13, juris Rn. 12.

153 EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 53 – Ring, Skouboe Werge; BAG, ZTR 2016, 584 Rn. 22.

154 BAG, ZTR 2016, 584 Rn. 22.

155 EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 55 – Ring, Skouboe Werge.

Im Übrigen lässt sich die Frage, ob (Un-)Verhältnismäßigkeit gegeben ist, nur für den jeweiligen Einzelfall bei abwägender Würdigung aller Umstände beantworten. Das entspricht der Begrenzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen i. S. d. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK.

bb) Bekämpfung der Diskriminierung u. a. wegen einer Behinderung im Studium

Während die RL 2000/78/EG auf eine berufsbezogene Gleichbehandlung gerichtet ist, greift ein Vorschlag der Kommission vom 2. 7. 2008 für eine „Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“¹⁵⁶ weiter und erstreckt das Diskriminierungsverbot auf Lebensbereiche außerhalb des Arbeitsmarktes, namentlich auf die „nicht zur Berufsbildung zählende Bildung“,¹⁵⁷ wobei die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Lehrinhalte, die Aktivitäten und die Gestaltung ihres Bildungssystems einschließlich der Sonderpädagogik unberührt bleibt (Art. 3 Abs. 1 S. 1 lit. c, Abs. 3 des Entwurfs).

Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten, sind Maßnahmen für einen effektiven diskriminierungsfreien Zugang u. a. zur Bildung erforderlich; dabei ist für angemessene Vorkehrungen zu sorgen, sofern dies nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung führt (Art. 4 Abs. 1 des Entwurfs). Werden im konkreten Fall angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen verweigert, gilt dies als unzulässige Diskriminierung (Art. 2 Abs. 5 des Entwurfs). Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht an einer positiven Diskriminierung, ermöglicht ihnen also, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen u. a. wegen einer Behinderung verhindert oder ausgeglichen werden (Art. 5 des Entwurfs). Die Entwurfsbegründung hebt hervor, dass in vielen Fällen die formale Gleichstellung nicht zur Gleichstellung in der Praxis führt und es deshalb erforderlich sein kann, durch spezifische Maßnahmen Ungleichsituationen zu verhindern oder auszugleichen.¹⁵⁸ Dem entsprechend hebt die Kommission in einer parallelen Mitteilung vom 2. 7. 2008 zur Chancengleichheit hervor:¹⁵⁹

„Eine echte Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen lässt sich nicht einfach durch ein Diskriminierungsverbot erreichen. Sie hängt vielmehr von positiven Maßnahmen ab, wie z. B. dem gezielten Eingehen auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen.“

Allerdings stößt dieser Entwurf einer umfassenden Richtlinie bis heute auf Skepsis einiger Mitgliedstaaten, sodass er immer noch nicht vom Rat und Parlament verabschiedet worden ist.¹⁶⁰

Weiterhin in Kraft – und, soweit ersichtlich, nicht durch neuere Aussagen ergänzt – sind zwei ältere Entschlüsse des Rates, welche die Situation von Studierenden mit Behinderungen aufgreifen. So fordert die Entschlüsselung des Rates vom 5. 5. 2003 „über die Chancengleichheit

¹⁵⁶ KOM(2008) 426 endg.

¹⁵⁷ KOM(2008) 426 endg., S. 16 (Erwägungsgrund Nr. 10 des Entwurfs).

¹⁵⁸ KOM(2008) 426 endg., S. 10 (zu Art. 5 des Entwurfs).

¹⁵⁹ Mitteilung der Kommission „Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit: Erneuerter Engagement“ vom 2. 7. 2008, KOM(2008) 420 endg.

¹⁶⁰ Rat der Europäischen Union, Sachstandsbericht, Dok. 14867/17 vom 24. 11. 2017, S. 2 (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14867-2017-INIT/de/pdf>).

für Schüler und Studierende mit Behinderungen in Bezug auf die allgemeine und berufliche Bildung“¹⁶¹ die Kommission und die Mitgliedstaaten auf,

„(iv) gegebenenfalls die angemessene Förderung von Leistungsangeboten und technischer Unterstützung für Schüler und Studierende mit besonderen Bedürfnissen im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung zu verstärken; ...“

Hieran knüpft die Entschließung des Rates vom 17. 3. 2008 „zur Situation von Menschen mit Behinderungen in der Europäischen Union“ an und betont die Bedeutung des gleichberechtigten Zugangs von Menschen mit Behinderungen zu einer integrativen, hochwertigen Bildung. Menschen mit Behinderungen sollen einen guten Zugang zur Bildung erhalten und es sollen gegebenenfalls spezifische Maßnahmen ergriffen werden, damit Kinder mit Behinderungen am allgemeinen Unterricht teilnehmen können.¹⁶²

3. Zwischenfazit zu den europäischen Vorgaben

Eine Durchsicht der europäischen Vorschriften ergibt daher folgende Anknüpfungspunkte für Ansprüche auf Nachteilsausgleich in Hochschulprüfungen:

Als Anspruchsgrundlage kommt insbesondere das Recht auf Bildung gem. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK i. V. m. dem Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK in Betracht. Insoweit gibt es einige Parallelen zur UN-Behindertenrechtskonvention. Das betrifft insbesondere:

- das weite Verständnis von Diskriminierung unter Einschluss mittelbarer Benachteiligungen trotz formaler Gleichbehandlung,
- die Möglichkeit der Rechtfertigung einer behinderungsbezogenen Ungleichbehandlung, so dass eine unzulässige Diskriminierung zu verneinen wäre (Voraussetzungen: sachlicher Grund und Verhältnismäßigkeit),
- das Konzept der angemessenen Vorkehrungen, bei deren Ausbleiben eine Diskriminierung vorliegt,
- die Unterscheidung zwischen dem „ob“ und dem „wie“ einer angemessenen Vorkehrung
- sowie die Pflichtenbegrenzung im Falle einer unverhältnismäßigen Belastung für den Staat (hier: Prüfungsamt) oder Arbeitgeber.

Das Unionsrecht verwendet somit ein im Wesentlichen gleichlaufendes Konzept von Diskriminierung unter Einschluss der angemessenen Vorkehrungen i. S. d. UN-Behindertenrechtskonvention.

¹⁶¹ Entschließung 2003/C 134/04, ABl. EU C 134/6 vom 7. 6. 2003.

¹⁶² Entschließung 2008/C 75/01, ABl. EU C 75/1 vom 26. 3. 2008.

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Völker- und europarechtlich lassen sich zwei unmittelbar anwendbare Regelungen anführen, welche als Grundlage für Ansprüche auf Nachteilsausgleich in Prüfungen dienen können: **(1)** Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und **(2)** Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK. In beiden Fällen handelt es sich um das Zusammenspiel eines Diskriminierungsverbotes mit dem Recht auf Bildung. Im Folgenden soll geklärt werden, welche Vorschriften des Grundgesetzes als Grundlage für einen Nachteilsausgleich in Prüfungen in Betracht kommen.

1. Eckpunkte des verfassungsrechtlichen Rahmens für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

Zunächst sollen die Eckpunkte des verfassungsrechtlichen Rahmens für Nachteilsausgleiche in Prüfungen zusammengestellt werden.

a) Recht auf Bildung

Enthält das Grundgesetz ein Recht auf Bildung? Diese Frage stellt einen Evergreen des deutschen Bildungsverfassungsrechts dar. Landesverfassungsrechtlich ist das Recht auf Bildung vielfach verbürgt, teils eher auf den Schulbereich bezogen,¹⁶³ teils umfassend angelegt, so etwa in Art. 29 Abs. 1 LV Bbg.: „Jeder hat das Recht auf Bildung.“ In Art. 20 LV Thür. wird das Recht auf Bildung sogar ausdrücklich mit Blick auf Menschen mit Behinderungen näher entfaltet:

„Jeder Mensch hat das Recht auf Bildung. ... Begabte, Behinderte und sozial Benachteiligte sind besonders zu fördern.“

Die Literatur sieht darin einen Verfassungsauftrag zur besonderen Förderung von Begabten, Behinderten und sozial Benachteiligten, der vor allem Ausdruck des Bemühens um Chancengleichheit sei.¹⁶⁴

Der Wortlaut des Grundgesetzes kennt hingegen kein Recht auf Bildung. Kann dieses Recht dem Grundgesetz im Wege der Auslegung dennoch entnommen werden? Das BVerfG lässt diese Frage explizit offen.¹⁶⁵ Es nimmt immerhin das in Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK verankerte Recht auf Bildung zur Kenntnis und bezieht dieses in die Auslegung und Anwendung grundgesetzlicher Bestimmungen ein.¹⁶⁶ Demgegenüber hat das BVerwG ein grundgesetzliches Recht auf Bildung bereits bejaht.¹⁶⁷

Zumindest einige Teilelemente eines Rechts auf Bildung wird man aus dem Grundgesetz ableiten können.¹⁶⁸ So gehört zur freien Entfaltung der Persönlichkeit i. S. d. Art. 2 Abs. 1 GG die freie Ent-

163 Z. B. Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW: „Jedes Kind hat Anspruch auf Erziehung und Bildung.“

164 Hopfe, in: Linck/Jutzi/Hopfe, Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 1994, Art. 20 Rn. 6.

165 Zuletzt BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2017 – 1 BvR 1555/14, juris Os. 1a.

166 BVerfG, Urteil vom 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12, juris Rn. 182.

167 BVerwGE 47, 201 (206); 56, 155 (158).

168 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 229; dies., Kinderrechte ins Grundgesetz, 2017, S. 49; dies., RdJB 2015, 420 (423, 438); Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, 2010, Art. 8 Rn. 3; Ennuschat, RdJB 2005, 193 (196).

faltung der Anlagen und Befähigungen.¹⁶⁹ Zu nennen ist ferner das in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte. Zu den Ausbildungsstätten zählen die Hochschulen.¹⁷⁰

Selbst wenn man gewisse Elemente eines Rechts auf Bildung aus Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG herausfiltern kann, ist der Gewinn für die Konstruktion eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich in Prüfungen nicht groß: Leistungsansprüche – hier: auf Maßnahmen des Nachteilsausgleich – lassen sich darauf kaum stützen.¹⁷¹

b) (Chancen-)Gleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG – konkretisiert zum allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit

Bedeutsamer als die Freiheitsrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) ist der allgemeine Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser

„gebietet es, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu regeln.“¹⁷²

Art. 3 Abs. 1 GG verbietet also gleichermaßen die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem wie die ungerechtfertigte Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem, wenn also eine Teilgruppe im Hinblick auf gewichtige Unterschiede sehr viel stärker belastet wird.¹⁷³ Vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) gehört zur Gleichheit insbesondere auch die Chancengleichheit.¹⁷⁴ Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt zugleich ein Individualanspruch auf Gleichbehandlung.¹⁷⁵

Der allgemeine Gleichheitssatz bildet so die Grundlage für den allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit.¹⁷⁶ Das Prüfungsverfahren muss fair ausgestaltet sein und allen Kandidaten die gleiche Erfolgsmöglichkeit gewährleisten.¹⁷⁷ Zu den Konsequenzen für den Nachteilsanspruch siehe unten B. III. 2., 3.

c) Keine Benachteiligung wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Insofern stellen sich drei Fragen:

- Was versteht das Grundgesetz unter einer Behinderung (unten aa)?
- Welche Wirkungen entfaltet das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (unten bb)?

169 BVerfGE 96, 288 (306).

170 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 94; Mann, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 89; Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 12 Rn. 18.

171 Vgl. Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 185 f.

172 BVerfG, Beschluss vom 26. 3. 2014 – 1 BvR 1133/12, juris Rn. 18; st. Rspr.

173 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 12; Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 3.

174 Leisner, in: Sodan, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 22, 24b; ähnlich Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 160.

175 Nußberger, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 38, 53 f., 57 ff.

176 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 7 (= NVwZ 2016, 541); Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 21; Kischel, in: BeckOK, GG, Stand. Aug. 2018, Art. 3 Rn. 174; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 402.

177 Huster, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand: Sept. 2018, Art. 3 Rn. 168.

- In welchem Verhältnis steht das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (unten cc)?

aa) Was heißt „Behinderung“ i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?

Das Grundgesetz beschreibt nicht näher, wie der Begriff „Behinderung“ zu verstehen ist.

- (1) Begriffsverständnis von Behinderung zum Zeitpunkt der Einfügung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in das Grundgesetz

Zum Zeitpunkt der Einfügung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in das Grundgesetz (durch verfassungsänderndes Gesetz vom 27. 10. 1994, BGBl. I S. 3146) bestimmte § 3 Abs. 1 S. 1 SchwbG:

„Behinderung im Sinne dieses Gesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.“

Dieses einfachrechtliche Verständnis von Behinderung prägte, so das BVerfG in einer Entscheidung vom 8. 10. 1997, auch den verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff:¹⁷⁸

„Was unter Behinderung zu verstehen ist, läßt sich den Gesetzesmaterialien (vgl. BTDrucks 12/6000, S. 52 f.; 12/6323, S. 11 f.; 12/8165, S. 28 f.) nicht unmittelbar entnehmen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat aber erkennbar an das Begriffsverständnis angeknüpft, das im Zeitpunkt der Verfassungsänderung gebräuchlich war. Dieses hat vor allem in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Schwerbehindertengesetzes Ausdruck gefunden. Behinderung ist danach die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht. ... Es spricht nichts dagegen, von dieser Definition grundsätzlich auch bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auszugehen ...“

Das BVerfG legte also den seinerzeit herrschenden eindimensionalen Behinderungsbegriff zugrunde, der nur auf Funktionsbeeinträchtigung und Regelwidrigkeit abstellt, nicht aber auf die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe. Dabei hatte das BVerfG die Bedeutung des gesellschaftlichen Umfeldes durchaus erkannt:¹⁷⁹

„Wie bei den schon von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfaßten Merkmalen etwa des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse oder der Sprache handelt es sich dabei um eine persönliche Eigenschaft, auf deren Vorhandensein oder Fehlen der Einzelne keinen oder nur einen begrenzten Einfluß nehmen kann. Doch bezeichnet Behinderung nicht nur ein bloßes Anderssein, das sich für den Betroffenen häufig erst im Zusammenwirken mit entsprechenden Einstellungen und Vorurteilen im gesellschaftlichen Umfeld nachteilig auswirkt, bei einer Veränderung dieser Einstellungen die Nachteilswirkung aber auch wieder verlieren kann.“

Das BVerfG vertrat gleichwohl einen eindimensionalen Behinderungsbegriff:¹⁸⁰

178 BVerfGE 96, 288 (301).

179 BVerfGE 96, 288 (302).

180 BVerfGE 96, 288 (302).

„Behinderung ist vielmehr eine Eigenschaft, die die Lebensführung für den Betroffenen im Verhältnis zum Nichtbehinderten unabhängig von einem solchen Auffassungswandel grundsätzlich schwieriger macht.“

(2) Gewandeltes Verfassungsverständnis von Behinderung infolge von Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und § 2 Abs. 1 SGB IX

Mittlerweile hat sich weltweit und auch in Deutschland das herrschende Verständnis von Behinderung gewandelt. Bereits genannt wurde der (offene) Behinderungsbegriff in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK (oben B. I. 2. a). Einfachrechtlich heißt es (seit 1. 1. 2018) in § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB IX:¹⁸¹

„Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.“

Der Behinderungsbegriff wird mithin erweitert, nämlich um die Hinderung an der gesellschaftlichen Teilhabe. Im Vergleich zu § 2 Abs. 1 SGB IX a.F. wird die Wechselwirkung mit Barrieren hervorgehoben. Es soll gleichwohl am zweistufigen Begriffsverständnis festgehalten werden; hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung:¹⁸²

„Die Zweistufigkeit des Behinderungsbegriffs wird weiterhin aufrecht gehalten, nach der eine mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauernde Abweichung vom alterstypischen Zustand vorliegen muss, aus der eine Beeinträchtigung der Teilhabe resultiert.“

Nun stellt sich die Frage, ob sich das gewandelte Begriffsverständnis von Behinderung i. S. v. Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und § 2 Abs. 1 SGB IX auch auf den verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auswirkt. In der Kommentarliteratur zum Grundgesetz wird diese Frage überwiegend wohl verneint: Der Begriff „Behinderung“ sei weiterhin mit dem Inhalt zu füllen, wie es dem Verständnis des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1994 entsprochen hatte.¹⁸³

Das überzeugt nicht. Zwar dirigiert das einfache Recht nicht die Verfassungsauslegung, sodass Verfassungsbegriffe ihren Inhalt nicht schon dann ändern, wenn parallel gelagerte Gesetzesbegriffe mit neuem Inhalt versehen werden. Beim Begriff „Behinderung“ wird indessen anhand der Entstehungsgeschichte erkennbar, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber an das seinerzeit „gebräuchliche“ Verständnis von Behinderung anknüpfen wollte. Es finden sich aber keinerlei Anhaltspunkte, dass eine Versteinerung des Begriffsinhaltes auf den Stand von 1994 beabsichtigt war. Anerkannt ist zudem, dass das Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen ist (oben

181 So die Neufassung gemäß Art. 1 des Bundesteilhabegesetzes vom 23. 12. 2016 (BGBl. I S. 3234). – Zuvor lautete § 2 Abs. 1 SGB IX: „Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.“

182 BT-Drs. 18/9522, S. 227.

183 Kischel, in: BeckOK, GG, Stand: Febr. 2019, Art. 3 Rn. 233; Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 164; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 309; Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 29.

B. I. 4.). Wenn sich im Völkerrecht – vor allem durch Art. 1 Abs. 2 UN-BRK – das Verständnis von Behinderung weiterentwickelt, beeinflusst dieser Umstand zugleich die Verfassungsinterpretation. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass der Verfassungsbegriff der Behinderung mittlerweile zweistufig zu begreifen ist, also neben der Funktionsbeeinträchtigung die Teilhabebeeinträchtigung einschließt.¹⁸⁴ Dieser Sichtweise scheint sich mittlerweile auch das BVerfG anzunähern.¹⁸⁵

Klargestellt sei abschließend, dass zur Ausfüllung des Begriffs „Behinderung“ i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG keine Schwerbehinderung nötig ist; es genügt vielmehr jede Behinderung gleich welcher Art.¹⁸⁶ Chronische Erkrankungen sind als Behinderung einzustufen, wenn die Betroffenen an der gesellschaftlichen Teilhabe gehindert werden.¹⁸⁷

bb) Wirkungen von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Welche Wirkungen entfaltet das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?

(1) Diskriminierungsverbot unter Einschluss mittelbarer Diskriminierungen

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet der Staatsgewalt zunächst jede gezielte Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen.¹⁸⁸ Aber was gilt, wenn eine Regelung, die formal gleichermaßen für Menschen mit und ohne Behinderung gilt, sich im Ergebnis für Menschen mit Behinderungen nachteilig auswirkt?

Lange Zeit war nicht abschließend geklärt, ob das Benachteiligungsverbot auch indirekte/mittelbare/faktische Benachteiligungen erfasst. Einige Literaturstimmen verneinen oder bezweifeln dies bis heute.¹⁸⁹ Zu berücksichtigen ist jedoch die Ausstrahlungswirkung der völker- und europarechtlichen Diskriminierungsverbote gem. Art. 5, 24 UN-BRK, Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK, bei denen die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen anerkannt ist. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gleichermaßen direkte wie indirekte Benachteiligungen (Diskriminierungen) erfasst, wie höchstrichterlich zunächst das BVerwG ausgeführt hat.¹⁹⁰

„Der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet Normgebern und Verwaltung, Behinderte gezielt schlechter zu stellen, ... Darüber hinaus ist der Schutzbereich des Grundrechts berührt, wenn Rechtsnormen oder Verwaltungspraxis zwar für Behinderte und

184 In diese Richtung auch ThürOVG, Beschluss vom 17. 5. 2010 – 1 EO 854/10, juris Rn. 32 (= LKV 2010, 427 ff.); wie hier z. B. Kolok, Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Legasthenie und Dyskalkulie im allgemeinbildenden deutschen Schulsystem, 2016, S. 139; in diese Richtung wohl auch Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 532. – Offen bleiben kann, ob es im (ggf. wichtigen) Detail Unterschiede im Begriffsverständnis von Grundgesetz und einfachem Gesetzesrecht gibt, etwa mit Blick auf die Merkmale „sechs Monate“ oder „alterstypisch“ i. S. v. § 2 Abs. 1 SGB IX; siehe etwa Poscher/Rux/Langer, Von der Integration zur Inklusion, 2008, S. 49 Fn. 114.

185 Vgl. BVerfG, NJW 2019, 1201 (1205 Rn. 54).

186 BVerfG, NJW 2019, 1201 (1205 Rn. 54); BVerfGE 96, 288 (298); Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 531; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 164; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 194; Langenfeld, RdJB 2007, 211 (214).

187 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 164; ebenso BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 54 (= NJW 2019, 1201 [1205]).

188 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 26 (= NVwZ 2016, 541).

189 Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 144; Kischel, in: BeckOK, GG, Stand: Febr. 2019, Art. 3 Rn. 235.

190 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 26 (= NVwZ 2016, 541).

Nichtbehinderte gleichermaßen gelten, Behinderte aber wegen der unterschiedlichen Auswirkungen der Rechtsanwendung faktisch (mittelbar) benachteiligt werden...“

Diese Sichtweise findet mittlerweile eine Stütze in der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG:¹⁹¹

„Das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erschöpft sich nicht in der Anordnung, Menschen mit und ohne Behinderung rechtlich gleich zu behandeln. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch vorliegen, wenn die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen (...).“

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst deshalb, so das BVerfG,¹⁹²

„auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als typische Nebenfolge einer Maßnahme der öffentlichen Gewalt darstellt ...“

- (2) Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf aktive Maßnahmen zur tatsächlichen Verwirklichung rechtlicher Gleichbehandlung

In der prüfungsrechtlichen Literatur zum Nachteilsausgleich wird die Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bisweilen grundlegend missverstanden, wenn etwa ausgeführt wird:¹⁹³

„In Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG findet sich ein spezielles, verfassungsrechtlich verankertes Benachteiligungsverbot zugunsten behinderter Menschen, welches allerdings keine Ansprüche auf staatliche Leistungen im Sinne von ausgleichenden Maßnahmen auslöst.“

Demgegenüber stellt das BVerfG mittlerweile klar, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durchaus einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf aktive Maßnahmen zur tatsächlichen Verwirklichung rechtlicher Gleichbehandlung zu begründen vermag:¹⁹⁴

„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.“

Das Benachteiligungsverbot verpflichtet mithin u. U. zu Fördermaßnahmen. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bietet allerdings keine verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage für bestimmte Leistungen.¹⁹⁵ Das BVerfG verlangt lediglich, dass die Fördermaßnahme eine „hinlängliche“ Kompensation bewirkt.

Was heißt hinlänglich? Anhaltspunkte bietet eine Entscheidung des BVerfG von 1997 zur Wirkung von Art. 3 Abs. 3 S. GG (zum Anspruch eines Schülers mit Behinderung auf Besuch der Regelschule):¹⁹⁶

191 BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2018 – 1 BvR 957/18, juris Rn. 2 (= NZS 2019, 379).

192 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 55 (= NJW 2019, 1201).

193 Quapp, DVBl. 2018, 80 (81) – Hervorhebung nicht im Original.

194 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 55 (= NJW 2019, 1201), Hervorhebung nicht im Original.

195 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 167; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 198; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 305.

196 BVerfGE 96, 288 (303) – Hervorhebung nicht im Original.

„Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluß von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird. Wann ein solcher Ausschluß durch Förderungsmaßnahmen so weit kompensiert ist, daß er nicht benachteiligend wirkt, läßt sich nicht generell und abstrakt festlegen.“

Hinlänglichkeit ist also gegeben, wenn die Benachteiligung durch die Fördermaßnahme kompensiert wird. Angemerkt sei in diesem Kontext Folgendes: Das BVerfG spricht von „Fördermaßnahmen“ bzw. „Förderungsmaßnahmen“, welche die Benachteiligung kompensieren sollen. Der Sache nach handelt es sich jedoch um Ausgleichsmaßnahmen, d. h. um Nachteilsausgleiche.

Wann die Hinlänglichkeit eines Nachteilsausgleichs zu bejahen ist, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen. Daraus folgt wiederum: Wenn eine mittelbare Benachteiligung festgestellt wird, verbleibt den Normgebern und der Verwaltung ein Einschätzungsspielraum, wie eine Diskriminierung vermieden wird.¹⁹⁷ Dabei dürfen Normgeber und Verwaltung auch schützenswerte Belange Dritter sowie organisatorische, personelle und finanzielle Gegebenheiten in die Entscheidungsfindung einbeziehen.¹⁹⁸

Es gibt also einen gewissen Ressourcenvorbehalt: Die Verpflichtung zur Gleichstellung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besteht nicht uneingeschränkt.¹⁹⁹ Begrenzte Ressourcen können die Verpflichtung vielmehr beschränken. Der Ressourcenvorbehalt ist jedoch nicht als starre Verpflichtungsgrenze zu verstehen. Vielmehr muss, so das BVerfG, ein schonender Ausgleich zwischen der Pflicht zur Gleichstellung und den begrenzten Ressourcen gesucht werden.²⁰⁰ Nötig ist also eine Abwägung zwischen dem Gewicht der mittelbaren Diskriminierung und den vorhandenen Ressourcen.

Das BVerfG zieht dem Ressourcenvorbehalt in seiner jüngsten Rechtsprechung augenscheinlich enge Grenzen:²⁰¹

„Dies ist nicht der Fall, wenn der Staat durch Fördermaßnahmen oder Assistenzsysteme die Einschränkungen, denen Menschen mit Behinderungen unterliegen, beseitigen kann; erst wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist, kann eine Benachteiligung gerechtfertigt sein.“

Festzuhalten ist also: Wenn es eine behinderungsbezogene (mittelbare) Benachteiligung gibt, entsteht ein verfassungsunmittelbarer Anspruch aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf hinlängliche Kompensation durch Maßnahmen des Nachteilsausgleichs,

- wobei der Anspruch auf das „ob“ gerichtet ist, während Gesetzgeber und Verwaltung hinsichtlich des „wie“ ein Einschätzungsspielraum zusteht,²⁰² solange die Maßnahme eine hinlängliche Kompensation erreicht,
- und (nur) einem eng zu verstehenden Ressourcenvorbehalt unterliegt (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Maßnahmen des Nachteilsausgleichs).

197 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 27 (= NVwZ 2016, 541).

198 BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2018 – 1 BvR 957/18, juris Rn. 7 (= NZS 2019, 379, dort: personelle Ressourcen); BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 27 (= NVwZ 2016, 541).

199 BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2018 – 1 BvR 957/18, juris Rn. 7 (= NZS 2019, 379).

200 BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2018 – 1 BvR 957/18, juris Rn. 7 (= NZS 2019, 379).

201 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 57 (= NJW 2019, 1201). – Angemerkt sei, dass das BVerfG von Fördermaßnahmen spricht, der Sache nach jedoch Nachteilsausgleiche gemeint sind; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

202 Deshalb lassen sich auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG i. d. R. keine Ansprüche auf konkrete Maßnahmen des Nachteilsausgleichs in Prüfungen stützen, so VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 73; VG SH, Beschluss vom 5. 1. 2017 – 9 B 45/16, juris Rn. 15.

Damit entspricht diese Wirkungsdimension des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Wesentlichen dem Regelungsgehalt des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK (angemessene Vorkehrungen).²⁰³

(3) Förderauftrag und positive Diskriminierung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet nur die Benachteiligung, nicht die Besserstellung (positive Diskriminierung). Über Nachteilsausgleiche hinausgehende Fördermaßnahmen sind also erlaubt, selbst wenn sie zu einer Besserstellung im Vergleich zu Nichtbehinderten führen,²⁰⁴ bedürfen dann jedoch einer gesetzlichen Grundlage.²⁰⁵ Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG lassen sich ferner ein Förderauftrag²⁰⁶ und eine objektive Wertentscheidung ableiten. Letztere wirkt u. a. als Direktive bei der Auslegung einfachen Rechts.²⁰⁷

cc) Verhältnis des Benachteiligungsverbotes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG

Das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG enthält die Anordnung, Menschen mit und ohne Behinderungen gleich zu behandeln.²⁰⁸ Insoweit ist Art. 3 Abs. 3 S. 2 ein spezieller Gleichheitsgrundsatz²⁰⁹ und *lex specialis*²¹⁰ zu Art. 3 Abs. 1 GG.

dd) Zwischenfazit: Bedeutung des Benachteiligungsverbotes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für das Prüfungsrecht

(1) Besondere Ausprägung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit: verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich in Prüfungen

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbürgt für Menschen mit Behinderungen einen besonderen Anspruch auf rechtliche und tatsächliche Gleichbehandlung. Behinderungsbezogene (mittelbare) Benachteiligungen begründen einen Anspruch auf hinlängliche Kompensation durch Maßnahmen des Nachteilsausgleichs.²¹¹ Für das Prüfungsrecht folgt daraus ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich. Im Verhältnis zum allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG stellt sich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als *lex specialis* dar.

203 BSG, Beschluss vom 7. 5. 2019 – B 8 SO 40/18 B, juris Rn. 6, und Beschluss vom 21. 12. 2017 – B 9 SB 61/17 B, juris Rn. 10; LSG NRW, Urteil vom 7. 5. 2018 – L 21 SB 35/16, juris Rn. 19; VGH BW, Beschluss vom 4. 5. 2018 – 4 S 1394/17, juris Rn. 19; VG Karlsruhe, Urteil vom 4. 4. 2019 – 11 K 1830/18, juris Rn. 60; VG SH, Urteil vom 7. 2. 2019 – 1 A 66/16, juris Rn. 32; *Roller*, NZS 2019, 368 (372 f.); *Welti/Frankenstein/Hlava*, SGB 2019, 317 (318).

204 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 542.

205 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 41, 45 (= NVwZ 2016, 541).

206 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 541; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 167; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 197.

207 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 538; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 168.

208 BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 2018 – 1 BvR 957/18, juris Rn. 2, 7 (= NZS 2019, 379).

209 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 26 (= NVwZ 2016, 541).

210 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 162; *Sodan*, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 22.

211 Das BVerfG verwendet in diesem Kontext den Begriff „Fördermaßnahmen“. Der Sache nach handelt es sich um Nachteilsausgleiche; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

- (2) Verfassungsrechtliche Legitimation für einfachrechtliche positive Diskriminierung, z. B. in Form von Notenschutz

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ermöglicht ferner – anders als Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG – eine positive Diskriminierung, d. h. eine rechtliche Besserstellung zugunsten von Menschen mit Behinderungen, insbesondere mit dem Ziel, strukturelle oder gesellschaftliche Ungleichheiten zu beseitigen oder zu verringern. Solche Maßnahmen positiver Diskriminierung folgen indessen nicht unmittelbar aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG,²¹² verlangen vielmehr eine gesetzliche Grundlage,²¹³ welche dann den Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG²¹⁴ konkretisiert und umsetzt. Prüfungsrechtliche Relevanz entfaltet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG insoweit z. B. für den sog. Notenschutz im Schulbereich.

Bezogen auf das Prüfungsrecht ist deshalb zwischen zwei Wirkweisen von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu unterscheiden:

- Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist zum einen eine spezielle Ausprägung des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit zugunsten von Menschen mit Behinderungen und begründet insoweit einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich in Prüfungen.
- Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bildet zum anderen eine verfassungsrechtliche Legitimation für gesetzgeberische Maßnahmen positiver Diskriminierung.

2. Prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit als zentraler Anknüpfungspunkt für Nachteilsausgleich in Prüfungen

Im vorstehenden Abschnitt wurde herausgearbeitet, dass drei verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für Ansprüche auf Nachteilsausgleich für Studierende mit Behinderungen in Betracht kommen:

- das zumindest in Teilelementen grundgesetzlich identifizierbare Recht auf Bildung gem. Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG,
- der in Art. 3 Abs. 1 (ggf. i. V. m. Art. 12 Abs. 1) GG wurzelnde allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit
- und das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

Eine Durchsicht von Rechtsprechung und Literatur ergibt, dass ganz überwiegend Art. 3 Abs. 1 GG, ggf. i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG, herangezogen wird.²¹⁵ Seltener wird der Anspruch auf Nach-

212 OVG Nds, Beschluss vom 12. 3. 2018 – 2 ME 1/18, juris Rn. 22; Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 15; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 73; VG SH, Beschluss vom 5. 1. 2017 – 9 B 45/16, juris Rn. 15; *Quapp*, DVBl. 2018, 80 (81).

213 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 41, 45 (= NVwZ 2016, 541); OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 15; VG Saarland, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 78; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 73; VG Stuttgart, Beschluss vom 12. 7. 2012 – 12 K 2267/12, juris Rn. 11.

214 Oben B. III. 1. c) bb) (3).

215 BVerwG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 34/14, juris Rn. 16 (= NVwZ 2016, 541); Beschluss vom 13. 12. 1985 – 7 B 210/85, juris Rn. 6; OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 9; OVG Nds, Beschluss vom 12. 3. 2018 – 2 ME 1/18, juris Rn. 22; OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 9; Beschluss vom 24. 6. 2019 – 2 ME 570/19, juris Rn. 14; OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27; VG Ansbach, Beschluss vom 26. 4. 2013, juris Rn. 18; VG Berlin, Beschluss vom 30. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 13; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 23; VG München, Beschluss vom 5. 11. 2009 – 3 E 09.4669, juris Rn. 30; VG Münster, Beschluss vom 28. 8. 2017 – 1 L 1154/17, juris Rn. 16; VG Oldenburg, Urteil vom 22. 11. 2017 – 5 A 1787/15, juris Rn. 30; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 31; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 41; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 16; VG Würzburg, Urteil vom 29. 11. 2017 – 2 K 16.284, juris Rn. 33; *Ennuschat*, in: Rux/Ennuschat, 3. Aufl. 2017, S. 230; *Niehues/Fischer/Jeremias*,

teilsausgleich auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG) gestützt.²¹⁶ Nur vereinzelt wird eine freiheitsrechtliche Fundierung über Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG versucht.²¹⁷

Welche Auffassung ist vorzugswürdig? Gegen den freiheitsrechtlichen Ansatz spricht, dass das Recht auf Bildung sich im Verfassungstext nicht klar genug niederschlägt. Hinzu kommt, dass auch im Rahmen von Art. 24 UN-BRK und Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK das Recht auf Bildung in engen Zusammenhang mit einem gleichheitsrechtlichen Diskriminierungsverbot gestellt wird.²¹⁸ Eine isoliert freiheitsrechtliche Fundierung dürfte daher weniger tragfähig sein.

In Betracht kommen also am ehesten der allgemeine Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG oder das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Die letztgenannte Verfassungsvorschrift ist *lex specialis* zu Art. 3 Abs. 1 GG.²¹⁹ Dies spricht dafür, hinsichtlich des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit 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.

Die hier vertretene Sichtweise weicht, das sei klargestellt, von der ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ab.

3. Konsequenzen der Verortung des Nachteilsanspruchs in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (statt in Art. 3 Abs. 1 GG)

Ob die verfassungsrechtliche Grundlage des Nachteilsausgleichsanspruchs in Art. 3 Abs. 1 GG (so die h. L.) oder in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (so hier vertreten) verortet wird, ist keine bloß akademische Frage, hat vielmehr Auswirkungen auf die Prüfungspraxis, wie im Folgenden beschrieben werden soll.

a) Herleitung des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG

Wie geschildert, stützen Rechtsprechung und Literatur den Anspruch auf Nachteilsausgleich auch bei behinderungsbezogenen Nachteilen auf den allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG.

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend zu behandeln (oben B. III. 1. b). Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden, ohne dass dies eine hinreichende sachliche Rechtfertigung findet. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt zugleich ein Anspruch auf Gleichbehandlung.

Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 193; *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 (841); *Quapp*, DVBl. 2018, 80 (81); in diese Richtung auch BVerfGE 52, 380 (388).

²¹⁶ OVG Saarland, Beschluss vom 27. 3. 2019 – 2 B 33/19, juris Rn. 9 (anders aber derselbe Senat im Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27: Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG); *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 524; *Langenfeld*, RdJB 2007, 211 (223 f.).

²¹⁷ *Cremer/Kolok*, DVBl. 2014, 333 (341).

²¹⁸ Oben B. I. 2. b), c), II. 1. bb).

²¹⁹ Oben B. III. 1. c) cc).

Für eine Prüfung bedeutet dies: Alle Prüflinge müssen die gleiche Chance haben, ihre Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen. Der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit – gestützt auf den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG, ggf. i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG – zielt zunächst auf eine formale Gleichstellung aller Prüflinge. Chancengleichheit wird also in erster Linie dadurch gewahrt, dass alle Prüflinge ihre Prüfungsleistungen möglichst unter gleichen äußeren Prüfungsbedingungen erbringen.²²⁰

Formale Gleichbehandlung kann jedoch zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung führen: Wenn etwa die Prüfungszeit für eine Klausur im Juristischen Staatsexamen, die landesweit parallel in mehreren Klausursälen angefertigt wird, einheitlich auf 5 Zeitstunden festgesetzt wird, in einem Klausurraum es aber zu Störungen durch Baulärm kommt, im anderen nicht, dann würde die formale zeitliche Gleichbehandlung eine Ungleichbehandlung bewirken, welche nicht durch den Prüfungszweck gerechtfertigt wäre.²²¹ Entsprechendes gilt, wenn eine Behinderung zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung führt, die nicht durch den Prüfungszweck gerechtfertigt ist, etwa bei einer körperlichen Beeinträchtigung, welche den mechanischen Schreibvorgang bei der Klausuranfertigung erschwert.

Der Anspruch auf Gleichbehandlung verpflichtet das Prüfungsamt dann zu aktiven Maßnahmen, um die Ungleichbehandlung zu vermeiden bzw. zu beseitigen, in den genannten Beispielen etwa durch eine angemessene Verlängerung der Bearbeitungszeit.

Damit lassen sich folgende Voraussetzungen und Folgen des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG herleiten:

- Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich sind erfüllt, wenn bei formaler Gleichbehandlung es zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung kommt, die nicht durch den Prüfungszweck gerechtfertigt ist.
- Der Anspruch auf Gleichbehandlung verpflichtet das Prüfungsamt dann zu aktiven Maßnahmen, um tatsächliche Gleichheit entsprechend dem Prüfungszweck herzustellen.

b) Herleitung des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine unzulässige mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm oder eine Verwaltungspraxis zwar für Menschen mit und ohne Behinderungen gleichermaßen gelten, behinderte Menschen aber wegen der unterschiedlichen Auswirkungen der Rechtsanwendung faktisch benachteiligt werden, ohne dass diese Benachteiligung eine hinreichende Rechtfertigung erfährt. Wenn es eine Benachteiligung gibt, entsteht ein Anspruch auf kompensierende Maßnahmen des Nachteilsausgleichs.²²²

Für eine Prüfung bedeutet dies: Falls eine Prüfungsmodalität oder Prüfungsform bei formaler Gleichbehandlung dazu führt, dass es Prüflingen mit Behinderungen im Vergleich zu ihren nicht-behinderten Mitprüflingen faktisch erschwert wird, die Prüfungsleistung zu erbringen, dann wäre das eine unzulässige Benachteiligung, falls es nicht ausnahmsweise einen zwingenden²²³

220 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 92.

221 Vgl. zu dieser Konstellation BVerwG, Urteil vom 29. 8. 1990 – 7 C 9/90, juris Rn. 3; BFH, Urteil vom 10. 3. 1992 – VII R 87/90, juris Rn. 9.

222 Näher oben B. III. 1. c) bb) (2); siehe dort auch den Hinweis, dass das BVerfG insoweit von „Fördermaßnahmen“ spricht, jedoch der Sache nach Nachteilsausgleiche meint.

223 Zum Erfordernis eines „zwingenden Grundes“ siehe BVerfG, NJW 2019, 1201 (1205 f. Rn. 57 f.) sowie unten cc.

Grund gibt, welcher die Prüfungsmodalität oder Prüfungsform rechtfertigt. Das Prüfungsamt muss dann aktive Maßnahmen ergreifen, um die Benachteiligung zu vermeiden bzw. zu beseitigen.

Damit lassen sich folgende Voraussetzungen und Folgen des Anspruchs auf Nachteilsausgleich auf Grundlage von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ableiten:

- Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich sind erfüllt, wenn bei formaler Gleichbehandlung es zu einer tatsächlichen Benachteiligung wegen einer Behinderung kommt, die nicht durch den Prüfungszweck zwingend gerechtfertigt ist.
- Der Anspruch auf Gleichbehandlung verpflichtet das Prüfungsamt dann zu aktiven Maßnahmen, um tatsächliche Gleichheit entsprechend dem Prüfungszweck herzustellen.

c) Unterschiedliche Schwellen bei Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zur Auslösung der staatlichen Pflicht, aktive Maßnahmen zur Herstellung von Gleichheit zu ergreifen

Auf den ersten Blick scheint sich die unterschiedliche Herleitung des prüfungsrechtlichen Nachteilsausgleichsanspruchs für Studierende mit Behinderungen entweder aus Art. 3 Abs. 1 GG (so die ganz h. L.) oder aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (so hier vertreten) nicht nennenswert auszuwirken: Bei beiden Ansätzen wird die Ungleichbehandlung in eine Beziehung zum Prüfungszweck gesetzt: Die tatsächliche Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG sowie die Benachteiligung i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG können bei beiden Ansätzen durch den Prüfungszweck gerechtfertigt werden. Fehlt es an der Rechtfertigung durch den Prüfungszweck, wird bei beiden Ansätzen eine staatliche Handlungspflicht begründet, um die Ungleichbehandlung bzw. die Benachteiligung zu beseitigen.

Dennoch gibt es Unterschiede, und zwar hinsichtlich der Schwelle, welche überschritten werden muss, um eine staatliche Handlungspflicht auszulösen. Diese Schwelle ist bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG niedriger als bei Art. 3 Abs. 1 GG, wie im Folgenden erläutert werden soll.

aa) Frühere Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 1 GG: erst bei Willkür der Ungleichbehandlung

Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG wurde zunächst als Willkürverbot verstanden. Eine Ungleichbehandlung konnte deshalb schon dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, wenn sie nicht willkürlich war, wenn es vielmehr (irgend)einen sachlichen Grund gab.

Auf das Prüfungsrecht gewendet, würde dies bedeuten: Wenn die einheitliche Durchführung der Prüfung für alle Studierenden unabhängig von einer etwaigen Behinderung durch irgendeine nachvollziehbare Erwägung zum Prüfungszweck getragen wäre, dann könnte kein Nachteilsausgleich begehrt werden.

bb) Heutige Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 1 GG: Unverhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung

Heute greift zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen die sog. neue Formel:²²⁴

224 Z. B. BVerfGE 133, 377 (407 Rn. 74); zur neuen Formel näher etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 20 ff.

„Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen ... Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen ...“

Die neue Formel vermeidet mithin einen allgemeinen Rechtfertigungsmaßstab, stellt vielmehr auf den konkreten Sachverhalt ab, ob nur das Willkürverbot oder das Verhältnismäßigkeitsgebot greift. Das BVerfG hat immerhin einige Leitlinien für den Rechtfertigungsmaßstab entwickelt:

- Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (und nicht nur das Willkürverbot) greift, wenn die Ungleichbehandlung zugleich in Freiheitsrechte eingreift.²²⁵
- Eine strenge Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besteht bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen, und zwar auch bei mittelbarer Ungleichbehandlung von Personengruppen.²²⁶
- Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Personengruppen sind dabei umso strenger, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen annähern.²²⁷

Für den Nachteilsausgleich in Prüfungen folgt daraus eine strenge Bindung an die Verhältnismäßigkeit: Prüfungen greifen i. d. R. in die Berufsfreiheit ein. Es geht um eine personenbezogene (mittelbare) Ungleichbehandlung, die an eine Behinderung anknüpft, die nicht beeinflusst werden kann und zudem dem Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 GG zumindest nahe kommt, wenn nicht sogar bei Vorliegen einer Behinderung ohnehin Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG anwendbar ist (unten B. III. 5. a).

Es genügt deshalb nicht (mehr), dass der Ausschluss des Nachteilsausgleichs nicht willkürlich erscheint, d. h. irgendwie durch den Prüfungszweck gerechtfertigt werden kann. Der Ausschluss des Nachteilsausgleichs muss (mittlerweile) vielmehr verhältnismäßig sein, d. h. er muss geeignet und erforderlich sein, um den Prüfungszweck zu erreichen, und der Nachteil für den betroffenen Prüfling muss in einem angemessenen Verhältnis zum Vorteil für den Prüfungszweck stehen, was insbesondere zu bejahen ist, wenn der Prüfungszweck deutlich gewichtiger ist als der Nachteil für den Betroffenen. Umgekehrt bedeutet dies: Wenn die Verweigerung von Nachteilsausgleich mit Blick auf den Prüfungszweck unverhältnismäßig ist, entsteht die Pflicht, Nachteilsausgleich zu gewähren.

Diese Änderung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG wird, soweit ersichtlich, in der prüfungsrechtlichen Rechtsprechung noch nicht aufgegriffen (unten C.).²²⁸ Deshalb sei hervorgehoben:

225 BVerfGE 107, 133 (141 Rn. 25) – zur Berufsfreiheit; siehe mit Blick auf Prüfungen schon BVerfG, NVwZ 1989, 645: „Die Auswirkung von Prüfungsergebnissen auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der beruflichen Betätigung ist auch für den Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG und damit für den Grundsatz der Chancengleichheit bedeutsam. Bei berufsbezogenen Prüfungen kann der Gestaltungsraum, den Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber belässt, im Ergebnis nicht weiter sein als bei solchen Regelungen, die allein am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind.“

226 So ausdrücklich BVerfGE 133, 377 (407 Rn. 75).

227 BVerfGE 133, 377 (408 Rn. 77); Beschluss vom 26. 3. 2019 – 1 BvR 673/17, juris Rn. 64.

228 Aus der verfassungsrechtlichen Literatur siehe immerhin Huster, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand: Sept. 2018, Art. 3 Rn. 169: „Der berufsfreiheitliche Bezug einer Prüfung bleibt aber von Bedeutung, da Art. 12 Abs. 1

Selbst wenn man den Anspruch auf Nachteilsausgleich von Studierenden mit Behinderungen weiterhin auf Art. 3 Abs. 1 GG (und nicht wie hier vertreten auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) stützen will, muss die Verweigerung von Nachteilsausgleich verhältnismäßig sein. Nötig ist stets eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Abwägung mit dem Prüfungszweck. Für die Verhältnismäßigkeit gilt ein strenger Maßstab.

cc) Schwelle zur Auslösung einer Handlungspflicht bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: Fehlen eines zwingenden Grundes für die Ungleichbehandlung

Am weitesten reichen die staatlichen Handlungspflichten, wenn Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zugrunde gelegt wird. Das BVerfG hat hierzu Folgendes ausgeführt:²²⁹

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 ...“

Eine Behinderte belastende Maßnahme müsse, so das BVerfG, „unerlässlich“ sein.²³⁰ Die Unerlässlichkeit fehle, wenn eine staatliche Maßnahme des Nachteilsausgleichs²³¹ die behinderungsbedingte Einschränkung beseitigen könne;

„erst wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist, kann eine Benachteiligung gerechtfertigt sein.“²³²

Das BVerfG verlangt also zwingende Gründe²³³ bzw. Unerlässlichkeit²³⁴ als Rechtfertigung für eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen.²³⁵ Das gilt auch für den Fall einer mittelbaren Benachteiligung.²³⁶

Wenn mithin eine behinderungsbedingte Benachteiligung vorliegt, entsteht grundsätzlich eine Handlungspflicht i. S. einer Maßnahme des Nachteilsausgleichs, es sei denn, einer solchen Maßnahme stehen zwingende Gründe oder deren Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit entgegen.

GG den gleichheitsrechtlichen Maßstab verschärft: Die Ausgestaltung des Prüfungswesens ist hier gehalten, die Chancengleichheit der Prüflinge so weit wie irgend möglich sicherzustellen.“

229 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 57 (= NJW 2019, 1201).

230 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 57 (= NJW 2019, 1201).

231 Das BVerfG verwendet in diesem Kontext den Begriff „Fördermaßnahmen“, meint der Sache nach indessen Nachteilsausgleiche; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

232 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 57 (= NJW 2019, 1201).

233 Ebenso z. B. VGH BW, Urteil vom 24. 6. 2019 – 4 S 1716/18, juris Rn. 56; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 314; Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 29; Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 544; Hillgruber, JA 2019, 476 (478).

234 Ebenso etwa VGH BW, Urteil vom 24. 6. 2019 – 4 S 1716/18, juris Rn. 56; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 169; Hillgruber, JA 2019, 476 (478).

235 Einen weiteren möglichen Rechtfertigungsgrund (wohl neben den zwingenden Gründen – das Verhältnis beider Rechtfertigungsgründe bleibt etwas unklar) erkennt das BVerfG im kollidierenden Verfassungsrecht, aber nur unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips; siehe BVerfG, NJW 2019, 1201 (1206 Rn. 59). Im Ergebnis dürfte eine Benachteiligung dann wiederum nur rechtfertigungsfähig sein, wenn sie auf zwingenden Gründen beruht.

236 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 55, 57 f. (= NJW 2019, 1201). – In der Literatur ist umstritten, ob der sehr strenge Rechtfertigungsmaßstab auch dann anzulegen ist, wenn es sich um eine mittelbare Benachteiligung handelt; bejahend wohl Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 255; Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 537; dann für eine Absenkung der Rechtfertigungsanforderungen Sodan, in: ders., GG, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 23; Kischel, in: BeckOK, GG, Stand: Febr. 2019, Art. 3 Rn. 190, 235.

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.

4. Weitere Grundrechtspositionen: Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, und Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Im Blick zu behalten sind noch weitere Grundrechtspositionen: die Berufsfreiheit der Studierenden sowie die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen, Fakultäten und Dozenten.

Wenn das erfolgreiche Bestehen einer Prüfung Voraussetzung für eine spätere Berufstätigkeit ist, ist das Prüfungserfordernis als Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Studierenden zu werten.²³⁷ Die Berufsfreiheit ist neben dem Gleichheitsgrundrecht eine Wurzel des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit.²³⁸ Aus der Berufsfreiheit folgt das Gebot, das Prüfungsverfahren fair auszugestalten.²³⁹ Weitere Konsequenzen der Berufsfreiheit betreffen die Überprüfbarkeit von Prüfungsentscheidungen²⁴⁰ sowie die Prüfungsordnungen: Grundlegende Entscheidungen zum Prüfungswesen müssen durch den Gesetzgeber getroffen werden.²⁴¹ Die Regelungen in den Prüfungsordnungen müssen hinreichend bestimmt sein.²⁴²

Die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG umfasst Forschung und Lehre. Zur Freiheit der Lehre zählt auch die Festlegung von Ziel, Inhalt und Bewertungsmaßstab einer wissenschaftlichen Prüfung.²⁴³ Festlegungen zur Gestaltung des Prüfungsverfahrens sind demgegenüber wohl eher außerhalb²⁴⁴ oder allenfalls am Rande des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit zu verorten. Soweit die Wissenschaftsfreiheit betroffen ist, kann sie durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden. Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen im Kontext dieser Untersuchung insbesondere die Berufsfreiheit²⁴⁵ der Studierenden sowie deren Rechte aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in Betracht.

Für die Problematik der Nachteilsausgleiche bedeutet dies: Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bekräftigt die Rechtsposition der Studierenden, wobei deren verfassungsrechtlicher Schutz sich zuvörderst aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt. Die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG schützt u. a. die Festlegung des Prüfungszwecks, welcher u. U. einem Anspruch auf Nachteilsausgleich entgegensteht, wobei die Wissenschaftsfreiheit ihrerseits durch die Verfassungsrechte

237 BVerfG, NVwZ 1989, 645; NJW 1991, 2005; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 98.

238 BVerfG, NVwZ 1989, 645 (646); NJW 1991, 2005 (2007).

239 BVerfG, NJW 1980, 1153 (1154); Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 328.

240 Siehe insbesondere BVerfG, NJW 1991, 2005 (200), zu den Grenzen der Beurteilungsspielräume von Prüfern.

241 Näher Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 21 ff. – Die zentralen Grundsätze des Prüfungsrechts lassen sich allerdings unmittelbar aus der Verfassung ableiten und bedürfen dann nicht zwingend einer parlamentsgesetzlichen Normierung, vgl. VGH BW, Urteil vom 21. 11. 2017 – 9 S 1145/16, juris Rn. 37; siehe auch unten C. I. 1. c).

242 Hierzu Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 21 f., die kritisch darauf hinweisen, dass die Beschreibung eines Berufsbildes als Ziel und Maßstab einiger Staatsexamina nur sehr vage sei, ohne dass dies von der Rechtsprechung gerügt werde.

243 BVerfG, NVwZ 2015, 1444 Rn. 18; VG Hannover, Urteil vom 12. 4. 2012 – 6 A 2562/11, juris Rn. 36.

244 So VG Hannover, Urteil vom 12. 4. 2012 – 6 A 2562/11, juris Rn. 36.

245 VGH BW, Urteil vom 21. 11. 2017 – 9 S 1145/16, juris Rn. 75.

der betroffenen Studierenden beschränkt wird. Das Spannungsverhältnis der kollidierenden Grundrechtspositionen ist dann im Wege praktischer Konkordanz aufzulösen.

5. Zwischenfazit zum verfassungsrechtlichen Rahmen

Im Mittelpunkt des verfassungsrechtlichen Rahmens steht der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit.

a) Verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage

Dabei ist – nach hier vertretener Auffassung – 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. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst auch mittelbare Benachteiligungen.
- In den übrigen Fällen ist der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 (i. V. m. Art. 12 Abs. 1) GG heranzuziehen. Das kann relevant sein für Beeinträchtigungen ohne jeden Bezug zu einer Behinderung (z. B. Lärmstörungen).

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bildet deshalb eine verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage für Ansprüche auf behinderungsbezogenen Nachteilsausgleich in Hochschulprüfungen. Wenn ein behinderungsbedingter Nachteil besteht, gilt für die Verweigerung eines Nachteilsausgleichs ein sehr strenger Maßstab: Nachteilsausgleich scheidet nur dann aus, wenn der Prüfungszweck zwingend entgegensteht und/oder ein Nachteilsausgleich unmöglich oder unzumutbar ist. Insofern entspricht der Anspruch aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG weitgehend dem Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK.

Sofern – mit der h. L. – der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage für Nachteilsausgleichsansprüche herangezogen wird, führt der flexible Rechtfertigungsmaßstab der sog. neuen Formel zu einem ähnlich strengen Maßstab bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung.

Der Tendenz nach dürfte dennoch die Rechtsposition des behinderten Prüflings bei einer Verortung des Nachteilsausgleichsanspruchs in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG günstiger sein als bei der bisherigen Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Unterscheidung zwischen „ob“ und „wie“ des Nachteilsausgleichs

Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgt ein Anspruch auf „hinlängliche“ Kompensation des Nachteils durch Ausgleichsmaßnahmen.²⁴⁶ Es gibt also einen Anspruch hinsichtlich des „ob“ eines Anspruchs. Hinsichtlich des „wie“ steht dem Prüfungsamt indessen Ermessen zu, welche Maßnahmen sie ergreift, solange die Hinlänglichkeit erreicht wird. Auch insoweit besteht eine Parallele zum Diskriminierungsverbot und den angemessenen Vorkehrungen i. S. d. Art. 5 Abs. 2, 2 UAbs. 4 UN-BRK.

²⁴⁶ Das BVerfG verwendet in diesem Kontext den Begriff „Fördermaßnahmen“. Der Sache nach handelt es sich um Nachteilsausgleiche; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

c) Anspruch auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge als Grenze des Nachteilsausgleichs

Der im Verfassungsrecht wurzelnde prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit ist indes nicht nur Grund, sondern auch Grenze des Nachteilsausgleichs:²⁴⁷ Die Ausgleichsmaßnahmen dürfen nicht dazu führen, dass Prüflinge mit Behinderungen besser gestellt werden als ihre Mitprüflinge. Diese Erwägung wirkt sich beim „ob“ und beim „wie“ eines Nachteilsausgleichsanspruchs aus:

- Hinsichtlich des „ob“ beinhaltet der Prüfungszweck auch die Wahrung der Chancengleichheit. Die Chancengleichheit kann deshalb ein zwingender Grund sein, der einem Anspruch auf Nachteilsausgleich schon dem Grunde nach entgegensteht.
- Selbst wenn ein Nachteilsausgleichsanspruch dem Grunde nach besteht, darf dessen konkrete Ausgestaltung („wie“) die Chancengleichheit der Mitprüflinge nicht verletzen. Angesprochen ist damit insbesondere der Problemkreis „Überkompensation“.²⁴⁸

IV. Gleichstellungsrechtlicher Rahmen

Teils durch Impulse aus dem Völker- und Europarecht, teils durch inländische Impulse aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der gesellschaftlichen Diskussion wurden in den letzten Jahren auf Bundes- und Landesebene verschiedene Gesetze erlassen, welche das Ziel haben, Diskriminierungen insbesondere von Menschen mit Behinderungen zu bekämpfen. Zu nennen sind insbesondere das AGG (unten 1.), die Behindertengleichstellungsgesetze (unten 2.) sowie § 164 SGB IX (unten 3.).

1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dient u. a. der Umsetzung der bereits genannten RL 2000/78/EG (oben B. II. 2. b). Gem. § 1 AGG zielt das Gesetz darauf, Benachteiligungen aus Gründen u. a. einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG sind Benachteiligungen u. a. wegen einer Behinderung unzulässig in Bezug auf die Bildung. Dasselbe gilt für den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufs(aus)bildung (so § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG). Hochschulen unterfallen – je nach Gepräge der Studiengänge – entweder dem Begriff der Bildung oder der Berufsausbildung.²⁴⁹ Die Vorgaben des AGG greifen für den Hochschulbereich allerdings nur für Beschäftigungsverhältnisse sowie bei privatrechtlichen Verträgen, die auf die Erbringung von Bildungsdienstleistungen gerichtet sind.²⁵⁰

247 Z. B. OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 11.

248 Dazu unten C. I. 3. c), D. IV. 3.

249 Block, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK-AGG, Stand: 1. 9. 2018, § 2 Rn. 60. – Für eine Subsumtion unter Berufsausbildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG) z. B. Franke, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 52.

250 Block, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK-AGG, Stand: 1. 9. 2018, § 2 Rn. 61; Franke, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 52.

Wenngleich das AGG für Nachteilsausgleiche in Prüfungen keine Vorgaben formuliert oder Ansprüche begründet,²⁵¹ ist es für die Problematik dennoch nicht ohne Bedeutung. Das betrifft etwa den Behinderungsbegriff. Länger andauernde Krankheiten, Fettleibigkeit oder Suchtkrankheiten (Alkohol- oder Drogensucht) können als Behinderung i. S. d. § 1 AGG betrachtet werden, sofern alle Voraussetzungen des Behindertenbegriffs erfüllt sind,²⁵² ebenso eine HIV-Infektion²⁵³. Darüber hinaus greift das AGG den weiten Diskriminierungsbegriff des Völker- und Europarechts auf, indem gleichermaßen unmittelbare wie mittelbare Benachteiligungen erfasst werden (§ 3 Abs. 1 und 2 AGG).

Aus dem AGG sind indessen keine Ansprüche auf individuell abweichende Gestaltungen eines Prüfungsverfahrens abzuleiten.²⁵⁴ Das AGG vermittelt ferner keine Ansprüche auf Unterstützung bei der Prüfungsvorbereitung (z. B. durch Tutoren).²⁵⁵

2. Behindertengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder

Bund und Länder haben Behindertengleichstellungsgesetze erlassen.²⁵⁶ Die Landesgesetze sind im Ansatz auch für Hochschulen einschlägig, wenngleich in aller Regel ohne spezifische Aussagen zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen. Auf diese Gesetze kann deshalb kein Anspruch auf Nachteilsausgleich gestützt werden.²⁵⁷ Eine Ausnahme stellt § 6 Abs. 1 S. 3 NBGG dar; dort heißt es:

„Die Hochschulen in staatlicher Verantwortung müssen auf Antrag für einen Menschen mit Hör- oder Sprachbehinderung anstelle von mündlichen Prüfungen und Leistungsfeststellungen Prüfungen und Leistungsfeststellungen in schriftlicher Form durchführen, soweit der Prüfungs- oder Leistungsfeststellungszweck nicht entgegensteht.“

§ 6 Abs. 1 S. 3 NBGG begründet nicht nur eine Pflicht der (staatlichen) Hochschulen, sondern zugleich einen korrelierenden Anspruch für Studierende mit Hör- oder Sprachbehinderung. Auf diesen subjektivrechtlichen Charakter dieser Vorschrift deuten die Überschrift von § 6 NBGG („Recht auf...“) sowie das Antragserfordernis hin. Anspruchsvoraussetzungen sind erstens ein Antrag des/der Studierenden, zweitens das Vorliegen einer Hör- oder Sprachbehinderung und drittens das Nichtentgegenstehen des Prüfungs- oder Leistungsfeststellungszwecks. Im Lichte von Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 UN-BRK und von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG muss der Prüfungszweck – über den Wortlaut hinaus – dem Wechsel der Prüfungsform zwingend entgegenstehen.

Auf Rechtsfolgenseite handelt es sich um gebundene Verwaltung, d. h. die Hochschule muss einem Antrag auf Ersetzung der mündlichen durch schriftliche Leistung entsprechen. Bemerkens-

251 VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166. juris Rn. 35; VG Saarland, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 80 ff.; Jeremias, NVwZ 2019, 839 (842).

252 Bauer/Krieger/Günther, Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 41c, 44; verneinend für Krankheiten aber Ellenberger, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 6.

253 Ellenberger, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 6.

254 VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 36.

255 BayVG, Beschluss vom 7. 1. 2010 – 7 CE 09.2900, juris Rn. 25.

256 Dazu z. B. Rux/Ennuschat, Die Rechte stotternder Menschen in Schule, Ausbildung und Studium, 3. Aufl. 2017, S. 115 f., 126, 132 f., 139, 199 f., 238 f., 249, 260 ff., 270, 295 f.

257 VG Berlin, Beschluss vom 19. 3. 2018 – 3 L 120.18, juris Os. 1 f., Rn. 19 f.; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166. juris Rn. 35.

wert ist, dass § 6 Abs. 1 S. 3 NBGG den Austausch der Prüfungsform (schriftlich statt mündlich) explizit ermöglicht.

Die Behindertengleichstellungsgesetze kennen in Parallele zu Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK die Einschränkung, dass angemessene Vorkehrungen nur getroffen werden müssen, sofern dies keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellt (z. B. § 4 Abs. 3 BGG LSA). Wann Unverhältnismäßigkeit und/oder Unbilligkeit gegeben sind, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden.²⁵⁸ Die Billigkeit/Zumutbarkeit ist u. a. von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten abhängig, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Verpflichtete u. U. seinerseits finanzielle Unterstützung erhalten kann.²⁵⁹ Die Beweislast für Unverhältnismäßigkeit, Unbilligkeit und Unzumutbarkeit liegt beim Verpflichteten.²⁶⁰

In der Rechtsprechung ist die Unverhältnismäßigkeit bejaht worden, als eine Studentin mit Hörbehinderung von ihrer Hochschule die Unterstützung durch professionelle Schriftdolmetscher für alle Vorlesungen begehrte. Dabei wären jährliche Kosten i. H. v. 60.000 Euro angefallen. Der Hochschule standen jedoch jährlich nur 30.000 Euro für die Unterstützung aller Studierenden mit Behinderungen zur Verfügung.²⁶¹ Zu Recht wird indessen darauf hingewiesen, dass eine Berücksichtigung aller Umstände gefordert wird, und zwar bereits durch den Verpflichteten: Ehe dieser sich auf Unverhältnismäßigkeit und Unbilligkeit beruft, muss er ein Gesamtkonzept erarbeiten und vorlegen, wie er seine begrenzten Mittel einsetzen will, um möglichst alle Belange, auch die der im konkreten Fall betroffenen Person, im Wege praktischer Konkordanz zu wahren.²⁶²

3. Arbeitsrechtliche Vorgaben, insbesondere § 164 SGB IX

Die vorstehend wiederholt genannte RL 2000/78/EG (oben B. II. 2. b) wurde für das Arbeitsleben u. a. durch § 164 SGB IX umgesetzt. Diese arbeitsrechtliche Vorgabe betrifft nicht Hochschulprüfungen, ist dennoch im Kontext dieser Untersuchung indirekt bedeutsam: Hochschulprüfungen weisen in aller Regel einen Berufsbezug auf. Wenn Beeinträchtigungen eines Prüflings im späteren Berufsleben durch den Arbeitgeber ausgeglichen werden können, lässt dies vermuten, dass auch ein entsprechender Nachteilsausgleich in der Prüfung möglich ist. Und noch einen Schritt weiter: Wenn im Arbeitsleben Beeinträchtigungen ausgeglichen werden müssen, dann spricht dies dafür, dass in Prüfungen ein Nachteilsausgleich geboten ist.

Welche Pflichten zum Ausgleich von Beeinträchtigungen gelten also für Arbeitgeber? Nach § 164 Abs. 2 SGB IX dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte²⁶³ Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.²⁶⁴ Mittelbare Benachteiligungen werden erfasst.²⁶⁵ Konkrete und gericht-

258 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 25.

259 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 26.

260 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 27.

261 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 27; im Ergebnis bestätigt durch OVG LSA, Beschluss vom 13. 5. 2019 – 3 L 44/19, juris Rn. 10 ff.

262 Vgl. Kirmse, DVfR – Fachbeitrag A 15-2019, S. 1.

263 In unionsrechtskonformer Auslegung soll Schwerbehinderung i. S. d. § 164 SGB IX schon ab einem GdB von mindestens 30 anzunehmen sein, so Fabricius, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 5, 38.

264 § 164 Abs. 2 S. 2 SGB IX verweist im Übrigen auf das AGG.

265 Fabricius, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 42.

lich durchsetzbare Individualansprüche der Arbeitnehmer bzw. Pflichten der Arbeitgeber werden sodann in § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX normiert. Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen liegt beim betroffenen Arbeitnehmer, der insbesondere schlüssig eine seine Behinderung berücksichtigende und realisierbare Beschäftigungsmöglichkeit aufzeigen muss.²⁶⁶

a) Pflicht zur behinderungsgerechten Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes, § 164 Abs. 4 S. 1 Nrn. 4 und 5 SGB IX

Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit (§ 164 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 SGB IX) und Anspruch auf Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen (§ 164 Abs. 4 S. 2 Nr. 5 SGB IX). Mit Blick auf Arbeitsorganisation und Arbeitszeit ist Erwägungsgrund 20 der RL 2000/78/EG zu berücksichtigen.²⁶⁷ Geeignete Maßnahmen zugunsten des behinderten Arbeitnehmers können deshalb z. B. die „Aufgabenverteilung“ oder den „Arbeitsrhythmus“ betreffen.

- Der Arbeitgeber muss ggf. durch die Aufgabenverteilung und Umgestaltung von Arbeitsabläufen²⁶⁸ einen behindertengerechten Arbeitsplatz schaffen, indem er etwa einzelne Aufgaben anderen, nicht beeinträchtigten Arbeitnehmern zuweist.²⁶⁹ Das gilt z. B. für die Freistellung von der Krankheits-, Urlaubs- und Abwesenheitsvertretung.²⁷⁰
- Der Arbeitsrhythmus kann durch Pausenregelungen oder Begrenzungen der Arbeitszeit und der Arbeitstage behindertengerecht ausgestaltet werden.²⁷¹
- Im öffentlichen Dienst in NRW soll schwerbehinderten Menschen ein Einzelzimmer als Arbeitsraum zugewiesen werden, wenn die Art der Behinderung dies erfordert.²⁷² Aus der Praxis wird ferner von einem Beispiel berichtet, bei dem einem Arbeitnehmer mit psychischer Behinderung die Arbeit schon dadurch erleichtert werden konnte, dass er einen Teil der täglichen Arbeitszeit in einem ruhigeren Raum verbringen konnte.²⁷³
- Die Vermeidung einer leistungsabhängigen Entgeltdifferenzierung kann eine Maßnahme i. S. d. § 164 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX sein.²⁷⁴ Der Hamburger Teilhabeerlass verlangt, dass im öffentlichen Dienst das Arbeitspensum entsprechend der behinderungsbedingten individuellen Leistungsfähigkeit festgesetzt wird.²⁷⁵ Bei dienstlichen Beurteilungen im öffentlichen

266 Thies, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2018, § 164 SGB IX Rn. 33.

267 Vgl. EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, NZA 2013, 553 (556 Rn. 55) – Ring, Skoube Werge.

268 Fabricius, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 73.

269 LAG RP, Urteil vom 13. 11. 2017 – 3 Sa 272/17, juris Rn. 87; Neumann, in: Neumann/Pahlen u. a., SGB IX, 13. Aufl. 2018, § 164 Rn. 25; Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rn. 200.

270 So Nr. 8.7 der Richtlinie zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) im öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen, RdErl. d. Innenministeriums vom 14. 11. 2003 – 25 – 5. 35. 00 – 5/03.

271 Siehe 7.3 der Richtlinie zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) im öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen, RdErl. d. Innenministeriums vom 14. 11. 2003 – 25 – 5. 35. 00 – 5/03: „Arbeitszeiten und Pausen können für schwerbehinderte Menschen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit und ihren Bedürfnissen abweichend von den Arbeitszeitvorschriften geregelt werden.“ – Vgl. ferner Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 164 SGB IX Rn. 13; Fabricius, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 73: Begrenzung der täglichen Arbeitszeit (keine Überstunden, keine Nachtarbeit) und der Arbeitswoche auf fünf Tage.

272 Nr. 8.9 der Richtlinie zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) im öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen, RdErl. d. Innenministeriums vom 14. 11. 2003 – 25 – 5. 35. 00 – 5/03.

273 Siehe etwa ZB 2/2014 (<https://www.integrationsaemter.de/ZB-2-2014/518c6920i3p/index.html>).

274 Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 164 SGB IX Rn. 13; Fabricius, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 73; Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rn. 203.

275 Nr. 5.3.1 des Erlasses zur Teilhabe und Förderung von schwerbehinderten Beschäftigten und schwerbehinderten

Dienst dürfen quantitative Leistungsminderungen nicht nachteilig berücksichtigt werden (wohl aber qualitative Leistungsmängel).²⁷⁶ Das gilt unabhängig von der Art der (Schwer-) Behinderung, insbesondere auch für solche psychischer Art.²⁷⁷

b) Pflicht zur Ermöglichung von Teilzeitbeschäftigung, § 164 Abs. 5 SGB IX

Schwerbehinderte Menschen haben gem. § 164 Abs. 5 S. 3 SGB IX einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist. Teilzeit verschafft Arbeitnehmern mit Behinderung die ggf. benötigte zusätzliche Regenerationszeit, die ihnen erst die Teilhabe am Arbeits- und am übrigen gesellschaftlichen Leben ermöglicht.²⁷⁸

c) Keine Verpflichtung im Falle der Unzumutbarkeit oder Unverhältnismäßigkeit, § 164 Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 2 SGB IX

Die Pflichten aus § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX bestehen nicht, wenn ihre Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre (§ 164 Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 2 SGB IX). Unzumutbarkeit und Unverhältnismäßigkeit sind anhand einer Interessenabwägung zwischen den gesetzlich geschützten Ansprüchen des Arbeitnehmers und den wirtschaftlichen Belangen des Arbeitgebers zu beurteilen.²⁷⁹ Bei der Abwägung sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu würdigen, sodass abstrakte Festlegungen kaum möglich sind.²⁸⁰ Schon der Wortlaut weist darauf hin, dass ein eher strenger Maßstab gilt. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Arbeitgeber.²⁸¹ Unverhältnismäßigkeit wird etwa bejaht, wenn erhebliche (und nicht aus öffentlichen Kassen ausgleichbare) Kosten entstehen, der betroffene Arbeitnehmer aber ohnehin beabsichtigt, demnächst aus dem Erwerbsleben auszusteigen.²⁸² Unverhältnismäßigkeit wurde hingegen selbst dann verneint, wenn eine Teilzeitbeschäftigung zu einer erheblichen Umstrukturierung der Arbeitsabläufe führt.²⁸³

Bewerberinnen und Bewerber im hamburgischen öffentlichen Dienst (<https://www.hamburg.de/content-blob/3894962/eb881ddabb9a59007cdc3ec947a668f0/data/do-teilhabeerlass.pdf>).

276 BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1988 – 2 C 72/85, juris Ls., Rn. 17 (= NVwZ 1988, 734 f.); OVG Saarland, Beschluss vom 24. 2. 2017 – 1 A 94/16, juris Rn. 4, 13; Nr. 10.2 der Richtlinie zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) im öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen, RdErl. d. Innenministeriums vom 14. 11. 2003 – 25 – 5. 35. 00 – 5/03. – In der Literatur wird teils vertreten, dass selbst qualitative Leistungsmängel nicht nachteilig berücksichtigt werden dürfen, wenn diese behinderungsbedingt sind; siehe *Bodanowitz*, in: Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Stand: März 2019, Rn. 424.

277 OVG Saarland, Beschluss vom 24. 2. 2017 – 1 A 94/16, juris Rn. 7; *Ehmann*, jurisPR-ArbR 24/2017 Anm. 3.

278 Vgl. ZB 2/2014 (<https://www.integrationsaemter.de/ZB-2-2014/518c6920i3p/index.html>).

279 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 26.

280 *Fabricius*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 76.

281 VG Halle, Urteil vom 20. 11. 2018 – 6 A 139/17, juris Rn. 26; *Fabricius*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 76; *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rn. 190, 205.

282 *Brose*, in: BeckOK-Sozialrecht, Stand: 1. 3. 2019, § 164 SGB IX Rn. 27; *Fabricius*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 76.

283 LArbG Berlin-Bbg., Urteil vom 23. 1. 2019 – 15 Sa 1021/18, juris Rdn. 40: Ein Betrieb mit über 100 Beschäftigten setzt diese sämtlich in Acht-Stunden-Schichten ein. Eine Arbeitnehmerin macht einen Teilzeitananspruch geltend und kann dabei infolge ihrer Behinderung nur sechs Stunden am Stück arbeiten. Das Gericht ist der Auffassung, dass es dem Arbeitgeber zuzumuten sei, dann andere Teilzeitbeschäftigte in Ergänzung zur Arbeitszeit der Klägerin einzusetzen.

d) Prüfungsrechtsrelevante Einsichten des § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX

§ 164 SGB IX knüpft an Art. 27 UN-BRK an und löst für das Arbeitsleben den früheren Fürsorgegedanken durch ein Teilhabekonzept ab.²⁸⁴ Die Vorgaben sind geprägt durch die Einsicht, dass durch die Beeinträchtigungen der Arbeitnehmer mit Schwerbehinderung zwar (z. B.) deren Belastbarkeit vermindert sein kann, nicht aber die Qualität ihrer Arbeitsleistung. Maßnahmen, welche die (körperliche oder psychische) Belastung verringern (z. B. ruhigere Räume, mehr Pausen, Teilzeitarbeit), ermöglichen die Teilhabe am Berufsleben. Das Arbeitsrecht kennt damit Maßnahmen, welche auch in Hochschulprüfungen relevant sein können.

V. Hochschul- und prüfungsrechtlicher Rahmen

Im Zuge der Föderalismusreform im Jahre 2006 hat der Bund die bisherige Rahmengesetzgebungskompetenz für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens verloren. Das auf der früheren Kompetenzgrundlage erlassene Hochschulrahmengesetz (HRG)²⁸⁵ gilt vorerst gem. Art. 125b Abs. 1 GG fort. Relevant ist dies insbesondere für § 16 S. 4 HRG, wonach die Prüfungsordnungen der Hochschulen „die besonderen Belange behinderter Studierender zur Wahrung ihrer Chancengleichheit berücksichtigen“ müssen. Die Prüfungsordnungen müssen daher Bestimmungen enthalten, wann und wie Studierenden mit Behinderungen besondere Prüfungsbedingungen einzuräumen sind.²⁸⁶

Die Landeshochschulgesetze enthalten ähnliche Vorgaben unterschiedlicher Regelungsdichte.²⁸⁷ Die Einzelheiten werden sodann in Satzungen der Hochschulen geregelt.²⁸⁸ Die Hochschulgesetze greifen nur für Hochschulprüfungen. Für Staatsexamina gelten besondere Landesgesetze und Rechtsverordnungen, wobei im Folgenden nur Vorgaben für die juristischen Staatsprüfungen betrachtet werden.

1. Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs

Als Voraussetzung für einen Nachteilsausgleich werden in den Hochschulgesetzen der Länder eine Behinderung, häufig alternativ eine chronische oder schwere Erkrankung genannt (z. B. § 32 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 LHG BW, § 20 Abs. 3 HessHG, § 64 Abs. 2 Nr. 2 HG NRW; dazu unten B. VI. 4.). Teils wird hinzugefügt, dass die Ableistung einer Prüfung aufgrund der Behinderung bzw. Krankheit in

284 Brose, in: BeckOK-Sozialrecht, Stand: 1. 3. 2019, § 164 SGB IX Rn. 2.

285 Hochschulrahmengesetz (HRG) vom 19. 1. 1999 (GBl. S. 18), zul. geänd. durch Art. 2 des Gesetzes vom 12. 4. 2007 (GBl. S. 506).

286 Reich, HRG, 10. Aufl. 2007, § 16 Rn. 5a; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 36.

287 Siehe § 32 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 LHG BW, Art. 61 Abs. 2 S. 3 Nr. 5 BayHG, § 22 Abs. 1 S. 5 BbgHG, § 4 Abs. 7 BerlHG, § 31 Abs. 1 und 2 BremHG, § 3 Abs. 8 HmbHG, § 20 Abs. 3 HessHG, § 38 Abs. 4 LHG MV, § 7 Abs. 3 S. 5 NdsHG, § 64 Abs. 2 Nr. 2 HG NRW, § 26 Abs. 4 HG RP, § 64 Abs. 3 Nr. 8 SaarlHG, § 34 Abs. 3 SächsHG, § 13 Abs. 4 HSG LSA, § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 14 HSG SH, § 55 Abs. 4 ThürHG.

288 Zu einigen Beispielen siehe Rux/Ennuschat, Die Rechte stotternder Menschen in Schule, Ausbildung und Studium, 3. Auf. 2017, S. 160 ff., 218 f., 290 ff.

der vorgesehenen Weise nicht möglich ist oder erschwert wird (§ 20 Abs. 3 HessHG, § 38 Abs. 4 LHG MV). Die Sicherstellung der Chancengleichheit der betroffenen Studierenden wird in einigen Regelungen als Grund des Nachteilsausgleichs genannt (z. B. § 32 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 LHG BW, § 7 Abs. 3 S. 5 NdsHG, § 26 Abs. 4 HG RP, § 34 Abs. 3 SächsHG).

Restriktiver sind vielfach die Vorschriften für die juristischen Staatsprüfungen. Teils wird der Nachteilsausgleich sogar auf Körperbehinderungen verengt (§ 13 Abs. 1 S. 1 JAG NRW) oder zumindest der Fokus auf körperliche Beeinträchtigungen gelegt (§ 10 Abs. 2 ThürJAPO), insbesondere solche, welche die Schreibfähigkeit beeinträchtigen (§ 5 JAPrVO LSA). Bisweilen wird eine Schwerbehinderung (§ 13 Abs. 1 S. 1 BayJAPO) oder eine erhebliche Beeinträchtigung verlangt (§ 13 Abs. 2 BayJAPO). Gem. § 10 Abs. 2 ThürJAPO werden lediglich unerhebliche Beeinträchtigungen ausgeklammert.

Mehrfach wird als Voraussetzung eines Nachteilsausgleichs genannt, dass es sich um eine prüfungsunabhängige Beeinträchtigung handeln muss (§ 13 Abs. 7 JAPrO BW, § 15 Abs. 1 JAPO MV) bzw. um eine Beeinträchtigung, die außerhalb der in der Prüfung zu ermittelnden Fähigkeiten und Kenntnisse liegt (§ 10 Abs. 2 ThürJAPO). Die Behinderung darf nicht das abgeprüfte Leistungsbild betreffen (§ 13 Abs. 1 und 2 BayJAPO).

In § 57 Abs. 1 S. 2 SächsJAPO wird ein Nachteilsausgleich zumindest im Ausnahmefall auch für vorübergehende körperliche Behinderungen ermöglicht, während § 10 Abs. 2 ThürJAPO dauerhafte Beeinträchtigungen vom Nachteilsausgleich ausschließt.²⁸⁹

2. Art und Weise des Nachteilsausgleichs

Manche Landeshochschulgesetze äußern sich zur Art und Weise des Nachteilsausgleichs (z. B. § 22 Abs. 1 S. 5 BbgHG: gleichwertige Leistung in anderer Form oder verlängerter Zeit; § 38 Abs. 4 LHG MV: Abweichungen im Hinblick auf die Ableistung der Prüfung, die Benutzung von Hilfsmitteln oder Hilfspersonen; § 64 Abs. 2 Nr. 2 HG NRW: Form und der Dauer der Prüfungsleistung). Teils wird klargestellt, dass Nachteilsausgleiche die fachlichen Anforderungen der Studien- und Prüfungsleistungen nicht tangieren dürfen (z. B. § 31 Abs. 2 BremHG) und die Gleichwertigkeit der Prüfungsleistung zu wahren ist (§ 4 Abs. 7 BerlHG, § 22 Abs. 1 S. 5 BbgHG).

Erneut sind die Vorgaben für die juristischen Staatsprüfungen vielfach enger gefasst. Häufig wird Nachteilsausgleich nur für Aufsichtsarbeiten vorgesehen – und dort teils nur die Zeitverlängerung als Ausgleichsmaßnahme ermöglicht (§ 15 Abs. 1 S. 3 HmbJAG, § 13 Abs. 1 S. 2 JAG NRW). Andere Regelungen sind offener formuliert und eröffnen den Weg auch zu anderen Ausgleichsmaßnahmen, entweder durch eine „insbesondere“-Aufzählung (z. B. § 13 Abs. 1 S. 3 BayJAPO, § 6 Abs. 4 JAPO RP, § 13 Abs. 7 JAPrO BW) oder durch die Formulierung „angemessene“ Maßnahmen/Erleichterungen/Ausgleich (§ 13 Abs. 1 BayJAPO, § 18 Abs. 1 BremJAPG, § 6 JAPO RP, § 5 JAPrVO LSA). Ausdrücklich genannt werden neben den Schreibzeitverlängerungen z. B. Ruhe-

²⁸⁹ § 10 Abs. 2 ThürJAPO lautet: „Im Fall einer Körperbehinderung oder einer nicht unerheblichen körperlichen, gesundheitlichen oder vergleichbaren Beeinträchtigung eines Kandidaten, die längerfristig ist, ohne dauerhaft zu sein, und die außerhalb der in der Prüfung zu ermittelnden Fähigkeiten und Kenntnisse liegt, gewährt der Präsident auf Antrag angemessene Erleichterungen, wenn mit der Erleichterung die Chancengleichheit hergestellt werden kann. Eine Veränderung der Prüfungsaufgaben ist ausgeschlossen.“ – Diese Gesetzesbestimmung ist freilich missglückt. Zur Problematik des sog. Dauerleidens siehe unten C. I. 5, D. V.

pausen oder persönliche und sachliche Hilfsmittel (§ 13 Abs. 7 JAPrO BW, § 15 Abs. 1 JAPO MV, § 5 JAPrVO LSA). Nur vereinzelt wird der Nachteilsausgleich auch auf mündliche Prüfungen erstreckt (§ 57 Abs. 4 SächsJAPO).

Gelegentlich wird als Ziel ausdrücklich die Herstellung von Chancengleichheit angegeben (§ 10 Abs. 2 ThürJAPO). Als Grenze einer Nachteilsausgleichsmaßnahme wird angeführt, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt (§ 13 Abs. 1 S. 3 BayJAPO), von den Prüfungsanforderungen nicht abgewichen (§ 5 Abs. 6 BbgJAPO), die Prüfungsaufgabe nicht verändert (§ 10 Abs. 2 ThürJAPO) oder auf den Nachweis von Fähigkeiten, die zum Leistungsbild der abgenommenen Prüfung gehören, nicht verzichtet (§ 17 Abs. 7 JAPrO BW, § 15 Abs. 4 JAPO MV) werden darf.

3. Verfahrensvorgaben zum Nachteilsausgleich

Verfahrensvorgaben finden sich in den Landeshochschulgesetzen nur vereinzelt, etwa ein Antragserfordernis (§ 38 Abs. 4 LHG MV) oder die Soll-Vorgabe, den Nachteilsausgleich zwar einzelfallbezogen zu gewähren, ihn aber auf alle im Verlauf des Studiums abzuleistenden Prüfungen zu erstrecken, soweit mit einer Änderung des Krankheits- oder Behinderungsbildes nicht zu rechnen ist (§ 38 Abs. 4 LHG MV). § 22 Abs. 1 S. 5 BbGHG erlegt dem Studierenden eine Nachweispflicht auf.

Detaillierter – und zugleich enger – sind die Vorschriften für die juristischen Staatsprüfungen. Hier wird durchgängig der Nachweis der Beeinträchtigung durch ein Attest oder Zeugnis eines Arztes verlangt (z. B. § 13 Abs. 3 S. 2 BayJAPO, § 13 Abs. 7 JAPrO BW, § 57 Abs. 3 SächsJAPO). Einige Gesetze oder Verordnungen geben vor, was der Inhalt des amtsärztlichen Schreibens sein muss: Das amtsärztliche Zeugnis soll sich zu Art, Schwere und voraussichtlicher Dauer äußern (§ 6 Abs. 4 S. 5 JAPO RP), muss Art und Ausmaß der Prüfungsbehinderung eingehend darstellen (§ 5 Abs. 6 S. 2 BbgJAPO) oder die für die Beurteilung notwendigen medizinischen Befundtatsachen enthalten (§ 5 JAPrVO LSA). Der Antrag auf Nachteilsausgleich ist schriftlich zu stellen (z. B. § 13 Abs. 7 JAPrO BW), und zwar vier (§ 57 Abs. 3 SächsJAPO) oder sogar sechs Wochen vorher (§ 13 Abs. 3 S. 1 BayJAPO).

4. Unvereinbarkeit einiger prüfungsrechtlicher Vorgaben mit den Anforderungen aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Einige der vorstehend genannten Vorgaben genügen ersichtlich nicht den Anforderungen aus dem höherrangigen Recht (Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Das betrifft insbesondere die teilweise vorzufindende Verengung des Nachteilsausgleichs auf bestimmte Behinderungen, bestimmte Prüfungsteile oder bestimmte Ausgleichsmaßnahmen (unten VI. 2. a).

VI. Zwischenfazit zum Rechtsrahmen für Nachteilsausgleiche

Insbesondere die UN-Behindertenrechtskonvention bewirkt einen Paradigmenwechsel auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule: Nicht die Studierenden mit Behinderungen müssen sich der Hochschule anpassen, sondern die inklusive Hochschule passt sich den Bedürfnissen aller Studierenden an – auch und gerade in Prüfungen.

Dieser völkerrechtlich initiierte und nicht nur für die Hochschulen relevante Paradigmenwechsel hat mittlerweile das Europarecht erreicht, ferner die Interpretation von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (unten 1.) und einige Bereiche des einfachen Gesetzesrechts. Im Prüfungsrecht gibt es noch einige Defizite (unten 2.). Dennoch wirkt sich der Paradigmenwechsel auch bereits bei Hochschulprüfungen aus (unten 3.). Das betrifft nicht zuletzt das Verständnis von Behinderung (unten 4.).

1. Zum höherrangigen Rechtsrahmen

Nachteilsausgleiche beziehen sich auf eine Situation, in der Rechtsregeln ungewollt zu mittelbaren Ungleichbehandlungen/Diskriminierungen führen: Trotz rechtlicher Gleichheit stellt sich eine tatsächliche Ungleichheit ein. Ausgleichsmaßnahmen sollen dann im Nachhinein tatsächliche Gleichheit im Einzelfall sichern.

- Das Völker- und Europarecht hat in diesem Kontext das Konzept der angemessenen Vorkehrungen entwickelt. Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen begründen insbesondere das Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK i. V. m. dem Recht auf Bildung gem. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.
- Das BVerfG wendet in seiner jüngsten Rechtsprechung das Konzept der angemessenen Vorkehrungen im Ergebnis auch auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG an. Wenn keine Behinderung vorliegt, greift der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG.

Das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – als Grundlage des (besonderen) prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen – deckt sich dem Inhalt und den Wirkungen nach im Wesentlichen mit den Diskriminierungsverboten gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.

- Das betrifft zunächst den Behinderungsbegriff, der mittlerweile bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenso zu verstehen ist wie in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK.
- Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, Art. 14 EMRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verwenden einen weiten Begriff von Diskriminierung bzw. Benachteiligung unter Einschluss mittelbarer Diskriminierungen.
- Eine Diskriminierung bzw. Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn angemessene Vorkehrungen (so ausdrücklich Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK; ebenso der EGMR zu Art. 14 EMRK) bzw. auf die Behinderung bezogene Ausgleichsmaßnahmen (so das BVerfG zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)²⁹⁰ ausbleiben. Völker- und europarechtlich ist die Angemessenheit (= geeignet und erforderlich) der Vorkehrung gefordert. Dem entspricht das verfassungsrechtliche Erforder-

²⁹⁰ Das BVerfG verwendet in diesem Kontext den Begriff „Fördermaßnahmen“. Der Sache nach handelt es sich um Nachteilsausgleiche; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

nis, dass die Ausgleichsmaßnahme i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (hier: Nachteilsausgleich) eine „hinlängliche“ Kompensation bewirkt.

- Die betroffene Person hat im Falle eines behinderungsbedingten Nachteils einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen bzw. hinlängliche Kompensation durch Ausgleichsmaßnahmen, d. h. einen Anspruch hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs. Hinsichtlich des „wie“ steht der jeweiligen staatlichen Stelle Ermessen zu, welche Maßnahmen sie ergreift, solange die Angemessenheit bzw. Hinlänglichkeit gewahrt wird.
- Eine unzulässige Diskriminierung ist zu verneinen, wenn die Ungleichbehandlung (der Nachteil) durch einen zwingenden Grund gerechtfertigt ist. Insoweit gilt ein strenger Rechtfertigungsmaßstab für die Verweigerung einer angemessenen Vorkehrung bzw. einer kompensierenden Ausgleichsmaßnahme.²⁹¹
- Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen/kompensierenden Ausgleichsmaßnahmen²⁹² entfällt ferner, wenn die Maßnahme für die staatliche Stelle eine unverhältnismäßige und unzumutbare bzw. unbillige Belastung darstellt. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kennen damit nur einen eng begrenzten Ressourcenvorbehalt. Ob Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit oder Unbilligkeit vorliegen, kann nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden, die alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigt. Diese umfassende Würdigung ist primär Aufgabe des Verpflichteten: Ehe dieser sich auf Unverhältnismäßigkeit und Unbilligkeit beruft, muss er ein Gesamtkonzept erarbeiten und vorlegen, wie er seine begrenzten Mittel einsetzen will, um möglichst alle Belange, auch die der im konkreten Fall benachteiligten Person, im Wege praktischer Konkordanz zu wahren.

2. Zum einfachrechtlichen Rahmen für Hochschulprüfungen

Im Prüfungsrecht wurden die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention und des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bislang nur unvollständig umgesetzt (unten a). Dennoch können betroffene Prüflinge (insbesondere) unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG den ihnen zustehenden Nachteilsausgleich verlangen und ggf. gerichtlich durchsetzen (unten b).

a) **Zwar: teils defizitäre Umsetzung der höherrangigen Rechtsvorgaben durch die prüfungsrechtlichen Regelungen**

Einige prüfungsrechtliche Vorgaben genügen ersichtlich nicht den Anforderungen des höherrangigen Rechts. Beispielhaft genannt sei § 13 Abs. 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.“

Diese Norm weist drei Verkürzungen des Nachteilsausgleichsanspruchs ab, welche mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sind:

- Nur Körperbehinderungen werden genannt. Andere Prüfungsvorschriften verlangen eine Schwerbehinderung oder eine erhebliche Beeinträchtigung. Derartige Eingrenzungen finden

²⁹¹ Siehe Fn. 290.

²⁹² Siehe Fn. 290.

sich sogar noch in ganz aktuellen Normierungen.²⁹³ Demgegenüber schützen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie Art. 1 Abs. 2 UN-BRK alle Prüflinge mit Behinderungen, unabhängig von deren Art und Grad.

- Nur ein Prüfungsteil/eine Prüfungsform wird angeführt (Aufsichtsarbeit). Ansprüche auf Nachteilsausgleich können aber in allen Prüfungsformen relevant werden.
- Nur eine Ausgleichsmaßnahme wird ermöglicht (Schreibzeitverlängerung). Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 2 UAbs. 4, 5 Abs. 2, 24 UN-BRK sind hingegen offen für weitere Maßnahmen zum Nachteilsausgleich.

b) Aber: Ersetzung und Ergänzung defizitärer einfachrechtlicher Regelungen durch den verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Schutzdefizite entstehen dennoch nicht, zumindest nicht bei formal-rechtlicher Betrachtung: Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG begründet (ebenso wie Art. 3 Abs. 1 GG) einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich, den jeder betroffene Prüfling geltend machen und ggf. gerichtlich durchsetzen kann. Dasselbe gilt für die Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2, 14 Abs. 1 UN-BRK und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.

Bei tatsächlicher Betrachtung ist dennoch ein Schutzdefizit zu befürchten: Zu befürchten ist, dass sowohl für den Prüfling als auch für das Prüfungsamt die Hemmschwelle steigt, einen Nachteilsausgleich zu beantragen und zu gewähren, wenn die einschlägigen Vorschriften des einfachen Rechts diesen nicht vorsehen.

3. Erste Einsichten zu praktischen Konsequenzen für den Nachteilsausgleich in Prüfungen

Die Analyse des Rechtsrahmens – vom Völkerrecht über das Europa- und Verfassungsrecht bis hin zum Gleichstellungs- und Prüfungsrecht – bietet erste Einsichten zu praktischen Konsequenzen für den Nachteilsausgleich, welche in den Teilen D. bis F. noch weiter entfaltet werden sollen.

a) Anspruchsgrundlagen

Als Anspruchsgrundlagen kommen zunächst die einfachrechtlichen Regelungen insbesondere in den Prüfungsordnungen in Betracht. Bekräftigend und ggf. ergänzend treten Anspruchsgrundlagen aus dem höherrangigen Recht hinzu:

- Liegt eine Behinderung vor, greifen zuvörderst die Anspruchsgrundlagen aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK, ferner Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.
- Fehlt es an einer Behinderung, liegt aber eine Prüfungsbeeinträchtigung vor (z. B. durch Lärmstörungen), können Nachteilsansprüche auf Art. 3 Abs. 1 GG sowie auf Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK gestützt werden.

293 Siehe z. B. die Regelung zum Nachteilsausgleich in Prüfungen gem. § 9 der Verordnung über den Vorbereitungsdienst für den gehobenen feuerwehrtechnischen Dienst in der Bundeswehr i.d.F.v. 18. 3. 2019 (BGBl. I S. 406).

Dies bedeutet: Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgt ein besonderer prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit für Studierende mit Behinderung. Subsidiär greift der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Anspruchsvoraussetzungen

Der (verfassungsunmittelbare) Anspruch auf Nachteilsausgleich hat drei tatbestandliche Voraussetzungen:

- Vorliegen einer Behinderung,
- die im Zusammenspiel mit dem Prüfungssetting (d. h. bei unterschiedsloser Anwendung der allgemeinen Vorgaben für die Prüfung) eine (mittelbare) Benachteiligung des betroffenen Prüflings bewirkt,
- ohne dass der Prüfungszweck der Gewährung eines Nachteilsausgleichs zwingend entgegensteht.

Hinsichtlich zwingender Gründe des Prüfungszwecks ist eine Einsicht aus § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX zu berücksichtigen: Viele Prüfungen weisen einen Berufsbezug auf. Wenn in der späteren Berufstätigkeit Ausgleichsmaßnahmen i. S. d. § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX in Betracht kommen, indiziert dies, dass der Prüfungszweck einem auf denselben Nachteil bezogenen Ausgleich in der Prüfung nicht zwingend entgegensteht.

c) Rechtsfolge: Ermessen, solange die Hinlänglichkeit gewahrt wird

Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, muss Nachteilsausgleich gewährt werden. Hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs besteht kein Ermessen, wohl aber hinsichtlich des „wie“, sofern eine hinlängliche Kompensation des Nachteils erreicht wird. Nur in ganz engen Grenzen kann eine angemessene Vorkehrung in Form eines Nachteilsausgleichs verweigert werden, wenn dies unter abwägender Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu einer unverhältnismäßigen und unzumutbaren Belastung für das Prüfungsamt und die Hochschule führen würde.

d) Einzelfallbetrachtung statt Pauschalisierung

Bislang stützt die Rechtsprechung den Anspruch auf Nachteilsausgleich auch bei behinderungsbedingten Nachteilen auf Art. 3 Abs. 1 GG. Früher wurde Art. 3 Abs. 1 GG als bloßes Willkürverbot begriffen (oben B. III. 3. c). Willkür ist schon dann zu verneinen, wenn es irgendeine nachvollziehbare Erwägung für die (mittelbare) Ungleichbehandlung gibt. Selbst eine grob pauschalisierende Handhabung der Gewährung oder Nichtgewährung von Nachteilsausgleichen würde kaum die Schwelle zur Willkür überschreiten.

Unter Geltung der sog. neuen Formel müsste bei Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage des Nachteilsausgleichsanspruchs eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit durchgeführt werden (oben B. III. 3. c). Noch strenger ist der Maßstab, wenn – wie hier vertreten – Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG herangezogen wird: Die (mittelbare) Ungleichbehandlung müsste durch zwingende Gründe des Prüfungszwecks gerechtfertigt werden. Es muss also jeweils die Ungleichbehandlung in eine Relation zum Prüfungszweck gebracht werden: Dies verlangt eine Einzelfallbetrachtung der Auswirkungen der jeweiligen Behinderung und des jeweiligen Prüfungszwecks. Die Einzelfallbetrachtung ist wiederum nur im Dialog mit dem betroffenen Prüfling möglich.

4. Klarstellungen zum prüfungsrechtlichen Verständnis von Behinderung: chronische Erkrankungen sind begrifflich eingeschlossen

Einige prüfungsrechtliche Regelungen eröffnen Nachteilsausgleiche für „Studierende mit Behinderungen oder chronischer Erkrankung“ (z. B. § 32 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 LHG BW, § 20 Abs. 3 HessHG, § 64 Abs. 2 Nr. 2 HG NRW). Diese Vorschriften nennen also Behinderung und chronische Erkrankung als Alternativen. Offenbar gehen die Normgeber davon aus, dass es chronische Erkrankungen ohne Behinderungscharakter gibt, die dennoch in Prüfungen zu Beeinträchtigungen führen, die ausgeglichen werden müssen.

Allerdings gibt es keinen eigenständigen Anwendungsbereich der zweiten Variante „chronische Erkrankung“. Wenn das Prüfungssetting in Wechselwirkung mit der chronischen Erkrankung zur Barriere wird, in der Prüfung die Leistungsfähigkeit vollständig zu präsentieren, wird der betroffene Prüfling an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft gehindert, sodass die Voraussetzungen einer Behinderung erfüllt sind. Sollte die Erkrankung hingegen zu keinerlei Beeinträchtigungen in einer Prüfung führen, gäbe es keinen Anlass für Nachteilsausgleiche. Die prüfungsrechtliche Variante „chronische Erkrankung“ stellt sich daher als ein Unterfall der Behinderung dar.

Dies entspricht dem völker-, unions- und verfassungsrechtlichem Verständnis von Behinderung: Chronische Erkrankungen sind als Behinderung einzustufen, wenn die Betroffenen an der gesellschaftlichen Teilhabe gehindert werden,²⁹⁴ und zwar nur dann.²⁹⁵

Klargestellt sei deshalb: Chronische Erkrankungen von Studierenden und Prüflingen, welche mit prüfungsrelevanten Beeinträchtigungen verbunden sind, sind Behinderungen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 UN-BRK, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie der einschlägigen Vorschriften des Prüfungsrechts.

294 Siehe insoweit zu Art. 1 Abs. 2 UN-BRK BVerfG, Urteil vom 24. 7. 2018 – 2 BvR 309/15 –, juris Rn. 90 (= NJW 2018, 2619); BSG, Urteil vom 15. 3. 2018 – B 3 KR 18/17 R, juris Rn. 29 (= NZS 2018, 815); *Loytved*, SGB 2018, 86; zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 54 (= NJW 2019, 1201 [1205]); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 164; zum Unionsrecht EuGH, Urteil vom 11. 4. 2013 – C-335/11, juris Rn. 41 – Ring, Skouboe Werge; ebenso zu § 1 AGG *Bauer/Krieger/Günther*, Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 41c, 44.

295 So deutlich z. B. BAG, NZA 2014, 372 (379).

C. Gegenwärtige Ausfüllung des normativen Rahmens durch Rechtsprechung, Literatur und Prüfungspraxis

Im nächsten Schritt der Überlegungen soll erläutert und analysiert werden, wie Rechtsprechung, Literatur und Prüfungspraxis den vorstehend skizzierten Rechtsrahmen gegenwärtig ausfüllen.

I. Grundlinien der gegenwärtigen Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen

Mit dem Themenkreis „Chancengleichheit – Nachteilsausgleich – Prüfungsunfähigkeit“ befasst sich die Rechtsprechung bereits seit vielen Jahrzehnten. Der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit wurde spätestens 1962 entwickelt und auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützt.²⁹⁶ Schon 1963 hat das BVerwG etwa einen Rücktritt von der Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit verneint, wenn Prüfungsangst (sog. Examenspsychose) als Rücktrittsgrund geltend gemacht wurde.²⁹⁷ Wenige Jahre später, 1968, lehnte das BVerwG einen Anspruch auf Nachteilsausgleich wegen einer kriegsbedingten Krankheit, die zu einer dauerhaften Leistungsfunktionsstörung führte, ab, nannte aber beiläufig einige Maßnahmen des Prüfungsamtes, welche durchaus in die Richtung eines Nachteilsausgleichs wiesen: Die Prüfung wurde „in einer Atmosphäre des Wohlwollens“ durchgeführt, um dem Prüfling Aufregungen möglichst zu ersparen.²⁹⁸

Im Folgenden sollen die Grundlinien der langjährigen Rechtsprechung nachgezogen werden.

1. Anspruchsgrundlagen

Ausgangspunkt jeder Entscheidung zu Prüfungsunfähigkeit oder Nachteilsausgleich ist die Regelung der jeweiligen Prüfungsordnung. Die Rechtsprechung anerkennt zugleich einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich (unten a), sodass das Verhältnis zwischen den verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Anspruchsgrundlagen geklärt werden muss (unten c). Völker- und Europarecht als Anspruchsgrundlage wird in jüngerer Zeit immerhin in den Blick genommen (unten b).

a) Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG

Die Rechtsprechung legt seit langem einen allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit zugrunde. Sie verortet diesen Grundsatz im allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG; bei berufsbezogenen Prüfungen wird zusätzlich die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG angeführt (oben B. III. 2.). Auch in Fällen, in denen eine Behinderung vorliegt, stützt sie – entgegen der in dieser Untersuchung vertretenen Auffassung – Nachteilsausgleichsansprüche

²⁹⁶ BVerwG, Beschluss vom 6. 3. 1962 – VII B 42.61, juris Rn. 15; siehe ferner Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4; BVerwG, DVBl. 1970, 928.

²⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 22. 3. 1963 – VII C 141.61, juris Rn. 18.

²⁹⁸ BVerwG, Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 1, 4.

beinahe durchgängig allein auf Art. 3 Abs. 1 GG. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zieht die Rechtsprechung nur heran, wenn es um Ansprüche geht, die über bloßen Nachteilsausgleich hinausreichen, also eine Besserstellung des betroffenen Prüflings bezwecken (z. B. beim sog. Notenschutz).²⁹⁹

b) Völker- und europarechtlicher Anspruch auf Nachteilsausgleich

Dass nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch Art. 5 Abs. 2, 24 UN-BRK und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK als Anspruchsgrundlagen für Nachteilsausgleiche in Betracht kommen, ist in der bisherigen Rechtsprechung kaum erkannt worden.³⁰⁰

Einen ersten Ansatz in diese Richtung wird man immerhin in einer Entscheidung des VG Bremen erkennen können. Das Gericht lehnte im juristischen Staatsexamen die begehrte Ersetzung einer Klausur durch eine Hausarbeit zwar ab, nahm dabei immerhin die UN-Behindertenrechtskonvention und Art. 14 EMRK in den Blick:³⁰¹

„Abschließend bleibt festzuhalten, dass auch der Verweis des Klägers auf die UN-Behindertenrechtskonvention sowie das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK nicht den von ihm geltend gemachten Anspruch zu begründen vermögen. Wie bereits ausgeführt, hat der Kläger nach § 18 Abs. 1 Satz 3 JAPG 2001 auf entsprechenden Nachweis Anspruch auf angemessenen Nachteilsausgleich ..., z. B. die Inanspruchnahme einer Schreibhilfe ohne juristische Vorkenntnisse bzw. die Fertigung der Aufsichtsarbeiten mittels eines von dem Kandidaten zu stellenden Computer und Drucker. Bei dem vom Kläger beanspruchten Hausarbeitsexamen handelt es sich hingegen nicht um einen angemessenen Nachteilsausgleich.“

Diese Entscheidung wird man – wie in dieser Untersuchung vertreten – dahingehend verstehen können, dass die UN-Behindertenrechtskonvention und Art. 14 EMRK durchaus dem Grunde nach einen Anspruch auf Nachteilsausgleich begründen könnten, aber nicht auf den im konkreten Fall begehrten Wechsel der Prüfungsform. Wie oben skizziert, würden Art. 5, 24 Abs. 5 UN-BRK und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK also nur einen Anspruch auf das „ob“ eines Nachteilsausgleichs begründen, während das „wie“ im pflichtgemäßen Ermessen des Prüfungsamtes steht.

c) Verhältnis der Prüfungsordnungen zum verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Nachteilsausgleich

In der Praxis stellt sich bisweilen das Problem ein, dass eine Prüfungsordnung keine, nur eine lückenhafte oder nur eine sonst unzureichende Regelung zum Nachteilsausgleich enthält. Dann stellt sich die wichtige Frage, ob der betroffene Prüfling sich unmittelbar auf die Anspruchsgrundlagen aus dem höherrangigen Recht berufen kann. Die Rechtsprechung hat diese Frage zu Recht bejaht und damit die Rechtsposition der Prüflinge enorm verstärkt.

299 Siehe z. B. ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 85 ff.; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 73.

300 Zum Notenschutz siehe VG Oldenburg, Urteil vom 22. 11. 2017 – 5 A 1787/15, juris Rn. 49: Ansprüche auf Notenschutz können nicht unmittelbar auf Art. 1, 2, 24 UN-BRK gestützt werden; ebenso oben B. I. 2. c) aa).

301 VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 39.

Bezogen auf das Verhältnis des verfassungsunmittelbaren Anspruchs auf Nachteilsausgleich zu den einfachrechtlichen Regelungen lässt sich die Rechtsprechung zu folgenden vier Aussagen bündeln.³⁰²

aa) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG bei fehlender einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich

Wenn im einfachen Recht, insbesondere in den Prüfungsordnungen, Regelungen zum Nachteilsausgleich fehlen, kann sich dennoch ein Anspruch auf Nachteilsausgleich ergeben, der dann unmittelbar auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) gestützt wird, wie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof³⁰³

„Die Verordnung enthält zwar keine Regelungen hinsichtlich eines Nachteilsausgleichs für Behinderungen eines Prüflings. Gleichwohl verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit, dem im Prüfungsrecht besondere Bedeutung zukommt, solche Nachteile in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ausdrückliche Regelung durch die Einräumung entsprechender Prüfungsbedingungen auszugleichen.“

und das VG Schleswig³⁰⁴

„Sowohl die einschlägige Approbationsordnung für Ärzte in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1987, als auch die vom 27. Juni 2002, ..., sehen für Behinderungen oder Erkrankungen bei Prüflingen, die nicht zu einer Prüfungsunfähigkeit führen, keine Nachteilsausgleichsgewährungen vor. Hierauf kommt es aber auch nicht an, denn bei bestehenden Behinderungen ergibt sich der Anspruch auf Einräumung besonderer Prüfungsbedingungen aus dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 GG (vgl. BVerwG, 30. 08. 1977, VII C 50.76).“

klargestellt haben. Diese Sichtweise wird von anderen Gerichten im Ansatz durchgängig geteilt.³⁰⁵

bb) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG bei lückenhafter einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich

Wenn das einfache Recht Regelungen – hier: zum Nachteilsausgleich in Prüfungen – enthält, diese aber auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite Lücken aufweisen, können diese unproblematisch durch unmittelbaren Rückgriff auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gefüllt werden, wie das BVerwG schon 1977 in einer Entscheidung klargestellt hat:³⁰⁶

302 Klarstellend angemerkt sei, dass die Rechtsprechung stets den allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG im Blick hat, während diese Untersuchung für behinderungsbezogene Nachteile auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG abstellt.

303 BayVG, Beschluss vom 4. 1. 2010 – 7 CE 09.2900, juris Rn. 20.

304 VG Schleswig, Beschluss vom 2. 10. 2003 – 9 B 85/02, juris Rn. 5.

305 Siehe etwa HessVG, NJW 2006, 1608; OVG Nds., NVwZ-RR 2009, 68 f.; ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 52; VG Köln, Beschluss vom 26. 9. 2008 – 10 L 1240/08, juris Rn. 9 (= Behindertenrecht 2009, 179); ebenso Rux, RdJB 2009, 220 (227).

306 BVerwG, Urteil vom 30. 8. 1977 – VII C 50.76, juris Rn. 14; ebenso VG Münster, Beschluss vom 28. 8. 2017 – 1 L 1154/17, juris Rn. 58; VG Oldenburg, Urteil vom 22. 11. 2017 – 5 A 1787/15, juris Rn. 30.

„Danach ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Folgen einer Darstellungsunfähigkeit jedenfalls nicht abschließend in der Approbationsordnung geregelt sind; es hat zutreffend eine unter den Umständen des Einzelfalles angemessene Regelung vornehmlich aus dem Grundsatz der Chancengleichheit abgeleitet.“

cc) Heranziehung des allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG trotz abschließender einfachrechtlicher Regelung zum Nachteilsausgleich

Wenn das einfache Recht auf eine abschließende Regelung des Nachteilsausgleichs angelegt ist und hierzu spezielle, aber unzureichende Aussagen trifft, ist fraglich, ob dennoch der unmittelbare Rückgriff auf den allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG möglich ist. Die Rechtsprechung hat indessen keine Bedenken, ungeachtet bestehender einfachrechtlicher Regelungen einen Anspruch auf Nachteilsausgleich unmittelbar auf das durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützte Recht auf Chancengleichheit im Prüfungsverfahren zu stützen.³⁰⁷

dd) Anwendung des einfachen Rechts im Lichte von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG

Die Rechtsprechung wendet die Prüfungsordnungen schließlich im Lichte der grundgesetzlichen Vorgaben an, entnimmt z. B. dem allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG Direktiven zur Auslegung und Anwendung der einfachrechtlichen Vorschriften im konkreten Einzelfall.³⁰⁸ Eine verfassungskonforme Auslegung führt etwa dazu, dass eine einfachrechtliche Rechtsgrundlage, die ihrem Wortlaut nach dem Prüfungsamt Ermessen hinsichtlich der Gewährung von Nachteilsausgleich einräumt, so verstanden werden muss, dass sich das Ermessen nicht auf das „ob“, sondern nur auf das „wie“ erstreckt.³⁰⁹

2. Anspruchsvoraussetzungen

a) Überblick: tatbestandliche Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs nach Auffassung der Rechtsprechung

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs werden z. B. vom ThürOVG wie folgt zusammengefasst:³¹⁰ 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.“

307 Siehe etwa OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27; HessVGH, NJW 2006, 1608; VG Schleswig, Urteil vom 10. 6. 2009 – 9 A 208/08, juris Rn. 26.

308 Etwa OVG NRW, NVwZ 1993, 93; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 23; VG Schleswig, Urteil vom 10. 6. 2009 – 9 A 208/08, juris Rn. 26; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 16.

309 OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 13; VG Ansbach, Beschluss vom 29. 2. 2008 – AN 2 E 08.00317, juris Rn. 22.

310 ThürOVG, Beschluss vom 17. 5. 2010 – 1 EO 854/10, juris Rn. 36 (= LKV 2010, 427 ff.).

Anspruchsvoraussetzungen sind – der Rechtsprechung zufolge – also erstens eine Behinderung, welche zweitens in der Prüfung zu einer Beeinträchtigung führt, die wiederum drittens nicht die in der Prüfung zu ermittelnde (geistige) Leistungsfähigkeit betrifft, sondern nur deren Nachweis.

Hinsichtlich der erstgenannten Voraussetzung gibt es vereinzelt noch Judikate jüngerer Datums, welche die „Möglichkeit des Nachteilsausgleichs ausschließlich bei einer körperlichen Behinderung“ bejahen.³¹¹ Ganz überwiegend wird auch bei anderen Behinderungen der Weg zu Nachteilsausgleichen eröffnet, insbesondere im Fall der Legasthenie.

Die meisten Schwierigkeiten wirft die drittgenannte Voraussetzung auf. Die Rechtsprechung stellt insoweit zunächst auf den Prüfungszweck ab. Ziel jeder Prüfung ist eine „hinreichende sichere Aussage über die individuellen Leistungen und Fähigkeiten jedes einzelnen“ Prüflings.³¹²

Die Gerichte unterscheiden deshalb zwischen

- der gedanklichen Erarbeitung der Aufgabenlösung selbst (geistige Leistungsfähigkeit)
- und der beeinträchtigten Darstellung der zuvor im Kopf erarbeiteten Prüfungsleistung. Der Darstellung gleichgestellt ist die beeinträchtigte Erfassung der Aufgabenstellung (z. B. Sehbehinderung bei schriftlicher Prüfung).

Beispielhaft führt hierzu das VG Würzburg in einer aktuellen Entscheidung Folgendes aus:³¹³

„Die Krankheit [im Fall: ADHS] erschwert ihm damit nicht nur die Darstellung einer im Kopf erarbeiteten Prüfungsleistung, sondern beeinträchtigt ihn infolge der geringeren Konzentrationsfähigkeit, erhöhten Ablenkbarkeit und Schwierigkeiten bei der Informationsverarbeitung bei der gedanklichen Erarbeitung der Aufgabenlösung selbst. Sie prägt damit dauerhaft die geistige Leistungsfähigkeit des Klägers und bestimmt dessen normales Leistungsbild.“

Diese Entscheidung lässt schon der Formulierung nach eine Schiefelage der Rechtsprechung erkennen: Indem nur/in erster Linie Darstellungshindernisse dem Nachteilsausgleich zugänglich gemacht werden, wird zwar Studierenden mit körperlichen Behinderungen häufig Nachteilsausgleich gewährt,³¹⁴ während Studierenden mit sonstigen (insbesondere psychischen) Behinderungen und chronischen Krankheiten der Weg zum Nachteilsausgleich vielfach versperrt wird.³¹⁵

Eine Ausnahme innerhalb dieser restriktiven Rechtsprechungslinie gilt für die Legasthenie, bei der mittlerweile durchgängig Nachteilsausgleich ermöglicht wird.³¹⁶

311 VG Arnsberg, Beschluss vom 19. 9. 2014 – 9 L 899/14, juris Rn. 32.

312 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

313 VG Würzburg, Urteil vom 29. 11. 2017 – 2 K 16.284, juris Rn. 35.

314 Siehe z. B. BVerwG, Urteil vom 30. 8. 1977 – VII C 50.76, juris Rn. 13 (Sehbehinderung, Schreibbehinderung); OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 23. 3. 2018 – 3 S 19.18 (Hörbehinderung), VG Berlin, Beschluss vom 19. 3. 2018 – 3 L 120.18, juris Rn. 23 a.E. (Hörbehinderung); OVG RP, DVBl. 1981, 591 (Schreib- und Sprechbehinderung).

315 Nachteilsausgleich wurde schon dem Grunde nach abgelehnt bei Konzentrationsproblemen infolge von ADHS (BVerwG, Beschluss vom 25. 1. 2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 29; OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17 [Fachschule]; Beschluss vom 24. 6. 2019 – 2 ME 570/19, juris Rn. 16 [BA Öffentliche Verwaltung]; VG Arnsberg, Beschluss vom 19. 9. 2014 – 9 L 899/14 [BA Marketing]; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 9 ff.), einer Epilepsie und ihrer Medikation (VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 31 ff. [Schule]; ähnlich VG Ansbach, Beschluss vom 26. 4. 2013 – 2 E 13.00754, juris Rn. 20, aber „eine zusätzliche Einstellungsphase von bis zu 30 Minuten Dauer zu Beginn der Prüfung“ [aaO Rn. 21, Schule]), einer Neurodermitis (VG Mainz, Urteil vom 22. 3. 2016 – 3 K 631/15, juris Rn. 3, 20) oder einer psychischen Krankheit mit Zwangsstörungen (VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35), ferner bei Angststörungen (SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/18 [Phobie – Psychologie]; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, Rn. 29 ff. [Jura]) und bei krankhaften Erschöpfungszuständen (VG Berlin, Beschluss vom 30. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 28 f.).

316 Bejahend zum Nachteilsausgleich bei LRS siehe z. B. BayVG, Urteil vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 20 f. (BA Informatik); OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17 (Wirtschaftsinformatik), ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 57 (Abitur); VG Köln, Beschluss vom 12. 4. 2018 – 10 L 832/18, juris Rn. 6 (Schule);

Die Strukturierung der Anspruchsvoraussetzungen durch die Rechtsprechung weist dennoch in die richtige Richtung. Es muss entsprechend dem Prüfungszweck unterschieden werden, ob die Beeinträchtigung

- im Zusammenspiel mit dem vorgesehenen Prüfungssetting zu einem Leistungshindernis führt und ausgeglichen werden muss
- oder zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit (Leistungsschwäche), welche durch die Prüfung gerade ermittelt werden soll.

Näher dazu unten D. V.

Wie können Leistungshindernis und Leistungsschwäche abgegrenzt werden?³¹⁷ Die Rechtsprechung stellt hierzu auf verschiedene Aspekte ab: Prüfungszweck und Bezug zum späteren Beruf(sbild) (unten b) oder die spätere Ausgleichbarkeit der Beeinträchtigung im Beruf (unten c). Vielfach verknüpft die Rechtsprechung die Abschichtung von Leistungsschwäche und Leistungshindernis mit dem Begriff des sog. Dauerleidens (dazu unten 5.).

b) Prüfungszweck und Bezug zum späteren Berufsbild

Ziel der Prüfung ist eine „hinreichende sichere Aussage über die individuellen Leistungen und Fähigkeiten jedes einzelnen“ Prüflings.³¹⁸ Aber was ist der Maßstab zur Bemessung der Leistungen und Fähigkeiten? Diesen Maßstab gewinnt die Rechtsprechung aus dem jeweiligen Prüfungszweck.

Der Prüfungszweck, die Erwartungen an die Leistungen und Fähigkeiten sowie deren Bemessung können in der jeweiligen Prüfungsordnung festgeschrieben sein. Vielfach sind die Aussagen dort aber zurückhaltend und ausfüllungsbedürftig.³¹⁹ Zur Ausfüllung greift die Rechtsprechung dann meist auf das Berufsbild zurück, das dem Beruf zugrunde liegt, zu dem der Zugang durch die Prüfung eröffnet wird.³²⁰ Maßgeblich, so die Rechtsprechung, sei das gegenwärtige Berufsbild ohne Berücksichtigung künftig womöglich zu erwartender Veränderungen der praktischen Berufsanforderungen.³²¹

aa) Schnelligkeit der Bearbeitung als Prüfungsgegenstand

In einigen Gerichtsentscheidungen war dann zu klären, ob es zum Berufsbild gehört, bestimmte Leistungen in kurzer Zeit zu erreichen. Die Bedeutung des Zeitmoments liegt bei einigen berufsbezogenen Prüfungen sehr nahe, z. B. bei der Prüfung „Texterstellung“ im Rahmen der Prüfung zur Fachkauffrau für Büromanagement: Hier ist die Schreibgeschwindigkeit unmittelbarer Prüfungsgegenstand, sodass darauf bezogene Beeinträchtigungen zu keinem Nachteilsausgleich

VG München, Urteil vom 24. 11. 2015 – 3 K 15.3025, juris Rn. 35 ff. (Informatik); ebenso zur Dyskalkulie ThürOVG, Beschluss vom 17. 5. 2010 – 1 EO 854/10, juris Rn. 52 (= LKV 2010, 427 ff.).

317 Diese Diktion (Leistungsschwäche/-hindernis) wird zu Zwecken der Erläuterung und Veranschaulichung dieser Untersuchung zugrunde gelegt; es handelt sich nicht um die Diktion der Rechtsprechung.

318 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

319 Vgl. etwa VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff.

320 Siehe z. B. OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Ls. 2, Rn. 11; OVG RP, DVBl. 1981; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff.; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 10; VG Mainz, Urteil vom 22. 3. 2016 – 3 K 631/15, juris Rn. 20; VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35; VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 29; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 19.

321 VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 19.

führen.³²² Die Rechtsprechung tendiert wohl dazu, bei den meisten Berufen anzunehmen, dass die Geschwindigkeit der Leistungserbringung bedeutsam ist, sodass das Zeitmoment zugleich Prüfungsgegenstand ist³²³ – eine Sichtweise, die von der prüfungsrechtlichen Literatur geteilt wird.³²⁴

„Allerdings wird die Textbearbeitungsgeschwindigkeit gerade in akademischen Prüfungen häufig selbst ein Teil der durch die Prüfung festzustellenden Leistungsfähigkeit für den angestrebten Beruf sein, was einen Nachteilsausgleich durch Schreibzeitverlängerung dann ausschließt.“

Selbstverständlich ist diese Sichtweise keineswegs: So ist in der beamtenrechtlichen Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass bei dienstlichen Beurteilungen im öffentlichen Dienst quantitative Leistungsminderungen nicht nachteilig berücksichtigt werden dürfen, wenn diese durch eine Behinderung verursacht werden.³²⁵

Auch im Prüfungsrecht gibt es gegenteilige Judikate. Hinzuweisen ist insbesondere auf eine aktuelle Entscheidung des OVG Nds.:³²⁶

„Es ist nach wie vor nicht plausibel, dass das Berufsbild des Wirtschaftsinformatikers im besonderen Maße durch Textbe- und Verarbeitungsgeschwindigkeit – gerade das macht das Leiden des Klägers aus – geprägt wird.“

bb) Stressresistenz als Prüfungsgegenstand

Ähnlich gelagert ist die Frage, ob es zum Prüfungsgegenstand gehört, sich unter Druck und in Stresssituationen zu bewähren. Die Rechtsprechung bejaht diese Frage wohl durchgängig.³²⁷

Diese pauschale Antwort überzeugt jedoch nicht ohne Weiteres, wenn man die Arbeitgeberpflichten aus § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX in die Betrachtung einbezieht: Arbeitgeber müssen danach die Arbeitsorganisation und Arbeitsverteilung so gestalten, dass Arbeitnehmer mit Behinderung von einigen Druck- und Stresssituationen (Vertretung anderer, Überstunden, Nacht- und Wochenendarbeit) ggf. bewahrt werden (oben B. IV. 3.). Siehe zur Stressresistenz als Prüfungsgegenstand näher unten C. I. 4, 5; D. V. 3.

c) Spätere Kompensierbarkeit der Beeinträchtigung in der Berufspraxis

Die Rechtsprechung misst der Frage, ob die Beeinträchtigung in der späteren Berufspraxis kompensiert werden kann, erhebliche Bedeutung für die Beantwortung der Frage zu, ob es einen

322 VG Saarland, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 62 f., 74, 77.

323 VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35; ähnlich OVG Nds., Beschluss vom 24. 6. 2019 – 2 ME 570/19, juris Rn. 16; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 10; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 31; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 21.

324 *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (373).

325 BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1988 – 2 C 72/85, juris Ls., Rn. 17 (= NVwZ 1988, 734 f.); OVG Saarland, Beschluss vom 24. 2. 2017 – 1 A 94/16, juris Rn. 4, 13; *Bodanowitz*, in: Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Stand: März 2019, Rn. 424. – Siehe oben B. IV. 3. a).

326 OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 11.

327 Vgl. etwa VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff.; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 10; VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35; VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 29.

Anspruch auf Nachteilsausgleich in der berufsbezogenen Prüfung gibt.³²⁸ Manche Gerichte ziehen diesen Gedanken (nur) als „Kontrollüberlegung“³²⁹ heran, andere sehen darin sogar eine Voraussetzung für Nachteilsausgleich:³³⁰

„In der Prüfung wird ein Nachteilsausgleich gewährt, wenn eine Behinderung vorliegt, die den Nachweis der vorhandenen Beeinträchtigung erschwert und die in der Prüfung sowie in dem angestrebten Beruf durch Hilfsmittel ausgeglichen werden kann ...“

Bei Lese- und Schreibschwierigkeiten infolge einer Legasthenie geht die Rechtsprechung von deren Kompensierbarkeit im Berufsleben aus,³³¹ nicht aber bei Konzentrationsproblemen wegen einer ADHS-³³² oder Epilepsieerkrankung³³³ oder bei Angststörungen³³⁴.

Die weitreichende Verneinung der Kompensierbarkeit durch die prüfungsrechtliche Rechtsprechung steht erneut in einem Spannungsverhältnis zu den Arbeitgeberpflichten aus § 164 Abs. 4 SGB IX; diese Frage soll unter D. V. 3. bedacht werden.

3. Rechtsfolgende: Formen des Nachteilsausgleichs; Ermessen

a) Kein Ermessen hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs

Die Rechtsprechung hat zu Recht wiederholt Folgendes klargestellt: Wenn die tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen eines Nachteilsausgleichs erfüllt sind, muss ein Nachteilsausgleich gewährt werden. Hinsichtlich des „ob“ gibt es mithin kein Ermessen. Das gilt auch dann, wenn die einschlägige Bestimmung in der Prüfungsordnung Ermessen vorsieht. Im Wege verfassungskonformer Auslegung ist dann davon auszugehen, dass das Ermessen auf Null reduziert ist.³³⁵

b) Ermessen(spielräume) hinsichtlich des „wie“ eines Nachteilsausgleichs

Das Prüfungsamt hat jedoch Ermessen hinsichtlich des „wie“ eines Nachteilsausgleichs.³³⁶ Grundsätzlich hat der Betroffene deshalb keinen Anspruch auf bestimmte Maßnahmen.³³⁷ Allein der Umstand, dass er eine angebotene Ausgleichsmaßnahme nicht annimmt oder eine andere bevorzugen würde, führt nicht dazu, dass die Hochschule dieses Begehren erfüllen muss.³³⁸

328 Siehe die im Folgenden genannten Entscheidungen sowie VG Ansbach, Beschluss vom 26. 4. 2013 – 2 E 13.00754, juris Rn. 19; VG Saarland, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 62 f., 74, 77; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 20.

329 VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 36.

330 VG Hamburg, Urteil vom 14. 12. 2016 – 2 K 6704/15, juris Rn. 47.

331 Z. B. OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Ls. 2, Rn. 11; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 13.

332 OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 17; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 13; VG Würzburg, Urteil vom 29. 11. 2017 – 2 K 16.284, juris Rn. 35.

333 VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 33.

334 VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 36.

335 Vgl. OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 13; VG Ansbach, Beschluss vom 29. 2. 2008 – AN 2 E 08.00317, juris Rn. 22.

336 OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 13; VG Köln, Beschluss vom 12. 4. 2018 – 10 L 832/18, juris Rn. 10.

337 Vgl. SächsVerfGH, LKV 2014, 316 (318).

338 OVG LSA, NVwZ-RR 2014, 560 (562).

Das Ermessen des Prüfungsamtes erstreckt sich zum einen auf die Wahl des Ausgleichsinstruments (z. B. Gewährung einer Schreibzeitverlängerung) und zum anderen auf die Bemessung des Ausgleichs (z. B. 30 Minuten Verlängerung). Orientierungspunkte für die Ermessensausübung sind aus Sicht der Rechtsprechung die Beeinträchtigung und deren Auswirkungen auf der einen Seite und Prüfungszweck und Prüfungsgegenstand auf der anderen Seite, wie z. B. das VG München ausgeführt hat:³³⁹

„Da über Maßnahmen des Nachteilsausgleichs die beim einzelnen Prüfungsteilnehmer bestehende Behinderung auszugleichen ist, haben sie sich an der konkreten Behinderung und der jeweiligen Prüfung zu orientieren.“

Sowohl hinsichtlich der Art und als auch hinsichtlich des Umfangs des Nachteils räumt die Rechtsprechung dem Prüfungsamt eine Einschätzungsprärogative ein,³⁴⁰ was auch sachgerecht ist, weil es etwa kaum möglich ist, bei einer Schreibbehinderung das angemessene Maß einer Schreibzeitverlängerung exakt zu bestimmen: Sollen es 15, 17 oder 20 Minuten sein? Ist die Verlängerung zu kurz, wird das Recht auf Chancengleichheit des behinderten Prüflings missachtet; ist sie aber zu lang, wird das Recht auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge verletzt. Solange die Bemessung der Verlängerung auf einem zutreffend festgestellten Sachverhalt beruht, nachvollziehbar und im Ergebnis vertretbar ist, ist deshalb die Einschätzung der Prüfungsbehörde durch das angerufene Gericht zu respektieren.

c) Grenzen des Ermessens: Recht auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge

Die Rechtsprechung begrenzt das prüfungsbehördliche Ermessen insbesondere durch das Recht der übrigen Prüflinge auf Chancengleichheit.³⁴¹

aa) Keine Überkompensation

Relevant ist das insbesondere für das Verbot der Überkompensation, das die Rechtsprechung zu Recht aus dem Recht auf Chancengleichheit der übrigen Prüflinge ableitet:³⁴²

„Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Chancengleichheit aller Prüfungsteilnehmer ist zum anderen darauf zu achten, dass der Nachteilsausgleich nicht zu einer Überkompensation der Prüfungsbehinderung führt. Er muss sich vielmehr darauf beschränken, dem behinderten Prüfungsteilnehmer eine Leistungserbringung unter Bedingungen zu ermöglichen, die denen der Mitprüflinge möglichst gleich kommen ...“

339 VG München, Urteil vom 24. 11. 2015 – 3 K 15.3025, juris Rn. 30; ebenso BayVGh, Urteil vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 19; OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27.

340 BVerwG, Urteil vom 29. 8. 1990 – 7 C 9/90, juris Rn. 33 (= NJW 1991, 442 ff.); BFH, Urteil vom 10. 3. 1992 – VII R 87/90, juris Rn. 13; SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 9 (= NVwZ-RR 2018, 526 ff.); VG SH, Beschluss vom 5. 1. 2017 – 9 B 45/16, juris Rn. 16: Beurteilungsspielraum hinsichtlich Art und Umfang des Nachteilsausgleichs.

341 Siehe z. B. BayVGh, Urteil vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 19; OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27.

342 VG München, Urteil vom 24. 11. 2015 – 3 K 15.3025, juris Rn. 31; ähnlich z. B. BayVGh, Urteil vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 19; OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 14; OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27; ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 53; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 42; VG Schwerin, Beschluss vom 25. 7. 2019 – 4 B 1320/19, juris Rn. 18.

Schon wegen der vorstehend genannten Einschätzungsprärogative der Prüfungsbehörde üben sich die Gerichte bei der Kontrolle, ob eine Überkompensation vorliegt, in gewisser Zurückhaltung:³⁴³

„Auch wenn die Prüfungssituation insofern für die Antragstellerin günstiger sein mag, weil die die Unterrichtssituation prägende Geräuschkulisse entfällt, so kommt es in der Prüfung doch in viel stärkerem Maße darauf an, alle Stellungnahmen und Fragen der Prüfer präzise und zeitgleich zu verstehen.“ – Zu einem Nachteilsausgleich durch Schriftsprachdolmetscher für Hörbehinderte in mündlicher Prüfung.

Das Verbot der Überkompensation führt in einigen Gerichtsentscheidungen zu einer differenzierten Gewährung von Nachteilsausgleich. So wurde etwa bei einer Schreibbehinderung zwar eine Schreibhilfe gewährt, aber nicht die Nutzung eines Laptops, weil dies zu einer Zeitersparnis und zu einem ansprechenderen Schriftbild führe, was den betroffenen Prüfling dann besserstelle als seine Konkurrenten.³⁴⁴ Ein Prüfling mit LRS und krankhaften Erschöpfungszuständen erhielt eine Schreibzeitverlängerung und Vorlese-Software, jedoch keine zusätzlichen Ruhetage zwischen den Klausuren.³⁴⁵ Ein anderer Prüfling mit LRS bekam eine Schreibzeitverlängerung, aber kein Notebook mit Spracherkennungsprogramm³⁴⁶ und kein Diktiergerät³⁴⁷. Der Nachteilsausgleichsanspruch begründet bei einem sehbehinderten Prüfling kein Recht auf Zurverfügungstellung des Prüfungsstoffes auf CD-Rom oder Bereitstellung von Tutoren zur Prüfungsvorbereitung.³⁴⁸

In der Rechtsprechung zeichnet sich zumindest in einigen Ansätzen eine Entwicklung ab, die Grenze der Überkompensation neu zu justieren, und zwar zugunsten von Prüflingen mit Behinderungen: Während bislang Gerichte zusätzliche Ruhetage zwischen einzelnen Prüfungen abgelehnt haben,³⁴⁹ hat jüngst ein Obergericht einem Schüler eine Verlängerung der Zeiträume zwischen den einzelnen Abiturprüfungen zugebilligt, um ihm eine ausreichende Regeneration zu ermöglichen.³⁵⁰

bb) Keine Absenkung der Prüfungsanforderungen/Leistungsstandards

Schon vor über 50 Jahren hat das BVerwG zutreffend klargestellt, dass auch bei Gewährung eines Nachteilsausgleichs das tatsächliche Leistungsbild, nicht eine fiktive Leistung (hypothetische Leistung ohne Beeinträchtigung) für die Beurteilung zugrunde zu legen ist.³⁵¹ Nachteilsausgleich bedeutet nicht Verzicht auf die geforderte Leistung. Diese muss vielmehr unter den Bedingungen des Nachteilsausgleichs erbracht und bewertet werden.³⁵² Nachteilsausgleich führt nicht zu

343 OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 23. 3. 2018 – 3 S 19.18, juris Rn. 5.

344 VG Ansbach, Beschluss vom 6. 6. 2018 – 2 E 18.00968, juris Rn. 18 ff.

345 VG Berlin, Beschluss vom 20. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 21 f., 24.

346 VG Münster, Beschluss vom 28. 8. 2017 – 1 L 1154/17, juris Rn. 25, 47.

347 ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 68 ff. – Im konkreten Fall gewährte das ThürOVG (aaO Rn. 79) dem klagenden Schüler jedoch ausnahmsweise die Nutzung des Diktiergerätes in der Abiturprüfung, weil dieser ein Diktiergerät in den letzten Schuljahren nutzen durfte und ihm deshalb nicht zugemutet werden könne, sich kurz vor der Abiturprüfung umstellen zu müssen.

348 VG München, Beschluss vom 5. 11. 2009 – 3 E 09.4669, juris Rn. 32.

349 VG Berlin, Beschluss vom 20. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 21 f., 24; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 54 ff.

350 OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 27.

351 BVerwG, Urteil vom 15. 3. 1968 – VII C 46.67, juris Rn. 10; ebenso BVerwG, Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4.

352 BayVG, Beschluss vom 8. 2. 2018 – 7 CE 17.1932, juris Ls., Rn. 13.

leichteren Aufgaben³⁵³ oder milderer Bewertung³⁵⁴. Nachteilsausgleich dient nicht nach Ablegen der Prüfung der Korrektur des erzielten Prüfungsergebnisses, sondern dem Ausgleich von den sich in der Abnahme der Prüfung selbst für den Prüfling ergebenden Nachteilen.³⁵⁵ Hierzu heißt es zusammenfassend in einer Entscheidung des VG Stuttgart:³⁵⁶

„Ein Nachteilsausgleich in Form der von der Antragstellerin begehrten Notenverbesserung ist aber unzulässig, weil dies ein Abweichen vom Leistungsgrundsatz bedeutete. Auch das Vorhandensein einer Behinderung lässt es nicht zu, für den Behinderten den Bewertungsmaßstab zu verändern ... Auch ein Behinderter muss die jeweiligen Anforderungen erfüllen ... Es ist nicht zulässig, Beurteilungen fiktive Leistungen zugrunde zu legen. Sonst läge ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit vor. Der Nachteilsausgleich muss vielmehr über andere Maßnahmen erfolgen ...“

Schlechterdings ausgeschlossen sind Änderungen der Bewertungsmaßstäbe freilich nicht. Derartige Maßnahmen (z. B. der sog. Notenschutz) können aber nicht auf den prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gestützt werden. Eine positive Diskriminierung kann nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zulässig sein, lässt sich aber nicht unmittelbar aus der Verfassung oder den Diskriminierungsverboten gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 UN-BRK, Art. 14 EMRK ableiten, bedarf vielmehr einer einfachrechtlichen Konkretisierung.

cc) Keine Veränderung des Prüfungsgegenstandes; Wechsel der Prüfungsform?

Die Ausgleichsmaßnahme darf, so einige Gerichte, nicht dazu führen, dass die Prüfungsinhalte modifiziert werden³⁵⁷ oder der Prüfungsgegenstand verändert wird:³⁵⁸

„Der Nachteilsausgleich darf jedoch zum einen nicht in den Bereich des Prüfungsgegenstands hineinwirken. Ist etwa Gegenstand der Prüfung gerade auch die Fähigkeit der Teilnehmer, Sachverhalte fremd- und fachsprachlich schriftlich darzustellen, würde eine – sei es auch nur teilweise – Nichtbewertung von Rechtschreibfehlern prüfungsrelevante Fähigkeiten ausklammern, die bei den anderen Prüfungsteilnehmern in die Bewertung der erbrachten Leistungen einfließen. Dies würde eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung darstellen und wäre daher mit dem Grundsatz der Chancengleichheit nicht vereinbar ...“

Wenn etwa das Hörverstehen Gegenstand einer Prüfung (in Englisch) ist, dann führt Nachteilsausgleich nicht dazu, dass die Höraufgabe mehrfach abgespielt wird.³⁵⁹

Als problematisch erweisen kann sich vor allem der Wechsel der Prüfungsform. Die Rechtsprechung schließt einen derartigen Wechsel zwar zu Recht nicht von vornherein aus:³⁶⁰

353 So schon BVerwG, Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4.

354 OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 35; VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 70.

355 So VG Hamburg, Urteil vom 14. 12. 2016 – 2 K 6704/15, juris Rn. 47.

356 VG Stuttgart, Beschluss vom 12. 7. 2012 – 12 K 2267/12, juris Rn. 10. – Siehe aber VG Gelsenkirchen, Urteil vom 30. 5. 2017 – 6z K 783/16, juris Rn. 20: Nachteilsausgleich durch Anhebung der Abiturnote (gem. § 11 Abs. 5 VergabeVO).

357 VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 30.

358 VG München, Urteil vom 24. 11. 2015 – 3 K 15.3025, juris Rn. 31; ähnlich OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 32, 35.

359 OVG Saarland, Beschluss vom 12. 4. 2019 – 2 B 136/19, juris Rn. 32.

360 OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 15.

„Bevor auf eine andere Prüfungsform zurückgegriffen wird, ist stets eine genaue Betrachtung vorzunehmen, ob nicht doch eine den Prüfungscharakter weniger beeinträchtigende Maßnahme – wie etwa eine Schreibzeitverlängerung – angemessen und ausreichend ist ...“

Hausarbeit, Klausur und mündliche Prüfung unterscheiden sich aber deutlich im jeweiligen Anforderungsprofil, sodass ein Wechsel der Prüfungsform nach Auffassung einiger Gerichte vielfach nicht in Betracht kommt;³⁶¹ das gilt für den Tausch von Klausur und mündlicher Prüfung. Siehe dazu VG Dresden, Beschluss vom 18. 10. 2017 – 5 L 1020/17, BeckRS 2017, 143573 Rn. 27:

„Die Zielrichtungen der Prüfungen, mündlich und schriftlich, sind unterschiedlich. In einer Klausur wird präsenten Wissen abgefragt und nach Ablauf eines vorgegebenen zeitlichen Rahmens die Abgabe einer Lösung erwartet. Ferner soll festgestellt werden, ob der Kandidat oder die Kandidatin über das erforderliche Grundlagenwissen verfügt. Durch mündliche Prüfungsleistungen soll der Kandidat nachweisen, dass er die Zusammenhänge des Prüfungsgebiets erkennt und spezielle Fragestellungen in diese Zusammenhänge einzuordnen vermag.“

gleichermaßen wie für den Tausch von Klausur und Hausarbeit:³⁶²

„(46) Eine Verfälschung des Prüfungsergebnisses läge hingegen vor, wenn der Antragsteller die Möglichkeit erhielte, als alternative Prüfungsform zur Klausur die Hausarbeit wählen zu können. ... (48) Mit der Möglichkeit, eine Prüfungsleistung in der alternativen Prüfungsform einer Hausarbeit statt einer Klausur erbringen zu können, gelänge es dem Antragsteller, den Prüfungsanforderungen auszuweichen, die aktuelles/präsenes Wissen im Rahmen eines eingeschränkten Zeitbudgets abfragen. Damit würde aber die Hausarbeit ihren Zweck als Ersatzprüfung für eine Klausur von vornherein verfehlen. Dies gilt auch für eine Hausarbeit mit Abgabegespräch, weil sich dieses – anders als eine mündliche Prüfung – ausschließlich auf die Inhalte der zuvor bearbeiteten Hausarbeit bezöge.“

Klargestellt sei, dass im Ansatz der Wechsel der Prüfungsform als Ausgleichsmaßnahme in Betracht kommt. Es müsste im Einzelfall geklärt werden, ob der Prüfungszweck diesem Wechsel zwingend entgegensteht.

4. Insbesondere: Prüfungsangst

Häufig stellt sich die Frage des Nachteilsausgleichs im Falle der Prüfungsangst, sodass es viele Judikate zu diesem Problem gibt. Die vorherrschende Rechtsprechungslinie wird durch das OVG Berlin-Brandenburg wie folgt zusammengefasst:³⁶³

„Prüfungsstress und Examensangst, die bei vielen Prüflingen anzutreffen sind und in unterschiedlichem Maß zu einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit führen können, werden der Risikosphäre des Prüflings zugerechnet und stellen keinen Fall der Prüfungsunfähigkeit dar ... Etwas anderes mag bei Vorliegen einer schwerwiegenden psychischen Beeinträchtigung ...“

361 VG Berlin, Beschluss vom 9. 7. 2014 – 12 K 58.14, juris Rn. 5, 10; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33, 36; VG München, Beschluss vom 5. 11. 2009 – 3 E 09.4669, juris Rn. 31.

362 VG Arnberg, Beschluss vom 19. 9. 2014 – 9 L 899/14, juris Rn. 46, 48.

363 OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 21. 7. 2014 – 10 S. 5.14, juris Rn. 18.

gung gelten, die über eine allgemeine Examenspsychose hinausgeht und Krankheitswert hat, wobei in diesem Fall zu prüfen wäre, inwieweit ein die Leistungsfähigkeit des Prüflings prägendes Dauerleiden vorliegt, das ebenfalls nicht zu einer Prüfungsunfähigkeit im Rechtsinne führt ...“

Dies bedeutet:

- Grundsätzlich ist nach Auffassung der Rechtsprechung Prüfungsangst irrelevant, d. h. führt weder zur Prüfungsunfähigkeit noch zu einem Nachteilsausgleich.³⁶⁴
- Etwas anderes könne allenfalls gelten, wenn die Angststörung das „normale“ Maß übersteigt und Krankheitswert habe.³⁶⁵
- Dann liegt nach Auffassung der Rechtsprechung aber in aller Regel ein sog. Dauerleiden vor, dass Prüfungsunfähigkeit und Nachteilsausgleich entgegenstehe.³⁶⁶

Diese Rechtsprechungslinie überzeugt nicht, jedenfalls nicht vollständig. Von dieser Linie weicht mittlerweile eine Entscheidung des SächsOVG vom 12. 2. 2018 ab.³⁶⁷ Diese Aspekte sollen unter D. V. 3. näher betrachtet werden.

5. Insbesondere: sog. Dauerleiden

Die Problematik der Prüfungsangst leitet zu einem zentralen Topos der bisherigen Rechtsprechung über: dem sog. Dauerleiden und seiner prüfungsrechtlichen Bedeutung. Die Rechtsprechung wendet die Argumentationsfigur des Dauerleidens insbesondere in drei Konstellationen an:

Konstellation 1: Steht das sog. Dauerleiden der Prüfungsunfähigkeit entgegen? Die Rechtsprechung bejaht diese Frage und verneint im Falle eines Dauerleidens das Vorliegen von Prüfungsunfähigkeit;³⁶⁸ vgl. hierzu eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg vom 11. 4. 2018:³⁶⁹

„Der Kläger erkennt die prüfungsrechtlich bedeutsame Unterscheidung zwischen einer außergewöhnlich krankheitsbedingten Beeinträchtigung des Leistungsvermögens als irregulärer Beeinflussung des Prüfungsvermögens, das zu einem Rücktritt von Prüfung berechtigt, und einem – wie hier – dem regulären Leistungsbild des Prüflings zuzurechnenden Dauerleiden.“

Das Dauerleiden führt also nach gängiger Rechtsprechung dazu, dass Prüfungsunfähigkeit „im Rechtssinne“ ausscheidet:³⁷⁰

364 BVerwG, Urteil vom 22. 3. 1963 – VII C 141.61, juris Os. 2, Rn. 18; OVG NRW, Beschluss vom 16. 2. 2004 – 14 A 305/03, Ls. 1 (= NVwZ-RR 2004, 497 f.); VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 27.

365 VGH BW, Beschluss vom 2. 4. 2009 – 9 S 502/09, juris Rn. 5; OVG NRW, Beschluss vom 16. 2. 2004 – 14 A 305/03, Ls. 1 (= NVwZ-RR 2004, 497 f.).

366 OVG NRW, Beschluss vom 16. 2. 2004 – 14 A 305/03, Rn. 19 (= NVwZ-RR 2004, 497 f.); OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 9; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff.

367 SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 8.

368 Z. B. VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 25.

369 OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 9.

370 VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 27.

„Ob dagegen eine gesundheitliche Beeinträchtigung zu einer Prüfungsunfähigkeit im Rechtssinne führt, macht die Unterscheidung erforderlich, ob es sich um eine aktuelle und zeitweise Beeinträchtigung des Leistungsvermögens handelt oder ob die Leistungsminderung auf ein Dauerleiden zurückgeht, dessen Behebung nicht in absehbarer Zeit erwartet werden kann und das deshalb auch bei der Feststellung der Leistungsfähigkeit des Prüflings berücksichtigt werden muss.“

Konstellation 2: Wenn ein sog. Dauerleiden vorliegt, lehnt die Rechtsprechung darauf bezogene Ansprüche auf Nachteilsausgleich ab (dazu unten C. I. 5.).

Konstellation 3: Ein sog. Dauerleiden steht, so die Rechtsprechung, der Annahme eines Härtefalls entgegen, z. B. um Fristen zu verlängern³⁷¹ oder um einen zusätzlichen Prüfungsversuch zu erhalten.³⁷²

„Bei einem Dauerleiden, welches das reguläre Leistungsbild des Prüflings bestimmt ... liegen gerade auch keine außergewöhnlichen einen Härtefall begründenden Umstände vor, die ausnahmsweise die Annahme rechtfertigten, die abgelegten Prüfungsversuche entsprächen nicht dem eigentlichen Leistungsbild des Prüflings.“

a) Frühe – meist restriktive – Rechtsprechung zur Problematik des sog. Dauerleidens

Bis heute zitierte Leitentscheidung zur prüfungsrechtlichen Bewertung sog. Dauerleiden ist der Beschluss des BVerwG vom 13. 12. 1985 (siehe sogleich unter b).³⁷³ Die Rechtsprechung zur Problematik des Dauerleidens reicht indessen noch deutlich weiter zurück. So führte das BVerwG schon 1968 aus,³⁷⁴

„daß über Leistungsmängel nicht wegen einen in der Person des Prüflings liegenden Grundes hinweggesehen werden darf (Art. 3 GG) und daß ein Prüfling nach den in der Prüfung tatsächlich gezeigten Leistungen zu beurteilen ist. Das ist ohne Einschränkung zu verstehen, auch bei einem gesundheitlichen Dauerleiden gelten also diese Grundsätze.“

1980 hat sich das OVG RP eingehend mit einem derartigen Prüfungsrechtsstreit befasst.³⁷⁵ Ein Prüfling litt im Ersten Juristischen Staatsexamen unter einer langandauernden Schilddrüsenerkrankung, die nach seinem Vortrag zu Nervosität und Konzentrationsschwäche führte. Er berief sich deshalb (nachträglich) auf Prüfungsunfähigkeit.

Das OVG RP anerkannte, dass eine Krankheit das Prüfungsergebnis verfälschen könne, sodass u. U. eine Wiederholung der Prüfung geboten sei, und führte sodann aus:³⁷⁶

„Hieraus ergibt sich aber, daß etwas anderes dann gelten muß, wenn die Umstände, die als Grund für den Mißerfolg in der Prüfung in Betracht kommen, eine in der Person des Prüflings begründete, persönlichkeitsbedingte generelle Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit darstellen. Denn derartige Merkmale sind Bestandteil seiner Persönlichkeit und damit seine

371 VG Greifswald, Urteil vom 13. 9. 2017 – 2 A 193/17, juris Rn. 23 f.; VG Ansbach, Urteil vom 23. 10. 2014 – 2 K 14.01185, juris Rn. 26.

372 VG Ansbach, Urteil vom 23. 2. 2017 – 2 K 16.00438, juris Rn. 28 – zur Aufmerksamkeitsdefizit-Erkrankung.

373 BVerwG, Beschluss vom 13. 12. 1985 – 7 B 210/85 (= NVwZ 1986, 377 f.).

374 BVerwG, Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4.

375 OVG RP, Urteil vom 16. 1. 1980 – 2 A 49/78 (= DVBl. 1981, 591).

376 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

Befähigung und Leistungsfähigkeit überhaupt. Wenn sie sich im Prüfungsergebnis niederschlagen, wird dessen Aussagewert nicht verfälscht. ... Persönlichkeitsbedingte Leistungsschwächen dieser Art sind für Art und Umfang der Befähigung des Prüflings und damit letztlich auch für seine Eignung zu dem Beruf, die in der Prüfung festgestellt werden soll, von Bedeutung. Es wäre deshalb mit Sinn und Zweck der Prüfung nicht zu vereinbaren, derartige konstitutionelle Leistungsschwächen unberücksichtigt zu lassen ...“

Auf den konkreten Fall bezogen, folge daraus, so das OVG RP:³⁷⁷

„Die Nervosität und Konzentrationsschwäche, unter denen der Kl. seinen Angaben nach während der schriftlichen Prüfung gelitten hat, beruhen, wie er vorträgt, auf seiner Schilddrüsenerkrankung. Diese aber ... stellt ein langandauerndes Leiden dar. ... Dies bedeutet, daß seine mit dieser Krankheit verbundenen gesundheitlichen Beschwerden grundsätzlich nicht durch Einräumung besonderer Prüfungsbedingungen auszugleichen sind.“

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass diese Rechtsprechungslinie nicht nur für die Frage eines berechtigten Rücktritts wegen Prüfungsunfähigkeit relevant ist, sondern auch für einen Anspruch auf Nachteilsausgleich. Das OVG RP verneint bei diesem Dauerleiden beides, sowohl den Rücktrittsgrund wegen Prüfungsunfähigkeit als auch einen Anspruch auf Nachteilsausgleich.

b) Leitentscheidung des BVerwG vom 13. 12. 1985

Ganz ähnlich entschied einige Jahre später das BVerwG – in der genannten Leitentscheidung vom 13. 12. 1985 – mit Blick auf eine biphasische endogene Psychose eines Medizinstudenten:³⁷⁸

„Dauerleiden 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 ...“

An dieser Rechtsprechungslinie hält das BVerwG bis heute fest:³⁷⁹

„... kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob die Erkrankung des Klägers zum Zeitpunkt der Prüfungen ein nicht zur Prüfungsunfähigkeit führendes Dauerleiden darstellt und sein normales Leistungsbild prägt oder sich – mit Blick auf die mögliche Therapie und medikamentöse Behandlung – die Annahme einer krankheitsbedingten Einschränkung der Leistungsfähigkeit rechtfertigt, die im vorliegenden Einzelfall zum Rücktritt berechtigt ...“

Dasselbe gilt für die übrige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, welche diese Leitentscheidung vielfach zitiert.³⁸⁰ Häufig geht es um Sachverhalte mit psychischen Beeinträchtigungen der

377 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

378 BVerwG, Beschluss vom 13. 12. 1985 – 7 B 210/85, juris Rn. 6 (= NVwZ 1986, 377 f.).

379 BVerwG, Beschluss vom 25. 1. 2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 29.

380 Siehe z. B. BayVG, Beschluss vom 26. 3. 2009 – 7 C 09.554, juris Rn. 4; OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 9; ThürOVG, Beschluss vom 17. 5. 2010 – 1 EO 854/10, juris Rn. 28 (= LKV 2010, 427 ff.); VG Ansbach, Urteil vom 23. 2. 2017 – 2 K 16.00438, juris Rn. 28, und Urteil vom 23. 10. 2014 – 2 K 14.01185, juris Rn. 46; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 29; VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 23; VG Greifswald, Urteil vom 13. 9. 2017 – 2 A 193/17, juris Rn. 23; VG Köln, Urteil vom 29. 11. 2012 – 6 K 1121/12,

Prüflinge. Es können aber ebenso körperliche Beeinträchtigungen in Rede stehen, wenn diese den Prüfungsgegenstand unmittelbar betreffen, z. B. bei einer Prüfung der körperlichen Leistungsfähigkeit von Polizeianwärtern.³⁸¹

c) Keine Maßgeblichkeit der „Dauer“ beim sog. Dauerleiden

Der Begriff „Dauerleiden“ liefert ein griffiges Schlagwort, um eine lange Rechtsprechungslinie zu kennzeichnen. Bei der prüfungsrechtlichen Beurteilung kommt es jedoch nicht maßgeblich darauf an, ob ein „Dauer“-Leiden vorliegt, wie etwa in einer neueren Entscheidung des SächsOVG herausgearbeitet worden ist:³⁸²

„Allerdings begründet nicht jedes Dauerleiden einen Anspruch auf Nachteilsausgleich im Prüfungsverfahren. 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.“

Maßgeblich ist also weniger die Dauer des Leidens, sondern der Bezug zum Prüfungszweck. Dieser Bezug wird in der vorgenannten Gerichtsentscheidung dadurch hergestellt, dass eine persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit präge. Diese – auch in vielen anderen Judikaten verwendete³⁸³ – Formulierung „persönlichkeitsbedingte Eigenschaft“ löst freilich wiederum Irritationen aus: Zweck einer Hochschulprüfung ist nicht die Beurteilung einer Persönlichkeit, sondern die Feststellung der wissenschaftlichen Leistungsfähigkeit (vgl. § 63 HG NRW: Studien-erfolg als Maßstab der Hochschulprüfung). Darauf stellt auch die Rechtsprechung ab:³⁸⁴

„Diese [= persönlichkeitsbedingten Eigenschaften] 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 ... Wenn sich eine persönlichkeitsbedingte generelle Einschränkung der psychischen Leistungsfähigkeit im Prüfungsergebnis negativ niederschlägt, so wird dadurch dessen Aussagewert nicht verfälscht, sondern in besonderer Weise bekräftigt ...“

Es geht also nicht um Persönlichkeit, sondern um Leistungsfähigkeit und dabei um Umstände, welche dem Prüfling anhaften, ohne dass er diese beeinflussen kann. In einer frühen Entscheidung sprach das BVerwG nicht ohne Grund insoweit von einer „schicksalshaften“ gesundheitlichen Entwicklung.³⁸⁵

juris Rn. 21; VG Mainz, Urteil vom 22. 3. 2016 – 3 K 631/15, juris Rn. 20; VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 25.

381 VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 2, 23: wegen Dauerleidens keine Prüfungsunfähigkeit bei orthopädischen Beschwerden, welche die Leistungsfähigkeit eines Polizeianwärters im 3000m Lauf beeinträchtigt.

382 SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 7 (= NVwZ-RR 2018, 526 ff.). Vgl. auch ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 54 f. (zu Legasthenie): Entscheidend sei nicht, ob es sich um einen dauernden Defekt, sondern um eine persönlichkeitsbedingte Eigenschaft handle.

383 Z. B. ThürOVG, Beschluss vom 9. 4. 2019 – 4 EO 132/19, juris Rn. 55; VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 34; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 8.

384 SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 7 (= NVwZ-RR 2018, 526 ff.).

385 BVerwG, Beschluss vom 6. 8. 1968 – VII B 23.68, juris Rn. 1.

Entscheidend ist also nicht die Dauer des Leidens, sondern dessen Auswirkung und damit die bereits genannte Abgrenzung zwischen Leistungsschwäche und Leistungshindernis.³⁸⁶ Die Rechtsprechung unterscheidet deshalb:

- Betrifft die behinderungs- oder krankheitsbedingte Beeinträchtigung die geistige Leistungsfähigkeit als solche (→ Leistungsschwäche ohne Nachteilsausgleich)
- oder ist nur der Nachweis der Leistungsfähigkeit beeinträchtigt (→ Leistungshindernis mit Nachteilsausgleich)?

Die Rechtsprechung stellt für diese Abgrenzung insbesondere darauf ab, ob die Beeinträchtigung „außerhalb der durch eine Studienabschlussprüfung zu ermittelnden Fähigkeiten“³⁸⁷ liegt bzw. „unabhängig von seinen intellektuellen Fähigkeiten“³⁸⁸ ist. Diese Fragen sollen unter D. V. 3. näher bedacht werden.

d) Insbesondere: sog. Dauerleiden und Prüfungsunfähigkeit

Wenn ein Prüfling seine ihm normalerweise zur Verfügung stehende geistige Leistungsfähigkeit krankheitsbedingt nicht abrufen kann, steht ihm die Möglichkeit des Rücktritts von der Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit zu, z. B. bei einer Erkältungskrankheit mit hohem Fieber; dies ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt:³⁸⁹

„Eine Prüfungsunfähigkeit ist grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Rücktrittsgrund zu begründen. Denn gesundheitliche Beeinträchtigungen, die eine erhebliche Verminderung der Leistungsfähigkeit während der Prüfung bewirken, würden zu einem Prüfungsergebnis führen, das nicht die durch die Prüfung festzustellende wirkliche Befähigung des Kandidaten wiedergäbe. Um die hierin liegende Beeinträchtigung der Chancengleichheit des Prüflings zu verhindern, ist deshalb anerkannt, dass ein durch Erkrankung prüfungsunfähiger Kandidat die Möglichkeit besitzt, von der Prüfung zurückzutreten und diese ohne Anrechnung auf bestehende Wiederholungsmöglichkeiten neu zu beginnen ...

Aber was gilt, wenn es sich um eine chronische Erkrankung handelt? Die Rechtsprechung zur Problematik „Dauerleiden und Prüfungsunfähigkeit“ ist durch das VG Schleswig-Holstein wie folgt zusammengefasst worden:³⁹⁰

„Anknüpfungspunkt der Anerkennung entsprechender Beeinträchtigungen für den Rücktritt ist daher, dass die im Zustand der Erkrankung erbrachte Prüfung nicht die normale Leistung des Prüflings widerspiegelt und seine Erfolgchancen so in unzumutbarer Weise geschmälert wären. Eine Prüfungsunfähigkeit in diesem Sinn kann nicht angenommen werden, wenn die Beeinträchtigung auf einer in der Person des Prüflings liegenden generellen Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit beruht. Dies ist bei einem die Prüfungsfähigkeit ausschließenden Dauerleiden der Fall. Derartige Dauerleiden prägen als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften das normale Leistungsbild des Prüflings und können auch bei Berücksichtigung des in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit nicht berücksichtigt werden ...“

386 Z. B. VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 8.

387 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

388 HessVGh, Beschluss vom 3. 1. 2006 – 8 TG 3292/05, juris Rn. 8 (= NJW 2006, 1608 f.).

389 VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 24 f.

390 VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 24 f.; ebenso z. B. VGh BW, Beschluss vom 2. 4. 2009 – 9 S 502/09, juris Rn. 4; BayVGh, Beschluss vom 26. 3. 2009 – 7 C 09.554, juris Rn. 4.

Ein „Dauer“-Leiden wird von der Rechtsprechung auch dann bejaht, wenn eine Heilung zwar möglich, aber ungewiss und in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.³⁹¹ Entscheidend ist dabei die Prognose zum Krankheitsverlauf im Zeitpunkt der Prüfung.³⁹²

Auch bei einer Dauererkrankung kann sich das Krankheitsbild vorübergehend deutlich verschlechtern und dann wieder bessern. Während der vorübergehenden deutlichen Verschlechterung können dann Prüfungsunfähigkeit und ein Rücktrittsgrund vorliegen, wie auch in der Rechtsprechung zugrunde gelegt wird:³⁹³

„Dass der Kläger die auf ADHS zurückgeführten Beschwerden als unabänderliches und das Leistungsbild bestimmendes Dauerleiden, das einen Prüfungsrücktritt nicht rechtfertigt, hingenommen und deswegen auf eine von vornherein aussichtslose Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit verzichtet hätte, wurde nicht vorgetragen. Diese Fallgestaltung ist hier auch wenig wahrscheinlich. Die als stark schwankend attestierten Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Klägers hätten vielmehr nahegelegt, sofort bei Auftreten der Beschwerden von der Prüfung zurückzutreten und diese gegebenenfalls unter günstigeren Umständen abzulegen.“

Wenn das „Auf und Ab“ im schnellen und unvorhersehbaren Wechsel erfolgt, stuft die Rechtsprechung die Schwankungen als Teil des Dauerleidens ein und lehnt einen Rücktritt wegen Prüfungsunfähigkeit ab.³⁹⁴

II. Grundlinien der prüfungsrechtlichen Literatur zu Nachteilsausgleichen

In der prüfungsrechtlichen Literatur wurden der Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG und darauf gestützte Ansprüche auf Nachteilsausgleich schon seit langem behandelt, zugleich aber Grenzen formuliert:³⁹⁵

„Damit kann freilich nicht gemeint sein, die Prüfungsbedingungen der besonderen körperlichen, geistigen und seelischen Situation jedes einzelnen Prüflings anzupassen; jedem Prüfling gerade diejenigen Prüfungsbedingungen zu gewähren, die seinen persönlichen Verhältnissen am meisten entsprechen, ist nicht nur nicht möglich, sondern würde auch dem Prüfungszweck zuwiderlaufen, gerade über unterschiedliche Spannkraft und Leistungsfähigkeit des Prüflings Aufschluß zu geben.“

391 VGH BW, Beschluss vom 2. 4. 2009 – 9 S 502/09, juris Rn. 4; VG Ansbach, Urteil vom 23. 10. 2014 – 2 K 14.01185, juris Rn. 46; VG Köln, Urteil vom 29. 11. 2012 – 6 K 1121/12, juris Rn. 23; VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 30.

392 VG Greifswald, Urteil vom 13. 9. 2017 – 2 A 193/17, juris Rn. 23; zustimmend *Jeremias*, NVwZ 2019, 839.

393 BayVGH, Beschluss vom 16. 1. 2018 – 7 ZB 17.783, juris Rn. 3; ebenso BayVGH, Beschluss vom 21. 10. 2011 – 7 ZB 11.1172, juris Rn. 6 ff.

394 BVerwG, Beschluss vom 13. 12. 1985 – 7 B 210/85, juris Rn. 5 ff. (= NVwZ 1986, 377 f.); OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 11. 4. 2018 – 5 N 35.16, juris Rn. 14; VG Greifswald, Urteil vom 13. 9. 2017 – 2 A 193/17, juris Rn. 24; VG Köln, Urteil vom 29.11. s2012 – 6 K 1121/12, juris Rn. 23; VG Mainz, Urteil vom 22. 3. 2016 – 3 K 631/15, juris Rn. 21; ebenso *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 (840).

395 *Guhl*, Prüfungen im Rechtsstaat, 1978, S. 124.

1. Überwiegend bloße Rezeption der Rechtsprechung

Die aktuelle prüfungsrechtliche Literatur rezipiert zumeist die vorstehend skizzierten Grundlinien der Rechtsprechung.³⁹⁶ Teils werden innerhalb des durch die Rechtsprechung vorgezeichneten Rahmens gewisse Lockerungen versucht, etwa mit Blick auf die Zulässigkeit des Wechsels der Prüfungsform oder sonstiger niveaugleicher Modifizierungen der Prüfungsinhalte.³⁹⁷ Einige Literaturstimmen setzen sich im Schulbereich für einen erweiterten Einsatz von Maßnahmen des sog. Notenschutzes ein.³⁹⁸

2. Vereinzelte Ansätze zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von Nachteilsausgleichen

Nur vereinzelt gibt es Literaturstimmen oder Gutachten, welche den Anwendungsbereich von Nachteilsausgleichen wesentlich erweitern.

Zu verzeichnen ist vor allem ein grundlegend anderer Ansatz zur prüfungsrechtlichen Einordnung sog. Dauerleiden.³⁹⁹ Hingewiesen wird darauf, dass die Rechtsprechung dazu führt, dass ca. zwei Drittel aller Studierenden mit Behinderung oder chronischer Erkrankung von Nachteilsausgleichen ausgeschlossen werden. Das sei unvereinbar mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Das Abstellen auf persönlichkeitsbedingte Beeinträchtigungen führe nicht weiter, weil auch etwa eine Blindheit (welche zu Nachteilsausgleichen führe) die Leistungsfähigkeit beeinträchtige und insoweit persönlichkeitsbedingt sei. Wenn die Rechtsprechung darauf abstelle, ob die Beeinträchtigung im späteren Berufsleben ausgeglichen werden könne, werde ein unzulässiger Bogen zwischen der Nicht-Gewährung eines Nachteilsausgleichs und der prognostizierten (Nicht-)Befähigung für einen bestimmten Beruf geschlagen. Deshalb sei etwa eine Schreibzeitverlängerung als Ausgleichsmaßnahme geboten, wenn der Nachteil darin bestehe, dass der Prüfling z. B. wegen einer ADHS-Erkrankung und den damit verbundenen Konzentrationsdefiziten langsamer sei als Prüflinge ohne Beeinträchtigung. Entscheidend sei, dass der Prüfling

*„intellektuell in der Lage [sei], zu strukturieren und eine inhaltliche Lösung für die Prüfungsaufgaben zu entwickeln, eben nur mit einer angemessenen Zeitverlängerung als Nachteilsausgleich.“*⁴⁰⁰

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Risse: Wenn die Konzentrationsfähigkeit Prüfungsgegenstand sei, könne es zwar keinen Nachteilsausgleich für Konzentrationsprobleme geben. Indessen

396 Das gilt insbesondere für die beiden Standardwerke zum Prüfungsrecht von *Niehues/Fischer/Jeremias* (7. Aufl. 2018, dort Rn. 249 ff.) und *Zimmerling/Brehm* (3. Aufl. 2007); siehe ferner z. B. *Morgenroth*, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2017, Rn. 414 ff.; *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 ff.; *Knecht*, BayVBl. 2013, 359 (361); *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (371 ff.); *Quapp*, DVBl. 2018, 80 ff.

397 *Rux/Ennuschat*, Die Rechte stotternder Menschen in Schule, Ausbildung und Studium, 3. Aufl. 2017, S. 106 f.; *Ennuschat*, br 2008, 93 (96 f.).

398 *Kolok*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Legasthenie und Dyskalkulie im allgemeinbildenden deutschen Schulsystem, 2016, 235 ff.; *Langenfeld*, RdJB 2007, 211 (225); *Cremer/Kolok*, DVBl. 2014, 333 (340 f.).

399 *Hechler/Plischke*, Kein Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht für Prüflinge mit persönlichkeitsbedingten oder konstitutionellen Dauerleiden, Beitrag A12-2015, in: Gagel u. a., Diskussionsbeiträge zum Rehabilitations- und Teilhaberecht 2015, S. 57 ff.

400 *Hechler/Plischke*, Kein Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht für Prüflinge mit persönlichkeitsbedingten oder konstitutionellen Dauerleiden, Beitrag A12-2015, in: Gagel u. a., Diskussionsbeiträge zum Rehabilitations- und Teilhaberecht 2015, S. 62.

gebe es wohl keine Hochschulprüfung, bei der die Konzentrationsfähigkeit Prüfungsgegenstand sei – im Unterschied etwa zur Pilotenprüfung:⁴⁰¹

„Bei geistes- und gesellschaftswissenschaftlichen Klausuren wird es regelmäßig denkbar sein, einer Konzentrationsstörung mit Behinderungscharakter durch eine Schreibzeitverlängerung zu begegnen.“

Schließlich befürwortet auch ein Rechtsgutachten Nachteilsausgleiche bei Beeinträchtigung der psychisch-seelischen Leistungsfähigkeit, sofern die intellektuelle Fähigkeit nicht beeinträchtigt sei. Ähnliche Ausgleichsmaßnahmen z. B. für Konzentrationsschwächen oder Kontrollzwänge könnten auch im täglichen Berufsalltag getroffen werden.⁴⁰²

III. Nachteilsausgleiche in der Praxis der Prüfungsämter

Im Rahmen dieser Untersuchung wurden Rechtsprechung und Literatur, soweit zugänglich, möglichst umfassend gesichtet und ausgewertet. Demgegenüber können zur Praxis der Prüfungsämter nur punktuelle Hinweise ohne empirische Validierung geboten werden. Immerhin deutet manches darauf hin, dass staatliche Prüfungsämter (insbesondere im Rahmen der Juristenausbildung) Nachteilsausgleiche restriktiver handhaben als Prüfungsämter an Hochschulen. Die Beratungsstellen der Hochschulen für die Inklusion von Studierenden mit Behinderung oder chronischer Erkrankung berichten gleichwohl, dass aus ihrer Sicht gebotene und mögliche Nachteilsausgleiche zu häufig verweigert werden, und zwar insbesondere bei nicht sichtbaren Behinderungen.⁴⁰³ Dennoch scheint die Praxis der Prüfungsämter in einigen Fällen Nachteilsausgleiche zu gewähren, in denen die Rechtsprechung einen Anspruch eher verneinen würde. Jedenfalls finden sich Judikate, in denen Gerichte zuvor bewilligte Nachteilsausgleiche als Verstoß gegen die Chancengleichheit der übrigen Prüflinge gewertet haben.⁴⁰⁴

401 Risse, Nachteilsausgleich bei psychischen Erkrankungen, Vortrag auf dem 1. Kölner Fachsymposium „Studieren mit psychischen Erkrankungen und Belastungen“ am 5. 2. 2018, Manuskript S. 4.

402 Klaesberg, bm Rechtsanwälte, Rechtsgutachten vom 11. 4. 2017 zu der Problematik des Nachteilsausgleichs für Studierende mit Behinderung und chronischer Erkrankung bei der Erbringung von Studienleistungen sowie Prüfungsleistungen, S. 8 f.

403 Siehe oben A. I. 2.

404 Siehe VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 38: Prüfungsamt einer Juristischen Fakultät ermöglichte im Falle eines Studierenden mit Phobie Nachteilsausgleich durch einen Wechsel der Prüfungsform (Hausarbeit statt Klausur). Das Gericht hielt dies für rechtlich zweifelhaft und wies die Klage, welche auf einen parallelen Nachteilsausgleich im Staatsexamen gerichtet war, ab. – VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35: Die Prüfungsbehörde für die Einstellungsprüfung als Zollinspektoranzwärter räumte einem psychisch erkrankten Bewerber mit Zwangshandlungen, Zwangsgedanken und Konzentrationsstörungen 30 Min. Schreibzeitverlängerung für eine vierstündige Klausur ein. Das Gericht hielt das für unvereinbar mit dem Grundsatz der Chancengleichheit und lehnte die beantragte Verlängerung von sogar 75 Minuten erst recht ab. – VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 26: Die Prüfungsbehörde [Realschule] räumte bei Epilepsie mit Abwesenheitszuständen, Konzentrationsstörungen und Verlangsamung des Denkens eine Schreibzeitverlängerung ein. Das Gericht hielt das für rechtswidrig.

IV. Zwischenfazit: Schieflage bei der Gewährung von Nachteilsausgleichen in Hochschulprüfungen

Betrachtet man Rechtsprechung, Literatur und Prüfungspraxis, lässt sich mit gewisser Vergrößerung feststellen, dass Nachteilsausgleiche bei Körperbehinderungen und Sinnesbeeinträchtigungen vielfach gewährt werden,⁴⁰⁵ während die Handhabung von Nachteilsausgleichen bei anderen Behinderungen und Erkrankungen deutlich restriktiver ist. Das betrifft insbesondere psychische Erkrankungen, ADHS, Angststörungen und ähnliche nicht sichtbare Beeinträchtigungen z. B. in Form von Konzentrationsstörungen, verlängerten Regenerationsphasen etc. Hintergrund ist der Topos des sog. Dauerleidens, welches das Leistungsbild prägen und nicht ausgleichbar sei.

Hierdurch entsteht eine gewisse Schieflage: Von den ca. 11 % der Studierenden, die (mindestens) eine studienrelevante gesundheitliche Beeinträchtigung haben, leiden 53 % unter psychischen und 20 % unter chronisch-somatischen Erkrankungen, aber nur insgesamt ca. 10 % unter einer Bewegungs-, Sprech- oder Sinnesbeeinträchtigung.⁴⁰⁶ Der weitaus größere Teil der von Behinderung oder chronischer Erkrankung betroffenen Studierenden fällt also in die Gruppe derjenigen, welchen der Weg zu Nachteilsausgleichen erschwert oder sogar versperrt wird. Diese Schieflage kann auch nicht dadurch erklärt werden, dass das Ausmaß der studienrelevanten Beeinträchtigung bei Körper- und Sinnesbeeinträchtigungen größer wäre als bei anderen Behinderungen und Erkrankungen: So geben lediglich ca. 13 bis 18 % der Studierenden mit körperlicher oder Sinnesbeeinträchtigung an, dass das Ausmaß der Studienbeeinträchtigung sehr stark sei, während bei psychisch Erkrankten 34 % eine sehr starke Belastung für das Studium angeben und bei psychisch und chronisch Erkrankten dieser Anteil sogar auf 42 % steigt.⁴⁰⁷

Nicht ohne Grund wird deshalb von einer Literaturstimme angemerkt, dass es kaum nachvollziehbar sei, dass das Grundgesetz zwar einen Nachteilsausgleichsanspruch für Studierende mit Behinderungen und chronischen Erkrankungen jedweder Art schaffe, dessen Handhabung in der Praxis aber dazu führe, dass die Mehrzahl der Studierenden mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen unter Hinweis auf ein sog. Dauerleiden vom Anwendungsbereich der Nachteilsausgleiche ausgeklammert werde.⁴⁰⁸

405 So erreichen Studierende mit Bewegungs- und Sinnesbeeinträchtigungen bei Anträgen auf Nachteilsausgleich eine Bewilligungsquote von ca. 75 %; so *Poskowsky* u. a., *beeinträchtigt studieren – best 2*, Datenerhebung zur Situation Studierender mit Behinderung und chronischer Krankheit (2016/2017), 2018, S. 10.

406 Angabe nach *Poskowsky* u. a., *beeinträchtigt studieren – best 2*, Datenerhebung zur Situation Studierender mit Behinderung und chronischer Krankheit (2016/2017), 2018, S. 3.

407 Angabe nach *Poskowsky* u. a., *beeinträchtigt studieren – best 2*, Datenerhebung zur Situation Studierender mit Behinderung und chronischer Krankheit (2016/2017), 2018, S. 22.

408 So *Hechler/Plischke*, *Kein Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht für Prüflinge mit persönlichkeitsbedingten oder konstitutionellen Dauerleiden*, Beitrag A12-2015, in: *Gagel* u. a., *Diskussionsbeiträge zum Rehabilitations- und Teilhaberecht* 2015, S. 57 (61).

D. Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Nachteilsausgleichs

Die vorstehend skizzierte Schieflage bei der Gewährung von Nachteilsausgleichen in Hochschulprüfungen ist schon deshalb unbefriedigend, weil in vielen Fällen vergleichsweise unproblematische Nachteilsausgleichsmaßnahmen denkbar sind (z. B. gesonderter Raum bei einer Angststörung oder Konzentrationsbeeinträchtigungen), diese aber nicht gewährt werden, weil schon dem Grunde nach der Anspruch auf Nachteilsausgleich („ob“) verweigert wird, und zwar mit dem Hinweis auf das sog. Dauerleiden, das die Leistungsfähigkeit prägt.

Deshalb soll im Folgenden eine Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Nachteilsausgleichs versucht werden.

I. Hintergrund der Neukonstruktion: von der Rechtsprechung nicht rezipierte Veränderungen im rechtlichen und tatsächlichen Umfeld der Nachteilsausgleiche

Wie unter C. I. 5. dargestellt hat die gegenwärtige Rechtsprechungslinie zum Nachteilsausgleich Wurzeln, die mindestens 50 Jahre zurückreichen. Seitdem hat sich das rechtliche und tatsächliche Umfeld der prüfungsrechtlichen Rechtsprechung grundlegend verändert, ohne dass die Gerichte diese Änderungen rezipiert hätten.

1. Änderungen des verfassungsrechtlichen Umfeldes

Diese Änderungen betreffen insbesondere den verfassungsrechtlichen Rahmen des Nachteilsausgleichs.

Die Rechtsprechung stützt den Anspruch auf Nachteilsausgleich bis heute auf das allgemeine Gleichheitsgrundrecht gem. Art. 3 Abs. 1 GG, und zwar selbst dann, wenn es um Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen geht. Das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – im Grundgesetz immerhin seit 1994 verankert! – wird bislang nur für Notenschutz und andere Maßnahmen positiver Diskriminierung erwogen, nicht aber für den Nachteilsausgleich herangezogen. Damit verkennt die Rechtsprechung Bedeutung und Wirkung des Benachteiligungsverbot und des speziellen Gleichheitssatzes zugunsten von Studierenden mit Behinderungen. Relevant ist das insbesondere für den strengen Rechtfertigungsmaßstab: Bei einer behinderungsbedingten Beeinträchtigung in einer Prüfung darf Nachteilsausgleich nur verweigert werden, wenn dies vom Prüfungszweck zwingend gefordert ist.

Aber selbst auf der Grundlage der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG einen Bedeutungswandel erfahren hat, indem aufgrund der sog. neuen Formel der Rechtfertigungsmaßstab für Ungleichbehandlungen in einigen Konstellationen verschärft wurde: weg vom bloßen Willkürverbot hin zu einer u. U. strengen

Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die neue Formel müsste bei behinderungsbezogenen Beeinträchtigungen in Prüfungen an sich zu einer strengen Anwendung von Verhältnismäßigkeitskriterien führen. Die heutige Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen bewegt sich indessen immer noch entlang der Linien, welche gezogen wurden, als Art. 3 Abs. 1 GG noch als bloßes Willkürverbot verstanden wurde. Die sog. neue Formel wird mithin von der prüfungsrechtlichen Rechtsprechung zum Nachteilsausgleich nicht angewendet.

Hinzu kommt Folgendes: Prüfungen sind zwar oft ein Massengeschäft, sodass gewisse Pauschalierungen unausweichlich sind. So beginnen etwa alle Klausuren im Rahmen eines Klausurtermins zu einer bestimmten Uhrzeit, obwohl der jeweilige Biorhythmus der einzelnen Prüflinge sich unterscheidet, sodass jeder eine andere optimale Tageszeit für die Anfertigung einer Klausur hätte. Die Anknüpfung des Nachteilsausgleichs am Gleichheitsgebot gem. Art. 3 Abs. 1 GG in seiner ursprünglichen Ausprägung als Willkürverbot erleichterte Typisierungen, wie sie etwa in der Rechtsprechung zum sog. Dauerleiden zum Ausdruck kommen. Willkürlich ist die Verweigerung von Nachteilsausgleich nicht. Aber ist sie verhältnismäßig? Die Verhältnismäßigkeit muss im Einzelfall dargelegt werden. Dies ist insbesondere relevant für die herkömmlichen Argumentationsmuster „Prüfungszweck“, „Berufsbezug“ und „Ausgleichbarkeit“.

Zugespitzt formuliert, wird man der prüfungsrechtlichen Rechtsprechung vorhalten müssen,

- dass sie im Bereich der Nachteilsausgleiche die Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenso erkennt wie die Bedeutung der sog. neuen Formel im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG,
- deshalb die gestiegenen Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von Menschen mit Behinderung erkennt,
- und zwar insbesondere die Notwendigkeit einer auf den Einzelfall bezogenen Klärung, ob der Prüfungszweck der Gewährung eines Nachteilsausgleichs zwingend entgegensteht bzw. die Verweigerung des Nachteilsausgleichs den streng verstandenen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt.

2. Änderungen des völker- und europarechtlichen Umfeldes

Die Rechtsposition von Studierenden mit Behinderung wird über die verfassungsunmittelbaren sowie einfachrechtlichen Ansprüche auf Nachteilsausgleich hinaus dadurch gestärkt, dass Völkerrecht (Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 5 BRK) und Europarecht (Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK) ihnen weitere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stellen. Diese Anspruchsgrundlagen bestanden zu Beginn der Rechtsprechungslinie zum Nachteilsausgleich noch nicht (UN-BRK) oder waren noch nicht im heutigen Umfang entfaltet (EMRK). Diese neuen Impulse aus dem Völker- und Europarecht werden von der Rechtsprechung bis heute noch nicht aufgegriffen. Das betrifft insbesondere die Umsetzung des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen für den Nachteilsausgleich.

3. Änderungen des gesellschaftlichen Umfeldes

Spätestens mit der UN-Behindertenrechtskonvention ist zudem der bisherige Fürsorge- durch den Teilhabegedanken abgelöst worden, welcher insbesondere durch das Konzept der angemessenen Vorkehrungen konkretisiert wird. Diese Änderungen des gesellschaftlichen Umfeldes

dürfen nicht außer Betracht bleiben. Die Rechtsprechungslinie zum Nachteilsausgleich wurde hingegen in den 60er Jahren begonnen, als noch der Fürsorgegedanke vorherrschte, und dann unreflektiert bis in die Gegenwart verlängert.

Die noch heute zu beobachtende Schieflage, dass Nachteilsausgleiche häufiger für Studierende mit Körper- oder Sinnesbehinderung als für Studierende mit z. B. psychischen Erkrankungen gewährt werden, spiegelt womöglich auch die frühere gesellschaftliche Sicht wider, wonach Menschen mit Körper- und Sinnesbehinderungen mehr Verständnis entgegen gebracht wurde, während psychisch erkrankte Menschen Gefahr liefen, stigmatisiert zu werden.

II. Anspruchsgrundlagen für den Nachteilsausgleich

Zunächst bietet das einfache Recht – z. B. in Form von Prüfungsordnungen – Anspruchsgrundlagen für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen. Darüber hinaus kommen vier höherrangige – unmittelbar anwendbare und ggf. gerichtlich durchsetzbare – Anspruchsgrundlagen in Betracht:

- das Diskriminierungsverbot aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK,
- das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK,
- der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG und
- der besondere prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit für Studierende mit Behinderungen gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

Die UN-Behindertenrechtskonvention und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sind nur anwendbar, wenn eine Behinderung vorliegt. Demgegenüber können das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK und der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG auch herangezogen werden, wenn keine Behinderung gegeben ist. Deshalb ist zu unterscheiden, ob der betroffene Studierende von einer Behinderung oder von einer anderen prüfungsrelevanten Beeinträchtigung betroffen ist:

- Liegt eine Behinderung vor, greifen zuvörderst 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, ferner das allgemeinere Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.
- Fehlt es an einer Behinderung, gibt es aber eine andere prüfungsrelevante Beeinträchtigung (z. B. Baulärm), können Nachteilsausgleichsansprüche ggf. auf Art. 3 Abs. 1 GG sowie auf Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK gestützt werden.

III. Zu den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs

Der auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sowie auf Art. 5 Abs. 2, 24 UN-BRK gestützte Anspruch auf Nachteilsausgleich hat drei tatbestandliche Anspruchsvoraussetzungen, und zwar zwei positive und eine negative:

- Behinderung (unten 1.),
- behinderungsbedingter Nachteil in einer Prüfung (Leistungshindernis, unten 2.),
- kein zwingendes Entgegenstehen des Prüfungszwecks (unten 3.).

1. Behinderung

Der (besondere) prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verlangt das Vorliegen einer Behinderung. Dasselbe gilt für das Diskriminierungsverbot gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK. Bei Vorliegen einer Teilhabebeeinträchtigung sind chronische Erkrankungen als Behinderung einzustufen (oben B. VI. 4).

2. Behinderungsbedingter Nachteil (Leistungshindernis)

Zweite tatbestandliche Anspruchsvoraussetzung ist bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine (mittelbare) Benachteiligung wegen einer Behinderung bzw. bei Art. 5 Abs. 2, 24 UN-BRK eine (mittelbare) Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn eine unterschiedslose Anwendung der allgemeinen Vorgaben für eine Prüfung (insbesondere das Prüfungssetting) bei einem Prüfling mit Behinderungen zu einem Nachteil führt, der seine Mitprüflinge ohne Behinderungen nicht trifft. Dann wird das Prüfungssetting in Wechselwirkung mit der beim Prüfling vorhandenen Beeinträchtigung zu einer Barriere, die ihn darin hindert, in der Prüfung seine Leistungsfähigkeit „voll, wirksam und gleichberechtigt“ (so Art. 1 Abs. 2 UN-BRK) zu präsentieren. Es entsteht also ein behinderungsbedingter Nachteil, ein behinderungsbedingtes Leistungshindernis.

Die zweite Anspruchsvoraussetzung kann man zum Schlagwort „behinderungsbedingter Nachteil“ bzw. „behinderungsbedingtes Leistungshindernis“ bündeln. Es darf aber nicht verkannt werden, dass das Hindernis durch das Prüfungssetting (im Zusammenspiel mit der Beeinträchtigung) errichtet wird.

Will der Staat einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bzw. gegen das Diskriminierungsverbot der Art. 5 Abs. 2, 24 UN-BRK vermeiden, muss er den Nachteil durch eine auf die Behinderung bezogene Ausgleichsmaßnahme kompensieren⁴⁰⁹ bzw. eine angemessene Vorkehrung treffen (so Art. 2 UAbs. 3, 24 Abs. 5 S. 2 UN-BRK). Dies bedeutet:

409 BVerfG, Beschluss vom 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14, juris Rn. 55 (= NJW 2019, 1201). – Das BVerfG verwendet in diesem Kontext den Begriff „Fördermaßnahmen“. Der Sache nach handelt es sich um Nachteilsausgleiche; siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

Die Pflicht zum Nachteilsausgleich entsteht grundsätzlich schon dann, wenn in einer Prüfung ein behinderungsbedingter Nachteil entsteht bzw. zu entstehen droht.

3. Kein zwingendes Entgegenstehen des Prüfungszwecks

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich ist also schon dann zu bejahen, wenn die beiden erstgenannten (positiven) Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, es sei denn, „zwingende Gründe“ rechtfertigen seine Verweigerung (oben B. VI. 3. b).

a) Prüfungszweck

Die zwingenden Gründe müssen im Prüfungszweck wurzeln. Prüfungen sollen eine hinreichend zuverlässige Aussage über die individuelle Leistungsfähigkeit in einem bestimmten abzu prüfenden Spektrum ermöglichen.⁴¹⁰

Das Prüfungsergebnis dient zunächst der Information des Prüflings über seinen Leistungsstand. Zum Prüfungszweck gehört es jedoch auch, dass diese Informationen (in Zeugnissen) dokumentiert und Dritten zugänglich gemacht werden (oft durch den Prüfling selbst), etwa Hochschulen (z. B. bei der Bewerbung um einen Studienplatz oder eine Promotionsgelegenheit) oder Arbeitgebern.

Der Prüfungszweck wird durch den Gesetzgeber allgemein umrissen und sodann in der jeweiligen Prüfungsordnung (ggf. i. V. m. der Modulbeschreibung) näher beschrieben. Prüfungen können insbesondere Ausgangs-/Abschluss- oder Eingangsprüfungen sein. Hochschulprüfungen sind Abschlussprüfungen. Sie dienen der Feststellung des Studienerfolgs (so § 63 Abs. 1 HG NRW). Bezugspunkt sind also im Studium erworbene Fähigkeiten. Bei Staatsexamina erstreckt der Gesetzgeber den Prüfungszweck über die Feststellung, ob das Studien- bzw. Ausbildungsziel erreicht ist, hinaus auf die Feststellung der Eignung und Befähigung für bestimmte Berufe (z. B. § 47 JAG NRW: Richteramt, höherer Verwaltungsdienst, Rechtsanwalt, Notarin). Diese Prüfungen ähneln damit bereits einer Eingangsprüfung. Hochschulprüfungen sind ebenfalls bedeutsam für die spätere Berufstätigkeit, freilich vielfach ohne eine Eingrenzung auf bestimmte Berufe.

Daraus folgt: Der Berufsbezug dürfte für das „ob“ und das „wie“ eines Nachteilsausgleichs bei Staatsexamina bedeutsamer sein als dies bei vielen Hochschulprüfungen der Fall ist. Relevant könnte das z. B. für die Frage sein, ob und inwieweit ein Nachteilsausgleich in Fällen von Defiziten bei der Konzentrationsfähigkeit oder Stressresistenz in Betracht kommt (unten D. V.).

Der Prüfungszweck umfasst auch die Grundsätze des Wettbewerbs und der Chancengleichheit, welche den Anspruch auf Nachteilsausgleich begrenzen. Die Prüfung ist so auszugestalten, dass sich die jeweilige Leistungsfähigkeit im Prüfungsergebnis abbildet, und zwar auch in Relation zu den übrigen Prüflingen. Wenn Prüfungsergebnisse in Abschlusszeugnisse einfließen, ist dabei zu berücksichtigen, dass diese

410 Ähnlich OVG RP, DVBl. 1981, 591.

„in ihrer Zielrichtung auch dazu dienen, die Adressaten von Bewerbungen ... in die Lage zu versetzen, ihre Entscheidung über die Auswahl eines Bewerbers in Kenntnis der dort staatlich dokumentierten Informationen zu treffen ...“⁴¹¹

b) Zwingendes Entgegenstehen

Der Prüfungszweck muss einem Nachteilsausgleich zwingend entgegenstehen. Was bedeutet „zwingend“? Eine Antwort stößt schon deshalb auf Schwierigkeiten, weil das Merkmal „zwingend“ nicht Bestandteil der Normtexte des Benachteiligungsverbotes in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG oder des Diskriminierungsverbotes gem. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ist. Es handelt sich lediglich um eine Formulierung aus Rechtsprechung und Literatur zur inhaltlichen Ausfüllung der genannten Normen und der Möglichkeit ihrer Begrenzung.

Diese Formulierung weist immerhin darauf hin, dass das Entstehen eines Nachteilsausgleichsanspruchs nicht bereits daran scheitert, dass der Prüfungszweck in irgendeiner Weise berührt wird. Schlichtes Betroffensein genügt nicht.

Vielmehr ist eine wertende Gesamtbetrachtung nötig, in welche insbesondere der Prüfungszweck und der Nachteil eingestellt werden. 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. 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 wertende Gesamtbetrachtung ergibt, dass die Gewährung eines Nachteilsausgleichs sich schon dem Grunde nach als unvertretbare Entscheidung erwiese, dann steht der Prüfungszweck dem Nachteilsausgleich zwingend entgegen. Es geht also nicht darum, ob eine bestimmte Maßnahme des Nachteilsausgleichs dem Prüfungszweck völlig zuwiderläuft (das wäre eine Frage des Auswahlermessens auf Rechtsfolgenseite), sondern darum, ob im konkreten Fall jedweder Nachteilsausgleich mit dem Prüfungszweck schlechthin unvereinbar ist.

Mit Blick auf die Chancengleichheit anderer Prüflinge bedeutet dies: Die Aussagekraft der Prüfungsergebnisse darf nicht wesentlich verfälscht werden. Dem Grunde nach ist Nachteilsausgleich nur dann ausgeschlossen, wenn jede Nachteilsausgleichsmaßnahme das Prüfungsergebnis wesentlich verfälschen und damit dessen Aussagekraft entwerten würde. Auf Rechtsfolgenseite ist im Übrigen diejenige Nachteilsausnahme auszuwählen, welche einerseits den Nachteil möglichst weitgehend kompensiert und andererseits die Aussagekraft der Prüfungsergebnisse möglichst wenig betrifft (zur Problematik der Überkompensation siehe unten D. IV. 3.).

Zusammengefasst folgt daraus: Der Prüfungszweck steht einem Nachteilsausgleichsanspruch dann zwingend entgegen, wenn nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls jedweder Nachteilsausgleich mit dem Prüfungszweck gänzlich unvereinbar ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Nachteilsausgleich den Prüfungszweck vereitelt.

411 VG Dresden, Beschluss vom 19. 6. 2018 – 5 L 152/18, juris Rn. 19 (zu schulischen Zeugnissen).

c) Fehlende Ressourcen sind kein zwingender Grund

Fehlende Ressourcen sind keine zwingenden Gründe i. S. d. tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen. Sie können aber auf Rechtsfolgenseite relevant werden, wenn alle in Betracht kommenden Nachteilsausgleichsmaßnahmen sich für die Hochschule als unverhältnismäßig und unzumutbar erweisen würden. Fehlende Ressourcen lassen dann die Pflicht zum Nachteilsausgleich entfallen.

IV. Zur Rechtsfolgenseite

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG begründet einen Anspruch auf „hinlängliche“ Kompensation des Nachteils durch Ausgleichsmaßnahmen.⁴¹² Das betrifft das „ob“ eines Nachteilsausgleichs. Hinsichtlich des „wie“ steht dem Prüfungsamt Ermessen zu, welche Maßnahmen sie ergreift, solange die Hinlänglichkeit erreicht wird. Dieselben Anforderungen an die Rechtsfolgenseite greifen beim Diskriminierungsverbot und den angemessenen Vorkehrungen i. S. d. Art. 5 Abs. 2, 2 UAbs. 4 UN-BRK. Wenn Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK die Anspruchsgrundlage bilden, gilt Entsprechendes.

1. Auswahlermessen hinsichtlich des „wie“ des Nachteilsausgleichs

Welche Ausgleichsmaßnahme ergriffen wird, steht im (Auswahl-)Ermessen des Prüfungsamtes. Es muss den Betroffenen in seine Entscheidungsfindung einbeziehen.⁴¹³

Dabei können zwei Konstellationen von Nachteilsausgleich unterschieden werden, die wiederum vom sog. Notenschutz abzugrenzen sind:⁴¹⁴

- Nachteilsausgleich durch Modifizierung der äußeren Prüfungsbedingungen (z. B. Zeitverlängerung, separater Prüfungsraum, Beantwortung mündlicher Fragen mittels Notebook);
- Nachteilsausgleich durch niveaugleiche Modifizierung der Prüfungsformen und -inhalte (insbesondere Ersetzung mündlicher durch schriftliche Prüfungsleistungen);⁴¹⁵

412 Das BVerfG spricht in diesem Kontext von Fördermaßnahmen. Der Sache nach sind jedoch Ausgleichsmaßnahmen gemeint; siehe oben siehe oben B. III. 1. c) bb) (2).

413 Zur Einbeziehung des Prüflings siehe B. I. 2. d) aa) (2); unten E. II.

414 Siehe Rux/Ennuschat, Die Rechte stotternder Menschen in Schule, Ausbildung und Studium, 2010, S. 102 ff.; Ennuschat, br 2008, 93 (95 ff.); ders./Volino, br 2009, 166 (167); ähnlich OVG LSA, NVwZ-RR 2014, 560 (561 f.); VG München, Urteil vom 26. 2. 2013 – M 3 K 11.292, juris Rn. 36; von Zimmermann/Wachtel, SVBl. Nds. 2013, 449 (450 f.).

415 Ebenso Esterhaus, VR 2014, 184 (188); von Zimmermann/Wachtel, SVBl. Nds. 2013, 449 (451); anders Cremer/Kolok, DVBl. 2014, 333 (334 f.), die die zweitgenannte Konstellation nicht als Form des Nachteilsausgleichs, sondern als Unterfall des Notenschutzes einstufen. Wenn aber das Prüfungsniveau gleichbleibt, die Anforderungen also nicht gesenkt und die Bewertungsmaßstäbe nicht verändert werden, dann handelt es sich nicht um Notenschutz, sondern um Nachteilsausgleich. Zur Ersetzung mündlicher Leistungen durch schriftliche als Instrument des Nachteilsausgleichs (und nicht des Notenschutzes) siehe auch die Empfehlungen der Kultusministerkonferenz zum Förderschwerpunkt Sprache (Beschluss vom 26. 6. 1998, wiedergegeben unter <http://www.kmk.org/bildung-schule/allgemeine-bildung/sonderpaedagogische-foerderung-inklusion.html>) sowie § 33 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BaySchO, der unter bestimmten Voraussetzungen die Ersetzung mündlicher durch schriftliche Leistungen und umgekehrt ermöglicht.

- sog. Notenschutz, etwa die Nichtbewertung behinderungsbedingter Leistungsdefizite (z. B. Rechtschreibfehler bei einem legasthenen Prüfling). Notenschutz trägt dem Umstand Rechnung, dass es dem Prüfling subjektiv unmöglich ist, bestimmten Leistungsanforderungen zu genügen.⁴¹⁶

Der Nachteilsausgleich i. S. d. beiden erstgenannten Konstellationen ist keine Besserstellung,⁴¹⁷ anders wäre dies beim sog. Notenschutz.⁴¹⁸

Aus dem Prüfungszweck folgt eine Ermessensdirektive und zugleich eine Ermessensgrenze: Wenn mehrere Ausgleichsmaßnahmen in Betracht kommen, ist diejenige zu wählen, die dem Prüfungszweck am ehesten entspricht. Die Ausgleichsmaßnahme darf dem Prüfungszweck nicht widersprechen.

2. Hinlänglichkeit des Nachteilsausgleichs: Beurteilungsspielraum des Prüfungsamtes

Der Nachteilsausgleich muss den Nachteil „hinlänglich“ kompensieren (so eine Formulierung des BVerfG) bzw. er muss eine „angemessene“ Vorkehrung sein (so Art. 24 Abs. 5 UN-BRK). Das Prüfungsamt hat einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung der angemessenen Vorkehrung bzw. einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Hinlänglichkeit. Konsequenz ist, dass die jeweilige Einschätzung der vorkehrungsverpflichteten Stelle bei einem späteren Rechtsstreit gerichtlich nicht beanstandet wird. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich dann im Wesentlichen auf folgende Aspekte:

- Hat das Prüfungsamt den Sachverhalt zutreffend ermittelt?
- Beruht die Einschätzung auf sachgerechten und nicht auf sachwidrigen Erwägungen?
- Ist die Einschätzung nachvollziehbar begründet und im Ergebnis vertretbar?

3. Keine Überkompensation

Schon wegen der Chancengleichheit der Mitprüflinge darf der Nachteilsausgleich zu keiner Überkompensation führen. Dem Prüfungsamt steht insoweit eine Einschätzungsprärogative zu (oben C I. 3. c). Diese Einschätzung muss einerseits dem Anspruch des behinderten Prüflings aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gerecht werden, andererseits den auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützten Anspruch auf Chancengleichheit der Mitprüflinge. Da das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein (etwas) größeres Gewicht hat als der allgemeine Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG, wirkt sich der Einschätzungsspielraum tendenziell eher zugunsten des Prüflings mit Behinderung aus.

⁴¹⁶ So VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 72.

⁴¹⁷ BVerfG, Urteil vom 29. 7. 2015 – 6 C 35/14, juris Rn. 16; OVG LSA, NVwZ-RR 2014, 560 (561); VG München, Urteil vom 26. 2. 2013 – M 3 K 11.292, juris Rn. 36.

⁴¹⁸ VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 73.

4. Eng umgrenzter Ressourcenvorbehalt

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich unterliegt nur in ganz engen Grenzen einem Ressourcenvorbehalt: Die Pflicht, einen Nachteilsausgleich zu ermöglichen bzw. eine angemessene Vorkehrung zu treffen, entfällt nur, wenn dies unverhältnismäßig und unzumutbar ist. Eine abstrakte Bestimmung der Grenze zur Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit ist nicht möglich. Sie kann nur im jeweiligen Einzelfall unter abwägender Berücksichtigung aller Umstände bestimmt werden. In die Abwägung einzustellen ist insbesondere das Ausmaß der Benachteiligung. Weitere Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Verpflichtungsgrenze bieten Regelungen ähnlicher Zielrichtung (Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK, Art. 5 RL 2000/78/EG, § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX) und die darauf bezogene Rechtsprechung und Literatur.⁴¹⁹ Mit Blick auf die Pflicht der Integrationsämter, bei Menschen mit Behinderungen Arbeitsassistenzen finanziell zu fördern, ist entschieden worden, dass diese Pflicht erst dann endet, wenn die Mittel nach Bedienung eines Förderanspruchs nicht mehr zur vollumfänglichen Aufgabenerfüllung des Integrationsamtes ausreichen würden.⁴²⁰ Bei berufsbezogenen Prüfungen ist in die Gesamtwürdigung auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Studierenden zu berücksichtigen: Wenn der Staat den Berufszugang an Prüfungen knüpft, muss er dafür sorgen, dass Prüflinge diese Prüfungen unter fairen Bedingungen absolvieren können. Die Gesamtwürdigung aller ggf. kollidierenden Belange ist zuvörderst Aufgabe der Hochschule. Deshalb kann sie sich erst dann überzeugend auf die Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung berufen, wenn sie ein Gesamtkonzept erarbeitet hat, aus dem hervorgeht, wie sie trotz begrenzter Ressourcen im Wege praktischer Konkordanz möglichst allen Belangen – auch den Belangen der betroffenen Studierenden mit Behinderungen – Rechnung tragen will.⁴²¹

V. Anwendung der ermittelten Maßstäbe auf Problemkonstellationen in der Praxis

Wiederholt wurde in dieser Untersuchung hervorgehoben, dass bei der Frage der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen eines Nachteilsausgleichs der jeweilige Einzelfall im Vordergrund steht. Dennoch kann eine gewisse Vorkonturierung von Konstellationen eine Orientierungshilfe bieten. Zugleich können dadurch die vorstehend ermittelten Maßstäbe auf einige Problemkonstellationen der Praxis angewendet werden.

1. Zentrales Praxisproblem: Abschichtung Leistungshindernis – Leistungsschwäche bei nicht sichtbaren Beeinträchtigungen

Nachteilsausgleiche werden vergleichsweise bereitwillig bei körperlichen und Sinnesbeeinträchtigungen gewährt, während die Praxis bei nicht sichtbaren Beeinträchtigungen vielfach sehr

419 Näher B. I. 2. d) aa) (3), II. 2.b) aa) (4), IV. 3. c).

420 VG Minden, Urteil vom 14. 6. 2019 – 6 K 3300/18, juris Rn. 88; siehe auch oben B. IV. 2.

421 Vgl. Kirmse, DVfR – Fachbeitrag A 15-2019, 1; oben B. IV. 2.

restriktiv ist, z. B. bei Konzentrationsschwierigkeiten infolge einer psychischen Erkrankung. Die Konzentrationsstörung wirkt sich – je nach Prüfungssetting – in einer Prüfung als behinderungsbedingter Nachteil aus, wird also zum Leistungshindernis. Steht der Prüfungszweck einem Nachteilsausgleich entgegen? Das wäre zu bejahen, wenn die Konzentrationsfähigkeit Bestandteil der geistigen Leistungsfähigkeit ist, welche gerade abgeprüft werden soll. Dann läge eine behinderungsbedingte Leistungsschwäche vor, die keinem Nachteilsausgleich zugänglich wäre. Was liegt also vor – ein Leistungshindernis oder eine Leistungsschwäche?

2. Restriktiver Lösungsweg der Rechtsprechung

Die bisherige Rechtsprechungslinie lässt sich wie folgt skizzieren:⁴²² Abgeprüft wird in den meisten Hochschulprüfungen die geistige Leistungsfähigkeit. Diese kann

- entweder als solche unbeeinträchtigt sein (keine Leistungsschwäche), aber ihre Darstellung/ihr Nachweis stoßen auf Hindernisse (Leistungshindernisse) → dann kommt Nachteilsausgleich in Betracht (**Fallgruppe 1**),
- oder schon als solche gemindert sein (Leistungsschwäche) → dann kommt Nachteilsausgleich nicht in Betracht (**Fallgruppe 2**).

In der **Fallgruppe 1** betrifft die geistige Leistungsfähigkeit die eigentliche Lösung der Aufgabe, welche mangels Leistungsschwäche unbeeinträchtigt erfolgt. Die Leistungshindernisse können wiederum unterteilt werden in

- Hindernisse beim Erfassen (= Lesen/Hören) der Aufgabe (z.B. LRS, Sehbehinderung, Hörbehinderung), – Nachteilsausgleich z. B. durch Zeitverlängerung, technische Hilfsmittel,
- Hindernisse bei der (mechanischen/lautlichen) Darstellung der Lösung (z. B. in schriftlichen Prüfungen: Körperbehinderung [des Armes, der Hand], chronische Sehnenscheidenentzündung; in mündlichen Prüfungen Sprechbehinderung) – Nachteilsausgleich z. B. durch Schreibzeitverlängerung, technische Hilfsmittel, Schreibassistenten,
- und in weitere körperliche Hindernisse (z. B. Rückenprobleme, Diabetes), welche der ungestörten Durchführung der Prüfung (z. B. stundenlangem Sitzen) entgegenstehen, – Nachteilsausgleich z. B. durch zusätzliche Pausen, welche nicht auf die Prüfungszeit angerechnet werden.

Leistungsschwächen i. S. d. der **Fallgruppe 2** sind nicht nur kognitive Defizite i.e.S., sondern auch Prüfungsangst, Konzentrationsmängel etc. Bei diesen Beeinträchtigungen soll Nachteilsausgleich ausscheiden. Begründet wird dies damit, dass eine Prüfung vielfach auch den Zweck habe, zu klären, ob ein Prüfling in der Lage ist, in Stresssituationen und unter Zeitdruck eine angemessene Lösung zu entwickeln. Siehe oben C. I. 4, 5.

422 Ebenso z. B. *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 (840 f.).

3. Neue Lösungsansätze: Konstellation 1–6

Im Gegensatz zur eher holzschnittartigen Zweiteilung der bisherigen Rechtsprechung (oben 2.) dürfte eine weitere Auffächerung verschiedener Konstellationen von Leistungsschwächen und Leistungshindernissen hilfreich sein. Im Folgenden soll ein erster Überblick versucht werden:

Konstellation 1: Das Maß an geistiger Leistungsfähigkeit des Prüflings genügt unabhängig vom Prüfungssetting nicht, die in der Prüfung geforderte Ebene der Problemlösungsfähigkeit zu erreichen. Hier liegt eine Leistungsschwäche vor, und zwar auch dann, wenn die geistige Leistungsfähigkeit aufgrund einer Behinderung beeinträchtigt ist.

Konstellation 2: Der Prüfling verfügt über hinreichende geistige Leistungsfähigkeit, ist aber bei der Erfassung der Aufgabe (z. B. infolge einer Sehbehinderung) oder der Präsentation der Lösung (z. B. infolge einer Schreibbehinderung) beeinträchtigt.

Konstellation 3: Der Prüfling verfügt an sich über hinreichende geistige Leistungsfähigkeit, kann diese jedoch aufgrund einer Denkblockade – z. B. wegen Prüfungsangst – nicht abrufen.

Konstellation 4: Der Prüfling verfügt über ein Maß an geistiger Leistungsfähigkeit, das ihn befähigt, die geforderte Ebene der Problemlösungsfähigkeit zu erreichen. Aber infolge einer Behinderung ist sein Denken verlangsamt. Diese Verlangsamung des Denkens kann unmittelbar durch die Beeinträchtigung verursacht sein oder mittelbar, wenn sie auf der krankheitsbedingten Medikation beruht.

Konstellation 5: Der Prüfling verfügt über ein Maß an geistiger Leistungsfähigkeit, das ihn befähigt, die geforderte Ebene der Problemlösungsfähigkeit zu erreichen. Aber infolge einer Behinderung braucht er viele Pausen, z. B. zur Wiederherstellung der Konzentrationsfähigkeit. Die fehlende Konzentrationsausdauer kann wiederum unmittelbar oder mittelbar (Medikation) durch eine Behinderung verursacht sein.

Konstellation 6: Der Prüfling verfügt über ein Maß an geistiger Leistungsfähigkeit, das ihn befähigt, die geforderte Ebene der Problemlösungsfähigkeit zu erreichen. Aber infolge einer Behinderung ist seine Konzentrationsfähigkeit gemindert, d. h. er lässt sich schnell ablenken etc.

Die **Konstellation 1** beschreibt den Grundfall einer Leistungsschwäche, die keinem Nachteilsausgleich zugänglich ist. In der **Konstellation 2** wird auch auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechungslinie Nachteilsausgleich gewährt. Schwieriger zu beurteilen sind die **Konstellationen 3 bis 6**. Handelt es sich bei der Denkblockade, der Verlangsamung des Denkens, der fehlenden Konzentrationsausdauer oder der geminderten Konzentrationsfähigkeit um Leistungsschwächen (→ kein Nachteilsausgleich) oder um Leistungshindernisse (→ grds. Nachteilsausgleich)? Das soll im Folgenden näher bedacht werden.

a) Konstellation 3: Denkblockade insbesondere wegen einer Angststörung

Ursache einer Denkblockade kann z. B. eine Angststörung sein. Im Weiteren kann mehrfach unterschieden werden:

Konstellation 3a: Die Angststörung kann sich – eher zufällig – bei Gelegenheit der Prüfung auswirken, z. B. bei Höhenangst, wenn der Prüfungsraum in einem hohen Stockwerk liegt.

Konstellation 3b: Die Angststörung kann sich ausschließlich auf Prüfungen beziehen; die Rechtsprechung nennt dies die sog. Examenspsychose.

Konstellation 3c: Die Angststörung kann genereller Art sein, sich also gleichermaßen in anderen Lebenssituationen einstellen und eben auch in der Stresssituation einer Prüfung.

aa) Konstellation 3a: Angststörung ohne Bezug zum Prüfungsgegenstand

In der **Konstellation 3a** – Höhenangst – wird in der Prüfungspraxis ein Nachteilsausgleich gewährt, z. B. dadurch, dass der Prüfling einen gesonderten Raum erhält, der ebenerdig ist. Die Rechtsprechung würde dies wohl billigen: Die Bewältigung großer Höhe ist kein Prüfungsgegenstand, sodass der Prüfungszweck nicht beeinträchtigt wird, wenn ein ebenerdiger Raum gesucht wird. Im gesonderten Raum läge zwar womöglich ein gewisser Vorteil (mehr Ruhe, weniger Ablenkung durch die übrigen Prüflinge), der aber nicht nennenswert ins Gewicht fällt, sodass die Gefahr der Überkompensation nicht besteht.

bb) Konstellation 3b: sog. Examenspsychose (isolierte Prüfungsangst)

In den Prüfungsordnungen für die juristischen Staatsexamina wird bisweilen als ausdrückliche Voraussetzung eines Nachteilsausgleichs genannt, dass es sich um eine prüfungsunabhängige Beeinträchtigung handeln muss (§ 13 Abs. 7 JAPRO BW, § 15 Abs. 1 JAPO MV; oben B. V. 1.). Eine Angststörung, die sich nur in der Prüfung auswirkt, wäre demnach vom Nachteilsausgleich ausgeschlossen.

Das entspricht wohl auch der Praxis einiger Prüfungsämter. Befriedigend ist diese Praxis schon deshalb nicht, weil ein Nachteilsausgleich vielfach mit geringem Aufwand möglich wäre (vor allem durch ein entsprechendes Prüfungssetting, dazu siehe sogleich), indessen schon im Ansatz daran scheitert, dass die Beeinträchtigung prüfungsabhängig ist.

Die Rechtsprechung ist nicht ganz einheitlich. Überwiegend wird folgende Sichtweise vertreten: Prüfungsangst könne nur dann relevant werden, wenn die Schwelle zur Behinderung oder Krankheit überschritten werde, während die „normale“ Prüfungsangst, die jeden Prüfling mehr oder weniger betreffe, außer Betracht bleibe.⁴²³ Selbst bei Prüfungsangst mit Krankheitswert scheide ein Nachteilsausgleich jedoch aus, wenn es sich um ein sog. Dauerleiden handele.⁴²⁴

Dieser Sichtweise ist entgegenzuhalten, dass das Kriterium der Dauer als solches nicht weiterhilft (oben C. I. 5. c). So gibt es auch Judikate, welche nicht auf die Dauer bzw. das sog. Dauerleiden abstellen, sondern darauf, dass es zum Wesen einer Prüfung gehöre, die Belastbarkeit der Kandidaten unter Prüfungsbedingungen zu messen.⁴²⁵

Folgt daraus ein zwingender Grund für die Verweigerung von Nachteilsausgleich? Die vorstehende Überlegung vermag allenfalls zu überzeugen, wenn der Umstand, in der Prüfung Probleme bei der Stressbewältigung zu haben, Aussagekraft für die Eignung für den späteren Beruf haben kann.⁴²⁶ Daran fehlt es aber im Falle der Examenspsychose i.e.S., wenn sich die fehlende Stressbewältigung – hier in Form einer Denkblockade – nur in der Prüfung auswirkt, nicht jedoch im

423 BVerwG, Urteil vom 22. 3. 1963 – VII C 141.61, juris Os. 2, Rn. 18; VGH BW, Beschluss vom 2. 4. 2009 – 9 S 502/09, juris Rn. 5; BayVG, Beschluss vom 9. 7. 2002 – 7 ZB 02.587, juris Rn. 5; OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 21. 7. 2014 – 10 S. 5.14, juris Rn. 18; OVG NRW, Beschluss vom 16. 2. 2004 – 14 A 305/03, Ls. 1, Rn. 14 (= NVwZ-RR 2004, 497 f.).

424 OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 21. 7. 2014 – 10 S. 5.14, juris Rn. 18; OVG NRW, Beschluss vom 16. 2. 2004 – 14 A 305/03, Rn. 19 (= NVwZ-RR 2004, 497 f.).

425 So z. B. VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 27.

426 So im Fall, den das VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff., zu entscheiden hatte; vgl. ferner SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 8.

späteren Beruf. Bei isolierter Prüfungsangst steht der Prüfungszweck der Gewährung von Nachteilsausgleich also nicht zwingend entgegen.

Immerhin gibt es in der Rechtsprechung erste Ansätze, im Falle der isolierten Prüfungsangst Nachteilsausgleich zu ermöglichen. Zu nennen ist vor allem die bereits genannte Entscheidung des SächsOVG vom 12. 2. 2018:⁴²⁷

„Es ist davon auszugehen, dass die Krankheiten der Antragstellerin ihre Persönlichkeit und ihr Leistungsbild prägen. Die von ihr vorgelegten ärztlichen Atteste reichen nicht als Nachweis dafür aus, dass ihre Angstzustände allein bei mündlichen Prüfungen auftreten und nicht auch in anderen Situationen, in denen sie einem besonderen Stress ausgesetzt ist. Die Bewältigung derartiger Situationen kann jedoch Gegenstand der beruflichen Tätigkeit eines Psychologen sein. ... Aus beiden ärztlichen Stellungnahmen geht hervor, dass die Antragstellerin an einer langjährigen und kontinuierlichen Erkrankung leidet. Es wird gerade keine Aussage dazu getroffen, dass die Krankheit nur punktuell und allein durch das Bestehen mündlicher Prüfungen ausgelöst wird.“

Dieser Entscheidung ist beizupflichten. Bei einer isolierten Prüfungsangst kommt deshalb ein Nachteilsausgleich in Betracht.

In manchen Fällen wird dieser vergleichsweise leicht zu bewerkstelligen sein, z. B. durch einen gesonderten Raum. Manche Prüflinge mit Prüfungsangst zeigen etwa auffällige Symptome (Schwitzen etc.) und werden dann zusätzlich belastet, weil sie die damit verbundene Bloßstellung vor den übrigen Prüflingen fürchten (sprich: sich genieren). Helfen können ggf. auch zusätzliche Ruhepausen (nicht: Schreibzeitverlängerung), damit der betroffene Prüfling sich sammeln kann, um eine Denkblockade zu überwinden. Der Nachteilsausgleich würde sich dann in einem Rahmen bewegen, wie er auch in anderen Fällen gewährt wird (z. B. gesonderter Raum im Fall der Höhenangst oder Ruhepausen [Gymnastikpausen] für Prüflinge mit erheblichen Rückenproblemen). Die Gefahr der Überkompensation ist mithin verringert.

Festzuhalten ist daher: Die isolierte Prüfungsangst (mit Krankheitswert) ist dem Nachteilsausgleich zugänglich. Soweit Prüfungsordnungen ihrem Wortlaut nach entgegenstehen, ist dies unbeachtlich, weil sich der Anspruch auf Nachteilsausgleich unmittelbar aus dem Grundgesetz ableiten lässt.

cc) Konstellation 3c: übergreifende Angststörung, die zugleich zur Prüfungsangst führt

Die Rechtsprechung lehnt bei übergreifenden Angststörungen, die zugleich zur Prüfungsangst führen, einen Nachteilsausgleich ab, meist unter Hinweis darauf, dass ein sog. Dauerleiden vorliege. Genauer betrachtet steht nicht die Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung im Vordergrund, sondern deren Bezug zum Prüfungsgegenstand: Soll die Prüfung auch die Belastbarkeit und Stressresistenz der Prüflinge ermitteln? Die Rechtsprechung stellt insoweit auf den Beruf ab, zu dem mittels der Prüfung Zugang verschafft wird. Im Falle von Psychologen⁴²⁸ und anderen Medizinern,⁴²⁹ Juristen⁴³⁰ oder Lehrern wird dann die Belastbarkeit als Voraussetzung der Berufseignung betrachtet, welche in der Prüfung festgestellt werden soll.

427 SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 8.

428 SächsOVG, Beschluss vom 12. 2. 2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 8.

429 VG SH, Urteil vom 27. 5. 2016 – 7 A 272/14, juris Rn. 29.

430 VG Bremen, Urteil vom 20. 7. 2015 – 1 K 257/14, juris Rn. 33 ff.

Diese Überlegung ist mit Blick auf die genannten Berufe auf den ersten Blick durchaus nachvollziehbar. Dennoch: Steht im jeweiligen Einzelfall der Prüfungszweck einem Nachteilsausgleich zwingend entgegen? Wäre die Entscheidung, Nachteilsausgleich zu gewähren, unvertretbar und unhaltbar? Für eine Antwort wären u. a. folgende Fragen zu klären:

- Handelt es sich überhaupt um einen Studiengang bzw. eine Hochschulprüfung, der bzw. die typischerweise zu Berufen führt, bei denen Belastbarkeit und Stressresistenz zum Kerngehalt der Berufseignung zählen? Falls nein, läge kein zwingender Grund zur Verweigerung eines Nachteilsausgleichs vor.
- Selbst wenn die vorstehende Frage bejaht würde, wäre zu klären, ob es im Spektrum der Berufe, zu denen Studium und Prüfung führen, nicht Tätigkeitsfelder gibt, bei denen die Stressresistenz nicht im Vordergrund steht oder bei denen im Berufsleben Ausgleichsmaßnahmen möglich oder sogar nach § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX geboten sind, welche effektiv dazu beitragen, Angststörungen zu bewältigen? Dann läge ebenfalls kein zwingender Grund vor, von vornherein Nachteilsausgleiche zu verweigern.

Vor diesem Hintergrund wird der Prüfungszweck in vielen Fällen einem Nachteilsausgleich wegen einer übergreifenden Angststörung nicht zwingend entgegenstehen.

In Betracht kommt Nachteilsausgleich dann z. B. in Form von gesonderten Räumen oder Ruhepausen (siehe vorstehend zur Konstellation [3b], auch zur wohl eher geringen Gefahr der Überkompensation).

b) Konstellation 4: Verlangsamung des Denkens infolge von Behinderung und/oder ihrer Medikation

Diese Konstellation soll solche Fälle betreffen, in denen die kognitiven Prozesse verlangsamt sind. Grund der Verlangsamung können (unmittelbar) die Behinderung sein oder (mittelbar) erst die Medikation, die zur Therapie/Linderung eingesetzt wird (so wohl im Falle dämpfender Medikamente für Menschen mit Epilepsie). Die Verlangsamung kognitiver Prozesse ist abzugrenzen von einer langsamen Arbeitsweise, die z. B. dadurch entsteht, dass ein Prüfling „besonders gründlich“ arbeitet, dabei jedoch Wichtiges nicht vom Unwichtigen unterscheiden kann. Diese Unterscheidungsfähigkeit ist indessen typischer Prüfungsgegenstand.

Ist die Schnelligkeit der Lösung Prüfungsgegenstand? In Rechtsprechung und Literatur wird diese Frage häufig bejaht:⁴³¹

„Wenn der Antragsteller nach der vorgelegten Diagnose ... für die Bewältigung von Prüfungsaufgaben ein größeres Zeitbudget benötigt, um Prüfungsaufgaben zu erfassen und diese umzusetzen, betrifft dies seine Prüfungsleistung an sich. Speziell die schriftlichen Prüfungen im vorliegenden Fall sollen sicherstellen, dass nur solche Prüfkandidaten ... zum weiteren Prüfungsabschnitt (mündlicher Teil) geladen werden, die nicht nur gezeigt haben, dass sie grundsätzlich kognitiv und intellektuell die nach dem Beurteilungsspielraum des Dienstherrn abverlangten Mindesteignungsvoraussetzungen erfüllen, sondern die – wie dies typischerweise im Berufsalltag auch gefordert ist – auch in der Lage sind, mit den gestellten Aufgaben auch unter Zeitdruck zurecht zu kommen.“

431 VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35; ähnlich VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 10; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 31; *Jeremias*, NVwZ 2019, 839 (840); *Pein*, WissR 48 (2015), 362 (373).

Die Rechtsprechung scheint dabei nicht danach zu differenzieren, ob die Verlangsamung der kognitiven Prozesse unmittelbar auf die Erkrankung oder in erster Linie auf die Medikation zurückzuführen ist.⁴³² Hier ist die Prüfungspraxis bisweilen wohl großzügiger und lässt einen Nachteilsausgleich in Form einer Schreibzeitverlängerung zu, wenn die Verlangsamung Folge der Medikamente ist. Diese Praxis ist schon deshalb vorzugswürdig, weil anderenfalls Prüflinge dazu veranlasst werden könnten, vorübergehend auf die Therapie zu verzichten, um zum Prüfungszeitpunkt die „normale“ Denkgeschwindigkeit zu erlangen – jedoch um den Preis womöglich erheblicher Gefahren für ihre Gesundheit.

Es gibt immerhin auch Rechtsprechungstendenzen, welche die Schnelligkeit der Lösung nicht als Prüfungsgegenstand einordnen. So hat das OVG Nds. im Beschluss vom 21. 9. 2018 Folgendes ausgeführt:⁴³³

„Die von der Beklagten immer wieder hervorgehobene Komponente des Arbeitens unter zeitlichem Druck ist einer Vielzahl von Berufen gemein; es erschließt sich nicht, warum sich dieser zeitliche Druck bei der Tätigkeit eines Wirtschaftsinformatikers nicht durch zusätzlichen Arbeits(zeit)aufwand ausgleichen lassen soll.“

Deutlich wird erneut, dass pauschalierende Antworten zu kurz greifen, vielmehr der jeweilige Einzelfall umfassend zu würdigen ist. In die Betrachtung einzubeziehen sind u. a. die Fragen, ob die jeweilige Hochschulprüfung/der Studiengang typischerweise zu Berufen führen, bei denen die Schnelligkeit des Denkens zum Kerngehalt der Berufseignung zählen, und ob es im Berufsleben Ausgleichsmaßnahmen gibt.

Im Mittelpunkt der Überlegungen stehen die jeweiligen Aussagen zum Prüfungszweck in den einschlägigen Prüfungsordnungen. Wenn es dort beispielsweise wie folgt heißt –⁴³⁴

„In einer Klausur soll unter Aufsicht der Nachweis erbracht werden, dass in einer begrenzten Zeit und mit begrenzten Hilfsmitteln Aufgabenstellungen sachgemäß bearbeitet und geeignete Lösungswege gefunden werden können.“ –,

dann liegt nahe, dass es zur abgeprüften Leistung zählt, eine Aufgabe gedanklich in einer kurz bemessenen Zeit zu lösen. Eine Schreibzeitverlängerung als Nachteilsausgleich für verlangsamtes Denken dürfte dann ausscheiden. Ohnehin wäre die Gefahr der Überkompensation in dieser Konstellation sehr groß: In vielen Fällen (jedenfalls bei juristischen Klausuren) dürfte bei fast jedem Prüfling eine längere Bearbeitungszeit auch zu besseren Ergebnissen führen.⁴³⁵

c) Konstellation 5: fehlende Konzentrationsausdauer infolge von Behinderung

Denkbar ist, dass ein Prüfling zwar über ein hinreichendes kognitives Potential verfügt, sich zeitweilig auch hinreichend konzentrieren kann, aber seine Konzentrationsausdauer infolge von Behinderung (z. B. ADHS) fehlt oder vermindert ist.

Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass auch im Normalfall viele Prüflinge ihre Konzentration nicht über den gesamten Klausurbearbeitungszeitraum gleichmäßig hoch aufrechterhalten kön-

432 VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 31.

433 OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Ls. 2, Rn. 11.

434 § 9 Abs. 3 Gemeinsame Prüfungsordnung für den 2-Fächer-Bachelor-Studiengang an der Ruhr-Universität Bochum vom 21. Oktober 2016.

435 VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 10.

nen. Vorübergehende Konzentrationsabfälle oder sogar Erschöpfungszustände sind also normale Begleiterscheinungen in Prüfungen.⁴³⁶ Klausuraufgabe und Bearbeitungszeit müssen deshalb so aufeinander abgestimmt sein, dass den Prüflingen gewisse Regenerationsphasen zur Verfügung stehen. Derartige kurzfristige Ruhepausen eines Prüflings sind quasi in die Bestimmung der Klausurdauer einberechnet.

Ein Nachteilsausgleich kommt mithin nur in Betracht, wenn die mangelnde Konzentrationsausdauer Teil/Folge einer Behinderung ist oder Krankheitswert hat.⁴³⁷ Die Rechtsprechung lehnt selbst dann einen Nachteilsausgleich ab, weil es sich um ein sog. Dauerleiden handle und die mangelnde Konzentrationsausdauer als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit dauerhaft präge und das normale Leistungsbild des betroffenen Prüflings bestimme.⁴³⁸

Diese Rechtsprechungslinie führt zu gewissen Friktionen: Warum können Rückenprobleme zu einem Nachteilsausgleich in Form von Ruhe- oder Gymnastikpausen führen, nicht aber Konzentrationsprobleme? Auch bei Konzentrationsproblemen könnten Ruhepausen zur Wiederherstellung der Konzentrationsfähigkeit beitragen. Wieso sind Rückenprobleme ein Leistungshindernis, Konzentrationsprobleme aber eine Leistungsschwäche? In beiden Fällen würden Ruhepausen die Durchführung der Prüfung ermöglichen; in beiden Fällen könnten die Ruhepausen vergleichbar lang sein – würden sich also in der späteren Berufspraxis auch vergleichbar auswirken.

Deshalb liegt es nahe, dass bei einer fehlenden Konzentrationsausdauer ein Nachteilsausgleich durch den Prüfungszweck nicht zwingend ausgeschlossen wird. Als Ausgleichsmaßnahme kommen insbesondere zusätzliche Ruhepausen in Betracht. Bei Ruhepausen ist – anders als bei einer Schreibzeitverlängerung – die Gefahr der Überkompensation deutlich verringert.

d) Konstellation 6: Fehlende Konzentrationsfähigkeit infolge von Behinderung

Manche Behinderung führt dazu, dass Prüflinge sich nicht konzentrieren können, sich vielmehr im Übermaß ablenken lassen. Ursache kann ADHS sein,⁴³⁹ aber auch eine Neurodermitis mit ständigem Juckreiz,⁴⁴⁰ eine Epilepsie,⁴⁴¹ eine Schilddrüsenerkrankung⁴⁴² oder psychische Erkrankungen mit Zwangsgedanken und Zwangshandlungen⁴⁴³.

Die Rechtsprechung anerkennt, dass die betroffenen Prüflinge in ihrer Grundintelligenz nicht beeinträchtigt sind.⁴⁴⁴ Dennoch lehnt die Rechtsprechung in diesen Fällen Nachteilsausgleich ab, selbst dann, wenn die Konzentrationsmängel Krankheitswert aufweisen und auf einer Behinderung beruhen, weil es sich um ein sog. Dauerleiden handle.⁴⁴⁵ Bisweilen wird dabei darauf

436 VG Berlin, Beschluss vom 30. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 28 f.

437 VG Berlin, Beschluss vom 30. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 28 f.

438 Vgl. OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 17; VG Berlin, Beschluss vom 30. 10. 2014 – 5 L 221.14, juris Rn. 28 f.; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 33; anders aber wohl VG Saarland, Beschluss vom 6. 3. 2019 – 1 L 175/19, juris Rn. 51: Schüler, der infolge unfallbedingter Schädelverletzungen unter Konzentrationsstörungen leidet, erhält in den Klausuren Ruhepausen ohne Anrechnung auf die Schreibzeit.

439 BVerwG, Beschluss vom 25. 1. 2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 29; OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 17; Beschluss vom 24. 6. 2019 – 2 ME 570/19, juris Rn. 16; VG Arnberg, Beschluss vom 19. 9. 2014 – 9 L 899/14, juris Rn. 42; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 13; VG Würzburg, Urteil vom 29. 11. 2017 – 2 K 16.284, juris Rn. 35.

440 VG Mainz, Urteil vom 22. 3. 2016 – 3 K 631/15, juris Rn. 3, 20.

441 VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 33.

442 OVG RP, DVBl. 1981, 591.

443 VG München, Beschluss vom 21. 3. 2014 – 21 E 14.1168, juris Rn. 35.

444 VG Arnberg, Beschluss vom 19. 9. 2014 – 9 L 899/14, juris Rn. 42.

445 Siehe BVerwG, Beschluss vom 25. 1. 2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 29 sowie die in den Fn. 441 ff. genannten Gerichtsentscheidungen.

abgestellt, dass die Konzentrationsmängel auch im späteren Berufsleben nicht ausgeglichen werden könnten.⁴⁴⁶

Das überzeugt nicht ohne Weiteres und jedenfalls nicht immer. In einigen Fällen ist es eben doch denkbar, dass in der späteren Berufspraxis eine reizarme Umgebung – z. B. in Form eines Einzelbüros – die Konzentrationsfähigkeit fördert. Dann kommt auch Nachteilsausgleich z. B. durch einen gesonderten Raum oder durch einen Prüfungsplatz mit Sichtblenden in Betracht.

446 OVG Nds., Beschluss vom 20. 2. 2017 – 2 PA 46/17, juris Rn. 17; VG Freiburg, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 2 K 1667/07, juris Rn. 13; VG Regensburg, Beschluss vom 16. 7. 2013 – 1 E 13.1166, juris Rn. 33.

E. Verfahrensfragen

Verfahrensfragen haben große praktische Bedeutung. Darüber hinaus beugt die Verfahrensgestaltung dem Missbrauch von Nachteilsausgleichen vor und sichert damit die Chancengleichheit nicht nur der Studierenden mit Behinderungen, sondern zugleich der übrigen Studierenden, die in den Prüfungen im Wettbewerb zueinander stehen.

Im Folgenden sollen einige prozedurale Aspekte kurz erörtert werden.

I. Antrag an die zuständige Stelle

Wer einen Nachteilsausgleich begehrt, muss diesen in aller Regel beantragen.⁴⁴⁷ Die Prüfungsordnungen enthalten durchgängig ausdrücklich ein Antragserfordernis (oben B. V. 3.). Von Studierenden ist zu erwarten, dass sie auch ohne ausdrückliche Belehrung durch die Hochschule erkennen, dass sie den Nachteilsausgleich selbst beantragen müssen.⁴⁴⁸ Ein Antrag kann konkludent erfolgen,⁴⁴⁹ wobei eine ausdrückliche Antragstellung zu empfehlen und vielfach vorgeschrieben ist.

Der Antrag muss so rechtzeitig gestellt werden, dass die zuständige Stelle alle mit dem „ob“ und „wie“ eines Nachteilsausgleichs zusammenhängenden Fragen klären kann.⁴⁵⁰ Teils geben die Prüfungsordnungen Mindestfristen vor. Eine spätere Anfechtung des Prüfungsergebnisses mit dem Vorbringen, das Verfahren sei mangels Gewährung eines Nachteilsausgleichs fehlerhaft gewesen, hat keine Aussicht auf Erfolg, wenn nicht schon vor der Prüfung der Nachteilsausgleich beantragt worden ist.⁴⁵¹

Im seltenen Ausnahmefall kann das Fehlen eines Antrages unschädlich sein. In Betracht kommt dies insbesondere für Evidenzfälle,⁴⁵² z. B. bei offensichtlichen Beeinträchtigungen, für die es eine sich aufdrängende Kompensationsmöglichkeit gibt. Ganz vereinzelt gibt es Gerichtsentscheidungen, wonach die besonderen Belange behinderter Prüflinge in der Abschlussprüfung von Amts wegen zu berücksichtigen seien, sodass ein etwaiger Verzicht auf Nachteilsausgleiche sogar unwirksam sein soll.⁴⁵³

Wer zuständig für die Entscheidung über den Antrag auf Gewährung von Nachteilsausgleich ist, ergibt sich aus der jeweiligen Prüfungsordnung. Regelmäßig liegt die Zuständigkeit beim Prü-

447 OVG NRW, Beschluss vom 17. 3. 2015 – 14 A 2362/14, juris Rn. 8. – Falls es Antragsfristen gibt und diese versäumt worden sind, kommt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht, vgl. VG München, Beschluss vom 20. 11. 2014 – M 4 E 14.5152, juris Rn. 30.

448 So VG Cottbus, Beschluss vom 10. 4. 2018 – 1 L 597/17, juris Rn. 14.

449 Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 325.

450 BVerwG, Urteil vom 30. 8. 1977 – VII C 50.76, juris Rn. 17; ähnlich zur Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit infolge Stotterns VG Aachen, Urteil vom 17. 2. 2003 – 9 K 2680/00, juris Rn. 54; ebenso BayVG, BayVBl. 2008, 210.

451 Siehe z. B. BayVG, Beschluss vom 17. 11. 2009 – 7 CE 09.2550, juris Rn. 14.

452 Vgl. BayVG, Beschluss vom 17. 11. 2009 – 7 CE 09.2550, juris Rn. 14.

453 So VG Bremen, Urteil vom 25. 11. 1981 – 1 A 170/81, juris Ls.

fungsamt, Prüfungsausschuss oder Vorsitzenden des Prüfungsausschusses. Im Falle von Unklarheiten ist die Hochschule zur Beratung verpflichtet (§ 25 Abs. 1 VwVfG).

II. Einbeziehung des Prüflings in die Bestimmung der Art und Weise des Nachteilsausgleichs: Entscheidung im Benehmen mit dem Prüfling

Das Prüfungsamt hat Ermessen, „wie“ der Nachteilsausgleich ausgestaltet wird. Es trifft die Entscheidung. Der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen weist indessen auf die Notwendigkeit der Einbeziehung des Betroffenen hin und verlangt, die angemessene Vorkehrung im Dialog mit der betroffenen Person zu ermitteln.⁴⁵⁴

Zur verwaltungsverfahrenrechtlichen Umsetzung bietet sich das sog. Benehmen an, d. h. die Entscheidung über die Auswahl und Festsetzung der konkreten Ausgleichsmaßnahme erfolgt im Benehmen mit dem betroffenen Prüfling. „Benehmen“ bedeutet, dass die Entscheidungszuständigkeit beim Prüfungsamt verbleibt, dieses sich aber um eine einvernehmliche Lösung mit dem Prüfling bemüht. Kann keine Verständigung erzielt werden, kann das Prüfungsamt auch gegen den Willen des Prüflings eine bestimmte Ausgleichsmaßnahme festsetzen.

III. Einbeziehung des Behindertenbeauftragten der Hochschule

In einigen Fällen gibt das Prüfungsrecht vor, dass bei Hochschulprüfungen der Behindertenbeauftragte in die Entscheidung zum „ob“ und „wie“ eines Nachteilsausgleichs einbezogen wird. Das ist eine sinnvolle Regelung, um ggf. den Prüfungsausschuss für die besonderen Belange des behinderten Prüflings zu sensibilisieren. Selbst wenn dies nicht ausdrücklich geregelt sein sollte, ist daher betroffenen Studierenden zu empfehlen, den Behindertenbeauftragten der Hochschule oder vergleichbare Stellen um Unterstützung zu bitten.

Der Behindertenbeauftragte ist nicht nur der Interessenvertreter der betroffenen Studierenden, sondern fungiert zugleich als Filter und trägt dazu bei, unberechtigte Inanspruchnahme/Gewährung von Nachteilsausgleich zu vermeiden. Die Einbeziehung des Behindertenbeauftragten beugt somit dem Missbrauch vor und trägt dadurch der Chancengleichheit der übrigen Studierenden Rechnung.

Wenn es keine entsprechende Regelung im Gesetz oder in einer Prüfungsordnung gibt, führt die ausbleibende Einbeziehung des Behindertenbeauftragten allerdings zu keinem Verfahrensfehler. Gem. Art. 4 Abs. 3 UN-BRK müssen zwar Organisationen, welche Menschen mit Behinderungen vertreten, in alle Entscheidungsprozesse, die Menschen mit Behinderungen betreffen, aktiv ein-

454 UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6 vom 26. 5. 2018, Rn. 24; siehe oben B. I. 2. d) aa) (2).

bezogen werden. Das gilt jedoch nicht für Entscheidungen im Einzelfall, also auch nicht für die Bestimmung eines Nachteilsausgleichs.⁴⁵⁵

IV. Darlegungs- und Beweislast; Beurteilungsspielräume

Soweit nicht Rechtsfragen zu entscheiden sind, ist im Falle eines Rechtsstreites zu klären, welche Streitpartei die Darlegungs- und Beweislast trägt. Insoweit ist wie folgt zu unterscheiden:

Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt der Prüfling, der einen Nachteilsausgleich begehrt.⁴⁵⁶ Ohne hinreichende Darlegung und Beifügung der Nachweise gibt es keinen Nachteilsausgleich.⁴⁵⁷ Dies betrifft das Vorliegen

- einer Behinderung sowie
- eines Nachteils in der Prüfung, der in Wechselwirkung mit dem Prüfungssetting durch die Behinderung verursacht wird.

Das Prüfungsamt trägt bei Verweigerung eines Nachteilsausgleichs die Begründungs-, Darlegungs- und Beweislast für

- zwingende Gründe (des Prüfungszwecks), welche jedweden Nachteilsausgleich entgegenstehen,⁴⁵⁸
- die Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit von Nachteilsausgleichsmaßnahmen.⁴⁵⁹

Beurteilungsspielräume bestehen insoweit nicht.

Ist das Prüfungsamt bereit, Nachteilsausgleich zu gewähren, besteht aber Streit, welche Ausgleichsmaßnahme angezeigt ist, trägt das Prüfungsamt die Begründungs-, Darlegungs- und Beweislast für die Hinlänglichkeit der gewährten Ausgleichsmaßnahme. Hinsichtlich der Hinlänglichkeit ist dem Prüfungsamt ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen.

Die Anforderungen an die Begründungs-, Darlegungs- und Beweislasten der Prüfungsämter steigen, wenn der Prüfling substantiiert und nachvollziehbar vorträgt, dass und welche Maßnahmen tauglich und realisierbar sind, seinen Nachteil auszugleichen.

455 So hat das LArbG Berlin-Brandenburg zu einem arbeitsrechtlichen Sachverhalt entschieden, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung als solche keine angemessene Vorkehrung sei. Ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung angemessener Vorkehrungen schreiben weder die EU-Richtlinien noch die UN-BRK vor; LArbG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. 5. 2018 – 23 TaBV 1699/17 –, juris Rn. 53. – Siehe oben B. I. 2.d) aa).

456 Vgl. VG Aachen, Urteil vom 14. 3. 2019 – 1 K 764/18, juris Ls., Rn. 40 (zur Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII): materiell-rechtliche Darlegungslast liegt bei demjenigen, der Nachteilsausgleich beansprucht.

457 OVG Saarland, Beschluss vom 27. 3. 2019 – 2 B 33/19, juris Rn. 9; VG Ansbach, Beschluss vom 13. 12. 2017 – 2 E 17.02343, juris Rn. 15 f.

458 So allgemein mit Blick auf die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen trotz des Diskriminierungsverbotes in Art. 5 Abs. 2 UN-BRK *Uerpmann-Witzack*, AVR 54 (2016), 181 (195). – Sofern keine Behinderung vorliegt und der Nachteilsausgleichsanspruch deshalb auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 EMRK gestützt wird, muss die Prüfungsbehörde darlegen, warum die Verweigerung von Nachteilsausgleich verhältnismäßig ist; siehe hierzu allgemein mit Blick auf Art. 14 EMRK *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 9.

459 Ebenso mit Blick auf § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX *Fabricius*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 164 Rn. 76; *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rn. 190, 205.

V. Bedeutung der (amts-)ärztlichen Stellungnahme

Die Prüfungsordnungen verlangen vielfach eine Stellungnahme eines (Fach-)Arztes oder Psychotherapeuten.⁴⁶⁰ Teils ist sogar eine amtsärztliche Stellungnahme nötig.⁴⁶¹ Manchmal sind die Prüfungsordnungen offener gefasst und fordern nur geeignete Nachweise.⁴⁶² Das Verlangen nach einem amtsärztlichen Gutachten ist rechtlich unbedenklich.⁴⁶³

Selbst wenn ein ärztliches Gutachten gefordert ist, ändert dies nichts daran, dass die Entscheidungskompetenz über den Nachteilsausgleich allein bei der Prüfungsbehörde liegt,⁴⁶⁴ wie in der Rechtsprechung wiederholt klargestellt worden ist:⁴⁶⁵

„Die Entscheidung, ob eine hinreichende Entschuldigung wegen einer rechtlich relevanten Prüfungsunfähigkeit vorliegt, hat die Prüfungsbehörde auf der Grundlage der ihr vorliegenden Erkenntnisse zu treffen. Das ärztliche oder amtsärztliche Attest hat in diesem Zusammenhang daher die Funktion, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Prüflings zu beschreiben und anzugeben, welche Auswirkungen sich daraus für das Leistungsvermögen in der konkreten Prüfung ergeben haben oder werden, um eine sachgerechte Beurteilung der Prüfungsbehörde zu ermöglichen. Es ist dagegen nicht Sache des Arztes, selbst die Prüfungsunfähigkeit festzustellen, denn der Arzt ist kein Erfüllungsgehilfe der Hochschule.“

Vor diesem Hintergrund hat die ärztliche Stellungnahme folgende Funktion und muss bestimmte Anforderungen erfüllen:⁴⁶⁶

„Das ärztliche oder amtsärztliche Attest hat in diesem Zusammenhang [= Verhütung von Missbrauch] die Funktion, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Prüflings zu beschreiben und anzugeben, welche Auswirkungen sich daraus für das Leistungsvermögen in der konkreten Prüfung ergeben, um eine sachgerechte Beurteilung der Prüfungsbehörde zu ermöglichen. Es ist dagegen nicht Sache des Arztes, selbst die Prüfungsunfähigkeit festzustellen. Zur Erfüllung der Nachweisfunktion genügt es daher nicht, wenn sich ein Attest allgemein auf die Angabe einer Arbeitsunfähigkeit oder Prüfungsunfähigkeit beschränkt.“

Entsprechendes gilt für die Festlegung des konkreten Nachteilsausgleichs:⁴⁶⁷

„...denn es geht um die Beantwortung der Rechtsfrage, ob die nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung den Abbruch der Prüfung rechtfertigen kann oder ob etwa unter den

460 Im Folgenden nicht erörtert, aber in der Praxis im Blick zu behalten sind Aspekte des Datenschutzes und Arztgeheimnisses; näher OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 26. 9. 2018 – 5 N 61.16, juris Rn. 14. – Zum Nachweis der Prüfungsunfähigkeit siehe auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Rücktritt von Hochschulprüfungen wegen Krankheit, WD 3 – 3000 – 108/18, 22. 5. 2018.

461 Namentlich im juristischen Staatsexamen, siehe z. B. § 3 S. 1 NJAVO, § 11 Abs. 2 S. 6 JAVO SH).

462 Z. B. § 12 Abs. 7 der Prüfungsverfahrensordnung der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel für Studierende der Bachelor- und Masterstudiengänge.

463 So OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 21. 7. 2014 – 10 S. 5.14, juris Rn. 12.

464 Im sächsischen Schulrecht ist indessen ein eigenständiges Feststellungsverfahren vorgesehen, das nicht durch die jeweilige Prüfungsbehörde, sondern durch eine dritte Stelle durchgeführt wird; dazu beiläufig SächsOVG, Beschluss vom 20. 3. 2017 – 2 B 200/16, juris Rn. 6. Zu klären wäre, ob dies auch ein Vorbild für den Hochschulbereich sein kann.

465 VG Cottbus, Urteil vom 2. 8. 2018 – 1 K 1972/17, juris Rn. 33 – Hervorhebung im Original; ähnlich OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 21. 7. 2014 – 10 S. 5.14, juris Rn. 14; VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 25.

466 VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 25; ebenso VG Cottbus, Urteil vom 2. 8. 2018 – 1 K 1972/17, juris Rn. 33.

467 VG Cottbus, Urteil vom 2. 8. 2018 – 1 K 1972/17, juris Rn. 33.

gegebenen Umständen bestimmte Hilfsmittel – wie etwa ein Nachteilsausgleich – die Beschwerden ausgleichen können; diese Rechtsfrage hat die Prüfungsbehörde und nicht der Arzt zu beantworten ...“

Das Prüfungsamt ist also nicht an etwaige Vorschläge für einen Nachteilsausgleich im ärztlichen Gutachten gebunden:⁴⁶⁸

„Diese Vorgehensweise ist auch sachgerecht, weil sie gewährleistet, dass die Frage der Prüfungs(un-)fähigkeit innerhalb der Hochschule möglichst einheitlich und unabhängig von der Milde oder Strenge des von dem Studierenden aufgesuchten Arztes beantwortet wird.“

Wenn es aber konkrete, fachlich fundierte Einschätzungen des Arztes gibt, dann treffen das Prüfungsamt seinerseits Darlegungslasten, wenn es von dieser Einschätzung abweicht. Anderenfalls liegt ein Ermessensfehler nahe.⁴⁶⁹ Ähnliches gilt für konkrete und fachlich fundierte Vorschläge des Behindertenbeauftragten.

Wenn das ärztliche Gutachten nicht aussagekräftig genug ist, geht dies nach Auffassung der Rechtsprechung zu Lasten des Prüflings, dem die Darlegungs- und Beweislast auferlegt ist.⁴⁷⁰ Diese Sichtweise überzeugt, wenn der Prüfling den Arzt selbst ausgewählt hat, überzeugt hingegen nicht, wenn das Prüfungsamt/die Prüfungsordnung eine amtsärztliche Stellungnahme verlangt, weil der Prüfling dann den Arzt nicht wählen, vielmehr den für ihn zuständigen Amtsarzt aufsuchen muss. Dasselbe Problem kann sich einstellen, wenn die Hochschule die Arztwahl dadurch beschränkt, dass sie Vertrauensärzte benennt. In derartigen Konstellationen ist zu differenzieren:

- Dem Prüfling obliegt es, dem Amts- oder Vertrauensarzt die nötigen Informationen und Unterlagen zu präsentieren. Unterlässt er dies, fällt die darauf beruhende fehlende Aussagekraft der amts- oder vertrauensärztlichen Stellungnahme in seine Verantwortungssphäre.
- Hat der Prüfling diese Obliegenheit erfüllt und der Amts- oder Vertrauensarzt fasst dennoch eine nicht aussagekräftige Stellungnahme, dann fällt dieser Mangel in die Verantwortungssphäre der Prüfungsbehörde, weil diese angeordnet hat, dass ein Amts- oder Vertrauensarzt aufgesucht werden muss.

VI. Zeitliche Reichweite der Entscheidung über den Nachteilsausgleich

Fraglich ist, ob der Nachteilsausgleich für jede einzelne Prüfung beantragt und bewilligt werden muss oder ob sich Antrag und Bewilligung auf das gesamte Studium beziehen. Stellt man darauf ab, dass der Nachteilsausgleich sich stets auf einen Einzelfall bezieht, d. h. auf eine konkrete Beeinträchtigung, deren konkrete Auswirkungen in einer Prüfung und den konkreten Prüfungs-

468 VG Cottbus, Urteil vom 2. 8. 2018 – 1 K 1972/17, juris Rn. 33.

469 Vgl. OVG Nds., Beschluss vom 21. 9. 2018 – 2 LA 1750/17, juris Rn. 14, das wohl sogar dazu neigt, eine Bindung des Prüfungsamtes anzunehmen.

470 OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 26. 9. 2018 – 5 N 61.16, juris Rn. 14; siehe ferner z. B. VG Düsseldorf, Urteil vom 1. 12. 2015 – 2 K 6434/14, juris Rn. 25: „Vermag der Prüfling den Nachweis der Prüfungsunfähigkeit nicht zu erbringen, geht dies zu seinen Lasten, da er insoweit die Beweislast trägt.“

zweck und -gegenstand, dann liegt es nahe, jeweils gesonderte Anträge und Entscheidungen zu postulieren.

Diese Sichtweise hätte jedoch auch Nachteile, zunächst für den betroffenen Studierenden, dessen Aufwand steigen würde und der sich jeweils neu als behindert offenbaren müsste. Nachteile entstehen auch für die Hochschule und ihre Prüfungsämter. Das betrifft wiederum den gesteigerten Aufwand, aber auch das Problem, dass jede Entscheidung einer gesonderten Anfechtbarkeit unterläge.

Vor diesem Hintergrund gibt es Gerichtsentscheidungen, welche eine einheitliche Entscheidung für den gesamten Studiengang (zumindest für alle gleichgelagerten Prüfungen) fordern:⁴⁷¹

„Als praktisch durchführbar erweist sich daher nur die Gewährung eines einheitlichen Zeitzuschlags für sämtliche schriftliche Prüfungen im Rahmen des Studiums, unabhängig vom Prüfungsgegenstand.“

Auch hier gilt jedoch: Es ist im Einzelfall – im Dialog mit dem jeweiligen Studierenden – zu klären und dann durch das Prüfungsamt zu entscheiden, welche Reichweite eine Entscheidung über den Nachteilsausgleich hat.

VII. Mitwirkungsobliegenheiten des Prüflings im Vorfeld von Prüfungen

Die Verfahrensfragen – insbesondere die Darlegungs- und Beweislasten auf Seiten des Prüflings – haben große Bedeutung, nicht zuletzt zur Prävention missbräuchlicher Begehren von Nachteilsausgleichen. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob es darüber hinaus reichende Mitwirkungsobliegenheiten des Prüflings gibt, und zwar bereits im Vorfeld von Prüfungen: Sind vom Studierenden eigene Bemühungen zu erwarten (und zu dokumentieren), die Beeinträchtigung und ihre Auswirkungen zu vermindern, z. B. durch Therapien, Coaching etc.?

Diese Frage ist zu bejahen. Diese Obliegenheit ergibt sich zum einen aus dem Leitbild der UN-Behindertenrechtskonvention, in der es um Freiheit und nicht um Fürsorge geht (oben B. I. 4.). Zur Freiheit gehört Eigenverantwortung. Zum anderen folgt die Pflicht zu eigenen Anstrengungen aus dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit, wie ein Gericht mit Blick auf einen Schüler mit Legasthenie ausgeführt hat:⁴⁷²

„Um die Chancengleichheit des von der Legasthenie betr. Schülers als auch die seiner Mitschüler zu gewährleisten, ist es erforderlich, dass der Schüler seinen Beitrag dazu leistet, der Legasthenie entgegenzuwirken. Dieser Obliegenheit genügt der Schüler regelmäßig durch die Wahrnehmung der Förderangebote der von ihm besuchten Schule(n). Das verfassungsrechtlich geforderte, aber auch ausreichende Entfalten von Aktivitäten zur Überwindung bzw. Reduzierung der legastheniebedingten Einschränkungen ist indes gleichfalls zu bejahen,

471 VG München, Urteil vom 24. 11. 2015 – 3 K 15.3025, juris Rn. 34, zu LRS im Studiengang Informatik (nicht beanstandet durch die Berufungsinstanz, siehe BayVGh, Urteil vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 1).

472 HessVGh, NVwZ-RR 2011, 235 (236); im Ergebnis ähnlich OVG Saarland, Beschluss vom 27. 3. 2019 – 2 B 33/19, juris Rn. 9.

wenn der Schüler nachweisbar kontinuierlich – nicht notwendig ununterbrochen – außerschulische Förderungsmaßnahmen wahrgenommen hat, sofern diese den schulischen zumindest gleichwertig sind.“

Diese Obliegenheit zwingt den betroffenen Studierenden mithin nicht zu bestimmten Maßnahmen und ist im Übrigen auf das Sinnvolle, Mögliche und Zumutbare beschränkt. Fehlen diese Anstrengungen, kann sich dies prüfungsrechtlich in zweifacher Hinsicht auswirken:

- Zum einen ist denkbar, dass der Nachteil in der Prüfung nicht länger behinderungs- bzw. krankheitsbedingt ist, sondern (auch/in erster Linie) durch mangelnde eigene Anstrengungen verursacht wird.
- Zum anderen kann der Umstand fehlender Anstrengungen in die Gesamtwürdigung einfließen, ob der Prüfungszweck dem Nachteilsausgleich zwingend entgegensteht.

Da eigene Anstrengungen im Selbstinteresse des Prüflings liegen, ist im Regelfall von diesen Anstrengungen auszugehen. Die Darlegungs- und Beweislast, dass der betroffene Prüfling mögliche und zumutbare Anstrengungen ausnahmsweise vorwerfbar unterlassen hat – was dann einen Missbrauch des Nachteilsausgleichs indiziert –, liegt deshalb beim Prüfungsamt. Den Prüflingen ist gleichwohl zu empfehlen, eigene Anstrengungen (z. B. Therapien) zu dokumentieren.⁴⁷³

VIII. Kein Zeugnisvermerk

Die Gewährung eines Nachteilsausgleichs darf nicht in der Prüfungsbescheinigung, im Zeugnis oder im Transcript of Records vermerkt werden (kein Zeugnisvermerk).⁴⁷⁴

IX. Rechtsschutzfragen

Jedenfalls bei staatlichen Hochschulen sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Die Entscheidung des Prüfungsamtes, einen Nachteilsausgleich zu gewähren, ist ein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG.⁴⁷⁵ Statthaft ist dann die Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO.⁴⁷⁶ § 44a VwGO steht nicht entgegen,⁴⁷⁷ d. h. eine positive Entscheidung über die Gewährung von Notenschutz kann schon vor der Prü-

473 Vgl. den Hinweis auf die Dokumentation eigener Anstrengungen bei HessVGH, NVwZ-RR 2011, 235 (236).

474 Gattermann-Kasper, Nachteilsausgleiche für Studierende mit Beeinträchtigungen bei Lehrveranstaltungen, Prüfungen und Fristen – ein Überblick, Zeitschrift für Inklusion Nr. 1-2 (2014), unter 4.3; im Internet erhältlich unter <http://inklusion-online.net/index.php/inklusion-online/rt/printerFriendly/213/214>.

475 VG Schleswig, Urteil vom 10. 6. 2009 – 9 A 208/08, juris Rn. 18; vgl. auch VG Saarlouis, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 42; Rabe-Rosendahl, DVfR – Fachbeitrag A3-2019, 1 (7); offenlassend VG Aachen, Urteil vom 13. 11. 2009 – 9 K 25/09, juris Rn. 25.

476 VG Schleswig, Urteil vom 10. 6. 2009 – 9 A 208/08, juris Rn. 18; VG Saarlouis, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 42.

477 Dazu näher VGH BW, NVwZ 1994, 598 (599).

fung gerichtlich erstritten werden; die Betroffenen sind nicht gehalten, erst nachträglich das Prüfungsergebnis anzugreifen. Wenn es einen ablehnenden Bescheid zur Gewährung eines Nachteilsausgleichs gibt, muss dieser zur Vermeidung der Bestandskraft und des damit einhergehenden Verlustes eines späteren Rügerechts mit den zulässigen Rechtsbehelfen angefochten werden.⁴⁷⁸

In aller Regel muss der Nachteilsausgleich schon vor der Prüfung beantragt werden; es genügt nicht, nach einem enttäuschenden Prüfungsergebnis nachträglich geltend zu machen, dass Nachteilsausgleich geboten gewesen wäre.⁴⁷⁹ Mangelnder Nachteilsausgleich muss unverzüglich gerügt werden, sonst bleibt Rechtsschutz ohne Erfolg.⁴⁸⁰

In vielen Fällen kann ein längeres Gerichtsverfahren nicht abgewartet werden. Dann kommt vorläufiger bzw. einstweiliger Rechtsschutz (§§ 80 Abs. 5, 123 Abs. 1 VwGO) in Betracht. Sowohl die Erhebung einer Klage als auch ein Antrag auf vorläufigen bzw. einstweiligen Rechtsschutz setzen voraus, dass zuvor gegen die Entscheidung des Prüfungsamtes Widerspruch eingelegt wird (§ 68 Abs. 1 VwGO).⁴⁸¹

478 So VG Saarlouis, Urteil vom 5. 3. 2009 – 1 K 643/08, juris Rn. 44: isolierte Anfechtung ist möglich.

479 Siehe z. B. BayVGh, Beschluss vom 17. 11. 2009 – 7 CE 09.2550, juris Rn. 14.

480 BayVGh, Beschluss vom 22. 5. 2017 – 7 CE 17.112, juris Rn. 8.

481 In einigen Ländern wird zurzeit das Erfordernis, vor Erhebung der Klage ein Widerspruchsverfahren durchzuführen, (teils nur probeweise) abgeschafft. Von dieser Abschaffung werden dann in manchen Ländern wiederum berufsbezogene Prüfungen und das Schulrecht ausgenommen, sodass insoweit ein Widerspruch weiterhin nötig ist (so z. B. § 6 Abs. 2 Nr. 2, 3 lit. a AG VwGO NRW).

F. Weitere Schritte auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule

Die UN-Behindertenrechtskonvention nennt zur Gewährleistung einer inklusiven Hochschule drei zentrale Instrumente und zwei Nebeninstrumente (dazu oben B. I. 2. d/e):

- allgemeine Anpassungen des Bildungssystems an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung, vgl. Art. 4 UN-BRK,
- angemessene Vorkehrungen im Einzelfall, Art. 24 Abs. 5 S. 2 UN-BRK,
- positive Diskriminierung, vgl. Art. 5 Abs. 4 UN-BRK,
- aktive Einbeziehung von Organisationen, welche Menschen mit Behinderungen vertreten, Art. 4 Abs. 3 UN-BRK, und
- die Schulung von Fachkräften, Art. 24 Abs. 4 UN-BRK.

Im Vordergrund der bisherigen Betrachtungen stand der Nachteilsausgleich, d. h. die angemessene Vorkehrung im Einzelfall. Auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule könnte freilich von allen Instrumenten verstärkt Gebrauch gemacht werden, wie im Folgenden skizziert werden soll.

I. Weitere Schritte zur allgemeinen Anpassung der Hochschulen an die Bedürfnisse von Studierenden mit Behinderungen

Nachteilsausgleiche sind nur das Mittel zweiter Wahl zur Sicherung von Chancengleichheit. Gäbe es ein funktionierendes universelles Design für Prüfungen, wären Nachteilsausgleiche (vielfach) nicht mehr nötig.⁴⁸²

Erste Schritte auf dem Weg zu einem universellen Design von Prüfungen können Schulung und Sensibilisierung des Fachpersonals (Dozentinnen, Prüfer, Prüfungsämter) sein, damit diese die spezifischen Bedürfnisse von Studierenden mit Behinderungen besser zu erkennen vermögen. Schulungen können zugleich dazu beitragen, dass die Prinzipien von Inklusion und Teilhabe in ihrer Bedeutung und Tragweite überhaupt erkannt werden: Es muss das Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass der „Nachteil“ i. S. v. Nachteilsausgleichen erst durch das Prüfungssetting – in Wechselwirkung mit einer vorliegenden Beeinträchtigung – verursacht wird. Dies bedeutet: Jeder Antrag auf Nachteilsausgleich ist eine Anfrage an die Inklusivität und damit an die sachliche Rechtfertigung des Prüfungssettings.

Wie das Prüfungssetting inklusiv ausgestaltet werden kann, kann am ehesten durch die Einbeziehung der Behindertenbeauftragten der Hochschulen sowie von Organisationen, welche Menschen mit Behinderung vertreten (Art. 4 Abs. 3 UN-BRK), ermittelt werden. Weitere Anstöße können durch einen hochschul-, bundesländer- und grenzüberschreitenden Praxis- und Rechtsvergleich erlangt werden.⁴⁸³

482 Oben B. I. 2. d) bb).

483 Einen ersten – allerdings nicht sehr aussagekräftigen – Überblick bietet ein Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Nachteilsausgleiche für behinderte und chronisch erkrankte Studierende in ausgewählten europäischen Staaten, 25. 3. 2019 (WD 8-3000-015/19).

Allgemeine Anpassungen zwecks Abbaus von Barrieren können insbesondere in einer Flexibilisierung des Prüfungssettings liegen, welche allen Prüflingen gewisse Wahlmöglichkeiten eröffnen, z. B. hinsichtlich der Prüfungsformen, der Prüfungstermine und der Abstände zwischen zwei Prüfungsterminen etc. Gäbe es zwischen den einzelnen Arbeitsplätzen in den Prüfungsräumen Sichtblenden, könnte dies für manche Studierende mit behinderungsbedingten Konzentrationsmängeln/Prüfungsängsten die Belastung so weit absenken, dass sie ohne zusätzlichen Nachteilsausgleich an der Prüfung teilnehmen könnten. Denkbar ist, dass die Digitalisierung von Studium und Prüfung neue Chancen für ein inklusives Prüfungssetting bietet.⁴⁸⁴

Die auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule nötigen allgemeinen Anpassungen müssen nicht sofort, aber „nach und nach“ vorgenommen werden (Art. 4 Abs. 2 UN-BRK). Der Staat muss seine verfügbaren Mittel ausschöpfen (oben B. I. 4. c).

II. Weitere Schritte im Bereich der angemessenen Vorkehrungen (Nachteilsausgleiche)

Solange die allgemeinen Anpassungen fehlen, die Hochschule in Studium und Prüfung noch nicht inklusiv ist, bleiben die angemessenen Vorkehrungen in Form von Nachteilsausgleichen von besonderer Bedeutung. Die Schulung des Fachpersonals (Dozenten, Prüferinnen, Prüfungsämter) kann auch hier ein erster Schritt zur Verbesserung der Situation sein, ebenso die Einbeziehung der Behindertenbeauftragten und von Selbsthilfeorganisationen. Hilfreich kann erneut ein Praxis- und Rechtsvergleich sein. Für die Schweiz gibt es etwa Hinweise, dass dort z. B. Nachteilsausgleich für Studierende mit ADHS gewährt wird.⁴⁸⁵

1. Handlungssicherheit für alle Beteiligten durch Erarbeitung eines Musterverfahrens

Allen Beteiligten könnte mehr Handlungssicherheit verschafft werden, wenn ein Musterverfahren etabliert wird.⁴⁸⁶

a) Verfahrensablauf bis zur Entscheidung über den Nachteilsausgleich

Bei der Ausgestaltung des Verfahrensablaufs zur Vorbereitung der Entscheidung über den Nachteilsausgleich könnte Folgendes geregelt werden:

- Die Entscheidung über den Nachteilsausgleich trifft das Prüfungsamt, nicht der Dozent oder die Dozentin. Es fungiert als Ansprechpartner für die betroffenen Studierenden sowie die Dozentinnen und Dozenten.

484 Dazu (beiläufig) *Jeremias*, jM 2018, 25 (28).

485 Vgl. *Hotz/Kuhn*, Kinder fördern, in: Jusletter vom 24. 4. 2017, S. 22, unter Hinweis auf VG Zürich, Urteil vom 24. 2. 2016 – VB.2015.00570.

486 Siehe hierzu *Gattermann-Kasper*, Nachteilsausgleich für Studierende mit Beeinträchtigungen. Arbeitshilfe für Beratende, 2018, S. 41 ff.

- Die Vertretung für die Belange von Studierenden mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen wird beteiligt. Die Einbeziehung der Vertretung für die Belange von Studierenden mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen wird durch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht gefordert.⁴⁸⁷ Sie könnte jedoch sinnvoll sein. Der Behindertenbeauftragte könnte als Berater sowie als Lotse für die betroffenen Studierenden fungieren, zugleich aber eine Filterfunktion ausüben, indem darauf hingewirkt wird, dass ersichtlich unbegründete Anträge auf Nachteilsausgleich gar nicht erst gestellt werden.
- Die betroffenen Studierenden werden in das Verfahren einbezogen, nicht nur durch die Antragstellung und hinsichtlich der Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen, sondern vor allem bei der Festsetzung der konkreten Nachteilsausgleichsmaßnahme durch das Prüfungsamt im Benehmen mit dem Prüfling.

b) Prüfliste zur inhaltlichen Vorbereitung der Entscheidung

Nachstehende Prüfliste versteht sich als Hilfe zur inhaltlichen Vorbereitung einer Entscheidung über die Gewährung eines Nachteilsausgleichs.

Prüfkriterium 1: Behinderung?

- Liegt eine Behinderung vor?
Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Prüfling. Verlangt die Prüfungsordnung bestimmte Nachweise (z. B. eine amts-, vertrauens- oder fachärztliche Stellungnahme)? Kann der Prüfling durch diese und weitere Unterlagen das Vorliegen einer Behinderung ausreichend belegen?

Prüfkriterium 2: Nachteil?

- Führt das Prüfungssetting in Wechselwirkung mit der Beeinträchtigung zu einem Nachteil, d. h. zu einer Belastung, welche trotz formaler Gleichbehandlung den Betroffenen deutlich stärker trifft als seine Mitprüflinge? Wie kann dieser Nachteil beschrieben werden?
- Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Prüfling. Verlangt die Prüfungsordnung bestimmte Nachweise (z. B. eine amts-, vertrauens- oder fachärztliche Stellungnahme)? Kann der Prüfling durch diese und weitere Unterlagen das Vorliegen eines Nachteils in der Prüfung ausreichend belegen?
- Wäre der Nachteil zu vermeiden gewesen, wenn der Prüfling im Vorfeld eigene (sinnvolle, mögliche und zumutbare) Anstrengungen unternommen hätte, seine Beeinträchtigung zu verringern? Z. B. durch Therapien, Coaching etc.
Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Prüfungsamt. Wenn der Prüfling eigene Anstrengungen belegen kann, steigen die Darlegungslasten auf Seiten des Prüfungsamtes.

Prüfkriterium 3: Entgegenstehender Prüfungszweck?

- Steht bei Vorliegen einer Behinderung und bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls der Prüfungszweck von vornherein einem Ausgleich des konkreten Nachteils zwingend entgegen? Ist die Verweigerung von Nachteilsausgleich unerlässlich, um den Prüfungszweck nicht zu vereiteln?
- In die Gesamtbetrachtung ist u. a. Folgendes einzustellen:
 - Was besagt die Prüfungsordnung (und ggf. die Modulbeschreibung) zum Prüfungszweck? Betrifft das den Nachteil?

487 Oben B. I. 2. e) aa).

- Weist die Prüfung einen Bezug zu bestimmten Berufen auf? Wäre bei späterer Berufstätigkeit der Nachteil überhaupt noch relevant? Könnte er im Beruf ausgeglichen werden?
- Sind durch den Prüfungszweck wirklich alle Nachteilsausgleichsmaßnahmen von vornherein ausgeschlossen oder steht der Prüfungszweck nur einzelnen Maßnahmen entgegen, könnte bei anderen Maßnahmen aber gewahrt werden?

Prüfkriterium 4: Auswahl der Ausgleichsmaßnahme durch die Prüfungsämter

- Welche Formen des Nachteilsausgleichs kommen in Betracht?
- Führen sie zu einer hinlänglichen Kompensation des Nachteils? Wird eine Überkompensation vermieden? Die Darlegungs- und Beweislast insbesondere für die Hinlänglichkeit trägt das Prüfungsamt.
- Welche Maßnahme berührt den Prüfungszweck (einschließlich der Chancengleichheit der übrigen Prüflinge) am wenigsten?

Prüfkriterium 5: Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit des Nachteilsausgleichs für die Prüfungsbehörde?

- Führt die Ermöglichung des Nachteilsausgleichs für die Hochschule zu einem Aufwand, der unverhältnismäßig und unzumutbar ist? Auch hier gilt ein strenger Maßstab.
- Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Prüfungsamt.

c) Durchführung des Nachteilsausgleichs

In der Praxis entscheiden häufig die Dozenten und Dozentinnen selbst, ob und welchen Nachteilsausgleich sie ermöglichen. Selbst wenn die Entscheidung durch das Prüfungsamt getroffen wird, werden Dozenten und Dozentinnen bei der Durchführung von Nachteilsausgleichen oft zu wenig unterstützt, wenn etwa erwartet wird, dass Studierende, welche eine Klausur wegen einer Beeinträchtigung in einem gesonderten Raum anfertigen, von Lehrstuhlmitarbeiterinnen beaufsichtigt werden. Bei unerwarteten Situationen (z. B. epileptischer Anfall) wären diese ungeschulten Kräfte jedoch völlig überfordert.

In den Prüfungsordnungen der Hochschulen sollte deshalb klargestellt werden, dass die Entscheidung über einen Nachteilsausgleich durch das Prüfungsamt getroffen wird. Das Prüfungsamt trägt auch die Verantwortung für die Durchführung des Nachteilsausgleichs. Sofern das Prüfungsamt den Nachteilsausgleich durch die Dozenten und Dozentinnen durchführen lässt, müssen diese bei der Organisation und Durchführung unterstützt werden, indem klare Ansprechpartner benannt und ausreichende Sach- und Personalressourcen zur Verfügung gestellt werden.

2. Musterbestimmungen für Gesetze und Prüfungsordnungen

Einsichten dieser Untersuchung sowie in der Praxis gewonnene Best Practices könnten zur Grundlage von Musterbestimmungen werden, welche in den Gesetzen und Prüfungsordnungen aufgegriffen werden könnten. Diese Musterbestimmungen könnten folgende Klarstellungen enthalten:⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ Siehe hierzu *Gattermann-Kasper*, Nachteilsausgleich für Studierende mit Beeinträchtigungen. Arbeitshilfe für Beratende, 2018, S. 52 ff.

- Nachteilsausgleiche sind keine „Erleichterungen“ (so eine missverständliche Formulierung in einigen staatlichen Prüfungsordnungen⁴⁸⁹ und vereinzelt sogar in Aktionsplänen der Länder⁴⁹⁰),
- vielmehr der Ausgleich für eine durch das Prüfungssetting im Zusammenspiel mit der beim Prüfling vorliegenden Beeinträchtigung verursachte Benachteiligung gegenüber anderen Prüflingen.
- Ein Prüfling mit Behinderungen hat einen Anspruch auf hinlänglichen Nachteilsausgleich, sofern im konkreten Einzelfall der Prüfungszweck nicht zwingend entgegensteht.
- Der Nachteilsausgleich wird durch das Prüfungsamt nach pflichtgemäßem Ermessen im Benehmen mit dem Prüfling festgesetzt.
- Im Rahmen des jeweiligen Prüfungszwecks ist der Kreis möglicher Ausgleichsmaßnahmen im Ansatz unbegrenzt. Gesetzestechnisch bietet sich insoweit eine „insbesondere“-Aufzählung an.

III. Positive Diskriminierung als weiterer Schritt?

Eine positive Diskriminierung wäre auf gesetzlicher Grundlage zulässig, wie sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt.⁴⁹¹ Vorbild wäre der sog. Notenschutz an Schulen. Für Hochschulprüfungen relevant könnte eine positive Diskriminierung beim Austausch von Prüfungsformen werden, wenn dadurch die Leistungsanforderungen verändert/abgesenkt werden und der betroffene Student dann gegenüber seinen Mitprüflingen bessergestellt wird (z. B. durch einen Wechsel der Prüfungsform, der im konkreten Fall den Prüfungszweck eben doch wesentlich beeinträchtigt)? Wäre es nicht vorteilhaft für den betroffenen Prüfling, einen Abschluss erzielen zu können, selbst wenn es dann einen Zeugnisvermerk gibt (in dem z. B. festgehalten wird, dass die Klausuren durch eine Hausarbeit ersetzt worden ist)? Die Gespräche im Rahmen dieser Untersuchung deuten indessen darauf hin, dass weder die Prüfungsämter noch die Beratungsstellen Maßnahmen positiver Diskriminierung im Rahmen von Hochschulprüfungen für zielführend halten.

489 Siehe aus dem Bereich der Juristenausbildung z. B. § 5 JAPro LSA („Prüfungserleichterungen bei Behinderungen“), § 6 Abs. 1 JAO Saarland und § 10 Abs. 2 ThürJAPO („sonstige der Behinderung angemessene Erleichterungen“); vgl. ferner etwa § 18 Abs. 3 S. 1 StBDV: „Auf Antrag hat die zuständige Steuerberaterkammer körperbehinderten Personen für die Fertigung der Aufsichtsarbeiten der Behinderung entsprechende Erleichterungen zu gewähren.“

490 Wir wollen ein Land des Miteinanders, Landesaktionsplan zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen im Land Schleswig-Holstein (17. 1. 2017), S. 54 (http://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/M/menschenMitBehinderungen/Downloads/Landesaktionsplan_Vollversion_Endversion.pdf?__blob=publicationFile&v=11).

491 Siehe oben B. III. 1. c) bb) (3).

G. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

Abschließend sollen wesentliche Ergebnisse **E. 1 – E. 30** dieser Untersuchung zusammengestellt werden.

I. Verlust der normativen Bodenhaftung der Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen

- E. 1** Die gegenwärtige Rechtsprechungslinie zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen begann in den 60er Jahren. Ausgangspunkt ist der von der Rechtsprechung entwickelte allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitsgebots gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Bis heute prägend ist ein Beschluss des BVerwG vom 13. 12. 1985 zu sog. Dauerleiden, die als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften die Leistungsfähigkeit des Prüflings prägen und deshalb einem Nachteilsausgleich entgegenstehen sollen.
- E. 2** Seitdem hat sich das normative Umfeld wesentlich verändert, ohne dass dies durch die Rechtsprechung rezipiert worden wäre. Die Rechtsprechung hat dadurch in gewisser Weise die normative Bodenhaftung verloren.
- E. 3** Seit 1994 ist im Grundgesetz das Verbot verankert, jemanden wegen einer Behinderung zu benachteiligen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Daraus folgt zugleich ein besonderes Gleichbehandlungsgebot, welches als die speziellere Norm den allgemeinen Gleichheitssatz verdrängt. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG begründet deshalb einen besonderen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit für Prüflinge mit Behinderungen. Soweit es um behinderungsbedingte Nachteile in Prüfungen geht, bildet also Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – und nicht Art. 3 Abs. 1 GG – die zentrale Anspruchsgrundlage für Nachteilsausgleiche in Prüfungen.
- E. 4** Seit 2009 normieren Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 6 UN-BRK zugunsten von Menschen mit Behinderungen ein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot, welches eine zusätzliche Anspruchsgrundlage für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen bildet.
- E. 5** Ein weiteres Diskriminierungsverbot ergibt sich aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK, welches ebenfalls als unmittelbar anwendbare Anspruchsgrundlage für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen herangezogen werden kann.
- E. 6** Als die gegenwärtige Rechtsprechungslinie zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen ihren Anfang fand, wurde das allgemeine Gleichheitsgebot gem. Art. 3 Abs. 1 GG als bloßes Willkürverbot begriffen. Heute greift die sog. neue Formel, welche – je nach Konstellation – von einem bloßen Willkürverbot bis hin zu einem streng verstandenen Verhältnismäßigkeitsgebot reichen kann. Da Prüfungen i. d. R. in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreifen und die benachteiligende Ungleichbehandlung an Umstände an-

knüpft, die den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nahekommen (bzw. sogar eine Behinderung vorliegt), gilt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein strenger Maßstab.

E. 7 Dies bedeutet: Selbst wenn man mit der Rechtsprechung an Art. 3 Abs. 1 GG als zentraler Anspruchsgrundlage für Nachteilsausgleiche festhalten wollte, müsste man die sog. neue Formel und damit das Verhältnismäßigkeitsprinzip konsequent und streng anwenden. Das geschieht jedoch nicht.

E. 8 Die gegenwärtige Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen orientiert sich weiterhin an den von ihr vor Jahrzehnten entwickelten Kriterien, hat aber mittlerweile das normative Umfeld und die dortigen Änderungen aus dem Blick verloren. Zugespitzt formuliert: Die Rechtsprechung kreist nur noch um sich selbst und muss wieder vom Kopf auf die Füße gestellt werden.

II. Allgemeine Anforderungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK

E. 9 Das Benachteiligungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – als Grundlage des (besonderen) prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen – deckt sich dem Inhalt und den Wirkungen nach im Wesentlichen mit den Diskriminierungsverboten gem. Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK.

E. 10 Das betrifft zunächst den Behinderungsbegriff, der mittlerweile bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenso zu verstehen ist wie in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK. Chronische Erkrankungen sind als Behinderung einzustufen, wenn sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.

E. 11 Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, Art. 14 EMRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verwenden einen weiten Begriff von Diskriminierung bzw. Benachteiligung unter Einschluss mittelbarer Diskriminierungen und Benachteiligungen.

E. 12 Eine Diskriminierung bzw. Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn angemessene Vorkehrungen versagt werden (so ausdrücklich Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK). Völker- und europarechtlich ist die Angemessenheit (= Geeignetheit und Erforderlichkeit) der Vorkehrung gefordert. Dem entspricht das verfassungsrechtliche Erfordernis, dass die Ausgleichsmaßnahme i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine „hinlängliche“ Kompensation bewirkt.

E. 13 Die betroffene Person hat im Falle eines behinderungsbedingten Nachteils einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen bzw. hinlängliche Kompensation durch Ausgleichsmaßnahmen, d. h. einen Anspruch hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs. Hinsichtlich des „wie“ steht der jeweiligen staatlichen Stelle Ermessen zu, welche Maßnahmen sie ergreift, solange die Angemessenheit bzw. Hinlänglichkeit gewahrt wird.

- E. 14** Eine unzulässige Diskriminierung ist zu verneinen, wenn die Ungleichbehandlung (der Nachteil) durch einen zwingenden Grund gerechtfertigt ist. Insoweit gilt ein sehr strenger Rechtfertigungsmaßstab für die Verweigerung einer angemessenen Vorkehrung bzw. einer kompensierenden Ausgleichsmaßnahme.
- E. 15** Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen/kompensierenden Ausgleichsmaßnahmen entfällt ferner, wenn die Maßnahme für die staatliche Stelle eine unverhältnismäßige und unzumutbare bzw. unbillige Belastung darstellt. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kennen damit einen Ressourcenvorbehalt, der aber eng begrenzt ist. Ob Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit und/oder Unbilligkeit vorliegen, kann nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden, die alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigt. Diese umfassende Würdigung ist zuallererst Aufgabe des Verpflichteten: Ehe dieser sich auf Unverhältnismäßigkeit und Unbilligkeit beruft, muss er ein Gesamtkonzept erarbeiten und vorlegen, wie er seine begrenzten Mittel einsetzen will, um möglichst alle Belange, auch die der im konkreten Fall benachteiligten Person, im Wege praktischer Konkordanz zu wahren.

III. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

1. Prüfungsrechtliche Anspruchsgrundlagen für Ansprüche auf Nachteilsausgleich

- E. 16** Zunächst bietet das einfache Recht – z. B. in Form von Prüfungsordnungen – Anspruchsgrundlagen für Nachteilsausgleiche in Hochschulprüfungen. Einige Prüfungsordnungen genügen indessen nicht den grundgesetzlichen Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 GG sowie den Anforderungen aus Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 und 5 UN-BRK, Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK. Ergänzend sind dann die höherrangigen Anspruchsgrundlagen unmittelbar anwendbar.
- E. 17** 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. Insbesondere Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bildet die Grundlage für einen besonderen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit für Studierende mit Behinderungen.
- E. 18** Der allgemeine prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG bleibt für Prüfungsbeeinträchtigungen ohne Bezug zu einer Behinderung relevant, z. B. für Störungen durch Baulärm.
- E. 19** Parallel dazu könnten Nachteilsausgleichsansprüche für Studierende mit Behinderungen auf Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK gestützt werden.

2. Anspruchsvoraussetzungen

- E. 20** Der (verfassungsunmittelbare) Anspruch auf Nachteilsausgleich hat drei tatbestandliche Voraussetzungen, und zwar zwei positive und eine negative:

Voraussetzung 1: Vorliegen einer Behinderung,

Voraussetzung 2: die im Zusammenspiel mit dem Prüfungssetting (d. h. bei unterschiedsloser Anwendung der allgemeinen Vorgaben für die Prüfung) eine (mittelbare) Benachteiligung des betroffenen Prüflings bewirkt,

Voraussetzung 2: ohne dass der Prüfungszweck der Gewährung eines Nachteilsausgleichs zwingend entgegensteht.

- E. 23** Die Darlegungs- und Beweislast für die beiden erstgenannten Voraussetzungen trägt der Prüfling. Das Prüfungsamt hat die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines zwingenden Grundes, der dem Nachteilsausgleich entgegensteht. Sie hat insoweit keinen Beurteilungsspielraum, d. h. die Entscheidung, dass ein zwingender Grund gegeben sei, unterliegt vollständiger gerichtlicher Kontrolle.

- E. 24** Der Prüfungszweck steht einem Nachteilsausgleichsanspruch dann zwingend entgegen, wenn nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls jedweder Nachteilsausgleich mit dem Prüfungszweck gänzlich unvereinbar ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Nachteilsausgleich den Prüfungszweck vereitelt.

- E. 25** In die – auf den jeweiligen Einzelfall bezogene – Gesamtbetrachtung ist u. a. Folgendes einzustellen: Was besagt die Prüfungsordnung (und ggf. die Modulbeschreibung) zum Prüfungszweck? Betrifft das den Nachteil? Weist die Prüfung einen Bezug zu bestimmten Berufen auf? Wäre bei späterer Berufstätigkeit der Nachteil überhaupt noch relevant? Könnte er im Beruf ausgeglichen werden? Sind durch den Prüfungszweck wirklich alle Nachteilsausgleichsmaßnahmen von vornherein ausgeschlossen oder steht der Prüfungszweck nur einzelnen Maßnahmen entgegen, könnte bei anderen Maßnahmen aber gewahrt werden?

3. Rechtsfolgende

- E. 26** Wenn die tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, muss Nachteilsausgleich gewährt werden. Hinsichtlich des „ob“ eines Nachteilsausgleichs besteht kein Ermessen, wohl aber bezüglich des „wie“, sofern eine hinlängliche Kompensation des Nachteils erreicht wird. Hinsichtlich der Hinlänglichkeit der Kompensation (= Angemessenheit der Vorkehrung) steht dem Prüfungsamt eine Einschätzungsprärogative zu. Sie trifft indessen die Darlegungs- und Beweislast.

- E. 27** Nur in ganz engen Grenzen kann eine angemessene Vorkehrung in Form eines Nachteilsausgleichs verweigert werden, wenn dies unter abwägender Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu einer unverhältnismäßigen und unzumutbaren Belastung für das Prüfungsamt und die Hochschule führen würde. Die Darlegungs- und Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit liegt beim Prüfungsamt. Es hat keinen Beurteilungsspielraum.

4. Prozedurale Fragen

- E. 28** Die Entscheidung über den Nachteilsausgleich trifft das Prüfungsamt, nicht der Dozent oder die Dozentin. Es fungiert als Ansprechpartner für die betroffenen Studierenden sowie die Dozentinnen und Dozenten.
- E. 29** Die Einbeziehung der Vertretung für die Belange von Studierenden mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen in den Entscheidungsprozess wird durch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht gefordert. Sie könnte jedoch sinnvoll sein. Der Behindertenbeauftragte könnte als Berater sowie als Lotse für die betroffenen Studierenden fungieren, zugleich aber eine Filterfunktion ausüben, indem darauf hingewirkt wird, dass ersichtlich unbegründete Anträge auf Nachteilsausgleich gar nicht erst gestellt werden.
- E. 30** Die betroffenen Studierenden werden in das Verfahren einbezogen, nicht nur durch die Antragstellung und hinsichtlich der Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen, sondern vor allem bei der Festsetzung der konkreten Nachteilsausgleichsmaßnahme durch das Prüfungsamt im Benehmen mit dem Prüfling.

Literaturverzeichnis

- Bauer, Jobst- Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl., München 2018.
- Bechtolf, Hans:* Der Behinderungsbegriff und die Wirrungen des EuGH, in: ZESAR 2018, S. 118–123.
- Bickenbach, Christian:* Elternwille und Inklusion am Beispiel der rheinland-pfälzischen Schulgesetz-Novelle 2014, in: LKRZ 2015, S. 261–304.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
- Cremer, Wolfram/Kolok, Katharina:* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Legasthenie und Dyskalkulie in der Schule – insbesondere zum grundrechtlich fundierten Anspruch auf eine fähigkeits- und begabungsgerechte Beurteilung, in: DVBl. 2014, S. 333–341.
- Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/ Jousen, Jacob:* Sozialgesetzbuch IX, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Däubler, Wolfgang/Bertzsch, Martin:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2018.
- Degener, Theresia:* Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, in: RdJB 2009, S. 200–219.
- dies.:* Das Recht auf inklusive Bildung als Menschenrecht, in: KJ 2012, S. 405–419.
- Eikötter, Mirko:* Inklusives Schulsystem am Beispiel Niedersachsens, in: NordÖR 2015, S. 53–61.
- Ennuschat, Jörg:* Die UN-Behindertenrechtskonvention und die Chancengleichheit für Schülerinnen und Schüler mit Behinderung, in: Sachs, Michael u. a. (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 711–726.
- ders.:* Nachteilsausgleich und Notenschutz für Schülerinnen und Schüler mit Legasthenie oder Dyskalkulie, in: br 2008, S. 93 ff.
- ders.:* Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück: Folgt aus der UN-Behindertenrechtskonvention ein Verschlechterungsverbot?, in: br 2015, S. 155–157.
- ders.:* Grundrecht auf lebenslanges Lernen? – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das lebenslange Lernen, in: RdJB 2005, S. 193–204.
- Friauf, Karl Heinrich/ Höfling, Wolfram* (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Sept. 2018.
- Gattermann-Kasper, Maike:* Nachteilsausgleich für Studierende mit Beeinträchtigungen. Arbeitshilfe für Beratende, 2018
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin:* Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, 67. Aufl., Stand: Februar 2019.
- Guhl, Peter:* Prüfungen im Rechtsstaat: rechtsstaatliche Anforderungen an Prüfungsverfahren, Bad Honnef 1978.
- Hechler, Patrick/Plischke, Jan:* Kein Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht für Prüflinge mit persönlichkeitsbedingten oder konstitutionellen Dauerleiden, Beitrag A12–2015, in: Gagel u. a., Diskussionsbeiträge zum Rehabilitations- und Teilhaberecht 2015, S. 57 ff.
- Heinz, Dirk:* Die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention und deren praktische Bedeutung bei der Wahrnehmung der Ansprüche behinderter Menschen, in: ZFSH/SGB 2016, S. 7–16.

- Henssler, Martin/ Willemsen, Heinz Josef/ Kalb, Heinz- Jürgen*: Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., Köln 2018.
- Heusch, Andreas/ Schönenbroicher, Klaus* (Hrsg.): Landesverfassung Nordrhein-Westfalen – Kommentar, Siegburg 2010.
- Heyden, Kira/von Ungern-Sternberg, Antje*: Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, in: EuGRZ 2009, S. 81–89.
- Hillgruber, Christian*: Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsausschlüssen, in: JA 2019, S. 476–479.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 15. Aufl., München 2018.
- Jeremias, Christoph*: Dauerleiden und Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht, in: NVwZ 2019, S. 839–844.
- Kirmse, Timo*: Die Verpflichtungen von Hochschulen zu „angemessenen Vorkehrungen“ unter besonderer Berücksichtigung des Merkmals der „unverhältnismäßigen Belastung“ anhand der Entscheidung des VG Halle vom 20. 11. 2018 – Teil I, in: DVfR – Fachbeitrag A15/2019, S. 1–11.
- Knecht, Barbara*: Aktuelle Rechtsprechung zum Prüfungsrecht, in: BayVBl. 2013, S. 359–365.
- Kolok, Katharina*: Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Legasthenie und Dyskalkulie im allgemeinbildenden deutschen Schulsystem, Baden-Baden 2016.
- Kroworsch, Susann*: Einfluss internationaler Menschenrechtsübereinkommen auf die deutsche Sozialrechtspraxis, in: NDV 2015, S. 337–343.
- Langenfeld, Christine*: Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen, in: RdJB 2007, S. 211–229.
- Linck, Joachim/Jutzi, Siegfried/Hopfe, Jörg*: Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Stuttgart 1994.
- Loytved, Helge*: Zur Bedeutung der Art. 12 und 13 UN-BRK für sozialrechtliche Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, in: SGB 2018 Heft 2, S. 86–90.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, in: SGB 2013, S. 391–395.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Die Behindertenkonvention – leicht überstrapaziert!, in: jM 2015, S. 190–196.
- Marwege, Gabriele*: Legasthenie und Dyskalkulie in der Schule: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der UN Behindertenrechtskonvention, Göttingen 2013.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan*: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Morgenroth, Carsten*: Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, Baden-Baden 2017.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid u. a.*: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019.
- Neumann, Dirk/Pahlen, Ronald u. a.*: Sozialgesetzbuch IX, 13. Aufl., München 2018.
- Nieding, Joachim*: Die Rechtsprechung zur Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland, in: SDSRV 2015, S. 77–92.
- Niehues, Norbert/Fischer, Edgar/Jeremias, Christoph*: Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018.
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018.
- Pein, Markus*: Einführung in das Prüfungsrecht, in: WissR 2015, S. 362–396.

- Poscher, Ralf/Rux, Johannes/Langer, Thomas*: Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008.
- Quapp, Ulrike*: Der Nachteilsausgleich im deutschen Hochschulprüfungsrecht – aktuelle Rechtsprechung und Empfehlungen, in DVBl. 2018, S. 80–89.
- Rabe-Rosendahl, Cathleen*: Nachteilsausgleich in Prüfungsverfahren – zugleich Anmerkung zum Urteil des Bayerischen VGH vom 19. 11. 2018 – 7 B 16.2604, in: DVfR – Fachbeitrag A3-2019.
- Reich, Andreas*: Hochschulrahmengesetz, 10. Aufl., Bad Honnef 2007.
- Riedel, Eibe/Arend, Jan Michael*: Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, in: NVwZ 2010, S. 1346–1349.
- Rossa, Elisabeth*: Kinderrechte, Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, Frankfurt a. M. 2014.
- Roller, Steffen*: Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das sozialgerichtliche Verfahrensrecht, in: SGB 2016, S. 17–28.
- ders.*: UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialgerichtlichen Praxis – anwaltliche Trumpfkarte oder juristische Nebelkerze?, in: NZS 2019, 368–377.
- Rothfritz, Philipp*: Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, Frankfurt 2009.
- Röhl, Matthias*: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Rechtsprechung des BSG, in: jM 2016, 461–466.
- Rosenow, Roland*: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, in: ASR 2015, S. 93–98.
- Rux, Johannes*: Kein Handlungsbedarf oder Anlass für eine bildungspolitische Revolution? – Zur innerstaatlichen Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: RdJB 2009, S. 220–228.
- ders.*: Schulrecht, 6. Aufl., München 2018.
- Rux, Johannes/Ennuschat, Jörg*: Die Rechte stotternder Menschen in Schule, Ausbildung und Studium: Eine Analyse, 3. Aufl., Köln 2017.
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018.
- Schmahl, Stefanie*: Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, in: AVR 45 (2007), S. 517–540.
- dies.*: Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, in: JuS 2018, S. 737–743.
- Schmitt, Laura*: Das Bundesteilhabegesetz auf dem Prüfstand der UN-Behindertenrechtskonvention, in: NZS 2018, S. 247–255.
- Schnellenbach, Helmut*: Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Loseblatt, Stand: März 2019.
- Schulte, Bernd*: Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen; Von der Integration zur Inklusion, Änderungsbedarf im deutschen Behindertenrecht, in: br 2011, S. 41–49.
- Selbmann, Frank*: Handlungsbedarf bezüglich der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im sächsischen Schulrecht, in: SächsVBl. 2015, 285–291.
- Siehr, Angelika/Wrase, Michael*: Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, in: RdJB 2014, S. 161–182.
- Sodan, Helge* (Hrsg.): Grundgesetz: GG, 3. Aufl., München 2015.
- Stern, Klaus/Sachs, Michael* (Hrsg.): Europäische Grundrechte-Charta: GRCh, Kommentar, München 2016.

- Stern, Klaus/Tettinger, Peter* (Hrsg.): Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006.
- Trenk-Hinterberger, Peter/Lachwitz, Klaus/Kreutz, Marcus*: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Köln 2013.
- Uerpmann-Wittzack, Robert*: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in: AVR 54 (2016), S. 181–212.
- Uerpmann-Wittzack, Robert*: Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 23. 2. 2016 – 51500/08 (Çam/Türkei) – Zugang von Menschen mit Behinderung zum Schul- und Hochschulunterricht, in: NZS 2017, S. 301–302.
- Uhle, Arndt* (Hrsg.): Kinder im Recht – Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, Berlin 2019.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar: GG, 6. Aufl., München 2012.
- Wapler, Friederike*: Religiöse Kindererziehung: Grenzen des Rechts, in: RdJB 2015, S. 420–447.
- dies.*: Kinderrechte und Kindeswohl: Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, 2015.
- Welke, Antje*: UN-Behindertenrechtskonvention, Kommentar mit rechtlichen Erläuterungen, Freiburg 2012.
- Welti, Felix*: Barrierefreiheit und angemessene Vorkehrungen, in: Sozialer Fortschritt 2015, S. 267–273.
- Welti, Felix/Frankenstein, Arne/Hlava, Daniel*: Angemessene Vorkehrungen und Sozialrecht, in: SGB 2019, S. 317–325.
- Zimmerling, Wolfgang/Brehm, Robert G.*: Prüfungsrecht – Verfahren, Vermeidbare Fehler, Rechtsschutz, 3. Aufl., Köln 2007.

Abkürzungsverzeichnis

A

a. A.	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ADHS	Aufmerksamkeits-Defizit-/Hyperaktivitätsstörung
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG VwGO NRW	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung Nordrhein-Westfalen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASR	Anwalt/Anwältin im Sozialrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AVR	Archiv des Völkerrechts

B

BA	Bachelor of Arts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayHG	Bayerisches Hochschulgesetz
BayJAPO	Bayerische Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
BaySchO	Bayerische Schulordnung
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BbgHG	Gesetz über die Hochschulen des Landes Brandenburg
BbgJAO	Brandenburgische Juristenausbildungsordnung
BeckOGK	Beck-Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung
BerIHG	Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin
BremHG	Bremisches Hochschulgesetz
BremJAPG	Bremisches Juristenausbildungs- und Prüfungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
br	Zeitschrift für Behindertenrecht
BRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung (des Bundesverfassungsgerichts)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise

C

CD-ROM Compact Disc Read-Only Memory

D

d. des
d. h. das heißt
ders. derselbe
Dok. Dokument
Dr. Doktor
DVBl. Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVfR Deutsche Vereinigung für Rehabilitation – Das interdisziplinäre Forum für Rehabilitation
DVStB Verordnung zur Durchführung der Vorschriften über Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften

E

EG Europäische Gemeinschaft
EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechts Konvention)
endg. endgültig
etc. et cetera
EuGH Europäischer Gerichtshof
EuGRZ Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUV Vertrag über die Europäische Union

F

f. folgend
FamRZ Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Febr. Februar
ff. folgende
Fn. Fußnote
FS Festschrift

G

GBI. Gesetzblatt
GdB Grad der Behinderung
geänd. geändert
gem. gemäß
GG Grundgesetz
ggf. gegebenenfalls
GRC Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds. grundsätzlich
GV. NRW Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen

H

Halbs. Halbsatz
HessHG Hessisches Hochschulgesetz
HessVGH Hessischer Verwaltungsgerichtshof

HG NRW	Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen
HG RP	Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz
HmbHG	Hamburgisches Hochschulgesetz
HmbJAG	Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz
hins.	hinsichtlich
h. L.	herrschende Lehre
HRG	Hochschulrahmengesetz
HSG LSA	Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
HSG SH	Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein

I

i. d. F. v.	in der Fassung vom
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IGG NRW	Inklusionsgrundsatzgesetz Nordrhein-Westfalen
insb.	insbesondere
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

J

JAO	Juristenausbildungsordnung
JAPG	Juristenausbildungs- und Prüfungsgesetz
JAPO MV	Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung Mecklenburg Vorpommern
JAPO RP	Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnung Rheinland-Pfalz
JAPrO BW	Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung Baden-Württemberg
JAPrO LSA	Juristenausbildungs und Prüfungsordnung des Landes Sachsen-Anhalt
JAG NRW	Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst
jurisPK	juris Praxiskommentar
jurisPK-SGB	juris Praxiskommentar Sozialgesetzbuch
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
jM	Juris Monatszeitschrift
JAPrVO LSA	Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Juristen des Landes Sachsen-Anhalt

K

KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KOM	Europäische Kommission

L

LArbG	Landesarbeitsgericht
LHG BW	Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg
LHG MV	Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern
lit.	Littera (Buchstabe)
Lit.	Literatur
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LRS	Lese- und Rechtschreibstörung

Ls.	Leitsatz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LSG Berlin-Bbg.	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
LV NRW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
M	
Min.	Minuten
N	
NBGG	Niedersächsisches Behindertengleichstellungsgesetz
Nds.	Niedersachsen
NdsHG	Niedersächsisches Hochschulgesetz
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Zeitschrift)
NJAVO	Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
No.	number
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
O	
Os.	Orientierungssatz
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVG Berlin-Bbg.	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
R	
RdErl.	Runderlass
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
S	
S.	Satz/Seite
SaarlHG	Saarländisches Hochschulgesetz
SächsHG	Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen
SächsJAPO	Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen des Freistaates Sachsen
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
Sächs-VerfGH	Sächsischer Verfassungsgerichtshof
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes
Sept.	September

SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SVBl. Nds.	Schulverwaltungsblatt Niedersachsen

T

ThürHG	Thüringer Hochschulgesetz
ThürJAPO	Thüringer Juristenausbildungs- und -prüfungsordnung
ThürOVG	Thüringisches Oberverwaltungsgericht
Tz.	Textziffer

U

u. a.	unter anderem/ und andere
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nations
UN-BRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention)

V

v.	von
VG	Verwaltungsgericht
VG SH	Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

W

WissR	Wissenschaftsrecht (Zeitschrift)
-------	----------------------------------

Z

ZB	Behinderung & Beruf (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZFSH	Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis
ZP-EMRK	Zusatzprotokolle zur EMRK
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Zum Autor

Prof. Dr. iur. Jörg Ennuschat

- Seit 2014 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Ruhr-Universität Bochum,
- zuvor Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Bildungsrecht an der Universität Bielefeld (2003/2004), des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Universität Konstanz (2004 bis 2011) und des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Wirtschaftsverwaltungsrecht, sowie Allgemeine Staatslehre, an der FernUniversität in Hagen (2011 bis 2014),
- Mitherausgeber der Zeitschrift für das Recht der Jugend und des Bildungswesens, der Schriften zum Schul- und Bildungsrecht sowie der Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht,
- zahlreiche Veröffentlichungen und Rechtsgutachten zum Bildungs- und Prüfungsrecht.

Impressum

Das vorliegende Gutachten wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) im Rahmen der Förderung der Informations- und Beratungsstelle Studium und Behinderung (IBS) des Deutschen Studentenwerks (DSW) finanziert. Es handelt sich dabei um ein unabhängiges Fachgutachten, das nicht notwendigerweise inhaltliche Positionen der beteiligten Institutionen wiedergibt.

Herausgeber:
Deutsches Studentenwerk (DSW)
Informations- und Beratungsstelle Studium und Behinderung (IBS)
Monbijouplatz 11
10178 Berlin
Tel.: 030/29 77 27-60
E-Mail: studium-behinderung@studentenwerke.de

Gefördert vom:
Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF)
Förderkennzeichen: 513200 und 527700

Umschlaggestaltung und Satz: doppelpunkt Kommunikationsdesign, Berlin
Druck: DBM Druckhaus Berlin-Mitte GmbH, Berlin

Rückmeldungen und Anregungen nehmen der Autor sowie die Informations- und Beratungsstelle Studium und Behinderung (IBS) gern entgegen unter: joerg.ennuschat@ruhr-uni-bochum.de bzw. studium-behinderung@studentenwerke.de.

Berlin, 2019



Deutsches Studentenwerk

Deutsches Studentenwerk
Informations- und Beratungsstelle Studium und Behinderung (IBS)
Monbijouplatz 11
10178 Berlin
T (030) 29 77 27-64
studium-behinderung@studentenwerke.de
www.studentenwerke.de/behinderung