

Nachteilsausgleiche als prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule

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

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

Siehe den Aktionsplan der Landesregierung NRW. Eine Gesellschaft für alle, 3.7.2012, S. 218 zur Inklusion in der Hochschule:

„Gewährung von Nachteilsausgleichen bei der Teilnahme an Prüfungen: Die Prüfungsordnungen berücksichtigen die besonderen Belange von Studierenden mit Behinderungen durch Nachteilsausgleiche bei Prüfungen, z. B. durch angemessene Verlängerung der Klausurbearbeitungszeit oder Bereitstellung technischer und/oder sonstiger Hilfsmittel.“

Aktionsplan der Landesregierung „Eine Gesellschaft für alle – NRW inklusiv“. Zweiter Bericht zur Umsetzung des Aktionsplans. (Stand: April 2017):

„Sachstand: Aufgrund des § 64 Absatz 2 Nummer 2 HG wurden in den Prüfungsordnungen der Hochschulen nachteilsausgleichende Regelungen für behinderte Studierende aufgenommen.“

Heißt das, dass es in der Praxis keine Inklusionsprobleme bei Hochschulprüfungen gibt?

B. Drei alte Entscheidungen des BVerwG zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen

- BVerwG, Urteil vom 22.3.1963 – VII C 141.61, juris Rn. 18: keine Prüfungsunfähigkeit bei sog. Examenspsychose.
- BVerwG, Beschluss vom 6.8.1968 – VII B 23.68, juris Rn. 4: Keine Berücksichtigung einer kriegsbedingten Leistungsfunktionsstörung, weil
„über Leistungsmängel nicht wegen einen in der Person des Prüflings liegenden Grundes hinweggesehen werden darf (Art. 3 GG) ... Das ist ohne Einschränkung zu verstehen, auch bei einem gesundheitlichen Dauerleiden gelten also diese Grundsätze.“
- BVerwG, Beschluss vom 13.12.1985 – 7 B 210/85, juris Rn. 6:
„Dauerleiden [hier: eine biphasische endogene Psychose] prägen als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften die Leistungsfähigkeit des Prüflings. Ihre Folgen bestimmen deshalb im Gegensatz zu sonstigen krankheitsbedingten Leistungsminderungen das normale Leistungsbild des Prüflings. Sie sind mithin zur Beurteilung der Befähigung bedeutsam, die durch die Prüfung festzustellen ist. Der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit läßt es daher ... nicht zu, eine von den Auswirkungen eines Dauerleidens betroffene Prüfungsleistung unberücksichtigt zu lassen (...).“

C. Bestandsaufnahme: Grundlinien der bisherigen Rechtsprechung zu Nachteilsausgleichen in Prüfungen

I. Anspruchsgrundlagen

1. Ausgangspunkt: Regelungen in den Prüfungsordnungen häufig unzureichend

Siehe z.B. § 13 Abs. 1 S. 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.“

Derzeit liegt Referentenentwurf zur Änderung des JAG vor:

„In Satz 2 wird das Wort „Körperbehinderten“ gestrichen und nach dem Wort „Prüflingen“ die Wörter „mit Behinderung“ eingefügt.“

In der Begründung heißt es hierzu (LT-Vorlage 17/3924, S. 45):

„Die Einfügung der Wörter „mit Behinderung“ anstelle der bisherigen Formulierung „körperbehinderte“ Prüflinge dient der Klarstellung. Auch nach bisherigen Recht werden beispielweise sinnesbehinderten Prüflingen, d.h. solchen, die unter einer körperlichen Beeinträchtigung der Sinneswahrnehmung leiden (Gehörsinn, Gesichtssinn), Nachteilsausgleiche gewährt.

§ 13 Absatz 1 Satz 2 JAG befasst sich dem Wortlaut nach nur mit dem Nachteilsausgleich in Form der Schreibzeitverlängerung; insoweit beschränkt die Regelung die Möglichkeit, einen Nachteilsausgleich in Form einer Schreibverlängerung zu gewähren (Verlängerung um höchstens zwei Stunden).

Unberührt hiervon bleiben alle anderen unmittelbar aus dem Grundsatz der Chancengleichheit abgeleiteten rechtlich angemessenen und in der Praxis seit Langem üblichen Formen des Nachteilsausgleichs (z.B. Schreibpausen, Diktat, Heranziehung einer Schreibkraft und/oder Assistenzkraft, Anfertigung am Computer, Nutzung eines Vorleseprogramms, Nutzung von Braille-Schrift, Einzelprüfung).“

2. Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Nachteilsausgleich gem. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG
Art. 3 Abs. 1 GG: *„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“*
3. Keine Heranziehung völker- und europarechtlicher Anspruchsgrundlagen auf Nachteilsausgleich

II. Tatbestandliche Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichs

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

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

1. **Behinderung**
2. **Beeinträchtigung nicht der in der Prüfung zu ermittelnden Leistungsfähigkeit, sondern von deren Nachweis**

3. **Insb.: Dauerleiden als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften**

Etwa SächsOVG, Beschluss vom 12.2.2018 – 5 B 352/17, juris Rn. 7:

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

Ähnlich VG Ansbach, Urteil vom 17.7.2019 – 2 K 18.02269, juris Rn. 34 f.:

(34) § 13 Abs. 2 JAPO gewährt den Prüfungsteilnehmern, die wegen einer festgestellten Behinderung bei der Fertigung der Prüfungsarbeiten erheblich beeinträchtigt sind, nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 JAPO einen Nachteilsausgleich, soweit die Behinderung nicht das abgeprüfte Leistungsbild betrifft. Es ist deshalb zwischen inhaltlich prüfungsrelevanten Dauerleiden, die das abgeprüfte Leistungsbild betreffen und inhaltlich nicht prüfungsrelevanten Dauerleiden zu unterscheiden.

(35) Dauerleiden sind inhaltlich prüfungsrelevant, wenn sie ... eine in der Person des Prüflings auf unbestimmte Zeit begründete generelle Einschränkung seiner durch die Prüfung festzustellenden Leistungsfähigkeit darstellen. Derartige konstitutionelle oder sonst auf unabsehbare Zeit andauernde, nicht oder nur ungenügend therapiefähige Leiden sind zumeist die chronischen Erkrankungen, insbesondere psychischer Art; umfasst sind auch deren psychosomatische Auswirkungen...

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

VG Hamburg, Urteil vom 14.12.2016 – 2 K 6704/15, juris Rn. 47:

„In der Prüfung wird ein Nachteilsausgleich gewährt, wenn eine Behinderung vorliegt, die den Nachweis der vorhandenen Beeinträchtigung erschwert und die in der Prüfung sowie in dem angestrebten Beruf durch Hilfsmittel ausgeglichen werden kann (...).“

III. Rechtsfolgenseite: Ermessen, Formen des Nachteilsausgleichs

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

Das ist wichtig! Die einschlägigen Regelungen in den Prüfungsordnungen sind – außerhalb von NRW – immer noch häufig als „Kann“-Bestimmungen ausgestaltet,

siehe etwa § 13 der Prüfungsverfahrensordnung (Satzung) der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel für Studierende der Bachelor- und Masterstudiengänge – 2019 vom 13. Juni 2019:

„Weist eine Kandidatin oder ein Kandidat nach, dass sie oder er wegen einer chronischen Krankheit oder einer Behinderung nicht in der Lage ist, die Prüfung ganz oder teilweise in der vorgesehenen Form oder innerhalb der in dieser Ordnung genannten Prüfungsfristen abzulegen, kann die oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses des die Prüfung anbietenden Studiengangs die Bearbeitungszeit für Prüfungsleistungen oder die Fristen für das Ablegen von Prüfungen verlängern oder gleichwertige Prüfungen in einer bedarfsgerechten Form gestatten. Entsprechendes gilt für Prüfungsvorleistungen.“

2. Ermessen hinsichtlich des „wie“ eines Nachteilsausgleichs

BayVGH, Urteil vom 19.11.2018 – 7 B 16.2604, juris Rn. 19 ff.:

„Die Maßnahmen des Nachteilsausgleichs haben sich an der konkreten Behinderung und der jeweiligen Prüfung zu orientieren.“

Im konkreten Fall (LRS, BA-Informatik) entschied der BayVGH dann jedoch, dass der NT-Ausgleich in allen schriftlichen Prüfungen in Form eines Zeitzuschlags von 40 % gewährt werden soll. Dann seien in einzelnen Prüfungen zwar Kompensationsdefizite ebenso wie Überkompensationen möglich. Das werde sich jedoch insgesamt ausgleichen und sei hinzunehmen.

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

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

Zweifelnd dazu z.B. VG Kassel, Beschluss vom 15.1.2021 – 1 1 1872/20, juris Rn. 43: Vollständiges Absehen von schriftlichen Prüfungen und Ersetzung durch mündliches Abfragen könne der Antragsteller nicht begehren:

„Insoweit hat der Antragsgegner zutreffend ausgeführt, dass dies eine Vergleichbarkeit der Leistungen nicht gewährleiste und deshalb über einen Nachteilsausgleich hinausgehe.“

D. Verdienste der langjährigen Rechtsprechungslinie zu Nachteilsausgleichen

I. Verfassungsunmittelbare Anspruchsgrundlage auf Nachteilsausgleich

Auch heute noch aktuell und wichtig, siehe z.B. **VG Berlin, Beschluss vom 9.9.2020 – 3 K 186/20, juris Rn. 14** – Hervorhebungen nicht im Original:

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

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

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

II. Verfassungsrechtlicher Schutz von Studierenden mit Behinderungen schon vor Schaffung entsprechender Anti-Diskriminierungsbestimmungen in Grundgesetz, Europarecht oder Völkerrecht

III. Kein Ermessen hins. des „ob“ eines Nachteilsausgleichs, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind

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

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

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

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

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

1. Neues Begriffsverständnis von Behinderung

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

2. Diskriminierungsverbot

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

3. Angemessene Vorkehrungen im Einzelfall

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

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

Nachteilsausgleiche in Prüfungen können angemessene Vorkehrungen sein.

- b) Einschätzungsprärogative des Staates

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

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

4. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

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

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

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

1. Behinderungsbegriff wie bei UN-BRK

2. Benachteiligungsverbot

a) Weites Verständnis von Benachteiligung unter Einschluss mittelbarer Benachteiligungen

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

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

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

3. Pflicht zu hinlänglicher Kompensation; eng umgrenzter Ressourcenvorbehalt

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

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

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

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

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

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

6. Konsequenzen für Nachteilsausgleiche in Prüfungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Neukonstruktion der Anspruchsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Nachteilsausgleichs

Lit.: *Ennuschat*, Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen – Prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule, Rechtsgutachten für das Deutsche Studentenwerk, Okt. 2019 (<https://www.studentenwerke.de/de/content/ibs-fachtagung>);

Kurzfassungen: *Ennuschat*, Nachteilsausgleiche als prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule, RdJB 2019, 413 ff.; Das Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen und seine Bedeutung für Nachteilsausgleiche in Prüfungen, ZBS 2020, 104 ff. (https://inklusive.uni-siegen.de/download/2020_ennuschat.pdf?m=e).

I. Anspruchsgrundlagen für den Nachteilsausgleich

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

II. Tatbestandliche Anspruchsvoraussetzungen

1. Behinderung

2. Behinderungsbedingter Nachteil in einer Prüfung (Leistungshindernis)

Zu beachten: Der Nachteil entsteht erst durch das Prüfungssetting in Wechselwirkung mit der vorhandenen Beeinträchtigung. Jeder Antrag auf Nachteilsausgleich ist deshalb eine Anfrage an die Inklusivität der Hochschule.

3. Kein zwingendes Entgegenstehen des Prüfungszwecks

- Nötig ist eine wertende Gesamtbetrachtung, in welche insbesondere der Prüfungszweck und der Nachteil eingestellt werden. Bezugspunkt dieser Gesamtbetrachtung ist der jeweilige Einzelfall, d.h. der Prüfling, seine Beeinträchtigung in ihrer Wechselwirkung zum Prüfungssetting, die konkrete Prüfungsleistung und der Prüfungszweck. Wenn die Prüfung einen Berufsbezug aufweist, sind Erfordernisse des Berufs sowie im Beruf bestehende Ausgleichsmöglichkeiten (z.B. i.S.d. § 164 Abs. 4 SGB IX) in die Bestimmung des Prüfungszwecks und damit in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.
- „Zwingend“ ist jdf. zu bejahen im Falle der Vereitelung des Prüfungszwecks durch Nachteilsausgleich.

III. Rechtsfolgenseite

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

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

Bsp.: VG Ansbach, Urteil vom 17.7.2019 – 2 K 18.02269, juris Rn. 41: Psychogene (hier: durch Prüfungsstress ausgelöste) Dysphonie betreffe das abgeprüfte Leistungsbild der geistigen Leistungsfähigkeit und schließe deshalb Nachteilsausgleich aus. Wirklich?

Bsp.: OVG Nds., Urteil vom 29.7.2020 – 2 ME 312/20, juris Rn. 18: kein Nachteilsausgleich „mdl. Einzelprüfung statt Gruppenprüfung“ bei Angststörung einer Medizinstudentin. Warum nicht?

G. Weitere Schritte auf dem Weg zu einer inklusiven Hochschule

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

H. Fazit und Ausblick

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

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

Aber noch kein Anlass für allzu großen Optimismus: siehe OVG Nds., Beschluss vom 29.7.2020 – 2 ME 312/20, juris Rn. 14: Dort wird nur Art. 3 Abs. 1 GG genannt.