

# Doping-Kontrollen im Staatsexamen?

## Über leistungssteigernde Substanzen und Chancengleichheit in Prüfungen\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Christoph Bublitz**, Hamburg

Der Gebrauch unerlaubter leistungssteigernder Substanzen im Hochleistungssport ist ein leidiges und nur allzu bekanntes Phänomen. Schenkt man medialen und anekdotischen Berichten aus jüngerer Zeit Glauben, breitet sich der Gebrauch von leistungssteigernden Mitteln auch im Berufsleben und an Universitäten aus.<sup>1</sup> Erhofftes Ziel ist die Steigerung geistiger Fähigkeiten wie des Konzentrationsvermögens, der Vigilanz oder der Gedächtnisleistung. Die DAK taxiert in ihrem Gesundheitsreport 2009 die Zahl der Berufstätigen, die aus nicht-krankheitsbedingten Gründen am Arbeitsplatz zu Medikamenten greift, auf 540.000 bis zwei Millionen (2-5% aller Erwerbstätigen).<sup>2</sup> Die Techniker Krankenkasse stellt eine merklich erhöhte Verschreibungszahl von Psychopharmaka an Studierende fest.<sup>3</sup> In den USA hätten, je nach Studie, zwischen 3-10% der Studierenden bereits einmal verschreibungspflichtige Medikamente zur Verbesserung kognitiver Fähigkeiten eingenommen.<sup>4</sup>

Aus Deutschland gibt es noch keine repräsentativen Erhebungen. Ein vorläufiges Ergebnis einer Studie der Universität Mainz besagt, dass drei Prozent der erwachsenen Schüler schon einmal Medikamente gezielt zur Steigerung ihrer geistigen Fähigkeiten eingesetzt hätten. Eine Umfrage unter den Landesjustizprüfungsämtern ergab, dass sie sich bisher nicht mit Dopingfällen in Staatsexamina befassen mussten.<sup>5</sup> Soweit ersichtlich gilt dies auch für die Gerichte. Nachweise eines bisweilen von den Medien suggerierten Trends zum Doping unter Studierenden gibt es also nicht. Indizien für einen nicht nur seltenen Gebrauch und ein hohes Interesse an geeigneten Stoffen unter Studierenden hingegen schon. Nicht zuletzt die vielen Berichte von Anwendern in den Medien und im Internet, zum Teil gepaart mit Erfahrungsaustausch über Beschaffung, Anwendung und Wirkung einzelner Substanzen, geben Anlass für eine offene Diskussion über das Thema. Dabei sollte eines vorweg betont werden: Durch den möglicherweise von vielen Studierenden empfundenen Konkurrenz- und

Leistungsdruck besteht durch eine öffentliche Diskussion über mind doping die nicht unberechtigte Gefahr einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung. Dass das, was anscheinend viele tun, vielleicht auch ein probates Mittel für einen selbst ist, mag ein nahe liegender, aber nicht unbedingt ein weiser Schluss zu sein. Das Problem sollte daher nicht herauf beschworen, aber auch nicht sehenden Auges verdrängt werden. Zudem sollte die Verbreitung solcher Praktiken empirisch untersucht werden.

Der Umgang mit neuen Möglichkeiten zur Veränderung psychischer Eigenschaften bedarf einer gesamtgesellschaftlichen Debatte, die international unter dem Stichwort cognitive bzw. Neuro-Enhancement (die Steigerung oder Verbesserung kognitiver Fähigkeiten) geführt wird.<sup>6</sup> Eine Reihe prominenter Wissenschaftler aus den USA forderte anlässlich einer Studie des renommierten Wissenschaftsmagazins *Nature*, bei der sich rund ein Viertel der (überwiegend akademischen) Leserschaft zur Einnahme von Enhancements bekannte, deren Freigabe.<sup>7</sup> Andere, etwa die US-amerikanische Bioethikkommission und der ihr angehörige Philosoph *Michael Sandel*, lehnen ihre Nutzung recht kategorisch ab. Pharmazeutische Veränderungen des So-Seins seien ein Affront gegen die „Gabe des Lebens“.<sup>8</sup>

Deutsche Wissenschaftler plädierten in einem Memorandum für einen offenen, aber keinesfalls unkritischen Umgang mit derartigen Pharmaka: Viele der intuitiven Einwände gegen eine pharmakologische Unterstützung der Psyche seien wenig stichhaltig. Enhancement sei die Fortsetzung eines zum Menschen gehörenden geistigen Optimierungsstrebens mit anderen Mitteln. In einem liberalen Staat habe der Einzelne ein Recht auf mentale Selbstbestimmung, das bei vertretbaren Nebenwirkungen auch die Steigerung kognitiver

---

\* Diese Arbeit entstand im Rahmen eines vom BMBF geförderten und an der Europäischen Akademie Bad Neuenahr-Ahrweiler durchgeführten Projektes über „Potentiale und Risiken des pharmazeutischen Enhancements psychischer Eigenschaften“. Für Anregung und Kritik sei den Projektteilnehmern, insbesondere *Reinhard Merkel*, gedankt.

<sup>1</sup> Vgl. SZ v. 11.12.2008, S. 16; SZ-Magazin v. 15.2.2008, S. 14; SZ v. 6.6.2009, S. 12; Der Spiegel 44/2009, S. 46; NZZ v. 13.4. 2008, S. 91.

<sup>2</sup> DAK Gesundheitsreport 2009 mit dem Schwerpunktthema „Doping am Arbeitsplatz“, [dak.de/content/filesopen/Gesundheitsreport\\_2009.pdf](http://dak.de/content/filesopen/Gesundheitsreport_2009.pdf).

<sup>3</sup> TK Gesundheitssurvey – Gesund Studieren, Hamburg 2007.

<sup>4</sup> *Teter/McCabe u.a.*, *Journal of Pharmacotherapy* 26 (2006), 1501; *Prudhomme/Becker-Bleas/Grace-Bishop*, *Journal of American College Health* 54 (2006), 261; ein Überblick über diese und weitere Studien bei *Racine/Forlini*, *Neuroethics* 2010, 1.

<sup>5</sup> Vom Verf. 2009 durchgeführt.

---

<sup>6</sup> Der Begriff Neuro-Enhancement umfasst, anders als das cognitive Enhancement, auch emotionale Zustände. Monographien aus dem deutschsprachigen Raum: *Gesang*, *Die Perfektionierung des Menschen* (Grundthemen Philosophie), 2007; *Schöne-Seifert/Talbot/Ach/Opolka/Davina*, *Neuroenhancement: Ethik vor neuen Herausforderungen*, 2009; *dies.*, *Enhancement: Die ethische Debatte*, 2009; *Auf dem Hövel*, *Pillen für den besseren Menschen*, 2008; ferner: *Merkel/Boer/Fegert/Galert/Hartmann/Nuttin/Rosahl*, *Intervening in the Brain – Changing Psyche and Society*, 2007; sowie der Bericht des Technikfolgen-Ausschusses des Bundestages über pharmakologische Leistungssteigerungen (Mai 2010) und die Studie im Auftrag des Europäischen Parlaments *Coenen/Schuijff/Smits*, *Human Enhancement* STOA, 2009.

<sup>7</sup> *Maher*, *Nature* 452 (2008), 674; *Greely/Gazzaniga/Farah u.a.*, *Nature* 456 (2008), 702.

<sup>8</sup> President's Council on Bioethics *Beyond Therapy*, Washington 2003, <http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/beyondtherapy/>; *Sandel*, Plädoyer gegen die Perfektion: Ethik im Zeitalter der genetischen Technik, 2008.

Fähigkeiten auf pharmazeutischem Wege umfasse.<sup>9</sup> Jedenfalls herrscht über die mit Biotechnologien verbundenen ethischen, philosophischen und sozialen Fragen großer Bedarf an Diskussionen, in die sich, wie *Susanne Beck* fordert, die Rechtswissenschaft verstärkt einzubringen habe. *Reinhard Merkel* schlägt angesichts neuer Technologien für Gehirneingriffe gar die Einführung eines Straftatbestandes zum Schutz der mentalen Selbstbestimmung vor.<sup>10</sup>

Die Universitäten und das Prüfungswesen werden im Umgang mit diesen Möglichkeiten einen eigenen Weg finden müssen. Der Ethiker *Stephan Schleim* fordert etwa für Institutionen, in denen geistige Leistungsfähigkeit eine bedeutende Rolle spielt, einen Ethikcode des fairen Umgangs, der den Einsatz von Enhancements (weitgehend) ausschließt.<sup>11</sup> Im Folgenden sollen die normativen Rahmenbedingungen für den Umgang mit leistungssteigernden Substanzen im universitären Wettbewerb untersucht werden. Brauchen wir die bereits vereinzelt geforderten Doping-Kontrollen im Staatsexamen?<sup>12</sup>

### I. Ist die Verbesserung der kognitiven Leistungsfähigkeit möglich?

Zunächst zur empirischen Frage: Inwieweit ist die Steigerung oder Verbesserung mentaler Fähigkeiten auf pharmakologischem Wege derzeit möglich?

Tagtäglich und seit jeher beeinflussen Menschen ihre kognitiven Fähigkeiten durch die Einnahme von Substanzen wie Kaffee, Tee, Zucker, Schokolade, Ginkgo, Nikotin oder hirngerechter Ernährung und Nahrungsergänzungsmitteln (smart foods). Sie alle führen zu Veränderungen der Hirnaktivität. Die Steigerung mentaler Fähigkeiten durch diese Stoffe ist in unserer Gesellschaft weitgehend akzeptiert, auch wenn nicht alle von ihnen gesundheitlich unbedenklich sind. Die gegenwärtig als Mittel zum mind doping gehandelten Substanzen unterscheiden sich von den eben genannten nicht grundlegend, sondern nur in ihrer vermeintlichen Effektivität – deren Kehrseite höhere Nebenwirkungen darstellen könnten. Bei den mind doping-Präparaten handelt es sich um Medikamente, die zur Behandlung von Krankheiten bereits erfolgreich eingesetzt werden, etwa zur Förderung der Aufmerksamkeit bei Menschen mit einer Aufmerksamkeits- oder Hyperaktivitätsstörung (AD[H]S), zur Steigerung der Gedächtnisleistung bei altersbedingter Schwächung (neuerdings als Krankheit anerkannt, sog. mild cognitive impairment) oder bei degenerativen Erkrankungen wie Alzheimer. Was

dort hilft, könne auch bei Gesunden wirksam sein, so die Ausgangsüberlegung der Enhancementforschung.

Die ernüchternde Nachricht für diejenigen, die sich eine Steigerung ihrer mentalen Fitness erhoffen, lautet: Die Wirksamkeit solcher Medikamente bei der Einnahme durch Gesunde ist bislang wissenschaftlich nicht belegt. Es gibt weder Nachweise für eine Stimmungssteigerung durch Antidepressiva bei Nicht-depressiven,<sup>13</sup> noch für eine verbesserte Gedächtnisleistung durch Anti-Dementiva und nur wenige für eine erhöhte Konzentrationsfähigkeit durch Stimulantien. Einzig die Kompensation der durch Schlafmangel verursachten kognitiven Defizite ist gesichert, weswegen sich das entsprechende Pharmakon einer wachsenden Beliebtheit unter den Leistungsträgern einer 24/7 Arbeitswelt und beim Militär erfreut.<sup>14</sup>

Doch heißt dies nicht, dass die Substanzen allesamt wirkungslos wären. Der Grund für die fehlenden Nachweise liegt in den nicht vorhandenen empirischen Untersuchungen über Wirkungen bei Gesunden.<sup>15</sup> Da die Studiendesigns fast ausnahmslos auf die Messung bei Kranken ausgelegt sind, lassen sich Berichte von Konsumenten über teilweise drastische, positive Veränderungen wissenschaftlich derzeit nicht verifizieren. Auch gibt es Hinweise, dass einige Stimulantien zur Selbstüberschätzung der eigenen Fähigkeiten führen können. Dennoch erscheint es unwahrscheinlich, dass sämtliche Berichte über positive Selbstversuche auf Selbsttäuschungen zurückzuführen sind. Eines zumindest ist sicher: (Diese) Psychopharmaka werden kein Wissen vermitteln können. Wer die Zusammenhänge des Rechts nicht versteht, dem wird auch keine Pille helfen.

Aus diesen Befunden ergibt sich jedoch keineswegs der bisweilen erhobene Einwand, dass die Frage nach einer Regulierung des Umgangs mit solchen Substanzen obsolet sei.<sup>16</sup> Geistige Leistungsfähigkeit beruht auf körperlichen, hirnpfysiologischen Grundlagen; wer sich besser konzentrieren kann, über ein besseres Arbeits- oder Langzeitgedächtnis verfügt, oder statt prüfungsbedingter Angst eine positive emotionale Einstellung hat, besitzt in Prüfungen einen deutlichen Vorteil.<sup>17</sup> Viele Wissenschaftler gehen davon aus, dass es prinzipiell möglich sei, mentale Fähigkeiten auch mit effektiveren Mitteln als etwa Koffein zu steigern. Hinzukommt, dass Wirksamkeitsstudien unter Laborbedingungen stattfinden, die

<sup>9</sup> *Galert/Bublitz/Merkel u.a.*, Gehirn & Geist 11/2009, 40, [www.gehirn-geist.de/memorandum](http://www.gehirn-geist.de/memorandum).

<sup>10</sup> *Beck*, MedR 2006, 95; *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919, vgl. auch *Eberbach*, MedR 2008, 325.

<sup>11</sup> *Schleim*, in: Fink/Rosenzweig (Hrsg.), Künstliche Sinne, gedoptes Gehirn, 2010, S. 179-209.

<sup>12</sup> Die British Academy of Medical Science legt dem Gesetzgeber ein Verbot an Universitäten nahe, *Horn u.a.*, Brain Science, Addiction and Drugs, 2008, 165 f.; ebenso: *Cakic*, Journal of Medical Ethics 35 (2009), 611.; vgl.: *Schleim* (Fn. 11), passim.

<sup>13</sup> Siehe die systematische Auswertung von *Repantis/Heuser u.a.*, Antidepressants for Neuroenhancement in Healthy Individuals, 2009, S. 139-174.

<sup>14</sup> *Repantis/Heuser u.a.*, Methylphenidate or Modafinil for Neuroenhancement in Healthy Individuals: a Systematic Review, Journal of Pharmacological Research 2010 (im Erscheinen).

<sup>15</sup> *Galert/Bublitz/Merkel u.a.* (Fn. 9), 45; *Repantis/Heuser u.a.* (Fn. 13), S. 143 f.

<sup>16</sup> *Weber*, SZ v. 9.10.09, S. 16.

<sup>17</sup> In Studienfächern wie Sport ist die Möglichkeit des Dopings selbstredend. Bei musikalischen Prüfungen könnten die unter Konzertmusikern weit verbreiteten Betablocker die Nervosität reduzieren. Bis zu 60% der Solospieler würden Betablocker nutzen, so: *Langhammer*, taz v. 3.11.2009.

sich von realen Prüfungs- und Vorbereitungssituationen deutlich unterscheiden. Selbst wenn sich leistungssteigernde Wirkungen bei einer fünfständigen Examensklausur nur leicht bemerkbar machen, könnte das bei körperlich schlauchenden und geistig ermattenden Prüfungswochen mit bis zu zehn mehrständigen Klausuren im zwei Tage Takt bei juristischen Staatsexamina ganz anders sein. Erst recht bei einer mehrwöchigen Hausarbeit. Die Möglichkeit des Dopings bei rein kognitiven Tätigkeiten hat etwa den deutschen Schachverband dazu veranlasst, eine Anti-Doping-Ordnung zu verabschieden und bei Wettkämpfen Kontrollen durchzuführen.<sup>18</sup> Dennoch sind weitere empirische Studien zur Erforschung positiver wie negativer Wirkungen notwendig. Es ist unwahrscheinlich, dass sich das Problem des mind doping mangels Wirksamkeit als Scheinproblem erweisen wird. Eine andere Frage ist, ob Steigerungen bei einem vertretbaren Maß von Nebenwirkungen möglich sind – daran bestehen unter Neurowissenschaftlern Zweifel. Grundlage der folgenden Erörterung ist die Annahme, Enhancement-Präparate führten zu einer nicht unbedeutenden, sich im Ergebnis ausdrückenden Steigerung der kognitiven Leistungsfähigkeit.

## II. Ist mind doping mit Sport-Doping vergleichbar?

Der Begriff Doping könnte eine Parallele zum Sport nahe legen. Allerdings soll der Ausdruck hier allein aus sprachlichen Gründen verwendet werden, der „dopende“ oder „gedopte“ Prüfling ist deutlich eleganter als der „zu leistungssteigernden Mitteln Greifende“ oder ähnliches. Keineswegs soll damit die mit dem Sportdoping verbundene pejorative Bewertung verbunden sein. Wäre diese aber nicht inhaltlich gerechtfertigt? Warum sollte ein im Sport verbotenes und mit großem Aufwand verfolgtes Handeln nicht auch in anderen Bereichen verwerflich sein?<sup>19</sup>

Auf dieses in der ethischen Debatte regelmäßig wiederkehrende Argument eine vielleicht triviale, aber dennoch zentrale Antwort:<sup>20</sup> Doping im Sport ist vor allem Sport-„Betrug“. Der dopende Sportler verstößt gegen bestehende Regeln mit dem Ziel, einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen, der erst durch die Beachtung des Verbotes durch die anderen Wettbewerber ermöglicht wird. Sportdoping ist das Erlangen eines unerlaubten Vorteils. Ohne eine entsprechende Vereinbarung und ohne betrügerischen Charakter ist die Steigerung des körperlichen oder geistigen Leistungsvermögens hingegen alles andere als verwerflich. Die Steigerung geistiger Kräfte ist das erklärte Ziel von Erziehung, Schulen, Universitäten, Weiterbildungen und einer Unmenge von Aktivitäten wie Sudoku und Gehirnjogging. In der Regel genießen derartige Bemühungen hohes gesellschaftliches Ansehen – verwerflich sind sie jedenfalls nicht.

<sup>18</sup> Anti-Doping Ordnung des DSB, [www.schachbund.de](http://www.schachbund.de).

<sup>19</sup> Siehe dazu die Darstellungen bei *Merkel/Boer/Fegert/Galert/Hartmann/Nuttin/Rosahl* (Fn. 6), S. 348 ff.; *Pawlenka*, in: Hallich/Kaminsky (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Birnbacher*, 2006, S. 119 (141); *Birnbacher*, *Natürlichkeit*, 2006, S. 119 ff.

<sup>20</sup> Siehe nur *Schleim* (Fn. 11), S. 192 f.

Doch könnten sich nicht die Gründe für das Dopingverbot im Sport auch auf andere gesellschaftliche Bereiche übertragen lassen? Dazu müssten die mit dem Dopingverbot verfolgten Ziele vergleichbar sein. Der erklärte Grundgedanke von Dopingverboten im Sport ist die „Erhaltung der wahren Werte des Sportes“ und der Schutz des Sportsgeists (spirits of sports) in all seinen Facetten.<sup>21</sup> Sportlicher Wettkampf soll fair sein, gleichzeitig soll ihm ein Moment des Spektakels innewohnen; er soll Zuschauer begeistern und ihnen in den Sportlern Vorbilder liefern. Daraus ergeben sich viele Eigenarten des Sports, von denen hier nur drei erwähnt seien:

Erstens ist eine sportliche Leistung prozessorientiert. Es geht weniger um das Erreichen eines bestimmten Ziels (einen Ball in ein Tor zu befördern oder eine bestimmte Strecke zurücklegen), sondern um das Erreichen des Ziels in einer bestimmten Weise (nur mit dem Fuß, über Hürden springend). Der Weg ist mit dem Ziel untrennbar verbunden, und die Beschränkungen der Mittel durch (Sport-)Regeln, ist eine „willkürliche Auferlegung künstlicher Hindernisse“.<sup>22</sup> Der Wert einer sportlichen Leistung ergibt sich nur durch die Einhaltung der Rahmenbedingungen, werden sie umgangen (etwa durch die von Maradona geführte „Hand Gottes“), ist sie wertlos. Zweitens ist im Sport der Wettbewerb Selbstzweck. Um ihn zu ermöglichen und zu fördern werden etwa Wettbewerber in leistungsbezogene Klassen eingeteilt (Männer kämpfen nicht gegen Frauen, Schwer- nicht gegen Leichtgewichte). Drittens ist der Sport tief mit einem Ideal der Natürlichkeit verbunden, wie in den Abgrenzungsbemühungen von künstlicher und natürlicher Leistungssteigerung im Rahmen des Dopings ersichtlich wird.<sup>23</sup> Verfügt ein Ath-

<sup>21</sup> So der Welt Anti Doping Code, S. 7, [www.nada-bonn.de/downloads/regelwerke](http://www.nada-bonn.de/downloads/regelwerke) Ob das Sportethos ein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut darstellt, wird kontrovers diskutiert, vgl. ablehnend: *Freund*, in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 2007, § 6a AMG Rn. 5; *Steiner*, NJW 1991, 2729 (2734); beifürwortend z.B. *Cherkeh/Momsen*, NJW 2001, 1745. Zur verfehlten Ansicht, dass ein Dopingverbot die Gesundheit des dopenden Sportlers (vor ihm selbst) schützt *Freund* (a.a.O.), § 6a AMG Rn. 2 ff.: Eine solche Sicht „verstrickt [...] sich in Widersprüche zu der allgemein anerkannten Aussage, selbstgefährdende bzw. -verletzende Verhaltensweisen könnten nach geltendem Strafrecht im Hinblick auf die Bindung an die Verfassung nicht sanktionierbar sein.“ So verstanden wäre ein strafbewehrtes Dopingverbot ein „Fremdkörper“ im geltenden Strafrecht. Zum Schutzzweck der Gesundheit der nicht dopenden Konkurrenten sogleich.

<sup>22</sup> *Pawlenka* (Fn. 19), S. 127 ff.

<sup>23</sup> Die Bedeutung der Vorstellung von Natürlichkeit im Sport sowie die daraus folgenden Probleme zeigen sich derzeit eindrucksvoll am Fall der Läuferin Semenya. Nach Gewinn der olympischen Goldmedaille kamen Zweifel an ihrem Geschlecht und damit die Frage auf, wonach sich das Geschlecht im Sinne des Sportes bestimmt. Mangels naturalistischer Kriterien zur Einordnung in das entweder/oder der Geschlechter dürfte die Antwort des Sportes daran orientiert sein, einen (für den Zuschauer), interessanten Wettbewerb

let über ein hohes Leistungsvermögen aufgrund einer naturgegebenen körperlichen Konstitution, etwa eines hohen Anteils weißer Blutkörperchen wegen einer genetischen Besonderheit, wird seine Leistung bewundert. Als unfair hingegen wird angesehen, wenn exakt dieselbe körperliche Konstitution qua technischen Eingriffs hergestellt wird, obwohl dadurch die natürliche Lotterie genetischer Dispositionen ausgeglichen und Chancengleichheit im strengeren Sinn hergestellt würde.

Anhand dieser Beispiele lassen sich die Unterschiede zwischen der Welt des Sports und dem echten Leben illustrieren. Die Bewunderung des Natürlichen bei Ablehnung alles Künstlichen begegnet schon begrifflichen Schwierigkeiten (was ist natürlich?) und dürfte auf den heutigen Sport faktisch kaum zutreffen (was würde ein Olympionike der ersten Stunde über den heutigen Hochleistungs- und Hochtechnologie-Sport denken?). Gewiss bietet sie keine Grundlage für eine allgemein verbindliche (und rechtlich sanktionierbare) Naturbelassenheit des modernen gesellschaftlichen Lebens. Die positive Wertschätzung genetischer Unterschiede (und ein Verbot ihres technologischen Ausgleichs) widersprechen zumindest prima facie gängigen Gleichheits- und Gerechtigkeitsidealen. Der Wert der Natürlichkeit kann keine über den Sport hinausgehende Verbindlichkeit beanspruchen.

Auch ist die Prozessorientiertheit sportlicher Leistungen anderen gesellschaftlichen Bereichen fremd. Häufig kommt es allein auf das Ergebnis an, und nicht darauf, ob es unter unzumutbaren Bedingungen erreicht wurde.<sup>24</sup> Der Wert etwa einer schriftstellerischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Leistung besteht weitgehend unabhängig von ihren Entstehungsbedingungen – angesichts des Einflusses von Aufputzmitteln, Alkohol und anderen Drogen dürften ansonsten viele musikalische und literarische Leistungen in ihrem Wert zu relativieren sein.<sup>25</sup> Die Bewerbung um einen Job oder das Ablegen von universitären Prüfungen sind kein Kampf, kein Spektakel; ihr Wettbewerbscharakter ist rein kontingenter Natur – sicherlich kein Selbstzweck, der durch besondere Maßnahmen gefördert werden soll. Ob, und zu

herzustellen. Je stärker sich Semenyas Leistungen von denen anderer Frauen unterscheidet, desto eher wird der Sport geneigt sein, sie nicht als Frau anzusehen. Ein solches Dilemma ist nur vor dem Hintergrund der sporteigenen Wettkampfeideale vorstellbar, vgl. *Tolmein*, *Jungle World*, v. 14.01.2010.

<sup>24</sup> *Merkel* unterscheidet instruktiv zwischen der „output-related“ und „engagement-related appreciation“ von Leistungen. Während im Sport persönlicher Einsatz und der Weg zähle, gehe es in anderen Bereichen allein um das Ergebnis. Kunstwerke würden eine Zwischenstellung einnehmen, *Merkel/Boer/Fegert/Galert/Hartmann/Nuttin/Rosahl* (Fn. 6), S. 350 ff.

<sup>25</sup> Man denke an sich zur Einnahme von Aufputzmitteln oder kreativitätssteigernden Mitteln bekennende Größen der Geistesgeschichte wie S. Freud, J. P. Sartre oder W. Benjamin und an die gewiss nicht unbeachtliche Anzahl moderner Musiker und Künstler. Zur Kulturgeschichte und Verbreitung von Amphetaminen siehe *Dany*, *Speed: Eine Gesellschaft auf Droge*, 2008, passim.

welchen moralischen Fairnessbedingungen Wettbewerber in diesen Bereichen untereinander verpflichtet sind, lässt sich anhand des Sports nicht exemplifizieren. Schließlich wäre auch zu „fragen, ob es überhaupt wünschenswert ist, unser gesellschaftliches Leben analog zum Spitzensport zu denken“.<sup>26</sup>

Vergleichbar mit dem Sport ist hingegen der mehr oder weniger starke Konkurrenzdruck in Prüfungssituationen. Wie ein Sportler könnte sich auch ein Student angesichts der Bedeutung universitärer Abschlüsse dazu genötigt fühlen, zu students` little helpers zu greifen, um im Wettbewerb mithalten zu können. Um diesem Druck entgegenzuwirken, könnten Regulierungen de lege ferenda notwendig erscheinen (dazu sogleich). Wie ist der Einsatz leistungssteigernder Medikamente de lege lata zu beurteilen?

### III. Leistungssteigernde Substanzen in Prüfungen

Viele der Substanzen mit vermeintlich leistungssteigernden Effekten fallen unter das Arznei- (AMG) oder Betäubungsmittelgesetz (BtMG).<sup>27</sup> Erwerb, Besitz und Weitergabe sind je nach Klassifizierung reglementiert, ihr Konsum ist aber weder nach AMG noch BtMG strafbar. Die Liste der im Sport verbotenen Substanzen (zu denen auch handelsübliche Erkältungsmittel und Alkohol zählen), sowie § 6a AMG sind beim mind doping nicht anwendbar. Abgesehen von spezialgesetzlichen Vorschriften stellt sich in Prüfungen die Frage, ob leistungssteigernde Substanzen unerlaubte Hilfsmittel sind.

#### 1. Unerlaubte Hilfsmittel

Das Prüfungswesen greift in die Freiheit der Berufswahl ein, Entscheidungen von Prüfungsbehörden müssen sich bei berufsbezogenen Prüfungen an Art. 12 GG i.V.m. Art. 3 GG messen lassen.<sup>28</sup> Für den Ausschluss eines Prüflings von einer Prüfung oder die Bewertung seiner Leistung mit der Sanktionsnote „ungenügend“ bedarf es einer Rechtsgrundlage. Soweit die Prüfungsordnungen keine speziellen Regelungen für Dopingmittel enthalten (soweit ersichtlich ist das derzeit nirgends der Fall), kann eine Sanktionsnote nur auf die Verwendung unerlaubter Hilfsmittel gestützt werden.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> *Langlitz*, FAS v. 3.1.2010.

<sup>27</sup> Der bis zum 1.9.2009 gültigen Fassung des AMG ließ sich dies leicht entnehmen. Nach § 2 AMG a.F. sind Arzneimittel „Stoffe [...] die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am menschlichen [...] Körper (5), die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktion des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen“. Damit waren alle Stoffe zur Veränderung mentaler Fähigkeiten Arzneimittel. Der novellierte Arzneimittelbegriff umfasst nunmehr lediglich die Beeinflussung von „physiologischen Funktionen“ (siehe: BT-Drs. 16/13428, S. 8). Dennoch ist davon auszugehen, dass auch Enhancements unter das AMG fallen. Die unter das BtMG fallenden Stoffe sind in den Anlagen I-III aufgeführt.

<sup>28</sup> BVerfGE 37, 342 (352); 79, 212 (218); 84, 34.

<sup>29</sup> Vgl. § 11 Bay JAPO; § 15 JAO Berlin; § 11 JAPO Rheinland Pfalz; § 15 NdsJAG; § 17 Hess JAG; §§ 7, 8 NRW JAO;

Zwar sprechen keine zwingenden begrifflichen Einwände dagegen, Dopingmittel als Hilfsmittel anzusehen. Doch dem allgemeinen Sprachgebrauch zufolge dürften darunter nur herkömmliche Mittel wie Spickzettel oder kommentierte Gesetzestexte verstanden werden, nicht aber pharmakologische Unterstützer der geistigen Leistungskraft. Auch ist unklar, was als unerlaubt gelten würde, immerhin ist die Einnahme von Traubenzucker, Ginkgopräparaten, Energy-Drinks und Kaffee akzeptierte Praxis. Das rechtsstaatliche Gebot der Bestimmtheit (oder zumindest Bestimmbarkeit) von Verboten im Grundrechtsbereich verlangt eine klare Identifizierbarkeit unerlaubter Mittel.<sup>30</sup> Ein möglicher (wegen der Straflosigkeit des Konsums aber nicht notwendiger) Verstoß gegen Vorschriften des AMG oder BtMG dürfte keine hinreichende Rechtsgrundlage für eine Prüfungssanktion bieten. Auch vom Überbegriff der Täuschung wird sich mind doping mangels (konkludenter) irreführender Erklärung nicht erfassen lassen.<sup>31</sup> Abhilfe könnte nur eine ausdrückliche Auflistung verbotener Substanzen in den Prüfungsordnungen schaffen (dazu sogleich).<sup>32</sup>

## 2. Verletzung der Chancengleichheit (Art. 3 GG)?

Obwohl leistungssteigernde Substanzen keine unerlaubten Hilfsmittel sind und ihr Einsatz mangels Rechtsgrundlage derzeit nicht sanktioniert werden kann, könnten sich ungedopte Prüflinge benachteiligt wähnen, sollten andere Prüflinge unter deren Einfluss stehen. Sie könnten sich auf eine Verletzung des das „Prüfungsrecht beherrschenden“ Grundsatzes der Chancengleichheit berufen.<sup>33</sup> Im Prüfungswesen sei aufgrund der Grundrechtsrelevanz eine besonders weit gehende Gleichbehandlung der Prüflinge geboten und eine Benachteiligung oder Bevorzugung einzelner Prüflinge verboten.<sup>34</sup> Könnten ungedopte Kandidaten die Prüfung „anfechten“? Ob die Anfechtungsklage das Mittel der Wahl wäre sowie weitere prozessuale Fragen seien hier dahingestellt.<sup>35</sup> Mit einer Ausnahme: Als objektiv-rechtliches Gebot verleiht

§ 6 Saarl. JAO; § 24 BW JAPrO; § 30 JAPrVO Sachsen-Anhalt; § 15 JAG M-V; § 24 HmbJAG.

<sup>30</sup> Vgl. das Urteil des BVerfGE 52, 380.

<sup>31</sup> Zu Formen der Täuschung bei Prüfungen *Barten*, Rechtsfolgen der Manipulation bei Prüfungen, 1994, S. 18 ff.

<sup>32</sup> Ebenso: *Brehm/Zimmerling*, Forschung & Lehre 2008, 522.

<sup>33</sup> Der Chancengleichheit im Prüfungsrecht eine besonders hohe Bedeutung einräumend: BVerwG NJW 1973, 1147; BVerwGE 31, 190 m.w.N.; BVerfGE 79, 212 (218); *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, S. 29 ff., *Lindner*, BayVerwBl 1999, 100.

<sup>34</sup> *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/ders./Hopfauf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 12 Rn. 39; BVerwG NVwZ 1984, 307 (309).

<sup>35</sup> Zum Widerspruchverfahren, der statthaften Klageart und möglichen Rechtsfolgen siehe *Zimmerling/Brehm*, Der Prüfungsprozess, 12. Aufl. 2004, S. 115 ff.; das BVerwG deutet an, dass bei einer Verletzung der Chancengleichheit regelmäßig keine Neubewertung sondern nur eine Wiederholung der Prüfung in Betracht kommt, vgl. NJW 1908, 2208.

die Chancengleichheit einem Prüfling die Klagebefugnis nicht, soweit er lediglich die Bevorzugung anderer Prüflinge rügt. Drittanfechtungen von Prüfungen sind unzulässig.<sup>36</sup> Ein Prüfling hat aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 GG nur das subjektive Recht auf eine Prüfungsentscheidung, die nicht auf der Grundlage eines Prüfungsverfahrens getroffen wird, in dem der Grundsatz der Chancengleichheit in einer Weise verletzt ist, die sich auf das Ergebnis der eigenen Prüfung auswirken kann.<sup>37</sup> Folglich muss der Prüfling durch die Verletzung der Chancengleichheit einen eigenen Nachteil erlitten haben.

### a) Nachteil

Worin könnte der Nachteil des nicht zu Stimulantien greifenden Prüflings liegen? Die bei den Mitprüflingen eintretende Leistungssteigerung lässt die kognitiven Fähigkeiten des nicht dopenden Prüflings unberührt. Das gesteigerte Leistungsbild der Dopehenden könnte sich allerdings negativ auf die Beurteilung der Leistung des ungedopten Prüflings auswirken, sofern seine Leistung anhand vergleichender Maßstäbe beurteilt würde.

Allerdings gelten der Rechtsprechung zufolge im Prüfungsrecht absolute Bewertungsmaßstäbe. Träfe dies zu, hätten die besseren Leistungen gedopter Prüflinge keine nachteiligen Auswirkung auf die Bewertung der Ungedopten. Art. 12 GG gebiete, dass Leistungen isoliert und unabhängig voneinander bewertet werden. Die Benotung in Berufszulassungsprüfungen dürfe nicht von der Leistung anderer abhängen, entscheidend sei einzig die Eignung des Kandidaten für das künftige Berufsfeld.<sup>38</sup> Die Chancengleichheit verbiete es, „weniger gute Prüfungsleistungen nur deshalb besser zu beurteilen, weil „unter den Blinden der Einäugige König ist“.<sup>39</sup> Ähnlich heißt es in einem eine Steuerberaterprüfung betreffenden Leitsatz des BFH: Eine „Prüfungsleistung darf nicht deshalb schlechter bewertet werden als sie unter normalen Umständen bewertet worden wäre, weil besonders viele andere Prüflinge bei der Bewältigung der betreffenden Aufgabe bessere Leistungen erbracht haben.“<sup>40</sup>

Doch daraus ergibt sich keineswegs, dass Prüfungen anhand eines absoluten Maßstabes bewertet werden. Denn wer der Blinde, Einäugige oder König, und was eine gute oder schlechte Prüfungsgruppe ist, lässt sich nur relativ zu einem um andere Prüfungsgruppen erweiterten Vergleichsfeld

<sup>36</sup> *Zimmerling/Brehm* ([Fn. 33], S. 58 ff.) kritisieren die Rspr. als „inkonsequent: Wenn die Chancen aller Prüflinge gleich sein müssen, darf es keine – einseitige – Bevorzugung eines Einzelnen geben.“ Doch ist dem Verwaltungsrecht eine objektive Rechtskontrolle fremd. Anstatt von diesem Prinzip abzuweichen, sollte im konkreten Fall untersucht werden, ob eine Benachteiligung des nicht bevorzugten Prüflings unter Berücksichtigung der hier dargelegten Aspekte möglich erscheint. Vgl.: *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2004, S. 292 Rn. 675.

<sup>37</sup> BFH NVwZ-RR 2000, 299 (301).

<sup>38</sup> Vgl. für die juristischen Staatsexamina § 5a -5d DRiG.

<sup>39</sup> *Niehues* (Fn. 36), S. 242.

<sup>40</sup> BFH NVwZ-RR 2000, 299.

bestimmen. Die Aussagen können nur so verstanden werden, dass nicht nur ein auf eine Prüfungsgruppe eingengerter Vergleich anzustellen, sondern die Prüfungsgruppe in das Gesamtbild aller Prüfungen einzuordnen ist. Der Gute in einer schlechten Gruppe solle nicht zu gut, der Schlechte in einer guten Gruppe nicht zu schlecht beurteilt werden. Dies schließt Vergleiche zwischen Prüflingen aber nicht aus, sondern setzt sie voraus.

Ein streng absoluter Maßstab ist eher ein der Dogmatik des Art. 12 GG geschuldetes Leitmotiv. Berufszulassungsprüfungen sind Eingriffe in Art. 12 GG<sup>41</sup> und werden als subjektive Zulassungsbeschränkung verstanden. Eine hohe Bedeutung relativer Elemente (etwa in der Form, dass nur die bessere Hälfte der Prüflinge besteht<sup>42</sup>) würde den Bereich objektiver, also nicht in der Person liegender Beschränkungen berühren und könnte verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen, jedenfalls höhere Anforderungen an eine Rechtfertigung stellen. Ungeachtet dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben sei hier behauptet, dass jede Bewertung relative Elemente beinhaltet. Das folgt schon aus der schlichten Feststellung, dass keine unabhängigen, absoluten Bewertungsmaßstäbe existieren. Auch wenn solche festgelegt würden, etwa durch Zielvorgaben bzgl. der zu lösenden Aufgaben, beruhen sie doch auf Einschätzungen und Erfahrungen der Prüfer, die sie in vergleichbaren Prüfungen entwickelt haben.<sup>43</sup> Soweit Beurteilungen auf „durchschnittliche“ oder „gute“ Leistungen abstellen, oder der Schwierigkeitsgrad einer Aufgabe zu bestimmen ist, bedarf es vergleichender Bezugspunkte.<sup>44</sup> Zudem gebietet der Gleichheitssatz geradezu, Arbeiten gleicher Qualität gleich zu benoten, denn die „Notengebung muss eine vernünftige und gerechte Relation zur Bewertung der Arbeiten anderer Prüflinge herstellen“<sup>45</sup>, Prüflinge dürften durch einen Verwaltungsprozess nicht die „Chance einer vom Vergleichsrahmen unabhängigen Bewertung“ erhalten,<sup>46</sup> Noten dürften nicht „isoliert für jeden Einzelfall gefunden werden, sondern ergäben sich aus fachkundigem Vergleich“.<sup>47</sup> Folglich ist eine Notendifferenzierung ohne vergleichende Erwägungen kaum vorstellbar.

Das bestätigt auch eine Vergleichsüberlegung: Erhält ein Teil der Prüflinge Vorabinformationen über die Prüfungsaufgabe, bezweifelt niemand, dass die Chancengleichheit verletzt sein könnte. *Ingo von Münch* bezeichnete einen solchen Fall aus Berlin als „geradezu abenteuerlichen Verstoß gegen den elementaren Grundsatz der Chancengleichheit“.<sup>48</sup> Bei

einem konsequent angewandten absoluten Maßstab müsste ein Nachteil der nicht informierten Prüflinge gleichwohl zu verneinen sein, denn deren Arbeiten würden durch die Bevorzugung der anderen nicht schlechter bewertet. Den Nichtinformierten die Anfechtung der Prüfung kategorisch mit dem Verweis auf absolute Bewertungskriterien zu verweigern, wäre offenkundig absurd. Zwar folgt aus einer Bevorzugung nicht automatisch ein Nachteil, aber er erscheint möglich und muss gerichtlich überprüfbar sein.<sup>49</sup>

Hinzu kommt Folgendes: Selbst wenn eine Bewertung anhand absoluter Maßstäbe möglich wäre und so der ungeadpte Prüfling trotz dopender Mitprüflinge keine schlechtere Note erhalte, könnte er sich dennoch Nachteilen ausgesetzt sehen. In vielerlei Hinsicht geht es nicht nur um das Bestehen oder Nichtbestehen oder das Erreichen einer bestimmten Note, sondern um die Bedeutung und Werthaftigkeit der Note, die sich wiederum nur aus einem Vergleich mit allen anderen Prüflingen ergibt. Eine vollbefriedigende Note, vieler Juristen großer Traum, ist in anderen Studienfächern ein schlechter Abschluss – ihre Bedeutung ergibt sich erst aus dem Umstand, dass sie nur von etwa einem Drittel der Prüflinge erreicht wird. Zudem erstellen einige Prüfungsämter Rankings der Kandidaten, die für Stipendien, Promotionen, im Rahmen der diskutierten Masterquote für den weiteren Ausbildungsgang und für mögliche Arbeitgeber entscheidend sein können.<sup>50</sup>

In Wettbewerbssituationen geht der Vorteil des Einen tendenziell mit einem Nachteil des Anderen einher; umso stärker, je mehr relative Elemente in eine Bewertung einfließen. Im Einzelfall käme es u.a. darauf an, wie viele Prüflinge gedopt waren und wie sich deren Leistungssteigerung auf die Benotung des Prüflings ausgewirkt hat. Dies vorzutragen obliegt dem Prüfling.<sup>51</sup> Jedenfalls vermag ein vermeintlich absoluter Bewertungsmaßstab einen Nachteil nicht a limine von der Hand zu weisen.

#### b) Verletzung der Chancengleichheit

Ein Bewerberfeld, in dem zu leistungssteigernden Stoffen gegriffen wird, kann für den ungedopten Prüfling also zu Nachteilen führen. Doch beruht dieser auch auf einer Verletzung der Chancengleichheit? Sie gebietet Prüfungen so einzurichten, dass jeder Prüfling seinen Leistungsnachweis unter gleichen Bedingungen erbringen kann und dass diese geeignet sind, seine Fähigkeiten möglichst zuverlässig zu ermitteln.<sup>52</sup> Eine Prüfungsentscheidung ist objektiv rechtswidrig,

<sup>41</sup> BVerfGE 37, 342 (352); BVerfG NJW 1991, 2005.

<sup>42</sup> Zur Quote des § 14 Abs. 6 ÄAppO BVerfGE 80, 1; kritisch *Niehues* (Fn. 36), S. 242.

<sup>43</sup> A.A. *Wimmer*, in: *Bender* (Hrsg.), *Festschrift für Redeker*, 1993, S. 531 (536), für den nur ein absoluter Maßstab besteht.

<sup>44</sup> In diesem Sinne *Lampe*, *Gerechtere Prüfungsentscheidungen*, 1999, S. 35; vgl. auch: *Niehues* (Fn. 36), S. 243 Rn. 541; S. 286 Rn. 657 ff.

<sup>45</sup> BVerfG Buchholz – 421.0 Nr. 104, S. 150 m.w.N.

<sup>46</sup> BVerfG NJW 1991, 2005 (2007).

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1991, 2005 (2007).

<sup>48</sup> BVerfG NVwZ 1984, 307; *Münch*, NJW 1995, 2016.

<sup>49</sup> Im Grundsatz ähnlich, im Einzelfall aber eine Verletzung der Chancengleichheit verneinend, FG Niedersachsen, Urt. v. 24.4.2008 – 6 K 26/08.

<sup>50</sup> Die Chancengleichheit der Berufsbewerber und die vergleichenden Bewertungskriterien betont auch BVerfG NJW 1991, 2005 (2007).

<sup>51</sup> Ob man sich dabei auf den Erfahrungssatz berufen kann, dass eine Leistung schlechter bewertet wird, wenn das allgemeine Leistungsniveau steigt, ist umstritten. Verneinend: BFH NVwZ-RR 2000, 299 (302).

<sup>52</sup> *Niehues* (Fn. 36), S. 53 Rn. 106; BFH NVwZ-RR 2000, 299 (300); BVerfGE 41, 34 (35).

wenn sie aufgrund eines Prüfungsverfahrens getroffen worden ist, in dem ein Prüfling Vorteile genossen hat, die anderen nicht gewährt worden sind und die sich auf die Geeignetheit der Prüfung, Kenntnisse und Fähigkeiten des Prüflings festzustellen, auswirken können.

In Dopingfällen sind die staatlich geschaffenen äußeren Rahmenbedingungen allerdings gleich. Weder gewährt noch versagt der Staat Vorteile, mögliche Ungleichheiten resultieren einzig aus den Doping-Handlungen der Mitprüflinge, die dem Staat kaum zurechenbar sind. Aber setzt eine Verletzung von Art. 3 GG voraus, dass die Chancenungleichheit dem Staat zurechenbar ist, oder könnten Prüfungsbehörden zumindest manchmal gehalten sein, tatsächliche Ungleichbedingungen durch Regelungen zu verhindern bzw. auszugleichen, auch wenn sie ihnen nicht zurechenbar sind?

Beim Nachteilsausgleich für kranke und behinderte Prüflinge ist die Antwort eindeutig. Zur Wahrung der Chancengleichheit müssen unter Umständen spezielle Prüfungsbedingungen eingeräumt werden. Die Entstehungsbedingungen der Ungleichheit sind auch in diesen Fällen dem Staat nicht zurechenbar. Sofern dabei eine bevorzugende Behandlung zum Ausgleich von Benachteiligungen begehrt wird, ist die leistungsrechtliche Dimension von Art. 3 GG berührt (siehe unten). In der Doping-Konstellation begehrt der nicht gedopte Prüfling aber keine Bevorzugung gegenüber Anderen zum Ausgleich eines tatsächlichen Nachteils, sondern beklagt umgekehrt, dass Andere einen Vorteil besitzen, den zu erlangen ihnen mangels Regelung in den Prüfungsordnungen nicht verboten ist, der aber dennoch die Chancengleichheit verletzt.

Unter diesen Umständen könnte das Rechtsprinzip der Chancengleichheit in abwehrrechtlicher Dimension Bedeutung erlangen. Wenn Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, gleiche Leistungen gleich zu bewerten, folgt daraus zunächst, dass zur Bewertung gleicher Leistungen keine unterschiedlichen Maßstäbe angelegt werden dürfen.<sup>53</sup> Darüber hinaus folgt daraus auch, dass Leistungen unter ungleichen Voraussetzungen nicht gleich bewertet werden dürfen. Anknüpfungspunkt für die Verletzung von Art. 3 GG ist somit die Bewertung der Prüfungsleistung. Werden Arbeiten unter ungleichen Bedingungen erbracht, würde eine Beurteilung, die diese Ungleichheit nicht berücksichtigt und so erfolgt, als ob die Leistungen unter gleichen Bedingungen erbracht worden wären, Ungleiches gleich behandeln. Sofern eine Gleichbehandlung von Ungleichem sachwidrig ist, verstößt sie gegen Art. 3 GG.<sup>54</sup> Einer Zurechnung der Umstände, die zur Ungleichheit führen, bedarf es dann nicht.

#### aa) Sachwidrige Gleichbehandlung?

Ist es aber eine sachwidrige Gleichbehandlung von Ungleichem, wenn sich die gesteigerten kognitiven Fähigkeiten einiger Prüflinge aufgrund eines einheitlichen Bewertungsmaßstabes in einem besseren Ergebnis ausdrücken? Sicherlich nicht. Grundsätzlich gehören die kognitiven Fähigkeiten eines Prüflings gerade nicht zu Voraussetzungen, deren Gleichheit staatlich zu gewährleisten ist. Im Gegenteil: geis-

tige Leistungsunterschiede sollen sich in Prüfungen ausdrücken. Sie zu messen ist das Ziel jeder Prüfung.

Die Sachwidrigkeit könnte in den Dopingfällen nur aus den ungleichen Entstehungsbedingungen der kognitiven Fähigkeiten herrühren. Nur ist es im Allgemeinen für eine Bewertung irrelevant, wie ein Prüfling zu seinen Fähigkeiten gekommen ist und ob die Entstehungsbedingungen gleich oder gerecht sind. Sie sind es in der heutigen Welt auch kaum. Von genetischer Disposition<sup>55</sup>, frühkindlicher Förderung und guter Ernährung,<sup>56</sup> Einflüssen des sozio-kulturellen Umfelds, Qualität der Schulbildung, Universitätslehre und Studienbedingungen bis hin zu privaten Repetitorien ist eine Vielzahl von Umständen an der Entwicklung kognitiver Fähigkeiten beteiligt, die weder gleich noch nach einem anderen Gerechtigkeitsideal verteilt sind. Sie alle mögen die soziale Gerechtigkeit berühren – die Chancengleichheit im (prüfungsbezogenen) Rechtssinne berühren sie nicht. Eine (positive) Berücksichtigung ungleicher Startchancen bei der Bewertung (etwa durch Sozialpunkte für sozial Schwächere) wäre gar eine sachwidrige Ungleichbehandlung.

Sachwidrig könnte eine Gleichbehandlung allerdings aufgrund von ungleichen Umständen sein, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Prüfung stehen und Zweifel an ihrer Geeignetheit wecken. Funktion der Prüfung ist, die „wahren Kenntnisse oder die wahre Leistungsfähigkeit“, die „wirkliche Befähigung“, das „unverfälschte“ und „normale“ Leistungsbild „zutreffend“ zu ermitteln. Eine ungleiche Verteilung von Chancen im Leben verfälscht die Prüfungsergebnisse nicht. Seien sie unter noch so ungerechten Bedingungen entstanden, die Unterschiede entsprächen dennoch den tatsächlichen Begebenheiten im Moment der Prüfung. Hingegen könnte das „wahre“ Leistungsbild im Moment der Prüfung durch die kurzzeitigen Leistungsvorteile durch Stimulantien verzerrt werden.

#### bb) Wahre Leistungen

Es mag nahe liegen, die Leistung des gedopten Prüflings als unechte oder falsche Leistung zu bezeichnen und sie schon aus diesem Grund zu disqualifizieren. Jedoch ist die Vorstellung von „wahren“ oder „wirklichen“ Fähigkeiten bei genauerer Hinsicht fragwürdig oder doch zumindest konkretisierungsbedürftig. Die Rede von wahren Eigenschaften und echten Leistungen impliziert als Gegenstück unwahre und falsche. Doch was ist eine falsche Leistung? Wann und warum bestimmte Fähigkeiten einer Person echt oder falsch sind, bedarf einer philosophischen Diskussion über authentische Persönlichkeitsmerkmale, über die sich kaum Einigkeit erzielen lassen dürfte.<sup>57</sup> Für hiesige Zwecke wird man sie mit

<sup>55</sup> Zwillingstudien lassen vermuten, dass der IQ bis zu 50% auf vererblichen Faktoren beruht, vgl. *Devlin* u.a., *Nature* 388 (2001), 468.

<sup>56</sup> *Glewe* u.a., *Journal of Public Economics* 81 (2001), 345.

<sup>57</sup> Der Begriff der Authentizität steht im Mittelpunkt der Debatte um Neuroenhancement. Siehe etwa *Merkel/Boer/Fegert/Galert/Hartmann/Nuttin/Rosahl* (Fn. 6), Kap. 5; *Gesang* (Fn. 6), Kap. 3; *Schmidt-Felzmann*, in: *Schöne-Seifert/Talbot* (Fn. 6), S. 143-157; zur Authentizität und Autonomie

<sup>53</sup> *Niehues* (Fn. 36), S. 291 Rn. 673 ff.

<sup>54</sup> *Niehues* (Fn. 36), S. 291 Rn. 673.

folgenden Feststellungen umgehen können: Leistungen und Fähigkeiten ergeben sich immer aus einem Zusammenspiel verschiedener Faktoren und lassen sich nur relativ zu diesen bestimmen. Die kognitive Leistung von Prüflingen verändert sich signifikant z.B. dadurch, dass sie gegessen, getrunken und ausreichend geschlafen haben. Für Einige mag eine morgendliche Prüfung ohne Kaffee oder Nikotin schlecht ausfallen, für Andere wäre ein nachmittäglicher Prüfungszeitpunkt vorteilhaft, und Dritte würden vollkommen nüchtern deutlich besser abschneiden als andere – „wahrer“ oder „echter“ werden Leistungen durch diese Umstände aber nicht. Hinzu kommt, dass sich Prüfungsbedingungen nicht an der Wahrscheinlichkeit einer Leistung orientieren. Ziel ist vielmehr die Ermittlung eines den im Berufsfeld reproduzierbaren Fähigkeiten entsprechenden Leistungsbildes.<sup>58</sup> Dass die Bedingungen der Arbeitswelt nun diejenigen seien, unter denen die echten Fähigkeiten einer Person zum Vorschein kommen, wäre erst zu begründen. Somit lässt sich eine sachwidrige Gleichbehandlung nicht auf die Falschheit der pharmakologisch unterstützten Leistung stützen.

#### cc) Gleiche Prüfungsbedingungen

Aus der Einsicht, dass sich alle Fähigkeiten aus einem Zusammenspiel verschiedener Faktoren ergeben, lässt sich die Bedeutung der Gleichheit dieser Faktoren entnehmen. Um die prüfungsrelevanten Fähigkeiten messen zu können, müssen andere Umstände möglichst gleich gehalten werden – aus diesem Grund ist weithin anerkannt, dass Beeinflussungen des Prüfungsergebnisses durch außerhalb der Person des Prüflings liegende Umstände soweit wie möglich zu vermeiden sind.<sup>59</sup> Die Gleichheit der äußeren Bedingungen muss gewahrt werden, damit die inneren Unterschiede zum Ausdruck kommen. Doch wie verhält sich das mit Stimulantien?

Man könnte sie sowohl als äußeren, gegenständlichen Faktor oder auch als inneren Faktor betrachten, da sich ihre Wirkung erst in der Person durch die Veränderung geistiger Prozesse entfaltet. Entscheidend ist die Zuordnung aber nicht, denn die Abgrenzung innerer und äußerer Faktoren ist immer recht vage. Schließlich führen alle äußeren Ungleichbedingungen auch immer zu inneren Veränderungen, ansonsten hätten sie auf die Leistung keine Auswirkung. Ist etwa einem Teil der Prüflinge eine Aufgabe bekannt, sei die Chancengleichheit dadurch verletzt, dass die Aufgabe für diese Kandidaten nunmehr „lediglich eine Gedächtnisleistung“ abverlangt.<sup>60</sup> Eine Gedächtnisleistung ist ein innerer Faktor. Demnach dürfte nicht die Abgrenzung zwischen äußeren und inneren Faktoren, sondern einzig entscheidend sein, ob die Aussagekraft des Ergebnisses durch sachwidrige Einflüsse auf die zu prüfenden Fähigkeiten entkräftet wird.

So liegt ein Vergleich von Stimulantien mit herkömmlichen Hilfsmitteln nahe. Der Spickzettel, das Lehrbuch oder der Taschenrechner verfälschen das Prüfungsergebnis, weil

die zu erbringende Prüfungsleistung von ihnen maßgeblich unterstützt wird; das Wissen oder die Rechenfähigkeit sind in ihnen gewissermaßen ausgelagert. Beim Hirndoping wird der externe Gegenstand zum internen Faktor, quasi in das Gehirn verlegt. Die Leistungsfähigkeit begründet sich zwar nicht mehr im selben Maße wie bei herkömmlichen Hilfsmitteln in einem externen Gegenstand, der gedopte Prüfling verfügt im Moment der Prüfung über die erbrachten Fähigkeiten und man wird zwischen Eigen- und Fremdanteil nicht trennen können – dennoch lässt sich ein ideeller Anteil der Gesamtleistung dem Stimulans zuschreiben.

Im selben Maße wie eine Prüfung durch Ungleichheit äußerer Hilfsmittel ungeeignet ist, kognitive Unterschiede zu ermitteln, ist sie es bei ungleicher Verteilung anderer Faktoren, die sich (ideell) im Ergebnis niederschlagen. Der ideelle Anteil des Stimulans am Ergebnis drückt keine zu messende Fähigkeit aus, sondern ist ein sachwidriger Störfaktor bei der Leistungsermittlung. Eine Prüfung, bei der nur ein Teil der Kandidaten über leistungssteigernde Substanzen verfügt, findet also unter ungleichen Bedingungen statt.

#### dd) Ungleichbedingung dem Prüfling zurechenbar?

Damit eine Prüfungsanfechtung Erfolg hat, wird noch ein Weiteres hinzukommen müssen: Die zur Ungleichheit führenden Umstände dürfen nicht dem Prüfling zuzurechnen sein. Dieser Gedanke taucht in der Rechtsprechung zur Chancengleichheit immer wieder auf. So verletzen tatsächlich ungleiche Prüfungsvoraussetzungen etwa aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse<sup>61</sup> oder fehlender Informationsbeschaffung in der Vorbereitung<sup>62</sup> die Chancengleichheit nicht, weil diese Ungleichheiten aus der Sphäre des Prüflings stammen. Ähnlich ließe sich hier fragen, ob der Prüfling nicht auch zu leistungssteigernden Substanzen hätte greifen können. Schließlich dürfte die Anfechtung einer Prüfung, weil andere Prüflinge starken Kaffee getrunken haben, nicht erfolgversprechend sein. Dem Prüfling stand frei, es ihnen gleich zu tun (eine anschauliche Parallele zu Stimulantien ergäbe sich aus einer Prüfung, in der nur einem Teil der Prüflinge der Kaffeekonsum untersagt würde: auch hier dürften die Chancengleichheit verletzende ungleiche Bedingungen herrschen).<sup>63</sup>

<sup>61</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.9.2007 – 2 PA 593/07 (juris).

<sup>62</sup> Vgl. BayVGh, Beschl. v. 4.2.2008 – 7 CE 07.3468 (juris).

<sup>63</sup> Dass es bedeutsam ist, in wessen Verantwortungsbereich die zur Ungleichheit führenden Bedingungen fallen, zeigt sich an den Fällen, in denen einige Prüflinge eine Aufgabe besonders gut kennen. Die Chancengleichheit verletzende ungleiche Bedingungen sollen nur dann vorliegen, wenn die Vorabinformation aus der Sphäre des Prüfungsamts stammt. Haben einige Prüflinge lediglich das Glück, mit einer Aufgabe besonders gut vertraut zu sein, sind die tatsächlichen Bedingungen zwar ebenfalls ungleich, verfälschen den Aussagewert der Prüfung aber nicht. Die Vorbereitung obliegt den Prüflingen, vgl. BayVGh, Beschl. v. 4.2.2008 – 7 CE 07.3468 (juris); BVerwG NVwZ 1984, 307.

von pharmakologisch unterstützten Persönlichkeitseigenschaften: *Bublitz/Merkel*, Bioethics 23 (2009), 360.

<sup>58</sup> *Brehm/Zimmerling* (Fn. 33), S. 295 m.w.N.

<sup>59</sup> *Brehm/Zimmerling* (Fn. 33), S. 52.

<sup>60</sup> BFH NVwZ-RR 2000, 299.

Doch was für Kaffee als kulturell akzeptierte Substanz gilt, trifft auf viele der Stimulantien nicht zu, so dass man Prüfungsteilnehmer zur Herstellung von Chancengleichheit nicht auf deren Einnahme verweisen können: Zum einen besteht trotz der anscheinend faktisch vorhandenen Beschaffungsmöglichkeiten eine rechtliche Unverfügbarkeit durch die Vorschriften des AMG und des BtMG. Verstöße gegen Rechtsnormen oder sittliche Gebote (auch das Erbitten eines ärztlichen Gefälligkeitsrezepts)<sup>64</sup> zur Erlangung von Stimulantien sind niemandem zumutbar – auch sollten sie nicht durch Prüfungsdruck gefördert oder herausgefordert werden. Zum anderen dürfte ihre Einnahme dem Prüfling aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar sein. Selbst wenn sie bei nur kurzzeitiger Verwendung statistisch keine erheblichen Nebenwirkungen hätten, verbleibt bei gezielten Veränderungen im zentralen Nervensystem doch ein gewisses unzumutbares Restrisiko. Hinzukommt, dass der Konsum kulturell unbekannter Substanzen auch mit psychischem Unbehagen über vermeintliche (Neben-)Wirkungen verbunden ist. Zumindest ab einer gewissen Erheblichkeit wird sich der Einzelne diesen Gesundheitsgefahren mit Berufung auf Art. 2 Abs. 2 GG verweigern können, ohne dadurch (indirekte) Nachteile fürchten zu müssen. Sollte eine neu entwickelte Substanz Leistungssteigerungen bei vertretbaren Risiken und Nebenwirkungen ermöglichen, könnte ihr Einsatz in Prüfungen dagegen allen Prüflingen zumutbar sein, so wie es heute Traubenzucker oder Kaffee schon sind.<sup>65</sup>

#### ee) Zwischenergebnis

Folglich ist eine Prüfung, bei der ein Teil der Kandidaten unter der Wirkung leistungssteigernder Substanzen steht, deren Einnahme anderen nicht zugemutet werden kann, grundsätzlich geeignet, die Chancengleichheit der ungedopten Prüflinge zu verletzen. Ob eine Anfechtung der Prüfung Erfolg hätte, wird stark von den konkreten Umständen, insbesondere der Anzahl der gedopten Prüflinge und der erzielten Leistungssteigerung und dem daraus erwachsenen Nachteil des Prüflings, abhängen. Da sich diese Auswirkungen praktisch kaum ermitteln lassen, sei es angeraten, die Rechtslage *de lege ferenda* durch einen Katalog unzumutbarer und unzulässiger Substanzen klarzustellen, sobald Nachweise für die Wirksamkeit der Präparate und einen verbreiteten Gebrauch durch Prüflingen vorhanden sind. Die geänderten Prüfungsordnungen böten dann die derzeit fehlende Rechtsgrundlage für den Ausschluss von dopenden Prüflingen.

#### 3. Dürfen Kranke leistungssteigernde Medikamente einnehmen?

Die vorstehenden Überlegungen betrafen nur die nicht medizinisch indizierte Einnahme der Stimulantien. Da fast alle in Frage kommenden Stimulantien verschreibungsfähige und

-pflichtige Therapeutika sind, stellt sich die Frage, ob die Chancengleichheit auch verletzt wäre, wenn kranke Prüflinge die Stimulantien einnehmen. Die Vorstellung etwa einem an ADHS leidenden Prüfling die Einnahme konzentrationssteigernder Medikamente während einer Prüfung zu untersagen, mutet seltsam an. Gleichwohl wird es sich nicht von der Hand weisen lassen, dass es *sub specie* Gleichheit zu einer Verzerrung des kognitiven Leistungsbildes kommen kann, wenn einige Prüflinge Mittel nehmen dürfen, die anderen verboten sind. Ein solches Teilverbot wirft interessante Fragen zur Chancengleichheit, insbesondere zum Nachteilsausgleich, auf, die hier kurz skizziert seien:

#### a) Nachteilsausgleich

In der Rechtsprechung zum Nachteilsausgleich ist anerkannt, dass die Chancengleichheit nicht nur durch äußere Bedingungen, sondern auch durch kognitive Einschränkungen verletzt sein kann. Zur Herstellung gleicher Chancen können bzw. müssen manche kognitive Einschränkungen etwa durch eine verlängerte Bearbeitungszeit ausgeglichen werden. Damit durch fördernde Maßnahmen aus Benachteiligungen keine Bevorteilungen erwachsen, wird dabei wie folgt unterschieden:<sup>66</sup> Einschränkungen, die lediglich den Nachweis einer vorhandenen Befähigung erschweren und im späteren Beruf kompensiert werden können (z.B. ein gebrochener Arm) sind ausgleichsfähig<sup>67</sup>, nicht dagegen in der Person des Prüflings begründete, generelle Einschränkungen der Leistungsfähigkeit. Der Ausgleich solcher konstitutioneller, in der „Person wurzelnder“ Leistungsschwächen würde das Prüfungsergebnis verfälschen.<sup>68</sup>

#### b) Prüfungsirrelevante Fähigkeiten: Legasthenie

Im Grenzbereich zwischen diesen Kategorien liegt die Legasthenie. In den vergangenen Jahren haben sich die Gerichte wiederholt mit der Frage auseinandergesetzt, ob Legasthenikern ein Nachteilsausgleich zu gewähren ist. Die Legasthenie, eine Störung des Lesens oder der Rechtschreibung, umfasst die Aufnahme, Verarbeitung und Wiedergabe von Sprache und Schriftsprache.<sup>69</sup> Die intellektuelle Erfassung (das Verständnis) einer Aufgabe soll von ihr nicht betroffen sein. Als regelwidriger geistiger Zustand ist sie eine Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG (und § 2 Abs. 1 SGB IX).<sup>70</sup> Lange Zeit beurteilte die Rechtsprechung die Legasthenie als eine Einschränkung leistungsrelevanter kognitiver Fähigkeiten, so dass ein Nachteilsausgleich ausgeschlossen sei. Es dürfe „keine Privilegierung“ des Legasthenikers geben<sup>71</sup>, „auch der behinderte Prüfling muss die gleiche Leistung erbringen und

<sup>64</sup> Ein Kassenrezept für Enhancementpräparate dürfte ein Betrug zu Lasten der GKV darstellen. Ob sich Ärzte bei einem Privatrezept strafbar machen, ist eine ungeklärte Frage (vgl. § 5 AMG).

<sup>65</sup> Vgl. Galert/Bublitz/Merkel u.a. (Fn. 9), S. 44.

<sup>66</sup> Zu Prüfungsvergünstigungen siehe Zimmerling/Brehm (Fn. 33), S. 160 ff.

<sup>67</sup> So bzgl. einer Behinderung der Schreibfähigkeit durch einen gebrochenen Wirbel der VGH Mannheim, Beschl. v. 26.8.1993 – 9 S 2023/93 = NVwZ 1994, 598.

<sup>68</sup> Niehues (Fn. 36), S. 60 Rn. 121.

<sup>69</sup> Langenfeld, RdJB 2007, 211 (212).

<sup>70</sup> Langenfeld, RdJB 2007, 211 (214), m.w.N.

<sup>71</sup> Langenfeld, RdJB 2007, 211 (219).

unterliegt gleichen Bewertungsmaßstäben“, „jede Bevorzugung wäre unter prüfungsrechtlichen Gesichtspunkten ein Verstoß gegen die Chancengleichheit“ der nicht behinderten Prüflinge.<sup>72</sup> In jüngerer Zeit deutet sich eine Wende an. Mehrere Gerichte haben entschieden, dass Legastheniker einen Nachteilsausgleich erhalten können, da die Legasthenie keine Fähigkeiten beeinträchtigt, die zum Prüfungsumfang, etwa des zweiten juristischen Staatsexamens, gehörten.<sup>73</sup> Lediglich der Nachweis der vorhandenen Fähigkeiten sei beeinträchtigt.

Diese Urteile mag man als salomonisch bezeichnen. Vieles spricht dafür, dass Lese- und Schreibverständnis intellektuelle Fähigkeiten sind, die im juristischen Berufsleben und somit bei der Berufszulassungsprüfung von großer Bedeutung sind. Aber das mag dahinstehen. Bedeutsam für hiesige Zwecke ist, dass zwischen leistungsrelevanten und irrelevanten Fähigkeiten unterschieden wird, und dass ein Ausgleich leistungsrelevanter Faktoren auch bei geistiger Behinderung aus Gründen der Wettbewerbsgerechtigkeit zu unterbleiben hat.<sup>74</sup> Damit wird der Chancengleichheit der Vorrang vor der Förderung geistig Behinderter eingeräumt, die Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich ermöglichen würde.

#### c) Prüfungsrelevante Fähigkeiten: ADHS

Die Übertragung dieses Gedankens auf prüfungsrelevante Fähigkeiten lässt sich am Beispiel ADHS illustrieren. ADHS ist die am weitesten verbreitete psychische Störung im Kindes- und Jugendalter und bleibt bei einem Teil der Betroffenen auch im Erwachsenenalter erhalten.<sup>75</sup> In den USA werden bereits mehr als 4% der Bevölkerung im Alter von 4-17 Jahren mit ADHS-Medikamenten behandelt, auch in Deutschland nimmt die Zahl der Verschreibungen rapide zu. Diese Medikamente stehen im Ruf, als kognitive Enhancements besonders geeignet zu sein. Die durch ADHS bedingten Einschränkungen der Aufmerksamkeit und Informationsverarbeitung gehören sicher zu den bewertungsrelevanten Fähigkeiten universitärer Prüfungen. Zudem sind Defizite aufgrund von ADHS konstitutionelle, in der Person angelegte Einschränkungen. Nach den eben erwähnten Voraussetzungen sind ADHS-Defizite daher nicht ausgleichsfähig, ADHS-Kranken ist keine Schreibzeitverlängerung einzuräumen,<sup>76</sup> obwohl ADHS als dauerhafte kognitive Einschränkung eine

geistige Behinderung darstellt. Wiederum muss die bevorzugende Förderung geistig Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) hinter der Wettbewerbsgerechtigkeit zurückstehen.

Wenn ADHS nicht durch Schreibzeitverlängerungen ausgeglichen werden darf, warum dann durch Medikamente? Immerhin definiert sich das Krankheitsbild zum Teil auch darüber, dass die Aufmerksamkeit und Konzentrationsfähigkeit deutlich schwächer ist als bei anderen Menschen. Salopp gesprochen: Personen, deren Fähigkeiten in gewissen Bereichen am unteren Ende der Skala liegen, werden als krank eingestuft, und gerade deswegen ist ihnen erlaubt, sich durch Medikamente auf ein deutlich höheres Leistungsniveau zu heben. Das scheint die Chancengleichheit zu konterkarieren und einen Vorteil auszumachen sowohl gegenüber den unge-dopten, als auch gegenüber den an Aufmerksamkeitsdefiziten leidenden Prüflingen, bei denen keine medikamentöse Besserung eintritt (oder die aus anderen gesundheitlichen Gründen Medikamente nicht vertragen).

Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt allerdings ein weiterer Aspekt ins Spiel: Das Recht eines ADHS Patienten auf Medikamentengebrauch ergibt sich aus dem Schutz seiner Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG – ohne Medikamente wäre er in einem krankhaften Zustand). Eine auch ihn treffende Untersagung der Einnahme leistungssteigernder Medikamente würde in dieses Recht eingreifen, als Rechtfertigung käme die Durchführung von Prüfungen unter gleichartigen Bedingungen bzw. die Chancengleichheit (der nicht Kranken) in Betracht. Soweit die therapeutische Einnahme leistungssteigernder Medikamente die Gleichheit von Prüfungsbedingungen berührt, scheint das Recht auf Gesundheit dem Gebot der Chancengleichheit entgegenzustehen. Doch die Lösung eben dieses Konflikts zeichnet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor: Die Förderung Behinderter ist ausdrücklich auch dann erlaubt, wenn sie zu Bevorzugungen respektive Benachteiligungen Gesunder führt. Deswegen wird man die starre Ablehnung der Anwendung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der mit ihr vermeintlich einhergehenden Bevorzugung chronisch Kranker, wie sie in der Judikatur zur Legasthenie zum Ausdruck kommt, überdenken müssen:

Krankhafte, im Berufsleben kompensierbare Defizite sollten in Prüfungen kompensierbar sein – unabhängig davon, ob es sich um personenbezogene Eigenschaften handelt oder nicht. Der Telos eines Ausgleichsverbots konstitutioneller Einschränkungen kann nur darin liegen, dass ihre Kompensation nicht den Begebenheiten der Berufswelt entspricht und damit den Wettbewerb verfälscht. Soweit pharmakologische Mittel solche Einschränkungen jedoch auch im Berufsleben ausgleichen können, führt ihr Verbot zu einer Zementierung der Nachteile geistig behinderter oder chronisch kranker Menschen im Namen einer fragwürdigen Vorstellung über konstitutionelle Eigenschaften einer Person. Im Zeitalter der technischen Veränderbarkeit persönlicher Merkmale verliert die Vorstellung konstitutioneller, in der Person wurzelnder (und deswegen unveränderbarer) Eigenschaften deutlich an Überzeugungskraft.

Die Förderung geistig Behinderter ist ein Auftrag der Verfassung, die Einnahme krankheitslindernder Medikamente ein dort verbürgtes Recht. Will man ihm nachkommen und

<sup>72</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.9.2007 – 2 PA 593/07 (juris).

<sup>73</sup> OVG Schleswig, Beschl. v. 14.8.2004 – 9 B 85/02; für das Juristische Staatsexamen: HessVGH, Beschl. v. 3. 1. 2006 – TG 3292/05 = NJW 2006, 1608; VG Kassel Beschl. v. 23.3.2006 – Az. 3 G 419/06; OVG Lüneburg Beschl. v. 10.7.2008 – 2 ME 309/08 = NVwZ 2009, 68; Langenfeld, RdJB 2007, 211 (218), kritisch: Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.2.2010, Art. 3 Rn. 219; bei medizinischen Prüfungen weiterhin ablehnend: OVG Schleswig, Beschl. v. 14.8.2004 – 9 B 85/02 (juris).

<sup>74</sup> Siehe Kischel (Fn. 73), Rn. 219.2.

<sup>75</sup> Ärzte-Zeitung v. 11.9.2009.

<sup>76</sup> In diesem Sinne VG Freiburg, Beschl. v. 30.8.2007 – 2 K 1667/07 (juris).

gleichzeitig den Gesunden die Einnahme von Stimulantien untersagen, wird man die Beeinträchtigung der Chancengleichheit mit Verweis auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hinnehmen müssen. Anstatt mit fragwürdigen Argumenten die Relevanz des Lesens und Schreiben für den Beruf, zumal den Juristischen, zu verneinen, wäre die Anwendung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vielleicht auch für die Gewährung eines Nachteilsausgleichs für Legastheniker die dogmatisch bessere Lösung gewesen.<sup>77</sup> Mit diesen Erwägungen kann auch die Ungleichbehandlung des an ADHS leidenden, aber medikamentös nicht therapierbaren Prüflings, dem kein Nachteilsausgleich gewährt wird, erklärt werden. Der therapierbare ADHS-Patient hat ein Recht auf Herstellung seiner Gesundheit, während Schreibzeitverlängerungen für den nicht therapierbaren Prüfling nicht dessen Aufmerksamkeitsdefizite, sondern nur ihre Folgen mildern.

Festzuhalten ist: Von einem Verbot leistungssteigernder Substanzen wären Kranke auszunehmen, die diese Mittel zu therapeutischen Zwecken einnehmen. Ihre Bevorteilung ist durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gerechtfertigt.

#### IV. Doping während der Vorbereitung

Die bisherigen Ausführungen betrafen nur die Einnahme von Stimulantien in unmittelbarem Zusammenhang mit der Prüfungssituation. Wie im Sport ist unter Leistungsgesichtspunkten die Einnahme während der teilweise monatelangen Prüfungsvorbereitungszeit wesentlich effektiver. Über einen längeren Zeitraum hinweg potenzieren sich Vorteile (ebenso wie mögliche Nebenwirkungen). Wer in dieser Zeit länger wach, aufnahmebereiter und gedächtnisstärker ist, kann seine Ausgangsposition im Examen deutlich verbessern. Doch anders als im Sport verstößt das Doping während der Vorbereitungszeit nicht gegen die Chancengleichheit. Auf welchem Wege Studierende ihre Fähigkeiten erworben haben, tangiert die in Prüfungen staatlich zu gewährende Chancengleichheit nicht. Die pharmakologische Unterstützung der Wissensakquise ändert nichts daran, dass der Kandidat tatsächlich – wie auch immer verstanden – über die in der Prüfung dargelegten Fähigkeiten verfügt. Drückt sich eine bessere Leistung in einem besseren Ergebnis aus, wird der Aussagewert der Prüfung nicht verfälscht. Im Gegensatz zu den kurzzeitigen Leistungsverbesserungen durch Doping in der Prüfung entspricht die bessere Leistung den tatsächlichen Leistungsunterschieden im Prüfungsmoment. Sofern die Stimulantien im Prüfungsmoment nicht mehr wirksam sind (auch wenn ihre frühere Wirkung in gewisser Weise fortwirken mag), gibt es keinen unmittelbar der Substanz zuschreibbaren Leistungsgewinn, eine (ideelle) Trennung zwischen Eigen- und Substanzanteil ist unmöglich. Die pharmakologischen Vorteile sind untrennbar mit der Person verschmolzen. Ungleichheiten in der Vorbereitungszeit vermögen eine Gleichbehandlung bei der Prüfungsbewertung nicht unsachgerecht erscheinen zu lassen.

Wer dies anders einschätzt und eine sich in die Vorbereitungszeit erstreckende „Vorwirkung“ der Chancengleichheit

<sup>77</sup> Im Ergebnis ebenso, in der Begründung abweichend: *Margeweg*, DVBl. 2009, 538.

postuliert, wäre mit einem weiteren Problem konfrontiert: Die einzige Möglichkeit im Umgang mit Kandidaten, die in der Vorbereitungszeit zu Wachmachern oder Gedächtnisspielen greifen, wäre, sie – wie dopende Sportler – ganz und für immer von jeglicher Prüfung auszuschließen. Das ist kaum vorstellbar, wäre unverhältnismäßig und nicht sachgerecht. Unter dem Aspekt der Chancengleichheit dürften viele andere, v.a. sozioökonomische Faktoren, die stärkere Ungleichbedingungen während des Studiums und der Prüfungsvorbereitung hervorbringen, wesentlich bedenklicher erscheinen. Selbstverständlich könnte der Umgang mit allerlei Substanzen auch in der Vorbereitungszeit aus anderen Gründen geregelt werden, v.a. zum Schutz der Gesundheit der nicht dopenden Studierenden. Doch das würde weitgehende Überlegungen erfordern, die im Einklang mit der derzeitigen Debatte um Enhancements stehen sollten. Derzeit scheinen die Regeln des AMG und BtMG ausreichend.

#### V. Ausblick

Die Steigerung der geistigen Leistungsfähigkeit durch Psychopharmaka kann die Chancengleichheit tangieren. Bei Hinweisen auf ihre Wirksamkeit und einen verbreiteten Gebrauch unter Studierenden sollte der Erlass eines Kataloges unerlaubter Substanzen erwogen werden.

Die Vorstellung von Doping-Kontrollen an Universitäten ist weder für Prüflinge noch für Prüfungsämter verlockend, von praktischen Problemen ganz zu schweigen. Dennoch gebietet die Chancengleichheit, zumindest bei begründetem Verdacht (etwa durch sich offen zum Doping bekennende Prüflinge) zum Schutze der nicht dopenden Prüflinge einzuschreiten. Derzeit ließe sich noch argumentieren, dass leistungssteigernde Effekte nicht nachgewiesen sind und der nicht dopende Prüfling daher keine Nachteile erleidet. Allerdings ähnelt ein solches Berufen auf Nichtwissen verdächtig dem Wegschauen. Das ist sicherlich keine gebührende Antwort auf die Problematik. Vielmehr ist eine offene Auseinandersetzung mit dem Thema angebracht. Nicht zuletzt auch aus dem Grund, dass sich das Problem auch durch (symbolische) Verbote und in der Praxis wohl eher sporadische Doping-Kontrollen nicht lösen lassen wird.

Deswegen wäre auch bei den Studierenden anzusetzen. Eine Verteufelung von Studierenden, die zu Stimulantien greifen, ist der falsche Weg. Ihre Motive sind nachvollziehbar, immerhin geht es um ihre viel beschworenen Zukunftsperspektiven. Für einen guten Abschluss, insbesondere in Studienfächern wie der Rechtswissenschaft, nehmen Studierende hohe persönliche Risiken und finanzielle Kosten in Kauf. Prüfungen erzeugen psychischen Druck und Angst. Der Bedarf an psychologischer Beratung für Studierende ist in den letzten Jahren stetig gestiegen<sup>78</sup>. Die Bologna-Reformen dürften diesen Trend verstärken.

<sup>78</sup> Nach Angaben der Studierendenwerke von 2004 bis 2006 um mehr als 30%, SZ v. 23.7.2008. Nach einer Studie der Techniker Krankenkasse leide jeder sechste Student unter depressiven Verstimmungen; im Bereich der mentalen Gesundheit Studierender bestünden „Defizite“ und es sei von

So wird man sich um alternative Methoden bemühen müssen, der Pharmakolisierung des Prüfungswesens entgegenzuwirken. Die Förderung von soft skills, Techniken zur Bewältigung von Stress und Prüfungsangst, aber auch Maßnahmen zur Reduzierung des Prüfungsstress durch die „Prüfungsmarathons“ in den Staatsexamina ließen sich diskutieren.

Zunächst ist Aufklärung geboten, und zwar in mehrfacher Hinsicht: Durch Untersuchungen wären das Ausmaß des Gebrauchs leistungssteigernder Substanzen an Universitäten und durch Pharmaforschung die leistungssteigernden Effekte der Substanzen bei Gesunden zu ermitteln. Studierenden sei ans Herz gelegt, sich genau zu überlegen, ob es sich wirklich lohnt, für unklare Wirkungen das Risiko mitunter gravierender Nebenwirkungen einzugehen.

---

einer hohen psychischen Belastung Studierender auszugehen, TK Gesundheitssurvey (Fn. 3), S. 12.