

Gabriele Marwege

## Die Berücksichtigung von Behinderungen in der Schule und in Schulprüfungen Eine Rechtsprechungsübersicht

Die Rechtsprechung hat sich schon früh mit dem Thema Behinderung und Schule beschäftigt. In ihr spiegelt sich über die letzten einhundert Jahre sowohl die stets gleiche Forderung von Eltern wider, die Behinderungen ihrer Kinder in der Schule zu berücksichtigen, als auch der Wandel der gesellschaftlichen Auffassungen (1). Das Spektrum, mit dem sich die Rechtsprechung bei der Thematik „Behinderung und Schulrecht“ beschäftigt, ist weit. Es geht um die Frage, welche Leistungsrechte behinderte Schüler gegenüber der Schule haben (2), ob und welche Behinderungen anzuerkennen sind, wie Prüfungen und Nachteilsausgleiche auszugestalten sind, welche Folgen die Nicht-Gewährung von Nachteilsausgleich hat und ob Prüfungsinhalte verändert werden können (3), ob Sonderschulzuweisungen rechtmäßig sind (4) und inwieweit ein Anspruch auf integrative Beschulung besteht (5). Die Tendenz der Rechtsprechung wird im Fazit zusammengefasst (6).

### 1 Historische Entwicklung<sup>1</sup>

Erste Entscheidungen stammen vom Preußischen OVG und vom KG,<sup>2</sup> die sich bereits mit dem Unterricht an den Hilfsschulen beschäftigten. Die Gerichte vertraten die Ansicht, dass diese „geistig minderwertigen“ Kinder nur in abgesonderten Klassen unterrichtet werden könnten, weil sie dort besser gefördert werden könnten. Ihre Teilnahme am Unterricht der allgemeinen Volksschule würde die Gefahr mit sich bringen, dass dort der Leistungsstand herabgedrückt würde. Auch nach dem 2. Weltkrieg änderte sich diese Einstellung zur Beschulung von behinderten Kindern nicht. Die abgesonderte Unterrichtung wurde vom VGH Kassel 1954 als erforderlich angesehen, um ein „dauerndes Hemmnis für die normalbegabte Jugend“ zu beseitigen.<sup>3</sup> Das OVG Lüneburg<sup>4</sup> entschied 1957, dass sich weder aus dem GG noch aus den Schulpflichtgesetzen die Verpflichtung des Staates ergäbe, für schwachbegabte Kinder überhaupt Schulen bereitzustellen. So rigide war das BVerwG 1958 nicht. Es stellte aber fest: „Mit Recht erblickt das Berufungsgericht in den unter Aufwendung besonderer Kosten errichteten Hilfsschulen eine Wohltat, die der Staat den Kindern angedeihen lässt, die für ihre Entwicklung der Hilfe heilpädagogisch geschulter Lehrkräfte bedürfen und durch diese eine ihrem Wesen entsprechende Ausbildung erhalten.“<sup>5</sup>

Neben der schon damals als diskriminierend empfundenen Überweisung behinderter Kinder auf Hilfsschulen<sup>6</sup> war es in der staatlichen Schulverwaltung üblich, behinderte Kinder von der

1 Umfassende Darstellung bei *Reichenbach, P.*, Der Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule, Diss. Bielefeld, Berlin 2001.

2 Preuß.OVG, Urteil v. 20.9.1904, Az.: VIII A 4/03, PrOVGE 46,S. 210; KG, Urteil vom 25.1.1906, Az.: I.S.882.05/03, Zentralblatt 1906, 445 zitiert nach *Reichenbach* (Anm. 1), S. 48 ff.

3 VGH Kassel Urteil v. 17.12.1954, Az.: OS II 82/54; ESVGH 4, 155.

4 OVG Lüneburg, Urteil v. 19. 1.1957, AZ.: V A 91/56, DVBl 1958, 105.

5 BVerwG, Beschluss v. 29.12.1958; Az.: VII B 33/58, DÖV 1959, 230 (231).

6 Die Kläger wandten sich 1954 in dem Verfahren vor dem VGH Kassel (s. Anm. 3) vor allem unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung gegen die Überweisung auf die Sonderschule (VGH Kassel, Anm. 3, S. 157).

Schulpflicht zu befreien und sie „in erster Linie der Obsorge der Eltern anzuvertrauen“.<sup>7</sup> Anfang der 1970er Jahre war die Rechtsprechung dazu gegensätzlich: Das OVG Lüneburg hob 1970 einen Bescheid über die Befreiung von der Schulpflicht auf.<sup>8</sup> Betroffen war ein körperbehinderter Junge, der auf einen Rollstuhl angewiesen war und die Grundschule problemlos absolviert hatte. Ab der fünften Klasse musste er, wie alle Kinder aus seinem Ort, einen Schulbus zum Nachbarort benutzen. Die Schulbehörden befreiten ihn von der Schulpflicht, weil sein Rollstuhl nicht in den Bus passte. Das OVG Lüneburg sah darin einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG und führte auch aus, dass der Schüler angesichts seiner normalen Begabung auch nicht zum Besuch einer Sonderschule verpflichtet sei. Demgegenüber befand der BayVerfGH 1975 eine ähnliche Befreiung von der Schulpflicht für rechtmäßig. Ein normal bildungsfähiger Junge, der wegen eines Herzleidens die normale Schule nicht besuchen konnte, wurde nach zwei Jahren Privatunterricht von der Schulpflicht befreit. Der Bay. VerfGH sah darin weder einen Verstoß gegen das Recht auf Bildung (Art. 128 BayLVerf) noch gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 118 BayLVerf).<sup>9</sup>

Anfang der 1970er Jahre wurde die Überweisung auf die Sonderschule zunehmend kritischer gesehen. Die Gerichte erkannten, dass die Überweisung auf die Sonderschule Grundrechte der Kinder verletzen könnte. So wurde die Sonderschulüberweisung eines Mädchens mit Legasthenie vom VG Hannover<sup>10</sup> 1972 aufgehoben, weil die Sonderschule zur Förderung der Legastheniker ungeeignet sei. Maßnahmen, die ungeeignet seien, verstießen gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Das Urteil ist heute noch lesenswert, weil das VG sich eingehend mit der Frage beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen die Überweisung auf die Sonderschule zulässig ist. Das OVG Münster<sup>11</sup> und das OVG Lüneburg<sup>12</sup> hoben 1975 Überweisungen auf die Sonderschule auf, weil die Schüler zum Zeitpunkt der Entscheidungen in der Lage waren, die Leistungsanforderungen der allgemeinen Schule zu erfüllen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher nur in seiner Entscheidung von 1997<sup>13</sup> mit der Frage des Schulbesuchs behinderter Kinder beschäftigt. Es stellte fest, dass eine Benachteiligung behinderter Schüler und Schülerinnen dann denkbar ist, wenn sie von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten ausgeschlossen würden und dieser Ausschluss nicht durch besondere Fördermaßnahmen kompensiert werde. Im Ergebnis hat es in diesem Fall die Überweisung an die Sonderschule jedoch für zulässig gehalten.

## 2 Anspruch auf bestimmte Schularten, bestimmten Unterricht oder bestimmte Förderung

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Staat verpflichtet ist, bestimmte Schularten oder bestimmte Unterrichtsformen für behinderte Schüler zur Verfügung zu stellen, um ihr Recht auf Bildung zu erfüllen. Diese Frage ist von der Rechtsprechung durchgängig abschlägig beschieden worden. 1986, also vor der Aufnahme des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 in das GG, wurde im Rahmen einer Popu-

7 Bay.VerfGH, Entscheidung v. 9.6.1975, Az.: Vf. 29\_V-71, BVGH 28, (1975), 99 (104).

8 OVG Lüneburg, Urteil v. 16.6.1970, Az.: A 41/70, SPE 734.

9 Bay.VerfGH (Anm. 7), 104.

10 VG Hannover, Urteil v. 10.2.1972, Az.: VI A 197/69, SPE 800.

11 OVG Münster, Urteil v. 13.6.1975, Az.: V A 1573/74, OVGE 31, 120 (122).

12 OVG Lüneburg, Urteil v. 5.9.1975, Az.: VIII OVG A 119/75 – zitiert nach *Reichenbach* (Anm. 1), S. 59.

13 BVerfG, Beschluss v. 8.10.1997, Az.: 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 ff.

larklage vor dem BayVerfGH<sup>14</sup> versucht zu erreichen, dass die Gebärdensprache verpflichtend in den Lehrplan der Sonderschulen für Gehörlose und Schwerhörige aufgenommen wurde. Die Klage wurde insbesondere mit der Begründung abgewiesen, dass der Staat nicht verpflichtet sei, ein Angebot aller nur denkbaren Schulformen und Unterrichtsinhalte zur Verfügung zu stellen.<sup>15</sup> Das BVerwG<sup>16</sup> lehnte 1997 die Klage eines Schülers mit Down-Syndrom ab, mit der die Einrichtung lernzieldifferenter Klassen begehrt worden war. Es führte aus, dass sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zwar Schutz- und Förderpflichten des Staates ergeben, dies aber keine subjektiven Leistungsansprüche auf Bereitstellung zusätzlicher Ressourcen begründen. Leistungsansprüche stünden unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden könne.<sup>17</sup> Mit der gleichen Begründung verneinte das OVG Münster<sup>18</sup> den Anspruch eines autistischen Schülers auf eine Schule, die seiner Behinderung gerecht wird. Das VG Lüneburg verneinte 2004 einen Anspruch aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf legastheniespezifischen Unterricht, z.B. in Form einer Legasthenieklasse.<sup>19</sup> Im Gegensatz dazu hielt es das OVG Münster 2008 in einem Verfahren um Prozesskostenhilfe<sup>20</sup> für möglich, dass eine Schülerin Anspruch auf speziellen Förderunterricht hat. Die Entscheidung über die Nicht-Versetzung einer legasthenen Schülerin könne deshalb rechtswidrig sein, weil ihr von der Schule keine zusätzlichen Fördermaßnahmen gewährt worden seien. Das Ermessen der Schule bezüglich der Einrichtung von Fördermaßnahme könne bei summarischer Prüfung bei dieser Schülerin auf Null reduziert gewesen sein.

### 3 Ausgestaltung von Prüfungen und Nachteilsausgleiche in Prüfungen

Von erheblicher Bedeutung für den einzelnen Schüler und seinen Schulerfolg sind die Ausgestaltung der Prüfungen und die Gewährung von Nachteilsausgleichen zur Kompensation der Behinderungen. Prozesse sind vor allem im Bereich von Hochschulprüfungen geführt worden. Da in allen Prüfungen der Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren maßgeblich ist, lässt sich die Rechtsprechung dazu auch auf das Schulrecht übertragen. Dabei geht es zunächst um die Anerkennung von Behinderungen überhaupt (3.1.), dann um die Gestaltung der äußeren Prüfungsbedingungen und dort zu gewährende Nachteilsausgleiche (3.2.), um die Folgen eines nicht-gewährten Nachteilsausgleichs (3.3.) und schließlich um die Veränderung inhaltlicher Anforderungen (3.4.).

#### 3.1 Anerkennung von Behinderungen in Prüfungen

Die grundsätzliche Anerkennung von Körper- und Sinnesbehinderungen ist in der Schule und in Prüfungen meistens nicht sehr problematisch, weil diese Behinderungen in der Regel sichtbar sind und klar ist, dass sie die kognitiven Leistungen des Schülers nicht beeinträchtigen. Sehr viel schwieriger ist die Anerkennung von Behinderungen, die nicht sichtbar sind und die Auswirkungen auf die Leistungen oder den schulischen Leistungsinhalt haben können. Dazu zählen insbesondere die Behinderungen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, Legasthenie und Dyskalkulie.

14 BayVerfGH Urteil v. 21.10.1986, Az.: Vf 3-VII-85 SPE 396 Nr. 4.

15 BayVerfGH (Anm.14), Anm. 6.

16 BVerwG Beschluss v. 14.8.1997, Az.: 6 B 34/97 – juris.

17 BVerwG (Anm. 16) Rn. 7 f.

18 OVG Münster Beschluss v. 16.4.2003, Az.: 19 B 403/03 – www.justiz.nrw.de.

19 VG Lüneburg, Beschluss v. 12.8.2004, Az.: 4 B 123/04 – PKH-Verfahren (unveröffentlicht).

20 OVG Münster Beschluss v. 11.1.2008, Az.: 19 E 726/07 – BeckRS 2008 33867.

### 3.1.1 Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (ADHS/ADS)

Die Versuche, eine Berücksichtigung von ADHS/ADS in Prüfungen gerichtlich durchzusetzen, sind bisher gescheitert. Das VG Augsburg<sup>21</sup> lehnte 2005 die Berücksichtigung von ADS in schulischen Prüfungen ab. Im Falle von ADS sei es nahezu unmöglich, zwischen einer mangelhaften Prüfungsleistung und einer Beeinträchtigung bei der Prüfung durch ADS abzugrenzen. ADS stelle eine nicht nur vorübergehende Beeinträchtigung dar, die die allgemeine Leistungsfähigkeit längerfristig präge. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass sie im späteren Berufsleben ausgeglichen werden könne. Die Feststellung ADS dürfe nicht dazu führen, dass der betreffende Schüler bei Leistungsfeststellungen gegenüber anderen Schülern besser gestellt werde.<sup>22</sup> Das VG Freiburg<sup>23</sup> lehnte 2007 mit ähnlicher Begründung eine Schreibzeitverlängerung wegen ADS im Ersten juristischen Staatsexamen ab. Das Gericht stellt dar, dass der Betroffene durch die deutlich geringere Konzentrationsfähigkeit, die erhöhte Ablenkbarkeit und die Schwierigkeiten bei der Informationsverarbeitung auch bei der gedanklichen Erarbeitung der Lösung beeinträchtigt sei. Gerade dies sei aber Aufgabe der juristischen Klausur. ADHS/ADS stelle ein Dauerleiden dar, dass als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit des Prüflings dauerhaft präge und nicht durch Hilfsmittel ausgeglichen werden könne. Die Beschlüsse überzeugen nur oberflächlich. Beide Gerichte ziehen nämlich nicht in Zweifel, dass die Betroffenen an ADHS/ADS leiden, lassen dann aber ungeprüft, ob sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Anspruch auf Berücksichtigung dieser Behinderung ergibt. Ein solcher Anspruch hätte Rückwirkungen auf den Grundsatz der Chancengleichheit. Es ist sehr zweifelhaft, ob das Ergebnis der Verfahren das gleiche gewesen wäre, wenn die Betroffenen z.B. an einem Herzleiden gelitten hätten und deshalb weniger belastbar gewesen wären. Auch ein solches Dauerleiden ist nicht durch Hilfsmittel kompensierbar und behält seine Auswirkungen im Berufsleben. Dennoch ist es bei diesen Dauerleiden keine Frage, dass sie in Prüfungen berücksichtigt werden.

### 3.1.2 Legasthenie

Es ist mittlerweile durch die Rechtsprechung<sup>24</sup> und die Literatur<sup>25</sup> anerkannt, dass es sich bei der Legasthenie um eine Behinderung handelt, die im Prüfungsverfahren zu berücksichtigen ist. Anderer Ansicht ist nur das OVG Münster, dass die die Auffassung vertritt, dass auf Legasthenie keine Rücksicht zu nehmen sei, da sie als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit des Schülers präge und somit zu einem Eignungsmangel des Schülers führe.<sup>26</sup> Das OVG Münster musste sich in diesem Fall mit der Frage befassen, ob im Prognoseunterricht für den Übertritt auf das Gymnasium auf eine leichte Leseschwäche Rücksicht genommen werden muss. Es führt aus, dass eine dauerhafte Leseschwäche als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit

21 VG Augsburg, Beschluss v. 7.9.2005, Az.: Au 3 E 05.00854, juris.

22 VG Augsburg 2005 (Anm.21), juris, Rn. 23.

23 VG Freiburg, Beschluss v. 30.8.2007, Az.: 2 K 1667/07, juris.

24 OVG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.8.2002, Az.: 3 M 41.02, juris – Leitsätze; VGH Hessen, Beschluss v. 3.1.2006, 8 TG 3292/05, NJW 2006, 1608f; VG Kassel, Beschluss v. 23.3.2006, Az. 3 G 419/06, www.rechtszentrum.de, BFH, Beschluss v. 8.7.2008; Az.: VII B 241/07 juris; OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.7.2008, Az.: 2 ME 309/08, NVwZ-RR 2009, 68 f; OVG Münster, Beschluss v. 4.9.2008, 4.9.2008, Az.: 19 B1293/08 www.justiz.nrw.de, VG Köln, Beschluss v. 26.9.2008, Az.: 10 L 1240/08, DVBl 2009, Heft 8.

25 Langenfeld, C., Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen, RdJB 2007, 211 ff.; Ennuschat, J., Zeitschrift des BVL e.V., 2008; S. 7 ff (www.bvl-legasthenie.de – Recht); Poscher, R./Langer, Th./Rux, J., Gutachten zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Recht auf Bildung nach Art. 24 des UN-Abkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2008, www.eine-schule-fuer-alle.info -/RechtsgutachtenGEW.pdf, S. 17, 55 ff.

26 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm. 24), Rn. 19, 23.

des Schülers für die weitere Schullaubahn prägt. Demgegenüber sei eine vorübergehende und in absehbarer Zeit behebbare Leseschwäche bei der Prognose für die Schullaufbahn nicht zwingend als Eignungsmangel in die Entscheidung einzubeziehen.<sup>27</sup> Die dauerhafte Rechtschreibschwäche erschwere nicht nur, wie etwa eine Handverletzung, den Nachweis der uneingeschränkten Befähigung, sondern sie präge als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft die Leistungsfähigkeit des Schülers.<sup>28</sup> Der Grundsatz der Chancengleichheit lasse es nicht zu, auf die Auswirkungen eines solchen Dauerleidens Rücksicht zu nehmen.<sup>29</sup> Dieser Entscheidung kann nicht gefolgt werden. Die vom OVG Münster aufgestellte Prämisse, dass nur auf vorübergehende Leiden Rücksicht zu nehmen ist, ist unzutreffend, denn selbstverständlich ist auch auf Dauerleiden, wie z.B. spastische Lähmungen, Herzleiden oder Blindheit, Rücksicht zu nehmen. Dauerleiden sind nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie die Leistungsfähigkeit des Prüflings oder Schülers insgesamt prägen und damit zu einer generellen Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit führen, etwa bei geistiger Behinderung.<sup>30</sup> Es ist zwar zutreffend, dass eine Legasthenie (= Lese-Rechtschreibstörung) dauerhaft bis ins Erwachsenenalter besteht, sie prägt aber nicht die gesamte Leistungsfähigkeit des Schülers, sondern nur seine Fähigkeit, mit einer bestimmten Geschwindigkeit zu lesen und zu schreiben und fehlerfrei zu schreiben. Alle anderen Leistungsbereiche sind nicht betroffen. Insofern ist es verfehlt, von einem generellen Eignungsmangel zu sprechen.<sup>31</sup> Darüber hinaus muss bei schulischen Prüfungen danach differenziert werden, was Gegenstand der Prüfung ist. In den Prüfungen soll ermittelt werden, ob der Schüler in der Lage ist, die ihm gestellte Aufgabe geistig zu durchdringen und zu lösen. Dazu sind legasthene Schüler ebenso in der Lage wie nicht-behinderte Schüler.<sup>32</sup>

Streitig ist bei der Legasthenie allerdings der Umfang der Berücksichtigung: Zum einen geht es dabei um den Umfang des Nachteilsausgleichs,<sup>33</sup> zum anderen um die Frage, ob ein Anspruch auf Nicht-Bewertung der Rechtschreibung (sog. Notenschutz) besteht.<sup>34</sup>

### 3.1.3 Dyskalkulie

Zur Berücksichtigung der Dyskalkulie gibt es bisher kaum Rechtsprechung. Die Problematik taucht einmal in einem vom VG Braunschweig<sup>35</sup> 2005 entschiedenen Fall auf, in dem es darum ging, dass Eltern ihre Tochter die 9. Klasse überspringen lassen wollten, obwohl sie sowohl in Mathematik als auch in Physik ein „mangelhaft“ hatte. Sie argumentierten damit, dass die Dyskalkulie die Entscheidung bezüglich des Überspringens nicht nachteilig beeinflussen dürfe. Das Gericht stützte sich auf den (damals in Vorbereitung befindlichen) Erlass des Niedersächsischen Kultusministeriums,<sup>36</sup> der eine Berücksichtigung der Dyskalkulie nur in der Grundschule vorsieht und lehnte auf dieser Grundlage die Nicht-Berücksichtigung in der 9. Klasse ab. Das Gericht prüfte nicht, ob es überhaupt zulässig ist, eine Behinderung nur in bestimmten (unteren) Klassenstufen zu berücksichtigen.

27 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm. 24) Rn. 19.

28 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm. 25) Rn. 23.

29 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm.25) Rn. 17, ähnlich VG Augsburg, Beschluss v. 23.8.2007, Az.: AU 3 E 07.00798 – juris.

30 Niehues, N., Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 2 Prüfungsrecht, 4.Aufl. 2004 Rn. 121 f.

31 So auch Niehues, N./Rux, J., Schul- und Prüfungsrecht, Bd.1 Schulrecht, 4. Aufl., 2004, Rn. 446

32 Langenfeld, C. (Anm.25), S. 219 f

33 Dazu unten 3.2.

34 Dazu unten 3.4.

35 VG Braunschweig, Beschluss v. 25.8.2005, Az.: 6 B 491/05, juris.

36 Erlass zur Förderung von Schülerinnen und Schülern mit besonderen Schwierigkeiten im Lesen, Rechtschreiben oder Rechnen, RdErl. d. MK vom 04.10.2005 – 26 – 81631-05 VORIS 22410.

Im September 2006 entschied das VG Regensburg<sup>37</sup> in einem Eilverfahren, dass ein Schüler mit Dyskalkulie in die Realschule aufgenommen werden muss. Der Schüler musste für den Übertritt auf die Realschule den Probeunterricht absolvieren. Dabei wurde die Dyskalkulie nicht berücksichtigt, so dass der Schüler in Mathematik nicht die erforderliche Note erreichte und deshalb nicht an die Realschule übertreten durfte. Das VG Regensburg stellte in seiner Begründung fest: Bei der Dyskalkulie handelt es sich um eine Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG mit der sich die Schule auseinandersetzen muss, unabhängig davon, ob es dazu entsprechende Vorschriften des Kultusministeriums gibt oder nicht. Das Verfahren wurde dann vor dem VGH München durch Vergleich beendet.<sup>38</sup> Der VGH weist in seinem Vergleichsvorschlag darauf hin, dass die Dyskalkulie nach Ursache, Entstehung und Ausprägung nicht annähernd so intensiv erforscht und abgesichert sei, wie die Legasthenie.<sup>39</sup> Der VGH macht damit die Anerkennung einer Behinderung davon abhängig, wie weit die Störung erforscht ist. Ein solches Kriterium kennt der Behinderungsbegriff jedoch nicht. Es führt auch zu Ungerechtigkeiten und Ungleichbehandlungen zwischen den Behinderungsformen, da andere Störungen, wie z.B. Autismus, unzweifelhaft in der Schule anerkannt werden, obwohl die Ursachen ebenfalls noch nicht umfassend erforscht sind.

### 3.2 Äußere Prüfungsbedingungen und Nachteilsausgleich

Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt, dass alle Prüflinge in der Prüfung die gleichen Startchancen erhalten und jeder Prüfling die Chance erhält, seine wahren Leistungen und Befähigungen in der Prüfung zu beweisen.<sup>40</sup> Bei behinderten Schülern werden diese gleichen Startchancen erst hergestellt, wenn ihre Behinderung angemessen berücksichtigt<sup>41</sup> und ihr durch besondere Prüfungsbedingungen, wie z.B. Zeitverlängerung, Schreibhilfe, Benutzung eines PC, Ruhepausen usw., Rechnung getragen wird. Während es zur Ausgestaltung äußerer Prüfungsbedingungen und vor allem zu den räumlichen und von außen einwirkenden Bedingungen (Licht, Hitze, Lärm)<sup>42</sup> viel Rechtsprechung gibt, gibt es kaum Rechtsprechung zur Kompensation von Behinderungen.<sup>43</sup> Es existiert eine neuere Entscheidung im Hochschulrecht dazu, wie eine körperliche Behinderung berücksichtigt werden muss.<sup>44</sup> Die weiteren Entscheidungen betreffen die Berücksichtigung von Legasthenie.<sup>45</sup>

1993 entschied der VGH Mannheim<sup>46</sup> über die Ausgestaltung der Prüfung einer Studentin, die sich den Lendenwirbel gebrochen hatte und deshalb längere Ruhepausen und eine längere Bearbeitungszeit benötigte. Der VGH stellte klar, dass der Prüfungsbehörde bei der Frage der angemessenen Kompensation der Beeinträchtigung der Schreibfähigkeit kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zusteht, sondern die Entscheidung gerichtlich voll überprüfbar ist. Art und Bemessung der Ausgleichsmaßnahme sind an dem „Normalkandidaten“ auszurichten und nicht an anderen Behinderungen. Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG gebieten, soweit möglich, den vollen Ausgleich der Beeinträchtigung und nicht etwa nur eine verhältnismäßige Abstufung der Kom-

37 VG Regensburg, Beschluss v. 8. 9. 2006, Az.: Rn. 1 E 06.1610 (unveröffentlicht).

38 VGH Bayern, Beschluss v. 20.12.2006, Az.: 7 CE 06.2754, juris.

39 VGH Bayern (Anm. 38) Rn. 1.

40 Niehues, N. (Anm. 30) Rn. 338 und 106.

41 Niehues, N. (Anm. 30), Rn. 122.

42 S. dazu Niehues, N. (Anm.30) Rn. 464 ff.

43 S. die bei Niehues, N. (Anm. 30) Rn. 122 Fn. 37 zitierte Rechtsprechung.

44 VGH Mannheim, Beschluss v. 26.8.1993, Az.: 9 S 2023/93, SPE 600 Nr. 16

45 S. die in Anm. 24 zitierte Rechtsprechung.

46 VGH Mannheim (Anm. 44).

pensationen innerhalb der (Rand-)Gruppe der Behinderungen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Prüfungsbedingungen dieser Gruppe insgesamt schlechter blieben als diejenigen der „Normalkandidaten“. Grundlage der Bemessung der Kompensation ist die medizinische Indikation, die hier durch Gutachten des Facharztes und des Gesundheitsamtes attestiert war, auch wenn sie nicht das allein maßgebliche Kriterium ist.

Dass bei Legasthenie ein Nachteilsausgleich in Form einer Zeitverlängerung zu gewähren ist, ist inzwischen weitgehend anerkannt. Zunächst entschied der VGH Kassel<sup>47</sup> 2006, dass eine Legasthenie im Zweiten juristischen Examen zu berücksichtigen und mit einer Zeitverlängerung zu kompensieren ist. Daraufhin billigte das VG Kassel 2006 auch eine Zeitverlängerung im Abitur zu.<sup>48</sup> Im Steuerberaterexamen kann die Zeitverlängerung nach der Rechtsprechung des BFH<sup>49</sup> eine Stunde pro Tag betragen. Auch das OVG Lüneburg<sup>50</sup> entschied im Juli 2008 grundsätzlich auf Nachteilsausgleich in der Sekundarstufe II in Form von Zeitverlängerung. Es differenzierte jedoch hinsichtlich der Fächer.

Zur Dyskalkulie gibt es keine Rechtsprechung. Eine Klage auf Gewährung einer Zeitverlängerung bei Dyskalkulie wurde 2007 außergerichtlich beendet.<sup>51</sup> Eine 14-jährige Schülerin mit Dyskalkulie wollte erreichen, dass ihr statt bislang 15 % künftig 25 % mehr Zeit für Mathematikprüfungen zugestanden wird. Das Verfahren wurde eingestellt, nachdem die Schule zugesagt hatte, sich außergerichtlich über Ausgleichsmöglichkeiten für die Dyskalkulie zu verständigen. Der Vergleich zeigt auf, dass die Schulverwaltung grundsätzlich erkannt hat, dass es auch bei Dyskalkulie einen Nachteilsausgleich – auch nach der Primarstufe – geben kann und muss.

### 3.3 Folgen nicht-gewährten Nachteilsausgleichs

Ist eine Behinderung in der Schule anerkannt und ein Nachteilsausgleich zugesprochen, muss dieser in der Schule auch in der zugesagten Form umgesetzt werden. Exemplarisch für die tatsächlichen Schwierigkeiten, den Nachteilsausgleich im täglichen Unterricht in allen Fächern gewährt zu bekommen, ist der Fall, der einem Urteil des VG Lüneburg<sup>52</sup> aus 2002 zugrunde liegt. Die Schülerin litt an spastischer Diplegie, die sich auf die Funktion der Beine, Hände und Augen auswirkt, und hatte deshalb in der Schule eine Begleitperson, die ihr beim Lesen und Schreiben half. Die Prüfungsarbeiten diktierete sie ihrer Begleitperson in einem eigenen Raum. In der 10. Klasse wurde auf einer Klassenkonferenz zum Nachteilsausgleich beschlossen, dass sie die Klassenarbeiten gemeinsam mit ihren Mitschülern in einem Raum schreiben sollte, der Umfang der Arbeiten sollte um die Hälfte reduziert werden. Die tatsächliche Umsetzung erfolgte sehr unterschiedlich: Von einigen Lehrern wurde ihr verwehrt ihrer Begleitperson die Arbeit zu diktieren, einige Lehrer gestatteten ihr zwar die Schreibhilfe in Anspruch zu nehmen, ermahnten sie dann aber ständig, leiser zu diktieren. Der Umfang der Arbeiten wurde nicht immer gekürzt. Die Schülerin wusste daher vor den Arbeiten nicht, wie der Nachteilsausgleich jeweils umgesetzt werden würde. Das Gericht sah in diesem Vorgehen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und damit einen Verfahrensfehler, der sich auch auf die Notengebung in einzelnen Fächern aus-

47 VGH Kassel (Anm. 24).

48 VG Kassel (Anm. 24).

49 BFH (Anm. 24).

50 OVG Niedersachsen (Anm. 24).

51 S. Pressemitteilung des VG Augsburg v. 29.1.2007. <http://www.vgh.bayern.de/VGAugsburg/documents/Dyskalkulie.pdf> und der Bericht in Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/schulspiegel/wissen/0,1518,463271,00.html>.

52 VG Lüneburg, Urteil v. 28.5.2002, Az.: 4 A 246/01, [www.dbovg.niedersachsen.de](http://www.dbovg.niedersachsen.de).

gewirkt hatte. Die darauf beruhende Entscheidung, die Schülerin nicht zu versetzen, war deshalb rechtswidrig. Das Gericht führte aus, dass ein faires, gleichmäßige Chancen bietendes Verfahren nur dann gegeben ist, wenn sein Ablauf für alle Prüflinge gleichermaßen transparent und vorhersehbar ist und wenn sie die Möglichkeit haben, sich auf veränderte Umstände rechtzeitig einzustellen. Die Schülerin hätte in jedem Fach vor der Arbeit darüber informiert werden müssen, wie der Nachteilsausgleich gestaltet werden sollte. Wisse der behinderte Schüler nicht, wie der Nachteilsausgleich gestaltet werde, dann sei er gegenüber nichtbehinderten Schülern benachteiligt, die im Gegensatz zu ihm die Prüfungsbedingungen kennen. Das Gericht stellt außerdem fest, dass es notwendig ist, die Eltern des Schülers rechtzeitig umfassend über die Art des geplanten Nachteilsausgleichs zu informieren. Auch daran fehlte es hier.

Demgegenüber hat das VG Augsburg<sup>53</sup> die Gewährung eines Nachteilsausgleichs sehr viel mehr in das Ermessen der Lehrer gestellt und dem Schüler erhebliche Rügepflichten auferlegt. In dem Fall musste ein Grundschüler mit einer Lese-Rechtschreibschwäche<sup>54</sup>, der den Notenschnitt für den Übertritt auf das Gymnasium nicht erreicht hatte, den Probeunterricht besuchen. Da er den Probeunterricht nicht mit den erforderlichen Noten bestand, beantragten die Eltern im Eilverfahren die vorläufige Aufnahme ins Gymnasium. Sie argumentierten vor allem, dass dem Schüler während der schriftlichen Arbeiten im Probeunterricht die Aufgaben nicht vorgelesen worden seien und ihm nicht bekannt gewesen sei, ob er eine Zeitverlängerung erhalte oder nicht. Das VG Augsburg lehnte den Antrag ab und stellte vor allem darauf ab, dass die Gewährung von Nachteilsausgleich bei Lese-Rechtschreibschwäche nach der bayerischen Regelung<sup>55</sup> in das Ermessen der Lehrer gestellt ist. Da sie während der Arbeiten das Gefühl gehabt hätten, dass es nicht notwendig sei, die Aufgaben vorzulesen und dem Schüler mehr Zeit zu geben, hätten sie ihm nicht vorgelesen und ihm auch keine weitere Zeit gewährt. Das Gericht sah es als ausreichend an, dass die Ermessensentscheidung über die Gewährung des Nachteilsausgleichs erst während der Arbeiten ausgeübt wurde.<sup>56</sup> Darüber hinaus führt das Gericht aus, dass es dem Schüler, der ein gymnasiale Schullaufbahn anstrebe, zuzumuten gewesen wäre, um das Vorlesen der Aufgaben und um Zeitverlängerung zu bitten. Wenn er dies aus übermäßiger Scheu nicht getan habe, dann falle dies in seine Sphäre und sei nicht der Schule anzulasten.<sup>57</sup>

Die Entscheidung des VG Augsburg widerspricht dem Gebot der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren, das zuverlässig gleiche Startchancen für alle Prüflinge in der Prüfung gewährleistet.<sup>58</sup> Gleiche Startchancen in einer Prüfung werden nur gewährt, wenn einem behinderten Schüler vor der Prüfung bekannt ist, wie seine Prüfungsbedingungen sind. Wird über den Nachteilsausgleich erst während der Prüfung entschieden, so schreibt der behinderte Schüler die Prüfung zunächst wie ein nicht-behinderter Schüler mit der Ungewissheit, ob seine Behinderung im Laufe der Prüfung anerkannt wird oder nicht. Wird ihm der Nachteilsausgleich während der Prüfung verwehrt, wird er zusätzlich mit der Entscheidung belastet, ob und wie er sich gegen diese Entscheidung zur Wehr setzt. Damit wird er, so zutreffend das VG Lüneburg,<sup>59</sup> gegenüber den nicht-behinderten Schülern benachteiligt, weil er über die endgültige Ausgestaltung seiner

53 VG Augsburg 2007 (Anm. 29).

54 Die Lese-Rechtschreibschwäche wird in Bayern deutlich von der Legasthenie abgegrenzt, s. dazu KMBek v. 16.11.1999 zur Förderung von Schülern mit besonderen Schwierigkeiten im Lesen und Rechtschreiben (KWMBL. I 1999, 379).

55 Nr. IV. 2. KMBek v. 16.11.1999 (Anm. 28).

56 VG Augsburg (Anm. 29), Rn. 32; ähnlich OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 4.9.2008, Az.: 19 B1293/08 www.justiz.nrw.de, Rn. 14.

57 VG Augsburg (Anm. 29), Rn. 34.

58 Niehues, N. (Anm. 30) Rn. 338

59 VG Lüneburg, Urteil v. 28.5.2002, Az.: 4 A 246/01, www.dbovg.niedersachsen.de.

Prüfung im Unklaren gelassen wird und sich in der Prüfungszeit auch noch mit einer anderen Problematik beschäftigen muss.

Das VG Augsburg überspannt zudem bei weitem die Rügepflichten, die an ein (behindertes) Grundschulkind in einem Prüfungsverfahren gestellt werden können. Die Entscheidung zeugt von wenig Kenntnis über den Entwicklungsstand eines 10jährigen Kindes. Tatsächlich verlangt das Gericht, dass sich ein 10jähriges Kind in einer unbekanntem Prüfungssituation in einer fremden Gruppe mit seiner Behinderung „outet“ und für sich Nachteilsausgleich einfordert. In Bayern wird der Probeunterricht zur Aufnahme auf Gymnasien an den Gymnasien und nicht an den Grundschulen durchgeführt.<sup>60</sup> Die Kinder, Viertklässler, werden aus verschiedenen Grundschulen an einem Gymnasium zum Probeunterricht zusammengefasst, den Unterricht halten Gymnasiallehrer. Die Kinder erleben daher eine Prüfungssituation an einer fremden Schule mit fremden Lehrern und mit fremden Mitschülern. Es ist eine völlige Überforderung für diese jungen Kinder, dass sie in dieser Prüfungssituation gegenüber einer fremden Autoritätsperson vor allen unbekanntem Mitschülern auf ihre Behinderung aufmerksam machen und Rechte für sich einfordern sollen. Dafür ist es unerheblich, ob ein Kind eine gymnasiale Schullaufbahn anstrebt. Auch von diesen Kindern kann man nicht verlangen, dass sie sich in dieser Form „outen“.

#### 3.4 Veränderung inhaltlicher Anforderungen

Behinderungen kann auch durch die Veränderung inhaltlicher Anforderungen in der Prüfung Rechnung getragen werden. Diese Veränderung kann darin bestehen, dass an die Prüfungsleistung geringere Anforderungen gestellt werden oder dass bestimmte Leistungen nicht gefordert werden, etwa die Befreiung von bestimmten Prüfungsbestandteilen, die Befreiung von mündlichen Prüfungen oder die Nicht-Bewertung der Rechtschreibung.

Bei der Verringerung der Anforderungen werden bei der Prüfungsleistung geringere Anforderungen, z.B. durch leichtere Aufgaben in Mathematik oder durch einen veränderten Notenschlüssel, der zu einer inhaltlich besseren Benotung der gleichen Leistung führt. Eine solche inhaltliche Veränderung der Prüfungsbedingungen in einem Ausbildungsberuf lehnte das OVG Saarlouis<sup>61</sup> 2006 ab. Geklagt hatte ein Auszubildender, der den Beruf „Fachlagerist“ lernte und lernbehindert war. Er wollte erreichen, dass er in der Berufsschule integrativ zielfieldifferent unterrichtet wurde und bei der Beurteilung seiner Leistungen sowie bei den Zeugnisnoten auf seine Behinderung Rücksicht genommen wurde.<sup>62</sup> Das OVG Saarlouis lehnte dies vor allem mit der Begründung ab, dass die Zurücknahme der Anforderungen dazu führen würde, dass der Betroffene die Anforderungen des angestrebten Ausbildungsberufs gerade nicht erfüllen würde. Im Ergebnis würden die reduzierten Anforderungen zu einem anderen Ausbildungsziel führen. Eine Behinderung rechtfertigt es nicht, über Leistungsmängel hinwegzusehen oder geringere Leistungsanforderungen zu stellen. Aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergäbe sich nicht der Anspruch, dass der Behinderte den Berufsabschluss durch Rücknahme oder inhaltliche Modifikation

60 Eine Veränderung des Übertrittsverfahrens ab dem Schuljahr 2010/2011 ist vorgesehen <http://www.km.bayern.de/km/topthemen/uebertritt/index.shtml>.

61 OVG Saarland, Beschluss v. 2.10.2006, Az.: 3 W 12/06, SPE 333 Nr. 13.

62 Zu den Möglichkeiten des Nachteilsausgleichs in der Gesellen- und Meisterprüfung s. die umfangreiche Sammlung von Fallbeispielen bei *Keune, S./Frohnenberg, C.*, Nachteilsausgleich für behinderte Prüfungsteilnehmerinnen und Prüfungsteilnehmer, Bielefeld, 3. Aufl., 2008.

der Anforderungen erreiche.<sup>63</sup> Ähnlich urteilte der BFH, der es ablehnte, bei einem legasthenen Prüfling einen anderen Bewertungsmaßstab anzulegen.<sup>64</sup>

Für den Bereich der Legasthenie fordern die Betroffenen vor allem die Nicht-Bewertung der Rechtschreibung in den Prüfungen (sog. Notenschutz).<sup>65</sup> Einen solchen Anspruch lehnten 2008 das OVG Lüneburg und das VG Köln ab.<sup>66</sup> Das OVG Lüneburg begründete dies vor allem damit, dass sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kein unmittelbarer Leistungsanspruch ableiten lasse, da es sich nur um ein grundrechtliches Abwehrrecht handle, dessen Aktualisierung dem Gesetzgeber obliege. Dem schloss sich das VG Köln<sup>67</sup> im September 2008 an und entschied, dass der Anspruch erst durch eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber entstehen könne. Die Argumentation der Gerichte geht fehl, weil die die Schüler keine Leistungen beehrten.<sup>68</sup> Leistungen in diesem Sinne sind nach der Rechtsprechung des BVerwG zusätzliche bereit gestellte Ressourcen, wie z.B. die Einrichtung integrativer Klassen.<sup>69</sup> Um derartige zusätzliche Leistungen ging es jedoch nicht. Die legasthenen Schüler forderten in beiden Fällen keine bestimmten Noten, sondern eine Kompensation ihrer Behinderung, indem bei ihnen die Vorschriften über die Abwertung von Arbeiten wegen erheblicher Rechtschreibfehler nicht angewendet werden. Die Kompensation von Behinderungen ist im Schulalltag keine Seltenheit und erfolgt bei anderen Behinderungen selbstverständlich ohne gesetzliche Regelungen, etwa wenn körperbehinderte Schüler vom Sport oder gehörlose Schüler vom Musikunterricht befreit werden. Warum diese Kompensation bei legasthenen Schülern im Unterschied zu anderen behinderten Schülern eine Leistung sein soll, die eine gesetzliche Ausgestaltung erfordert, erläutern weder das OVG Lüneburg noch das VG Köln.

#### 4 Überweisung auf die Sonderschule

Die Überweisung auf die Förder- bzw. Sonderschule ist ein Bereich, der die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt. Insgesamt ist festzustellen, dass es außerordentlich schwierig ist, Überweisungen auf Sonderschulen erfolgreich anzugreifen. Die Gerichte tendieren dazu, diese Überweisungen aufrechtzuerhalten und nur in extremen Fällen aufzuheben.

Das OVG Magdeburg<sup>70</sup> gab 1999 der Klage von Eltern statt, die eine integrative Beschulung ihrer spastisch behinderten Tochter auf einer Regelgrundschule forderten. Der Sonderschulbesuch könne nur für Kinder vorgesehen werden, die wegen ihrer Behinderung auch durch besondere Hilfen in der Regelschule nicht ausreichend gefördert werden könne. Da die Schülerin aber kognitiv in der Lage war, dem Regelunterricht ohne Schwierigkeiten folgen und nur Hilfe durch eine Begleitperson für praktische Hilfestellungen brauchte, lagen die Voraussetzungen für eine Überweisung auf eine Sonderschule nicht vor. Auch das VG Köln<sup>71</sup> stellte 2004 bei der Aufhebung einer Überweisung auf eine Sonderschule für Lernbehinderte maßgeblich darauf ab, ob der Schüler, der kurz vor dem Ende der Schulpflicht stand, überhaupt eine sonderpädagogische

63 OVG Saarland, Beschluss v. 2.10.2006, Az.: 3 W 12/06 SPE 333 Nr. 13.

64 BFH (Anm. 24), Rn. 5.

65 Grundsätzlich für einen solchen Anspruch *Langenfeld, C.* (Anm. 25), S. 222ff; *Marwege, G.*, Anmerkung zu VG Köln, DVBl 2009, 538 ff.

66 OVG Lüneburg (Anm. 24); VG Köln (Anm. 24).

67 VG Köln, Beschluss v. 26.9.2008, Az.: 10 L 1240/08, www.justiz.nrw.de.

68 Ausführlich dazu *Marwege, G.* (Anm. 65).

69 BVerwGE Beschluss v. 14.8.1997, Az. 6 B 34/97 – juris, Rn. 7.

70 OVG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 1.10.1999, Az.: A 2 S 140/98, SPE 333, Nr. 10.

71 VG Köln, Urteil v. 3.11.2004, Az.: 10 K 6354/04 – Fundstelle: www.birnbaum.de.

Förderung erhalten würde. Die Schulbehörde hatte sich bei der Entscheidung nicht mit der Frage beschäftigt, ob auf der Sonderschule bei dieser Klassenstufe noch eine sonderpädagogische Förderung erfolgen könne. Dieser Begründungsmangel stellte nach Ansicht des VG Köln einen erheblichen Verfahrensmangel gem. § 45 VwVfG dar, der auch nicht gem. § 46 VwVfG geheilt worden war.<sup>72</sup> Die fehlende Beteiligung der Erziehungsberechtigten in dem Verfahren sah das Gericht nicht nur als formellen, sondern auch als materiellen Fehler an,<sup>73</sup> der den Bescheid insgesamt rechtswidrig machte. Demgegenüber sah das VG Braunschweig 2008 die Verletzung der Hinweis- und Beratungspflicht der Eltern im Verfahren zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs nur als formellen und nicht als materiellen Fehler an, so dass sich dieser formelle Fehler nicht auf die Rechtmäßigkeit des Bescheides auswirkte.<sup>74</sup>

Das OVG Saarlouis bestätigte 2004<sup>75</sup> die Überweisung eines sehr verhaltensauffälligen Schülers auf die Sonderschule. Der Schüler war bereits in der Grundschule sehr verhaltensauffällig, so dass er dort integrativ mit Unterstützung einer ambulanten Sonderschullehrkraft unterrichtet wurde. Nach zweijähriger integrativer Unterrichtung wurde er wegen der nach wie vor massiven Verhaltensauffälligkeiten auf die Sonderschule überwiesen. In dem Überweisungsbescheid wird auf die bekannten Tatsachen abgestellt, das beanstandete Verhalten des Schülers zusammenfassend und generalisierend dargestellt und schließlich festgestellt, dass die integrative Unterrichtung keinen Erfolg gehabt habe. Das OVG Saarlouis setzt sich ausführlich mit den Anforderungen an die Begründung für die Überweisung auf die Sonderschule auseinander und zeigt detailliert auf, wann eine Begründung substantiiert ist. Erforderlich ist danach, dass erkennbar ist, auf welchen Erwägungen die Überweisung im Einzelnen beruht. Dazu gehört die Angabe der Art und Schwere der Behinderung, sowie die Gründe, die die Behörde zu der Einschätzung gelangen lassen, dass eine Erziehung und Unterrichtung des Behinderten am besten in einer Sonderschule gewährleistet erscheint. Die organisatorischen, personellen oder sächlichen Schwierigkeiten sowie die Gründe, warum diese Schwierigkeiten im Einzelfall nicht zu bewältigen sind, sind darzulegen. Darüber hinaus setzt eine ausreichende Begründung voraus, dass auf die entgegengesetzten Erziehungswünsche des Behinderten und seiner Erziehungsberechtigten eingegangen wird. Die von der Schulbehörde vorgenommene Abwägung muss nachvollziehbar sein, um auch gerichtlich überprüfbar zu sein.<sup>76</sup>

Das OVG Saarlouis hielt die gegebene sehr knappe Begründung dennoch für noch hinreichend, da es sich im konkreten Fall nicht um eine erstmalige Entscheidung handelte, sondern um eine Entscheidung nach vorangegangenen langen, intensiven Erfahrungen der Schule mit dem Schüler und zahlreichen Gesprächen mit allen Beteiligten. Inhaltlich maß das OVG Saarlouis den Bescheid an Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, interessanterweise ohne zu prüfen und festzustellen, ob denn die Verhaltensauffälligkeiten des Schülers eine Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sind. Es stellte fest, dass die Umschulung auf eine Sonderschule dann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sein kann, wenn die Überweisung erfolgt, obwohl der Besuch der Regelschule durch vertretbaren Einsatz von sonderpädagogischer Förderung ermöglicht werden kann und der Schüler die Regelschule bei begleitender sonderpädagogischer Förderung mit Erfolg durchlaufen könne.<sup>77</sup> Diese Entscheidung sei von den Schulbehörden zu treffen, wobei die Umstände des

72 VG Köln (Anm. 71), S. 9.

73 VG Köln (Anm. 71), S. 10.

74 VG Braunschweig, Beschluss v. 20.8.2008, Az.: 6 B 196/08, Beck RS 2008 41195.

75 OVG Saarland, Beschluss v. 29.9.2004, Az.: 3 W 18/04 – juris.

76 OVG Saarland (Anm. 75), Rn. 10.

77 OVG Saarland (Anm. 75) Rn. 14, 16.

Einzelfalles und auch die Vor- und Nachteile auch für die Mitschüler abgewogen werden müssten.<sup>78</sup> Im Ergebnis hielt das OVG den Bescheid für rechtmäßig, sicher auch unter dem Eindruck der erheblichen Unterrichtsstörungen durch den Schüler und seine ständigen massiven verbalen Entgleisungen gegenüber Mitschülern, die für diese nicht mehr hinnehmbar waren. Ganz ähnlich ist eine Entscheidung des OVG Münster<sup>79</sup>: Es äußert zunächst erhebliche Zweifel daran, einen aggressiven und verhaltensauffälligen Schüler, der jedoch ausreichende Leistungen erbringt, wegen seines Verhaltens auf die Sonderschule zu überweisen.<sup>80</sup> Im Ergebnis hält es die Überweisung aber für nicht offensichtlich rechtswidrig, weil der Schüler wegen seines Verhaltens eine außergewöhnliche Belastung für seine Klasse und seine Mitschüler darstelle.<sup>81</sup>

Das VG Braunschweig<sup>82</sup> hielt 2008, die Überweisung auf eine Sonderschule für Lernbehinderte trotz erheblicher Verfahrensfehler aufrecht. Es hatte keine Konsequenzen, dass die Eltern erhebliche Verfahrensfehler anführten und das Gericht selbst diese Verfahrensfehler für bedauerlich und nicht vertrauensfördernd hielt und kritisierte, dass es an Vermerken über die geführten Gespräche fehlte. Fehler im Verfahren zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs und damit im Verfahren zur Überweisung auf die Förderschule seien nur dann erheblich, wenn sich diese Fehler auf die Entscheidung auswirkten. Das sei hier nicht der Fall gewesen. Das Gericht hielt inhaltlich die Überweisung auf die Förderschule in der 3. Klasse mit folgender Begründung für berechtigt: „Da dem Antragsteller bei einem mit wachsenden Anforderungen verbundenen Besuch der Grundschule nach dem fachkundigem Urteil der beteiligten Pädagogen Frustrationserlebnisse drohen und diese mit einem Verlust von Selbstbewusstsein und positiver Lebenserfahrung verbunden sein werden, liegt der (möglicherweise nur vorübergehende) Besuch der Förderschule, im Rahmen dessen nach derzeitigem Stand die dringend erforderlichen Entwicklungsfortschritte zu erwarten sind, nicht zuletzt in seinem Interesse.“ Diese Argumentation des VG Braunschweig erinnert an die Entscheidung des BVerwG von 1958,<sup>83</sup> in der das BVerwG die Hilfsschulen als staatliche Wohltat für die Kinder ansah. Das VG Braunschweig lässt außer Betracht, dass inzwischen in vielen Untersuchungen nachgewiesen wurde, dass insbesondere die Schüler der Sonderschulen für Lernbehinderte keine bleibenden positiven Effekte beim Selbstbewusstsein erreichen, die ihre Stigmatisierung kompensieren.<sup>84</sup> Zudem ist allgemein bekannt, dass die Sonderschule für Lernbehinderte eine Sackgasse für die betroffenen Kinder ist, an der sie in zehn Bundesländern keinen Hauptschulabschluss machen können<sup>85</sup> und aus der ihnen eine Rückkehr in die Regelschule nur außerordentlich selten gelingt.<sup>86</sup> Es ist daher eher wahrscheinlich, dass der Besuch der Sonderschule nicht im Interesse des Kindes liegt, ihm keine Frustrationserlebnisse ersparen und ihm auch keine positive Lebenserfahrung vermitteln wird.

78 OVG Saarland (Anm. 75), Rn. 16.

79 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 11.8.2003, Az.:19 B 898/03 [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de).

80 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm. 79), Rn. 6.

81 OVG Nordrhein-Westfalen (Anm. 79), Rn. 14.

82 VG Braunschweig (Anm. 74).

83 BVerwG (Anm. 5).

84 Umfassend dazu *Schumann, B.* „Ich schäme mich ja so“, Die Sonderschule für Lernbehinderte als „Schonraumfalle“ Diss. Heilbrunn 2007., insbesondere S. 84 ff.

85 *Autorengruppe Bildungsberichterstattung*, Bildung in Deutschland 2008, Bericht im Auftrag der KMK und des Bundesministerium für Bildung und Forschung, [http://www.bildungsbericht.de/daten2008/bb\\_2008.pdf](http://www.bildungsbericht.de/daten2008/bb_2008.pdf), S. 89.

86 S. dazu Bildungsbericht 2008 (Anm. 85) S. 257.

## 5 Integrative Beschulung – Anspruch und Grenzen

Erklärtes Ziel von Behindertenverbänden ist die inklusive Schulbildung,<sup>87</sup> zumindest aber die integrative Beschulung. Die Rechtsprechung ist hier außerordentlich zurückhaltend. Die Frage, ob ein Kind mit Down-Syndrom Anspruch auf integrative Beschulung an einer Regelschule hat, hat der Bayerische VGH<sup>88</sup> verneint. Die Eltern hatten den Antrag gestellt, dass ihr Kind der Regelgrundschule zugewiesen wurde. Der Bayerische VGH lehnte dies ab, da die nach Art. 41 BayEUG erforderliche „aktive Teilnahme“ am Unterricht bei diesem Schüler nicht gegeben sei. Der Schüler war nach den Feststellungen des Gerichts überwiegend auf Einzelmaßnahmen und Einzelzuwendung angewiesen war. Die räumliche Anwesenheit in der Regelschule allein sei keine wirkliche Integration, es sei vielmehr notwendig, dass der Schüler dem Unterricht – auch durch Hilfen – so weit folgen kann, dass er auf Dauer schulische Fortschritte erzielen kann. Ob diese Rechtsprechung angesichts der Geltung der UN-Konvention zum Schutz behinderter Menschen Bestand haben kann, ist zweifelhaft.

Die Rechtsprechung musste sich auch mit der Frage beschäftigen, ob ein behindertes Kind Anspruch auf zielgleiche Unterrichtung hat. In einem vom OVG Saarlouis<sup>89</sup> entschiedenen Fall wollten die Eltern einer Schülerin mit Down-Syndrom erreichen, dass diese die neunte Klasse der Regelhauptschule, auf der sie bisher integrativ unterrichtet worden war, wiederholen durfte und dann zielgleich unterrichtet werden sollte. Das OVG Saarlouis lehnte dies mit umfangreicher Begründung ab. Es sah keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darin, der Schülerin die zielgleiche Unterrichtung zu versagen, denn: „fehlen einer Person gerade aufgrund ihre Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot.“<sup>90</sup> Nicht von der Hand zu weisen ist die Begründung des OVG Saarlouis, dass es pädagogisch kaum vertretbar erscheint, geistig behinderte Schüler auf dasselbe Leistungsziel und denselben Leistungsinhalt hin zu unterrichten wie nicht behinderte Schüler. Ein derartiger, im Grunde unrealistischer Leistungszwang würde, so das OVG, die Lebenssituation der betroffenen Behinderten letztlich verschlechtern. Bei der Beschulung von Behinderten seien nicht nur die Chancen, sondern auch die Belastungen zu würdigen.<sup>91</sup>

## 6 Fazit:

Statisch weist der Bildungsbericht 2008 aus, dass in Deutschland 5,8 % aller Schüler sonderpädagogisch oder integrativ gefördert werden.<sup>92</sup> Angesichts dieser Zahl ist es erstaunlich, wie wenig Rechtsprechung sich zur Berücksichtigung von Behinderungen in der Schule findet. Es ist zu vermuten, dass viele Eltern den Streit mit der Schule scheuen, weil sie Sorge davor haben, dass mit einem Rechtsstreit für das behinderte Kind weniger gewonnen als verloren ist. Das Kind muss die Schule weiter besuchen und die Folgen eines Rechtsstreits tragen. Die dargestellte Rechtsprechung zeigt auf, dass die Gerichte Entscheidungen der Schulbehörden nur sehr selten aufheben.

87 Z.B. die Forderungen der BAG Gemeinsam leben- gemeinsam lernen, <http://www.gemeinsamleben-gemeinsamlernen.de>.

88 Bay.VGH, Beschluss v. 2.11.2006, Az.: 7 CE 06.2196, [www.Rechtszentrum.de](http://www.Rechtszentrum.de).

89 OVG Saarland, Beschluss v. 23.10.2000, Az.: 3 V 25/00 – juris.

90 OVG Saarland (Anm. 89) Rn. 23.

91 OVG Saarland (Anm. 89) Rn. 27, 30.

92 Bildungsbericht 2008 (Anm. 85) S. 256.

Die Entscheidungen werden oft vor allem mit dem Hinweis auf das pädagogische Ermessen selbst dann gehalten, wenn offensichtlich Verfahrensfehler vorliegen. Festzustellen ist auch, dass sich die Rechtsprechung bisher nur sehr oberflächlich mit dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auseinandergesetzt hat. Sie scheut sich offensichtlich davor, behinderten Kindern Ansprüche und Rechte einzuräumen, die zu finanziellen Folgekosten bei den Schulverwaltungen führen könnten. Auch an einer Auseinandersetzung mit den Auswirkungen des Benachteiligungsverbots auf den Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren fehlt es bisher.

Verf.: ORR'in Gabriele Marwege, E-Mail: g.marwege@freenet.de

Ingo Richter

## Der Übergang vom Kindergarten in die Grundschule – strukturelle und rechtliche Probleme

*Ein Psychologieprofessor der Tübinger Universität und seine Frau klagten im Jahre 1969 vor dem Staatsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg, weil das zuständige Schulamt die Aufnahme ihrer dreijährigen Tochter, die den Schulreifetest bestanden hatte, in die erste Klasse der Grundschule abgelehnt hatte, – und erhielt recht<sup>1</sup>. So jedenfalls habe ich den Fall in zahlreichen Vorträgen referiert und mich immer gefragt, was aus dem Mädchen wohl geworden sein mag. In Wirklichkeit war das Mädchen aber gar nicht drei Jahre alt, sondern fünf Jahre und fünf Monate und hatte den damaligen Stichtag des baden-württembergischen Rechts gerade mal um einen Monat verfehlt, denn mit fünf Jahren und sechs Monaten hätte sie vorzeitig eingeschult werden können. Und der Vater war auch gar kein Psychologieprofessor, sondern ein ganz normaler Mensch, der von der Möglichkeit einer vorzeitigen Einschulung Gebrauch machen wollte.*

*Ich hatte offensichtlich den Fall drastischer gestalten wollen, und die Verfälschung des Falles war mir so in Fleisch und Blut übergegangen, dass ich sie selber geglaubt hatte.*

Der Staatsgerichtshof hat nun allerdings die Regelung des Stichtages für den Beginn der Schulpflicht und der Ausnahmen für eine vorzeitige Einschulung, die das Land auf der Grundlage des Hamburger Abkommens von 1964 und der KMK-Beschlüsse vom 24.10.1967 und vom 28.3.1968 getroffen hatte<sup>2</sup>, für verfassungswidrig erklärt, und die Formulierung der Entscheidung klingt so, als ob sie auch auf Dreijährige Anwendung finden könnte. Der Staatsgerichtshof hielt die Stichtagsregelung für einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Elternrecht. Eine Ganzjahresregelung, d.h. einen Stichtag, der eine vorzeitige Einschulung von fünfjährigen Kindern erlaubt hätte, hielt der Staatsgerichtshof jedoch für verhältnismäßig. Eine schulreife Dreijährige hätte

1 „§ 43 Abs. 1 SchVOG ist mit der Landesverfassung insoweit nicht vereinbar und daher nichtig, als die vorzeitige Schulaufnahme eines Kindes, welches die für den Schulbesuch erforderliche geistige und körperliche Reife besitzt, von der Vollendung des 6. Lebensjahres bis zum 31. Dezember des laufenden Kalenderjahres abhängig gemacht wird“ Staatsgerichtshof Baden-Württemberg vom 2.8.1969 in SPE II/II S. 1

2 Baden-Württemberg hatte den Stichtag auf den 30.9. festgelegt und eine vorzeitige Einschulung von jüngeren Kindern nur zugelassen, wenn sie bis zum 31.12. des Jahres das 6. Lebensjahr vollenden, also bei der Einschulung nicht jünger als fünfeneinhalb Jahre sind.