

Johannes Rux

Kein Handlungsbedarf oder Anlass für eine bildungspolitische Revolution? – Zur innerstaatlichen Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen

Nach langwierigen Verhandlungen haben Bundestag und Bundesrat dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (UN-Behindertenrechtskonvention – BRK) im Dezember 2008 zugestimmt. Das Übereinkommen wurde zum 24. Februar 2009 ratifiziert und ist daher ab dem 26. März 2009 für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich¹ – und zwar einschließlich des fakultativen Zusatzprotokolls, das unter anderem ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht und damit eindeutig klar stellt, dass die BRK keineswegs nur unverbindliche Programmsätze oder objektive – und damit innerhalb des deutschen Rechtsschutzsystems nicht einklagbare – Verpflichtungen der Unterzeichnerstaaten begründet, sondern subjektive Rechtsansprüche der Betroffenen, die diese gegebenenfalls auf dem Rechtsweg durchsetzen können.²

Art. 24 BRK verpflichtet die Unterzeichnerstaaten ausdrücklich zur Errichtung eines „inklusi-ven Schulsystems“, in dem 80–90 % der Kinder und Jugendlichen mit Behinderung gemeinsam mit Kindern und Jugendlichen ohne Behinderung unterrichtet werden. In Deutschland scheinen die Verhältnisse derzeit gerade umgekehrt zu sein: Folgt man den von der Kultusministerkonferenz veröffentlichten Zahlen nehmen im Bundesdurchschnitt nur etwa ein Sechstel derjenigen Schüler, denen ein sonderpädagogischer Förderbedarf attestiert wurde, am Unterricht der Regelschulen teil³ – wobei der „Integrationsgrad“ in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich ist und von etwa 5 % in Niedersachsen bis zu etwa 45 % in Bremen reicht.⁴ Tatsächlich ist der Anteil möglicherweise sogar noch geringer, da die Länder bei ihren Meldungen an die KMK gegebenenfalls sogar die an den Regelschulen geführten Außenklassen der Förderschulen oder die außerunterrichtliche Kooperation zwischen Regel- und Förderschulen zu den integrativen Angeboten rechnen, obwohl bei diesen Angeboten gerade kein gemeinsamer Unterricht stattfindet.⁵

Angesicht dieser Diskrepanz erscheint es durchaus bemerkenswert, wenn sowohl die Bundesregierung in einer – rechtlich völlig unverbindlichen – Denkschrift zur Behindertenrechtskonvention als auch zahlreiche Landesregierungen ihrer Auffassung Ausdruck verliehen haben, dass die Ratifikation des Übereinkommens nur geringfügige Änderungen erforderlich mache. Zwar können die allermeisten Länder darauf verweisen, dass ihre Landesschulgesetze⁶ explizit einen

1 BGBl. II 2008, S. 1419.

2 Vgl. zur BRK ausführlich *Poscher, R./Rux, J./Langer, T.*, Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008, S. 13 ff.

3 Von 484.346 Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf (im Jahr 2006), besuchten 408.085 eine Förder- bzw. Sonderschule, das entspricht mehr als 84 %; vgl. die Angaben der KMK in der Dokumentation Nr. 185 vom April 2008, Tabellen A.1.1.1. und A.2.1.

4 Vgl. die Angaben der KMK in der Dokumentation Nr. 185 vom April 2008, Tabellen B.1.1.1. und B.2.1.1.

5 Nur damit lässt sich etwa der vergleichsweise hohe Integrationsgrad in Baden-Württemberg erklären.

6 In Thüringen ergibt sich der im Schulgesetz und Förderschulgesetz nur angedeutete Vorrang eindeutig erst aus dem Gleichstellungsgesetz.

Vorrang des gemeinsamen Unterrichts von Schülern mit und ohne Behinderung statuieren. Die einzige Ausnahme stellt insofern Baden-Württemberg dar, wo Schüler mit Behinderung allenfalls im Rahmen von Schulversuchen am integrativen Unterricht der Regelschulen teilnehmen können.⁷ Gerade aus dieser Perspektive drängt sich aber die Frage auf, warum der gemeinsame Unterricht in den meisten Ländern tatsächlich eine eher seltene Ausnahme darstellt.

1 Rechtslage und Reformbedarf in den Ländern

Im Folgenden soll eine Antwort auf die Fragen gefunden werden, ob und in wie weit die gegenwärtige Rechtslage in den Ländern den in Art. 24 der Konvention begründeten Verpflichtungen heute tatsächlich schon entspricht bzw. ob und welche Reformen infolge der Ratifikation unabdingbar sind.

1.1 Negativauslese und Zugang zu den Regelschulen

In diesem Zusammenhang scheint zunächst ein Hinweis darauf geboten, dass das deutsche Schulsystem traditionell von dem Grundsatz geprägt ist, dass die Kinder und Jugendlichen entsprechend ihrer „Begabung“ – oder eigentlich auf Grund einer Prognose über ihre Fähigkeit, bestimmten Leistungsanforderungen gerecht zu werden – auf verschiedene Schularten und Bildungsgänge verteilt werden sollten. Da der Zugang zu den allermeisten beruflichen und akademischen Ausbildungsgängen den vorherigen (erfolgreichen) Abschluss eines „passenden“ schulischen Bildungsganges voraussetzt, stellt schon die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Schularten und schulischen Bildungsgängen einen Eingriff in die Berufsfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG dar. Daher ist nur eine so genannte Negativauslese zulässig, bei der nur denjenigen Kindern und Jugendlichen der Zugang zu einem bestimmten Bildungsgang oder einer bestimmten Schulart verwehrt werden darf, bei denen mit hinreichender Sicherheit abzusehen ist, dass sie den entsprechenden Leistungsanforderungen nicht gerecht werden können.⁸

Völlig unabhängig davon, dass die entsprechenden Prognosen über die künftige Entwicklung der betroffenen Kinder und Jugendlichen mit einem erheblichen Irrtumsrisiko behaftet sind, scheint es zumindest auf den ersten Blick der inneren Logik eines solchen Systems zu entsprechen, dass Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Förderung bedürften, um mit Erfolg am Unterricht der allgemeinen oder Regelschulen teilnehmen zu können, grundsätzlich nicht zum Unterricht dieser Schulen zugelassen werden. Daher besteht neben dem zwei- oder dreigliedrigen Regelschulsystem in allen 16 Bundesländern ein ausdifferenziertes System so genannter Förder- bzw. Sonderschulen mit den Förderschwerpunkten Lernen, Sehen, Hören, Sprache, körperliche und motorische Entwicklung, geistige Entwicklung sowie emotionale und soziale Entwicklung.⁹

7 Wobei erschwerend hinzu kommt, dass die Schulversuche in der Regel auf die Grundschulen beschränkt bleiben. Zwar gibt es viele Eltern, die sich dafür einsetzen, dass ihre Kinder auch später gemeinsam unterrichtet werden. Da der Klassenverband jedoch nach der 4. Jahrgangsstufe zwangsläufig aufgelöst wird, finden sich nur höchst selten weiterführende Schulen, die sich bereit finden, an einem entsprechenden Schulversuch teilzunehmen – gezwungen werden können sie dazu jedenfalls nicht.

8 Vgl. dazu *Niehues, N./Rux, J.*, Schul- und Prüfungsrecht – Bd. 1, Schulrecht, 4. Aufl., München 2006, Rn. 584 ff.

9 Hiervon zu unterscheiden sind die Schulen für Kranke, an denen Kindern, die aufgrund einer Erkrankung vorübergehend nicht am Unterricht ihrer Regelschule teilnehmen können, die Möglichkeit gegeben wird, den Anschluss zu halten.

Bei einer näheren Betrachtung ergeben sich allerdings einige Zweifel, ob es mit dem im Grundrecht auf Berufsfreiheit verwurzelten Grundsatz der Negativauslese vereinbar ist, wenn Kindern und Jugendlichen, die mit einer entsprechenden sonderpädagogischen Förderung voraussichtlich dazu in der Lage sein werden, die Bildungsziele der Regelschule zu erreichen, der Zugang zu diesen Schulen verwehrt wird. Dies gilt unter Umständen selbst dann, wenn sie an den Förderschulen theoretisch die Möglichkeit haben, einen formal gleichwertigen Bildungsabschluss zu erwerben, da damit noch nicht gewährleistet ist, dass dieser Bildungsabschluss auch von Arbeitgebern und Ausbildungseinrichtungen als gleichwertig anerkannt wird. Tatsächlich muss man jedoch davon ausgehen, dass die Abschlüsse von Förderschulen stigmatisiert sind.

Allerdings ergeben sich aus der Berufsfreiheit grundsätzlich keine Leistungsansprüche der Betroffenen. Selbst wenn man daher davon ausgeht, dass es dem Grundsatz der Negativauslese entsprechen würde, bei der Entscheidung über die Zulassung zu einer bestimmten Schulen ausschließlich darauf abzustellen, ob der Schüler voraussichtlich dazu in der Lage sein wird, den betreffenden Bildungsgang mit Erfolg zu absolvieren, haben die Betroffenen aus Art. 12 GG keinen Anspruch darauf, dass ihnen an dieser Schule die sonderpädagogische Förderung zuteil wird, die sie für den erfolgreichen Abschluss benötigen.

1.2 Sonderpädagogischer Förderbedarf und Behinderung

Die Diskrepanz zwischen dem Inklusionsziel der BRK und dem Integrationsgrad der Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf könnte darin begründet sein, dass dieser Bedarf nicht notwendigerweise auf eine Behinderung in dem der BRK zugrunde liegenden Sinne zurück zu führen sein muss.

In der Tat kann es durchaus vorkommen, dass Kinder und Jugendliche, die nach den internationalen Klassifikationen der WHO als behindert gelten, ohne sonderpädagogische Förderung am Unterricht der Regelschulen teilnehmen und damit in den entsprechenden Statistiken der KMK überhaupt nicht erfasst werden. Dies betrifft insbesondere eine Vielzahl von Kindern und Jugendlichen, die unter Teilleistungsstörungen wie Legasthenie, Dyskalkulie oder Dyspraxie leiden, die stottern oder vergleichsweise leicht körperlich behindert sind. Teilweise werden die Eltern hier aus der Sorge heraus, dass ihr Kind andernfalls möglicherweise einer Förder- bzw. Sonderschule zugewiesen werden könnte, alle Hebel in Bewegung setzen, um die Feststellung eines sonderpädagogischen Förderbedarfes zu verhindern.

Auf der anderen Seite leiden keineswegs alle Schüler, die dem Förderschwerpunkt „Lernen“ zugeordnet werden – und dies betrifft traditionell etwa die Hälfte aller Schüler, denen sonderpädagogischer Förderbedarf attestiert wird¹⁰ –, unter einer „Lernbehinderung“ im Sinne der einschlägigen WHO-Klassifikation:¹¹ Denn während der sonderpädagogische Förderbedarf im Schwerpunkt „Lernen“ mit einem langandauernden und umfassenden Schulleistungsversagen und einer Minderbegabung assoziiert wird, umfassen die „learning disabilities“ nach der ICD-10-Klassifikation der WHO klar definierte Teilleistungsstörungen wie die bereits erwähnten Legasthenie oder Dyskalkulie, die keineswegs notwendigerweise mit einer verminderten Intelligenz

10 Vgl. die Angaben der KMK in der Dokumentation Nr. 185 vom April 2008, Tabelle A.1.1.2.

11 Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass ein deutlich überproportional hoher Anteil der betroffenen Schüler aus Migrantenfamilien stammt. Es gibt aber keinen Grund für die Annahme, dass die Angehörigen dieser Gruppe häufiger unter einer „echten“ Lernbehinderung leiden.

einhergehen müssen. Daher muss man davon ausgehen, dass ein großer Teil der betroffenen Kinder und Jugendlichen in erster Linie dadurch behindert wird, dass sie zum Besuch einer Schule verpflichtet sind, an der sie keinen vollwertigen Schulabschluss erreichen können bzw. deren Abschlüsse stigmatisiert sind.

Da der Integrationsgrad dieser Gruppe in etwa dem Bundesdurchschnitt aller Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf entspricht, besteht jedoch kein Anlass, die Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf im Förderschwerpunkt „Lernen“ aus den einschlägigen Daten der KMK herauszurechnen. Vielmehr kann trotz der hier beschriebenen Unterschiede zwischen sonderpädagogischem Förderbedarf und Behinderung im Sinne der ICD-10-Klassifikation der WHO kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass in Deutschland derzeit bei weitem noch nicht 80–90 % aller Kinder und Jugendlichen, die an einer Behinderung leiden, am gemeinsamen Unterricht der Regelschulen teilnehmen. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Forderungen der BRK in der Bundesrepublik Deutschland bereits in die Praxis umgesetzt wären.

1.3 Der Anspruch auf Zulassung zum gemeinsamen Unterricht und die Pflicht zum Ausbau der entsprechenden Kapazitäten

Wie bereits deutlich wurde, haben mittlerweile fast alle Länder dem gemeinsamen Unterricht von Schülern mit und ohne Behinderung Vorrang eingeräumt. Wenn im Bundesdurchschnitt dennoch deutlich mehr als 80 % derjenigen Schüler, denen sonderpädagogischer Förderbedarf attestiert wurde, eine entsprechende Förder- bzw. Sonderschule besuchen, so impliziert dies jedoch, dass in den meisten Ländern die vorhandenen Kapazitäten nicht ausreichen, um allen Schülern, die mit entsprechender sonderpädagogischer Förderung am Unterricht der Regelschulen teilnehmen könnten, den Zugang zu diesem Unterricht zu ermöglichen. Tatsächlich wird das in den Bestimmungen über den Vorrang des integrativen Unterrichts angedeutete Regel-Ausnahme-Verhältnis in den meisten Ländern dadurch in sein Gegenteil verkehrt, dass einem Schüler der Zugang zur Regelschule gegebenenfalls allein deshalb verweigert werden kann, weil die Kapazität derjenigen Regelschulen erschöpft ist, an denen eine angemessene sonderpädagogische Förderung möglich wäre.

Zumindest auf den ersten Blick können sich die Länder insofern auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen, das im Jahr 1997 zu dem Ergebnis gekommen war, dass die Überweisung eines behinderten Schülers an eine Förder- bzw. Sonderschule gegen seinen und seiner Eltern Willen nicht notwendigerweise als Benachteiligung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG angesehen werden muss. Zwar wäre es nach Ansicht des Gerichts verfassungswidrig, wenn ein Schüler auf eine Förder- bzw. Sonderschule überwiesen wird, obwohl es mit den vorhandenen Personal- und Sachmitteln möglich wäre, den Schüler an einer Regelschule zu unterrichten.¹² Da Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – anders als Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in Bezug auf die Gleichstellung von Frauen und Männern – nur ein Benachteiligungsverbot enthalte, soll also keine Pflicht zur besonderen

12 Vgl. BVerfGE 96, 288, 304/312; zustimmend zur Entscheidung etwa *Berkemann, J.*, JR 1998, 397, 399; *Füssel, H.-P.*, RdJB 1998, 250; kritisch hingegen *Beylerlin, U.*, RdJB 1999, 157, 163 ff.; *Caspar, J.*, EuGRZ 2000, 135, 138 f.; *Castendiek, J./Hoffmann, G.*, Das Recht der behinderten Menschen, 2. Auflage, Baden-Baden 2007, Rdnr. 330 ff.; *Reichenbach, P.*, Art. 3 Abs. 3 S. 2 als Grundrecht auf Chancengleichheit, RdJB 2001, 53, 56 f., denen die Entscheidung des BVerfG nicht weit genug geht. Vgl. insofern auch OVG Münster, NWVBl. 2004, 425; VGH München; NVwZ-RR 2007, 327, das einen Anspruch auf Zulassung verneint, wenn sich ein Schüler voraussichtlich nicht aktiv am Unterricht beteiligen kann.

Förderung und damit dazu bestehen, die Kapazitäten für die sonderpädagogische Förderung an den Regelschulen gegebenenfalls auszuweiten.

Zwar ergeben sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes nur in Ausnahmefällen Leistungsansprüche gegenüber dem Staat. Leider hat es das Bundesverfassungsgericht jedoch versäumt, klar herauszuarbeiten, dass und inwiefern eine Ausweitung der Kapazitäten für die sonderpädagogische Förderung an den Regelschulen für die Länder tatsächlich mit einem erheblichen finanziellen Mehraufwand verbunden wäre. Richtigerweise bedarf es insofern einer Gesamtbetrachtung, bei der nicht nur der unmittelbare Sach- und Personalaufwand berücksichtigt wird, sondern auch Sozialleistungen, auf die der Einzelne ggf. einen Rechtsanspruch hat. Was das im Einzelnen bedeutet, kann hier nicht im Detail ausgeführt werden. Fest steht jedenfalls, dass zum einen dem eventuellen Mehraufwand für die behindertengerechte Ausstattung der Regelschulen¹³ die erheblichen Einsparungen bei der Schülerbeförderung zur Förder- bzw. Sonderschule gegenüber gestellt werden müssen. Zum anderen muss bei den entsprechenden Vergleichsrechnungen berücksichtigt werden, dass die betroffenen Schüler in der Regel Ansprüche auf Eingliederungshilfe auf Grundlage der §§ 53 f. SGB XII und 35a SGB VIII haben. Diese Eingliederungshilfen dienen aber explizit dazu, den Betroffenen den Schulbesuch zu ermöglichen, indem etwa Kosten für die Schülerbeförderung, besondere Hilfsmittel oder auch eines Eingliederungshelfers übernommen werden.¹⁴ Die Träger der entsprechenden Sozialleistungen sind dabei an die Zuweisungsentscheidung der Schulbehörden gebunden¹⁵ und können die Betroffenen nicht darauf verweisen, dass beim einer Förder- bzw. Sonderschule ggf. geringere Aufwendungen anfallen würden.¹⁶

In diesem Zusammenhang sei der Hinweis darauf gestattet, dass die Verfasser der Behindertenrechtskonvention ihren Formulierungen die Vermutung zugrunde gelegt haben, dass ein inklusives Schulsystem die Haushalte der Unterzeichnerstaaten gegebenenfalls weniger stark belasten würde, als die Beibehaltung besonderer Schulen für Menschen mit Behinderung. Diese Vermutung beruht wiederum auf der – unausgesprochenen – Annahme, dass die Staaten neben dem Regelschulsystem kein Parallelsystem von Förderschulen für diejenigen Schüler unterhalten, die bzw. deren Eltern noch nicht vom Sinn des inklusiven Unterrichts überzeugt sind. Dies führt dann aber dazu, dass denjenigen Schülern, die entsprechend den Vorgaben der BRK auf ihrem Recht zum Besuch einer Regelschule bestehen die eventuellen Mehrkosten nicht entgegen gehalten werden dürfen, die mit der Errichtung und Unterhaltung zweier verschiedener Schulsysteme verbunden sind.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die Länder schon nach der bisherigen Rechtslage dazu verpflichtet wären, die Angebote für den gemeinsamen Unterricht von Schülern mit und ohne Behinderung deutlich stärker am Bedarf zu orientieren. Nach dem In-Kraft-Treten der BRK darf einem Schüler, der grundsätzlich dazu in der Lage wäre, am Unterricht einer Regelschule teilzunehmen, der Zugang endgültig nicht mehr allein deshalb verweigert werden, weil es an dieser Schule noch keine Möglichkeiten für eine entsprechende sonderpädagogische Förderung gibt. Vielmehr müssen die Schulträger und das jeweilige Land als Träger des Personalauf-

13 Wobei zu beachten ist, dass bei Neu- und Umbauten auf Grund der landesrechtlichen Bestimmungen des Bauordnungsrechts bzw. der Landesgleichstellungsgesetz ohnehin die Barrierefreiheit gewährleistet werden muss. Zum Verhältnis von Bauordnungsrecht und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vgl. etwa OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 155; VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 795.

14 Vgl. dazu ausführlich *Poscher, R./Rux, J./Langer, T.*, Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008, S. 53 ff.

15 Vgl. dazu grundlegend BVerwGE 123, 316.

16 Vgl. dazu etwa BVerwGE 91, 110, 116; 94, 127; 100, 65, sowie BVerwG, DVBl. 2008, 319, gegen OVG Bautzen, DVBl. 2006, 856, vgl. auch BayVerfGH, BayVBl. 2007, 208.

wandes die vorhandenen Ressourcen gegebenenfalls flexibel einsetzen und dabei auch mit den Trägern der Eingliederungshilfe kooperieren.

Betrachtet man sich nun die Regelung in den einzelnen Bundesländern, so erscheint die Rechtslage in Baden-Württemberg – wo der gemeinsame Unterricht auf Schulversuche beschränkt ist – aber auch in den Ländern Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen besonders problematisch, da die Gesetzgeber in diesen Ländern keine Verpflichtung statuiert haben, die Kapazitäten für den gemeinsamen Unterricht gegebenenfalls auszubauen bzw. dem Bedarf anzupassen.

In Bayern, Brandenburg, dem Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein lässt sich den einschlägigen Bestimmungen zwar eine objektive Verpflichtung zum Kapazitätsausbau entnehmen. Diese Verpflichtung kann aber nicht auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden. Immerhin ergibt sich aus den einschlägigen Bestimmungen in Bayern, dem Saarland und Sachsen-Anhalt ein Rechtsanspruch auf Zulassung zum Unterricht der Regelschule, so dass die Behörden gegebenenfalls darzulegen haben, dass und warum es im Einzelfall ausgeschlossen ist, einem entsprechenden Antrag des Schülers bzw. seiner Eltern Folge zu leisten. Die Betroffenen können es aber auch in diesen Ländern nicht erzwingen, dass ihnen in einer zumutbaren Entfernung zum Wohnort die Möglichkeit zum Besuch einer Regelschule gegeben wird. Tatsächlich dürfte das allzu weitmaschige Netz von integrativen Unterrichtsangeboten maßgeblich dafür verantwortlich sein, dass selbst in denjenigen Ländern, in denen die Rechtslage weitgehend den Vorgaben der Behindertenrechtskonvention entspricht, nur ein verhältnismäßig kleiner Anteil von Schülern mit Behinderungen am Unterricht der Regelschulen teilnehmen.

Nur in Bremen und Berlin ergibt sich aus den einschlägigen Bestimmungen eine justitiable Verpflichtung, die Kapazitäten für den gemeinsamen Unterricht gegebenenfalls dem Bedarf entsprechend auszubauen. Wenn dennoch nur ein Drittel (Berlin) bzw. etwas weniger als die Hälfte (Bremen) der Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf am Unterricht der Regelschulen teilnehmen, bedeutet dies nicht, dass die Schulen und Schulbehörden die Rechtsansprüche der Schüler unterlaufen würden. Vielmehr ist zu beachten, dass in beiden Ländern letzten Endes die Eltern darüber zu entscheiden haben, welche Schule ihr Kind besuchen soll. So lange es vergleichsweise gut ausgestattete Förderschulen gibt, wird es aber auch Eltern geben, die zum Ergebnis kommen, dass den Bedürfnissen ihres Kindes in einer solchen Einrichtung am besten Rechnung getragen werden kann.

1.4 Lernziendifferenzierung und Inklusion

Ein weiterer Grund dafür, warum der bei weitem größte Teil der Kinder und Jugendlichen mit sonderpädagogischem Förderbedarf keine Regelschule besucht, ist darin zu suchen, dass es keineswegs in allen Ländern und erst recht nicht für alle Schularten und Bildungsgänge die Möglichkeit für Zieldifferenzierungen gibt. In einigen Ländern (etwa Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Sachsen) beschränken sich die entsprechenden Unterrichtsangebote auf die Grundschulen, so dass die betroffenen Kinder und Jugendlichen nach dem Ende der Grundschulzeit oft doch noch auf eine Förderschule wechseln müssen, wenn sich nicht in erreichbarer Nähe eine weiterführende Regelschule findet, die sich zur Einrichtung einer Integrationsklasse bereit findet.

Wenn und soweit die Länder die sonderpädagogische Förderung an den Regelschulen in erster Linie auf solche Schüler beschränken, die erwarten lassen, dass sie mit der Förderung den allgemeinen Leistungsanforderung der entsprechenden Schulart genügen werden, wird deutlich, dass sie den Paradigmenwechsel in Bezug auf den Begriff der Behinderung noch nicht wirklich zur Kenntnis genommen haben: Bis vor gar nicht allzu langer Zeit wurde mit dem Begriff der Behinderung auch auf der internationalen Ebene ein pathologischer Zustand bezeichnet. Die Integration von Menschen mit Behinderung war Teil der Rehabilitation und zielte darauf ab, die Betroffenen in die Gesellschaft einzugliedern, indem sie durch eine besondere Förderung dazu in die Lage versetzt werden, den allgemeinen Leistungsanforderungen zu genügen. Mittlerweile hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass es sich bei einer Behinderung um ein soziales Phänomen handelt. Ein Mensch *ist* also nicht behindert, sondern er *wird* behindert. Die Gleichstellung der Betroffenen kann dementsprechend nur durch den Abbau von Barrieren und damit dadurch erreicht werden, dass die Anforderungen seiner Leistungsfähigkeit angepasst werden, um ihm die Teilhabe an der Gesellschaft zu ermöglichen. Um den Unterschied zur „klassischen“ Integration zu kennzeichnen, hat sich in der Fachwelt insofern der Begriff der Inklusion durchgesetzt.¹⁷

Der soeben beschriebene Paradigmenwechsel spiegelt sich auf der Ebene des Völkerrechts seit 2001 in einer neuen Definition des Begriffes der Behinderung durch die Weltgesundheitsorganisation WHO. Im selben Jahr wurde in Deutschland § 2 Abs. 1 SGB IX erlassen, nach dem ein Mensch dann behindert ist, wenn seine körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht *und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist*. Zwar ist das einfache Recht kein verbindlicher Maßstab für die Auslegung der Verfassung. Dennoch liegt es nahe, die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 SGB IX auch für die Interpretation des Begriffes der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG heranzuziehen.

1.5 Nachteilsausgleich

Eine Lernziendifferenzierung über die Grundschule hinaus würde vor allem solchen Schülern zugute kommen, die aufgrund ihrer kognitiven und/oder intellektuellen Fähigkeiten voraussichtlich nicht dazu in der Lage sein werden, die Lernziele der Regelschule zu erreichen. Die BRK verlangt aber nicht nur, dass Schüler mit Behinderungen überhaupt die Möglichkeit bekommen, am Unterricht der Regelschulen teilzunehmen. Vielmehr sollen die betroffenen Kinder und Jugendlichen nach Möglichkeit dazu in die Lage versetzt werden, auch die entsprechenden Bildungsabschlüsse dieser Schulen zu erreichen. Neben der Lernziendifferenzierung bedarf es daher eines angemessenen Nachteilsausgleichs, damit Kinder und Jugendliche trotz einer Beeinträchtigung den Nachweis dafür erbringen können, dass sie über diejenigen Kompetenzen verfügen, die ihnen durch den jeweiligen Bildungsabschluss attestiert werden sollen. Als Maßnahmen des Nachteilsausgleichs kommen insbesondere Schreibzeitverlängerungen, die Erlaubnis zur Verwendung von Hilfsmitteln oder auch gewisse Modifikationen der Prüfungsanforderungen in Frage.¹⁸

17 Angesichts der Unterschiede zwischen den Konzepten der Integration und Inklusion ist es nicht wirklich erstaunlich, wenn der Umstand, dass in der amtlichen Übersetzung der BRK durchweg von „Integration“ die Rede ist, im Vorfeld der Ratifikation für erhebliche Irritation gesorgt hat. Maßgeblich für die Reichweite der Verpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland mit der Konvention übernommen hat, ist aber ausschließlich der verbindliche Originaltext des Übereinkommens.

18 Vgl. dazu ausführlich Poscher, R./Rux, J./Langer, T., Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008, S. 62 ff.; Langenfeld, C., Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit

Tatsächlich enthalten die einschlägigen Rechtsvorschriften der Bundesländer durchweg Bestimmungen über den Nachteilsausgleich bei Prüfungen einschließlich der Übergangentscheidungen von der Grundschule auf die verschiedenen Formen der weiterführenden Schulen. Selbst dort, wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, greifen die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ein, nach denen gegebenenfalls selbst bei akademischen Prüfungen ein Nachteilsausgleich erforderlich ist.¹⁹ Insofern entspricht die Rechtslage daher bereits heute durchgängig den Anforderungen der BRK – was wohl gemerkt nicht bedeutet, dass diesen Anforderungen in der Praxis in jedem Einzelfall Genüge getan würde. Vielmehr ist es den Betroffenen gegebenenfalls nur mit einem sehr großen Aufwand möglich, ihren Anspruch auf einen angemessenen Nachteilsausgleich zeitnah durchzusetzen.

Schon von daher, aber auch im Sinne der Rechtsklarheit erscheint es geboten, die entsprechenden Bestimmungen zu vereinheitlichen und dabei insbesondere klar zu stellen, wer die Entscheidung über die Notwendigkeit und die Art des Nachteilsausgleichs zu treffen hat: Lehrkräfte ohne sonderpädagogische Qualifikation werden mit den entsprechenden Entscheidungen in der Regel überfordert sein. Zudem sollte ausdrücklich geregelt werden, ob und unter welchen Umständen die Tatsache, dass ein Nachteilsausgleich gewährt wurde, im Abschlusszeugnis vermerkt werden muss: Zwar stehen solche Vermerke grundsätzlich im Widerspruch zum Grundsatz der Inklusion, da sie zu einer Stigmatisierung der Betroffenen führen können. Allerdings ist ein Hinweis auf Modifikationen der Prüfungsanforderungen dann geboten, wenn diese Modifikationen die Aussagekraft des Prüfungszeugnisses berühren und den Betroffenen andernfalls Kompetenzen attestiert wurden, über die sie nicht verfügen.

2 Schluss

Als Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass der in 15 der 16 Bundesländer festgeschriebene Vorrang des gemeinsamen Unterrichts so lange nur eine leere Hülse bleiben wird, bis die Länder die entsprechenden Kapazitäten dem Bedarf entsprechend ausgebaut und auch für die auf der Grundschule aufbauenden Schulen die Möglichkeit des zieldifferenten Unterrichts vorgesehen haben. Zwar zwingt die BRK die Länder nicht dazu, die bestehenden Förder- oder Sonderschulen aufzulösen, solange die Schüler selbst bzw. ihre Eltern letztverbindlich darüber entscheiden, ob sie eine solche Schule besuchen oder lieber am gemeinsamen Unterricht der Regelschulen teilnehmen wollen. Da sich die Unterzeichnerstaaten der BRK in Art. 8 der Konvention explizit dazu verpflichtet haben, an der „Bewusstseinsbildung“ in der Öffentlichkeit mitzuwirken, genügen die Länder den Forderungen der BRK jedoch erst und nur dann, wenn sie im Rahmen ihrer Möglichkeiten für die inklusiven Unterrichtsangebote werben. Kommen die Länder dieser Verpflichtung nach, wäre selbst bei einer Beibehaltung der Förder- bzw. Sonderschulen zu erwarten, dass sich in Zukunft ein größerer Anteil der Betroffenen zugunsten der inklusiven Unterrichtsangebote entscheiden würde.

Zwar ist Art. 24 BRK nicht schlechthin unvereinbar mit einem gegliederten Schulsystem, in dem Schüler nach ihrer individuellen „Begabung“²⁰ auf verschiedene Schularten verteilt werden.

Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen – Rechtsgutachten, in: Bundesverband Legasthenie und Dyskalkulie e. V. (Hrsg.), Chancengleichheit herstellen, Diskriminierung vermeiden, 2006, S. 5, 15 ff.

19 Vgl. etwa VGH Kassel, NJW 2006, S. 1608; OVG Schleswig, NordÖR 2003, 88.

20 Wobei festzuhalten ist, dass dieser Begriff angesichts der Erkenntnisse der Erziehungswissenschaft und der Entwicklungsbiologie im Grunde seine Berechtigung verloren hat. Zumindest darf Begabung nicht statisch definiert werden,

Tatsächlich steht die BRK nicht einmal der Einrichtung besonderer Schulen für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen entgegen. Allerdings muss die Entscheidung, ob ein Schüler, der grundsätzlich dazu in der Lage wäre, am Unterricht der Regelschulen teilzunehmen, dennoch eine Förder- bzw. Sonderschule besucht, in einem inklusiven Schulsystem bei ihm selbst bzw. bei seinen Eltern liegen. Nimmt man die Forderungen der Behindertenrechtskonvention ernst, müssen die Förder- bzw. Sonderschulen daher zu freiwilligen Angeboten umgestaltet werden – wobei hier nicht näher auf die Frage eingegangen werden kann und soll, ob und wie lange sich die Länder solche Angebote leisten können.

In einem inklusiven Schulsystem muss jedem jungen Menschen, der aufgrund seiner intellektuellen und kognitiven Fähigkeiten erwarten lässt, dass er die Ziele eines bestimmten Bildungsganges erreichen kann, der Zugang zu allen Schularten eröffnet werden, die diesen Bildungsgang anbieten – und zwar auch dann, wenn es den Betroffenen aufgrund ihrer Behinderung nicht oder nur eingeschränkt möglich ist, die üblichen Leistungsnachweise zu erbringen. Vielmehr muss gegebenenfalls durch einen angemessenen Nachteilsausgleich bei schulischen Prüfungen gewährleistet werden, dass auch Schüler mit Behinderungen den Nachweis dafür erbringen können, dass sie die Lernziele erreicht haben. Dies bedeutet wohlgerne nicht, dass die Prüfungsanforderungen abgesenkt werden müssten. Vielmehr geht es um eine behinderungsgerechte Modifikation dieser Anforderungen. Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, welche Kompetenzen durch den erfolgreichen Abschluss eines bestimmten Bildungsganges nachgewiesen werden sollen. In Bezug auf schulische Abschlussprüfungen ist dabei zu beachten, dass diese den Absolventen in der Regel den Zugang zu einer Vielzahl weiterführender schulischer, betrieblicher oder akademischer Bildungs- und Ausbildungsgänge eröffnen. Einer bestimmten Person darf die Zulassung zu dieser Abschlussprüfung (und damit auch zu dem der Prüfung vorausgehenden Bildungsgang) nur dann verwehrt werden, wenn von vorne herein mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen ist, dass diese Person keinen der weiterführenden Bildungs- oder Ausbildungsgänge mit Erfolg absolvieren können wird.

Damit wird aber deutlich, dass sich das Inklusionskonzept zwar mit einem gegliederten Schulsystem vereinbaren lässt, nicht aber mit dem Konzept der allgemeinen Hochschulreife. Denn diesem Konzept liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Zugang zur akademischen Bildung nur solchen Personen offen stehen sollte, die zuvor den Nachweis dafür erbracht haben, dass sie über eine breite Allgemeinbildung verfügen und sämtliche Kulturtechniken auf einem bestimmten Niveau beherrschen. In einem inklusiven System muss aber insbesondere Menschen mit körperlichen Behinderungen oder solchen, die unter Teilleistungsstörungen (z.B. Dyskalkulie oder Rechtschreibschwäche) leiden, durch eine Modifikation der Anforderungen für die Hochschulzulassung eine Möglichkeit eröffnet werden, den Nachweis dafür zu erbringen, dass sie über die für die erfolgreiche Teilnahme an bestimmten akademischen Bildungsgängen erforderlichen Kompetenzen verfügen. Auch bei Bildungsabschlüssen unterhalb der Hochschulreife sind ähnliche Differenzierungen denkbar.

Verf.: PD Dr. Johannes Rux, Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Sophienstr. 32, 76133 Karlsruhe, E-Mail: rux@staatsrecht.info

da sich die kognitiven und intellektuellen Fähigkeiten der jungen Menschen ständig verändern. Die Prognose über die künftige Entwicklung dieser Fähigkeiten, die in einem gegliederten Schulsystem der Zuweisung zu den verschiedenen Schularten zugrunde gelegt werden muss, ist daher mit einem erheblichen Irrtumsrisiko behaftet.