

Dr. jur. Gabriele Marwege

Taubertalstr. 2
81243 München
Tel.: 089/ 89197359
Email: marwege-legasthenie@freenet.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/2249

A15

22.10.2014

Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung

des Ausschusses für Schule und Weiterbildung des Landtags NRW am 29.10.2014:

„Mehr Chancengleichheit durch verlässliche Gewährung von Nachteilsausgleichen für Schülerinnen und Schüler mit Teilleistungsschwächen“

1. Abstract

- Das derzeitige Verfahren zur Anerkennung der Behinderung und Festlegung des Nachteilsausgleichs in Nordrhein-Westfalen entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das Verfahren muss im Bereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch ein weitgehend objektiviertes und fachliches Entscheidungsverfahren abgesichert sein. Die Diagnostik der Beeinträchtigung muss, unabhängig davon, ob sie von der Schule oder außerschulischen Fachkräften durchgeführt wird, wissenschaftlichen Kriterien entsprechen, also in einem objektivierten, fachlichen und unabhängigen Verfahren erfolgen. Das Ergebnis muss wiederholbar sein. Ein solches Verfahren gewährleistet derzeit nur die Diagnostik nach der ICD 10 und den jeweiligen medizinischen Leitlinien. Die Schule ist an die vorgelegten Fachgutachten zu binden.
- Der Landesgesetzgeber muss im Schulgesetz die grundlegenden Entscheidungen zum Nachteilsausgleich selbst und generell für alle beeinträchtigten Betroffenen treffen. Für die Ausgestaltung der Einzelheiten ist eine Rechtsverordnung erforderlich. Den Lehrkräften können nur die individuellen Anpassungen in der Prüfung übertragen werden.
- Der Anspruch auf Nachteilsausgleich in Prüfungen ergibt sich unter anderem aus dem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG iVm Art. 5 und Art. 24 UN-BRK, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf.
- Die beeinträchtigten Schüler sind behindert, unabhängig davon, ob die Schule die Beeinträchtigung als Behinderung, Schwäche, sonderpädagogischen Förderbedarf oder sonstiges einordnet. Maßgeblich ist der soziale Behinderungsbegriff der UN-BRK. Den im schulischen Bereich nach wie vor vorherrschenden medizinisch-defizitorientierten Begriff der Behinderung hat die UN-BRK unmissverständlich verworfen.
- Jede Behinderung muss im Prüfungsverfahren berücksichtigt und vollständig ausgeglichen werden.
- Zum Nachteilsausgleich gehört auch die Veränderung von inhaltlichen Prüfungsanforderungen. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist auch bei inhaltlichen Prüfungsanforderungen zu beachten.
- Der Landesgesetzgeber ist aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG iVm Art. 5 und Art. 2 UN-BRK verpflichtet, in die schulrechtlichen Vorschriften umfassende Ausnahmeregelungen für Kinder mit Behinderungen aufzunehmen.
- Förderung und Nachteilsausgleich sind unterschiedliche und voneinander unabhängige Rechtsinstitute. Nachteilsausgleich kann nicht von einer vorhergehenden Förderung abhängig gemacht werden.

2. Ausgangslage

Über die Gewährung von Nachteilsausgleich entscheidet derzeit in der Regel die Schulleitung, eine Lehrkraft oder ein schulisches Gremium. Die Entscheidung beinhaltet inzident auch die Anerkennung der Beeinträchtigung überhaupt. Häufig wird kein Nachteilsausgleich gewährt, weil schon die Beeinträchtigung nicht anerkannt wird.

Das Risiko, dass eine Beeinträchtigung von vornherein nicht anerkannt wird, besteht vor allem bei unsichtbaren Beeinträchtigungen, wie z.B. Legasthenie, Dyskalkulie, ADHS, Autismus oder auch Anorexie und inneren chronischen Erkrankungen, weil sie gerade nicht sichtbar ist. Die Reaktion: „Der/die hat das nicht, er/sie ist nur faul.“ wird in den einschlägigen Internetforen vielfach belegt. Demgegenüber ist bei äußerlich sichtbaren Beeinträchtigungen, wie Spastiken, Blindheit oder Kleinwüchsigkeit, die Anerkennung wesentlich höher, schlicht weil die Entscheider die Beeinträchtigung selbst wahrnehmen können.

Nachteilsausgleich wird meist als Teil eines Förderkonzepts¹ und Regel-Ausnahme-Verhältnis angesehen: nur wenn die Förderung nichts oder nicht genügend bewirkt, dann wird Nachteilsausgleich gewährt. **Nachteilsausgleich wird damit als pädagogisches Konzept und pädagogische Aufgabe verstanden, die rechtliche Dimension wird oft nicht erkannt.**

Die schulischen Vorschriften unterscheiden zwischen Behinderungen, chronischen Erkrankungen, sonderpädagogischem Unterstützungsbedarf, vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigungen, Lese-Rechtschreibschwäche und Rechenschwäche. Sie suggerieren damit, dass es sich um unterschiedliche Erscheinungsformen und Tatbestandsmerkmale handelt, die jeweils unterschiedlich zu behandeln sind.

3. Rechtsgrundlagen des Nachteilsausgleichs

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich in der Schule ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Grundrecht der Menschen mit Behinderung), Art. 3 Abs. 1 GG (Grundrecht auf Chancengleichheit), Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeines Freiheitsrecht), Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 1 GG (Schulpflicht). Außerdem aus Art. 24 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) iVm Art. 5 UN-BRK (allgemeines Diskriminierungsverbot).

Der Anspruch besteht, weil Schüler mit Beeinträchtigungen wie Legasthenie, Dyskalkulie, chronischen Krankheiten, ADHS usw. behindert sind und nicht wegen ihrer Behinderung diskriminiert werden dürfen. **Eine Behinderung liegt nach dem sozialen Behinderungsbegriff der UN-BRK vor, wenn eine medizinisch feststellbare Funktionsbeeinträchtigung vorliegt und die Schule darauf negativ reagiert. Beides ist zu bejahen.** Die dargestellten Beeinträchtigungen können medizinisch diagnostiziert werden. Die negative Reaktion liegt darin, dass die Beeinträchtigung nicht berücksichtigt wird und die Betroffenen deshalb die Prüfungen so wie Normalschüler absolvieren müssen und dementsprechend schlechtere Noten als die Normalschüler erhalten oder ihnen bestimmte Schulzweige deswegen verwehrt werden (z. B. Oberstufe bei Dyskalkulie).

¹ MSW, Arbeitshilfe, Gewährung von Nachteilsausgleichen für Schülerinnen und Schüler mit Behinderungen und /oder sonderpädagogischem Förderbedarf für die Zentralen Prüfungen¹⁰ –Eine Orientierungshilfe für Schulleitungen, 27.11. 2013

Eine Behinderung liegt auch vor, wenn sonderpädagogischer Förderbedarf attestiert wurde, denn nach der juristischen Literatur erfüllt schon die Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs den Begriff der Behinderung.² Es verändert daher nichts, wenn die Beeinträchtigungen beschönigend oder vermeintlich weniger stigmatisierend als sonderpädagogischer Förderbedarf oder Schwäche bezeichnet werden.

Der grundlegende Perspektivwechsel der UN-BRK zur Definition der Behinderung ist im Bereich der Schule bisher nicht nachvollzogen worden. **Der schulische Bereich verharrt nach wie vor auf einem medizinisch-defizitorientierten Ansatz, den die UN-BRK unmissverständlich verworfen hat.**

Die Definition der Beeinträchtigung als Behinderung ist Grundlage für die Gewährung von Nachteilsausgleich überhaupt, weil nur dann ein Anspruch auf Berücksichtigung und Ungleichbehandlung mit den anderen Schülern besteht. Die Bezeichnung als Behinderung ist kein stigmatisierendes Etikett, das es zu vermeiden gilt, sondern macht vielmehr deutlich, dass hier eine gestörte Beziehung zwischen einem Menschen mit Beeinträchtigungen und seiner Umwelt, hier der Schule, vorliegt, die zu verändern ist. Die Definition und Benennung ist Mittel zum Zweck, um die Diskriminierung zu überwinden. Wenn die Benennung als Stigma empfunden wird, dann ist es Sache der Schulen und Schulverwaltungen den Umgang mit der Beeinträchtigung so zu verändern, dass sie als Normalität angesehen wird (Beispiel: Linkshändigkeit).

Jede Behinderung muss im Prüfungsverfahren berücksichtigt und vollständig ausgeglichen werden. Das Grundgesetz schützt jede Form der Behinderung. Es kommt nicht darauf an, ob Ursache, Entstehung und Ausprägung genügend erforscht sind. Käme es auf dieses Kriterium an, dann dürften beispielsweise Autismus, Anorexie oder auch Multiple Sklerose nicht berücksichtigt werden, weil ihre Ursachen und Entstehung ungeklärt sind. Es kommt auch nicht darauf an, wie schwer und ausgeprägt die Behinderung ist. Die leichte Form wird genauso geschützt wie die schwere.

Behinderte Schülerinnen und Schüler haben nicht die Pflicht, ihre Behinderung zu überwinden. Es ist vielmehr die Pflicht der Gesellschaft – und damit der Schule – die Behinderung zu akzeptieren und den Schülern und Schülerinnen Methoden zu vermitteln mit der Behinderung zu leben. Deshalb ist Nachteilsausgleich immer zu gewähren und nicht sukzessive abzubauen.

4. Veränderung der Prüfungsanforderungen

Nachteilsausgleich beschränkt sich nicht auf die sog. äußeren Prüfungsbedingungen, sondern bezieht sich auch auf die inhaltliche Veränderung von Prüfungsanforderungen. Die Ansicht, die eine Unterscheidung zwischen Maßnahmen des Nachteilsausgleichs auf der einen und Veränderung der Prüfungsanforderungen auf der anderen Seite für notwendig hält, weil das Anspruchsniveau nicht verändert werden dürfe, misst mit zweierlei Maß. **Die Veränderung des Anspruchsniveaus ist nämlich gang und gäbe, wenn es sich um sichtbare Behinderungen handelt** (z.B. Anfertigung dreidimensionaler Modelle in Mathematik statt Grafiken für Schüler mit Sehschädigungen³). Sobald es sich aber um unsichtbare

² Höller, Beschulung behinderter Kinder und Jugendlicher an öffentlichen Schulen, S. 144 ff; Reichenbach, Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule, S. 166; Reimann, Sicherstellung des Schulbesuchs behinderter Kinder, S. 34 f; Jürgens, DVBl 1997, S. 410 ff, S. 411; Rux, RdJB 2009, S. 220 ff, S. 223; Winkler, Rechtsprobleme Sonderpädagogischer Förderbedarf, S. 169

³ MSW, Arbeitshilfe, S. 10

Behinderungen handelt, soll die Veränderung unzulässig sein (keine derartigen Modelle für Schüler und Schülerinnen mit Dyskalkulie).

Prüfungsanforderungen und Prüfungsziele sind typische Barrieren im Schulalltag auf dem Weg zur Versetzung, zum Schulwechsel und zum Schulabschluss, die für alle Schüler existieren. Sie werden auf einen „Normalschüler“, der nicht behindert ist, bezogen und an seiner Leistungsfähigkeit ausgerichtet. Ausgangspunkt jeder Prüfung ist, dass der Prüfling das Prüfungsergebnis durch Wissen, Begabung, Talent und Fleiß *beeinflussen* kann und die Möglichkeit hat, sich mit entsprechender Anstrengung eine gute Note zu erarbeiten. Der Schüler kann also selbst beeinflussen, wie sich die „Barriere“ einer bestimmten Prüfung für ihn auswirkt. Für behinderte Schüler und Schülerinnen werden diese Anforderungen jedoch zur unüberwindbaren Barriere, weil sie ihre Leistung in diesem Bereich wegen der Behinderung *gerade nicht beeinflussen* können. Damit Schüler mit Behinderungen die Chance erhalten, das gleiche Ergebnis zu erreichen, muss für sie diese behinderungsspezifische Barriere abgebaut werden. Die Prüfung muss also für den Prüfling „barrierefrei“ gestaltet werden, indem eine faktische Barriere weggenommen wird. **Der Abbau einer solchen Barriere ist Nachteilsausgleich und nicht Bevorzugung.**

Lässt man eine Veränderung des Anforderungsniveaus nicht zu, dann sind Prüfungsinhalte **behinderungsfest. Mit anderen Worten: der grundrechtsgebundene Staat, der die Schule ausgestaltet, entscheidet, dass das Grundrecht der Menschen mit Behinderungen in diesem wesentlichen schulischen Bereich keine Geltung hat.**

5. Diskriminierung durch Versagung angemessener Vorkehrungen

Nachteilsausgleich ist eine Form „angemessener Vorkehrungen“, wie sie Art. 5 Abs. 2 UN-BRK fordert, um damit Chancengleichheit im Wettbewerb mit nicht-behinderten Menschen herzustellen. Das Unterlassen von „angemessenen Vorkehrungen“ ist eine Form der Diskriminierung, die nach Art. 5 UN-BRK verboten ist. Eine solche Diskriminierung liegt nach der Entscheidung des CRPD, dem Rechtsprechungsorgan der UN-BRK, dann vor, wenn der Staat notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen an rechtliche Regelungen, die nicht unverhältnismäßig sind, nicht vornimmt. Nach der Rechtsprechung des CRPD ist der Staat verpflichtet, in allgemeinen Gesetzen oder Vorschriften aus, Ausnahmetatbestände für die Berücksichtigung von Behinderungen zu schaffen.⁴

Der Landesgesetzgeber ist also verpflichtet, in die schulrechtlichen Vorschriften umfassende Ausnahmeregelungen für Kinder mit Behinderungen aufzunehmen.

6. Kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Förderung und Nachteilsausgleich

In der Diskussion wird sprachlich oft nicht präzise zwischen Förderung und Nachteilsausgleich differenziert und Nachteilsausgleich als Teil der Förderung oder Fördermaßnahme angesehen.⁵ Zudem wird angenommen, dass eine Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht und Nachteilsausgleich nur zulässig ist, wenn eine Förderung erfolgt ist.⁶ Beide Bereiche müssen jedoch voneinander getrennt betrachtet werden.

⁴ CRPD <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/CRPD.C.7.D.3.2011.doc>

⁵ So auch die Stellungnahme von Höhne zu dieser Anhörung (Stellungnahme 16/2234)

⁶ MSW, Arbeitshilfe, S. 3

Förderung erfolgt im täglichen Unterricht. Sie ist Teil des Erziehungsauftrags des Staates, der beinhaltet, vorhandene Unterschiede bei den Schülerinnen und Schülern auszugleichen und so sicherzustellen, dass alle gleichen Zugang zur Bildung haben. Chancengleichheit im täglichen Unterricht heißt: „Jedem das Seine“. Deshalb ist im Unterrichtsalltag jeder individuelle Ansatz, jede „Ungleichbehandlung“ durch individuelle Förderung erlaubt, wenn sie zu dem Ziel führt, dass das Kind die geforderten Fähigkeiten erlernt. Die Förderung eines Kindes im Unterricht ist deshalb auch nicht davon abhängig, dass bei einem Kind eine besonderer Förderbedarf, eine Beeinträchtigung oder eine Behinderung festgestellt worden ist.

Mit **Nachteilsausgleich** wird das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG umgesetzt. Mit ihm wird in schulischen Prüfungen die Chancengleichheit mit Prüflingen ohne Beeinträchtigungen hergestellt und der Nachteil, den behinderten Schülern und Schülerinnen wegen ihrer Behinderung haben, kompensiert. Die Koppelung von Nachteilsausgleich an Förderung entwertet das Grundrecht in unzulässiger Weise. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist ein schrankenloses Grundrecht. Deshalb fehlt die Rechtsgrundlage für eine solche Verknüpfung.

7. Verfahrensfragen

7.1. Grundentscheidung- Anerkennung der Behinderung in der Schule

Das beste Recht taugt nichts, wenn es nicht durch ein adäquates Verfahren abgesichert ist.⁷ Die Formel des BVerfG lautet: „Grundrechtsschutz durch Verfahren.“

Das Verfahren muss angemessen, sachgerecht, geeignet und zumutbar sein und den Betroffenen ein faires Verfahren gewährleisten. Es muss im Bereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch ein weitgehend objektiviertes und fachliches Entscheidungsverfahren abgesichert sein, in dem die Behörde einer gesteigerten Begründungspflicht unterliegt und das insbesondere dazu geeignet ist, begründete Ansprüche durchzusetzen.

Ein solches, ausgestaltetes Verfahren existiert bisher in NRW nicht. Die Verfahrensabläufe und Entscheidungszuständigkeiten, die z.B. in § 6 Abs. 9 APO S I und dem LRS-Erlass von 1991 geregelt sind, sind unklar.

Es fehlt vor allem an einer Trennung zwischen der Grundentscheidung und der Ausgestaltung des Nachteilsausgleichs im Einzelfall.

Das Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass die Schule ihrer Pflicht nachkommen kann, die Grundrechte zu wahren und von Amts wegen eine Behinderung zu berücksichtigen.

Die Entscheidung über die Anerkennung einer Behinderung oder die Versagung der Anerkennung einer Behinderung ist ein Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG. Wegen der erheblichen Rechtswirkungen der Anerkennung für den betroffenen Schüler ist die Anerkennung keine bloße Maßnahme des laufenden Schulbetriebes, die unterhalb der Schwelle der Rechtserheblichkeit liegt. Die Entscheidung der Schule ist mit Widerspruch (§ 6 Abs. 3 lit. a AG VwGO) und Klage angreifbar.

⁷ Bachof, Otto, Verfahrensrecht, Verfahrenspraxis, DÖV 1982, 757 ff., 757

7.2. Grundentscheidung - Diagnose

Die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Behinderung vorliegt (= Grundentscheidung), ist in hohem Maße grundrechtsrelevant, denn damit wird über die Anwendbarkeit des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Schulbereich entschieden. Die Entscheidung bildet die Grundlage für die Berücksichtigung der Behinderung in Prüfungen und grenzt den betroffenen Schüler von den Normalschülern ab.

Das Entscheidungsverfahren muss nach den Vorgaben des BVerfG so ausgestaltet sein, dass es auf sorgfältig ermittelten Annahmen und Prognosen über den Sachverhalt beruht. Der Gesetzgeber muss bei der Gestaltung des Verfahrens die vorhandenen Erkenntnisquellen ausschöpfen und sich am Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse orientieren. Die Sachverhaltsannahmen müssen sich im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen.

Ein solches Verfahren gibt es bisher in NRW nicht. Es ist nicht geregelt, in welcher Form die Behinderung nachgewiesen werden muss und ob die Schule an vorgelegte fachärztliche Gutachten gebunden ist. Es herrscht, nicht nur in NRW, die Ansicht vor, dass es sich bei der Entscheidung über das Vorliegen einer Behinderung um eine pädagogische Entscheidung handelt.⁸ Das ist nicht der Fall. Es geht nicht darum, ob ein Schüler im Unterricht gefördert wird, sondern darum, ob sein Grundrecht in Prüfungen gewahrt wird, indem seine Behinderung berücksichtigt wird. Das ist eine rechtliche Entscheidung, die vollständig gerichtlich überprüfbar ist.

Ob die Diagnose der Beeinträchtigung und damit Behinderung Aufgabe der Schule ist, wie es die KMK-Empfehlung von 2007 sieht, ist streitig.⁹ Unabhängig davon, ob die Schule oder eine außerschulische Fachkraft die Diagnose durchführt, muss die Diagnostik den wissenschaftlichen Kriterien dafür entsprechen. Das bedeutet, dass sie in einem objektivierten und fachlichen Verfahren erfolgt, das Ergebnis weder von der Untersuchungssituation noch von der Person des Feststellenden abhängig ist und wiederholbar ist. Die momentan geübte Praxis, dass Lehrkräfte und/oder Klassenkonferenzen darüber entscheiden, ob eine Behinderung, vor allem eine Teilleistungsschwäche vorliegt, entspricht nicht den Vorgaben, die das BVerfG stellt, weil sie nicht auf sorgfältig ermittelten Annahmen und Prognosen beruht und nicht den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigt. Sie ist nicht unabhängig und wiederholbar, vor allem dann nicht, wenn sie als Mehrheitsentscheidung einer Konferenz ergeht.

Lehrkräfte entscheiden über das Vorliegen von Beeinträchtigungen allein aufgrund ihrer pädagogischen Beobachtung und aufgrund von ungenormten Feststellungen der Lernausgangslage. Die Durchführung standardisierter Tests oder auch nur von bestimmten Überprüfungsverfahren, wie z.B. bestimmten Diktaten oder Ähnlichem, ist nicht vorgegeben. Die Entscheidung erfolgt daher nicht anhand von vorgegebenen, nachvollziehbaren und wiederholbaren Kriterien, sondern „schwebt vage im Raum und ist von der Person des Entscheiders abhängig.“¹⁰ Die gesamten wissenschaftlichen Erkenntnisse aus den Bereichen der Medizin, der Psychologie und der Neurowissenschaften werden zur Zeit außer Betracht gelassen.

⁸ MSW, Arbeitshilfe, S. 6

⁹ Dagegen: Marwege, Legasthenie und Dyskalulie in der Schule, S. 256 ff; Esterhaus, VR 2014, 184 ff, S. 187

¹⁰ Orthmann Bless, in: Walter/Wember/Borchert/Goetze, Sonderpädagogik des Lernens, S. 98

Die Lehrereinschätzung ist zudem eine fast ausschließlich subjektive Einschätzung durch Beobachtung des betroffenen Kindes im Klassenverband und wird durch diesen Klassenverband entscheidend geprägt.

Es ist nachgewiesen ist, dass die pädagogische Einschätzung der Lehrkräfte ohne Bezugnahme auf standardisierte Tests oder sonstige objektive Verfahren durch vielfältige Annahmen beeinflusst wird, die z.B. bei Legasthenie und Dyskalkulie mit der Fähigkeit zum Lesen, Rechtschreiben und Lesen nichts zu tun haben und die einer wissenschaftlichen Überprüfung nicht zugänglich sind.¹¹ Die Übereinstimmung zwischen dem Lehrerurteil und dem in Leistungstest erzielten Leistungsniveau nimmt mit der Berufserfahrung der Lehrkräfte auch nicht zu, wie man vermuten würde, sondern ab: je mehr Berufserfahrung die Lehrkraft hat, desto mehr weicht ihr Urteil von dem Ergebnis des Leistungstests ab.¹² **Es ist wissenschaftlich nachgewiesen, dass die Übereinstimmungsquote zwischen der Diagnostik einer Legasthenie/Dyskalkulie durch einen Facharzt und der Feststellung durch einen Lehrer nur 30 % beträgt. D.h. in 70 % der Fälle verneint die Lehrkraft eine Legasthenie/Dyskalkulie, obwohl sie medizinisch festgestellt wurde.**¹³

Lehrkräfte sind zwar in der Lage festzustellen, wie das Vermögen der Schüler und Schülerinnen ist, zu schreiben, zu lesen und zu rechnen. Sie sind aber wegen der fehlenden Fachkenntnis nicht in der Lage, festzustellen, ob und warum das Vermögen beeinträchtigt ist. Es ist ihnen weder möglich bei schlechter Rechtschreibung eine Legasthenie anzunehmen, denn die schlechte Leistung kann auch auf anderen Faktoren, wie z.B. anderen psychischen Störungen oder neurologischen Erkrankungen beruhen, noch bei durchschnittlicher Leistung eine Legasthenie auszuschließen, denn trotz durchschnittlicher Leistung kann z.B. bei sehr hoher Begabung oder sehr guter Therapie eine Legasthenie vorliegen. Gesichert können Legasthenie und Dyskalkulie daher nur über ein objektives, fachliches, reliables und valides Verfahren, das dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis entspricht, festgestellt werden.

Ein solches Verfahren gewährleistet derzeit nur die umfassende Diagnostik nach der ICD 10 und den medizinischen Leitlinien der Fachärzte und Kinder- und Jugendpsychiater.

7.3. Grundentscheidung – Bindung an die Diagnose oder Ermessen der Schule

Der Begriff „Behinderung“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung es um eine Rechtsfrage und nicht um eine pädagogische Einschätzung geht. Bei Rechtsfragen steht der Behörde kein Beurteilungsspielraum zu, so dass die Anwendung der Norm voll gerichtlich überprüfbar ist, insbesondere dann, wenn Grundrechte im Kernbereich betroffen sind.

Auch ein Ermessen der Behörde besteht nicht, denn Ermessen kann immer nur auf der Rechtsfolgenseite und nicht auf der Tatbestandsebene eingeräumt werden. Die Schule ist daher an vorgelegte Fachgutachten gebunden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Schule nachweisen kann, dass das Fachgutachten falsch ist.

¹¹ S. dazu Selektion der Gruppen in der Studie von *Schulte-Körne/Deimel/Remschmidt*, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 31 (2003), Punkt 3.1.; *Valtin/Hornberg/Buddeberg/Voss/Kowoll/Potthoff*, in: Bos, IGLU 2006, S. 76; *Kany/Schöler*, Diagnostik, S. 43 ff, die aufzeigen, dass noch nicht einmal Sonderpädagogen über ausreichende diagnostische Kenntnisse verfügen, Grundschullehrer noch weniger

¹² *Roos/Schöler*, Schriftspracherwerb, S. 147, 156 f

¹³ *Schulte-Körne*, Elternratgeber Legasthenie, S. 44, 124; *Schulte-Körne/Deimel/Remschmidt*, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 31 (2003), Punkt 3; das gleiche Ergebnis hat die Pisa Studie Iglu 2006 ergeben *Valtin/Hornberg/Buddeberg/Voss/Kowoll/Potthoff*, in: Bos, IGLU 2006, S. 76

Weil die Grundentscheidung damit eine gebundene Entscheidung ohne Beurteilungsspielraum ist, spricht dies dagegen, diese Entscheidung auf die Klassenkonferenz zu übertragen, denn die Entscheidung kann nicht als Mehrheitsentscheidung erfolgen.

7.4. Folgeentscheidung – Festlegung des Nachteilsausgleichs

Der Nachteilsausgleich umfasst viele verschiedene Aspekte, die von grundsätzlichen Entscheidungen, wie bei Legasthenie der Nicht-Bewertung der Rechtschreibung, des Lesens oder bei Dyskalkulie des Rechnens über Fragen des Zeitzuschlages bis zu Veränderungen des Umfangs oder der Darbietung (schriftlich oder mündlich) von Prüfungsleistungen, der Ausgestaltung von Prüfungsunterlagen (z.B. größere Schrift, größere Vorlagen, vorgelesener Text), bis hin zu weiteren Formen der Unterstützung (Benutzung von Laptops) reichen. Einige Teile betreffen alle betroffenen Schüler und Schülerinnen gleich, andere Teile müssen individuell an den jeweiligen Schüler angepasst werden. Die Ausgestaltung des Nachteilsausgleichs muss für jedes betroffene Kind individuell und für die jeweilige Prüfungssituation erfolgen, um seinen individuellen Einschränkungen und dem Schweregrad seiner Behinderung Rechnung zu tragen.

Dieser Variationsbreite muss dadurch Rechnung getragen werden, dass die landesrechtliche Bestimmung bestimmte Teile des Nachteilsausgleichs zwingend festschreibt, insbesondere die Veränderungen von Bewertungsregeln und die Grundentscheidung darüber, dass ein Zeitzuschlag zu erfolgen hat, während sie die Bereiche, die die Anpassung an weitere individuelle Bedürfnisse beinhalten, als Ermessensvorschrift fasst.

Ob mit durch die Kompensationsmaßnahme ein „Ausgleich“ gelungen ist und die Chancengleichheit des Prüflings hergestellt wurde, ist eine Frage der rechtlichen Bewertung, die nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG von den Gerichten uneingeschränkt überprüft werden kann.¹⁴

Rechtsgrundlage für die Ermessensentscheidung der Schule ist § 40 VwVfG, wonach das Ermessen an den Zweck der Ermächtigungsgrundlage gebunden ist, also an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und an Art. 24 BRK. Der Ausgleich muss also so ausgestaltet sein, dass die Behinderung so weit wie möglich und wie nötig ausgeglichen wird. Maßstab dafür ist nicht der Normalkandidat, d.h. der Schüler ohne Behinderung, sondern die inhaltlich fachliche Leistung, die mit der Prüfung abgefragt werden soll.

8. Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen

Regelungen zur Berücksichtigung von Behinderungen in der Schule und in Prüfungen sind **wesentliche Entscheidungen**, die der Schulgesetzgeber selbst zu treffen hat. Sie haben eine hohe Grundrechtsrelevanz, weil es sowohl um die Grundrechte der behinderten Schüler und Schülerinnen als auch um die Grundrechte der nicht-behinderten Schüler und Schülerinnen und die Abgrenzung der Gruppen geht.

Der Umgang mit bestimmten Beeinträchtigungen ist, z.B. bei Legasthenie und Dyskalkulie, kein gelegentliches Einzelphänomen, sondern ein generell auftretendes Problem, das jede Lehrkraft beschäftigt. Deshalb müssen die Einzelheiten in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Nur sie stellt sicher, dass Detailregelungen von den Betroffenen in allen Einzelheiten

¹⁴ BVerfG Beschluss v. 12.12.1992, Az.: 1 BvR 1295/90, juris, Rn. 19

für die Betroffenen deutlich vorhersehbar sind und sie auf ein besonders hohes Maß an Beständigkeit vertrauen dürfen. Außerdem hat nur die Rechtsverordnung Außenwirkung und schafft somit durchsetzbare Ansprüche für die Betroffenen.

Bis zum Erlass einer gesetzlichen Grundlage gelten diejenigen landesrechtlichen Regelungen weiter, die verfassungskonform sind. Soweit die landesrechtlichen Regelungen den verfassungsrechtlichen Anspruch begrenzen, sind sie nicht anzuwenden. Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt sich ein Leistungsanspruch auf voll umfängliche Berücksichtigung der Behinderung.

Dr. Gabriele Marwege

Literaturhinweise:

Marwege, Gabriele: „Legasthenie und Dyskalkulie in der Schule – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention“, Diss. Univ. Göttingen 2013, freier Download unter: http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2013/Marwege_Diss.pdf

Dort auch Nachweis der hier zitierten Quellen.

Esterhaus, Lars: Fater oder Vater? Anmerkungen zum rechtssicheren Umgang mit Legasthenie im Schulalltag, VR 2014, 184 ff

Eule, Michael: Abitur und Schulabschluss für chronisch Kranke?, RdJB 2014, 200 ff

Siehr, Angelika / Wrase, Michael: Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 2014, 161 ff

Winkler, Felix: Rechtsprobleme des Verfahrens zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarf in Nordrhein-Westfalen – Eine Analyse unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, Diss. Univ. Köln, 2013, Shaker Verlag 2013

Rechtsprechungshinweise:

Sächs. VerfGH: Dehnung der Oberstufenzeit auf vier Jahre bei Asperger-Syndrom

Beschluss v. 22.5.2014, Az.: Vf. 20-IV-14 (HS), 21-IV-14 (e.A.)

http://www.justiz.sachsen.de/esaver/internet/2014_020_IV/2014_020_IV.pdf

BayVGH: Unzulässigkeit von Zeugnisbemerkungen

Urteile v. 28.5.2014, Az.: 7 B 22/14 und 7 B 23/14,

[http://www.gesetze-](http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=MVRE140001773&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true)

[bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=MVRE140001773&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true](http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=MVRE140001773&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true)

Revision beim BVerwG, Az.: 6 C 33.14 und 6 C 35.14

BayVGH: Berücksichtigung von Dyskalkulie

Beschluss v. 25.8.2014, Az.: 7 CE 14.1458

[http://www.gesetze-](http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=JURE140014806&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true#focuspoint)

[bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=JURE140014806&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true#focuspoint](http://www.gesetze-bayern.de/jportal/portal/page/bsbayprod.psml?doc.id=JURE140014806&st=ent&showdoccase=1¶mfromHL=true#focuspoint)