

Ulrich Becker / Alexander Graser (Hrsg.)

Perspektiven der schulischen Integration von Kindern mit Behinderung

Interdisziplinäre und vergleichende Betrachtungen



Nomos

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Band 33

Prof. Dr. Ulrich Becker / Dr. Alexander Graser (Hrsg.)

Perspektiven der schulischen Integration von Kindern mit Behinderung

Interdisziplinäre und vergleichende Betrachtungen



Nomos

Prof. Dr. Ulrich Becker / Dr. Alexander Grasser (Hrsg.)

Perspektiven der schulischen Integration von Kindern mit Behinderung

Interdisziplinäre und vergleichende Betrachtungen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-8329-1014-X

1. Auflage 2004

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Integration aus rechtlicher Perspektive

von Alexander Graser

- A. Ziele und Grenzen des Beitrages
- B. Der Beispielsfall und „seine Fragen“
- C. Ein Überblick über das einschlägige Normenmaterial
 - I. Die Vielfalt der Rechtsquellen
 - 1. Schulrecht
 - 2. Behindertenrecht im engen Sinne
 - 3. Sozialhilferecht
 - 4. Verfassungsrecht
 - 5. Europarecht
 - II. Die Abstraktheit des Normenmaterials
 - 1. Illustration der Abstraktheit
 - 2. Unvermeidbarkeit und Vorzüge der Abstraktion
 - 3. Wege der allmählichen Konkretisierung
 - 4. Zwischenergebnis
 - III. Die Divergenz der Regelungstendenzen
 - 1. Ähnlichkeiten von Abstraktheit und Divergenz im Recht
 - 2. Illustration der Divergenz
 - 3. Ursachen der Divergenz
- D. Zur Ordnung und Anwendung der Normen
 - I. Ordnungsprinzipien
 - II. Der Beispielsfall und seine (unvollständige) Lösung
 - 1. Möglichkeit des Regelschulbesuchs
 - 2. Kriterien für den Regelschulbesuch
 - 3. Verfahren zur Entscheidung über den Regelschulbesuch
 - 4. Verfügbarkeit zusätzlicher (personeller) Unterstützung beim Regelschulbesuch
 - III. Offene Fragen
- E. Eine Bewertung aus juristischer Perspektive
 - I. Unterschiedliche Bewertungsebenen
 - II. Prozedurale Bewertungsansätze aus Makroperspektive
 - III. Prozedurale Bewertungsansätze aus Mikroperspektive
 - 1. Erstes Beispiel: Eine Kritik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
 - 2. Zweites Beispiel: Eine Kritik der Regelung zum Begutachtungsverfahren im BayEUG

A. Ziele und Grenzen des Beitrages

Wie alle Beiträge in diesem Band soll auch der nachfolgende dem Dialog über Fächergrenzen hinweg dienen. Mithin richtet er sich immerhin teilweise an ein fachfremdes Publikum, was nicht ohne Auswirkung auf Form und Inhalt der Darstellung bleiben kann. Zugleich soll aber auch der Anspruch nicht vollends aufgegeben werden, einen Beitrag zur inner-juristischen Diskussion zu leisten. Es ist abschbar, dass bei diesem Spagat keiner der Zielgruppen ohne Abstriche Rechnung getragen werden kann. Dafür sei vorab um Nachsicht gebeten – verbunden mit der Anregung zu einer entsprechend selektiven Lektüre.

Zu Beginn drängt sich die Frage auf, was die Rechtswissenschaft zu diesem Thema überhaupt beizutragen hat. Denn welche Vor- und Nachteile die integrative Beschulung von Kindern mit Behinderung haben kann, wann sie sinnvoll ist und wann nicht, das sind Fragen für Pädagogik und Soziologie. Die Juristerei kann hierzu zunächst nichts beisteuern – außer vielleicht offenen Ohren.¹

Schon eher hat es Sinn, die juristische Perspektive zu integrieren, wenn es darum geht, den status quo, also das gegenwärtige System zu beschreiben. Zwar ist man auch insoweit gut beraten, für die empirische Seite noch weiteren Sachverstand einzuholen. Denn bekanntlich gibt ein Blick ins Gesetz oft nur höchst unvollständig Auskunft darüber, wie die reale Situation ist. Aber umgekehrt ist das System ohne Kenntnis der rechtlichen Strukturen wahrscheinlich auch kaum zu durchschauen. Eine erste Aufgabe dieses Beitrages wäre damit benannt. Zunächst geht es darum, diese rechtlichen Strukturen zu erklären.

Erfahrungsgemäß rufen solche Erklärungsversuche von juristischer Seite bei ihren Adressaten oft Enttäuschungen hervor. Wo man sich klare Antworten erwartet hätte, muss man sich oft mit dem Verweis auf Unsicherheiten und Widersprüchlichkeiten im Recht zufrieden geben. Das wird in diesem Beitrag nicht anders sein. Aber vielleicht – und damit wäre die zweite Zielsetzung angesprochen – gelingt es zu zeigen, woran das liegt, worauf also die Unklarheiten beruhen.

1 Die Notwendigkeit einer solchen Offenheit wird in den – freilich seltenen – rechtswissenschaftlichen Arbeiten zum Thema integrativer Erziehung auch regelmäßig anerkannt; vgl. insbes. *Michael Stolleis*, *Behinderte und nichtbehinderte Kinder im Kindergarten, Rechtsfragen der gemeinsamen Erziehung*, Köln 1988, S. 3. Das Bemühen um derartige Offenheit ist aber auch in der juristischen Praxis durchaus erkennbar. Als prominentes Beispiel sei hier die im Folgenden noch zu behandelnde zentrale Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herausgegriffen, die an mehreren Stellen auf die Erkenntnisse jener Disziplinen rekurriert; vgl. BVerfGE 96, 288, 289 ff. und 304 f.; vgl. aber zur Frage, inwieweit dieses Rekurse zutreffend und ausreichend waren, die Kritik von *Hans Eberwein*, *Sonder- und Rehabilitationspädagogik – eine Pädagogik für „Behinderte“ oder gegen Behinderungen? Sind Sonderschulen verfassungswidrig?* in: *ders./Ada Sasse (Hrsg.)*, *Behindert sein oder behindert werden? Interdisziplinäre Analysen zum Behinderungsbegriff*, Neuwied 1998, S. 66 ff. (insbes. S. 88 ff.)

Neben diese beiden deskriptiv-analytischen Dimensionen wird am Ende des Beitrags schließlich noch eine bewertende treten. Erneut soll dort die Frage nach dem möglichen Beitrag der Rechtswissenschaft gerade im Hinblick auf eine Bewertung des status quo aufgegriffen werden, gefolgt vom Versuch einer exemplarischen Kritik einzelner Aspekte des geltenden Rechts.

Zu Anfang freilich steht ein Fall, von dem die Darstellung ausgehen und auf den sie wiederholt Bezug nehmen wird. Dem nichtjuristischen Publikum mag dies erleichtern, sich die praktischen Konsequenzen der abstrakt-normbezogenen Erörterungen zu vergegenwärtigen. Womöglich kann der Fall aber auch für die juristische Leserschaft mehr als sein eine lästige Fingerübung, unter der Bedingung nämlich, dass es mithilfe dieses wohl primären Bindegliedes zwischen Rechtswissenschaft und konkreter Welt gelänge, die Identifikation mit den so genannten Rechtsunterworfenen zu fördern – und damit auch das Verständnis für deren Situation. Dabei sei ausdrücklich hervorgehoben, dass „Verständnis“ im intellektuellen ebenso wie den empathischen Sinn gemeint ist. Ob dies ein doppelter ist, kann dagegen offen bleiben.

B. Der Beispielfall und „seine“ Fragen

Man versetze sich in die Rolle dessen, der um Rechtsrat gebeten wird. Es geht um ein Kind im Einschulungsalter. Es hat eine Behinderung, die seine geistigen Fähigkeiten soweit einschränkt, dass es die Lernziele der ersten Klasse voraussichtlich nicht erreichen wird. Bisher ist es in einem integrativen Kindergarten gewesen, und dort auch tatsächlich so gut integriert, dass die Eltern den Wunsch haben, dass es mit den Altersgenossen aus dem Kindergarten die Regelschule vor Ort besuchen soll.

Der Fall wirft gleich mehrere Fragen auf: Ist es überhaupt möglich, dass das Kind die Regelschule besucht? Wovon hinge dies ab? Und in welchem Verfahren würde darüber entschieden? Könnte das Kind bei Bedarf ferner zusätzliche (personelle) Unterstützung beim Schulbesuch erhalten, sei es pädagogischer, sei es praktischer Art?

C. Ein Überblick über das einschlägige Normenmaterial

Eine Beantwortung der aufgeworfenen Fragen setzt zunächst voraus, dass man sich einen Überblick über das einschlägige Normenmaterial verschafft. Für gewöhnlich versteht sich das von selbst und verdient keine gesonderte Erwähnung. Hier jedoch ist dies anders. Denn schon bei diesem Überblick wird augenfällig, wie komplex und oft auch unklar die Rechtslage ist. Zumal es zu den Zielsetzungen dieses Beitrages zählt, die Ursachen dieser Komplexität und der resultierenden Unklarheiten zu beleuchten, werden diese Aspekte bereits bei Gelegenheit des nachfolgenden Überblicks behandelt.

Während also eine Auswahl der relevanten Vorschriften² vorgestellt wird, sollen zugleich drei mögliche Ursachenfaktoren benannt werden: die Vielfalt der Rechtsquellen (dazu I.), die Abstraktheit des Normenmaterials (dazu II.) und die Divergenz der Regelungstendenzen (dazu III.).

I. Die Vielfalt der Rechtsquellen

Mit Vielfalt der Rechtsquellen ist gemeint, dass sich die relevanten Vorschriften nicht etwa in einem einheitlichen Gesetzbuch finden. Vielmehr sind sie verstreut über viele Gesetze und entstammen mithin auch unterschiedlichen Kontexten. Die nachfolgende Auflistung der betroffenen Rechtsbereiche soll zunächst nur einen Eindruck von dieser Vielfalt geben. Die angesprochenen Normen werden auszugsweise wiedergegeben, weil auf ihren Wortlaut später noch mehrfach Bezug genommen werden wird. Vorausgeschickt sei ferner, dass sich die vorgenommene Einteilung von Rechtsbereichen nicht an systematischen, sondern allein an Darstellungszwecken orientiert. Eine einheitliche und verbindliche Einteilung gibt es nicht und braucht es auch nicht zu geben, weil etwaige Kollisionen der Normen eigenen Regeln folgen, auf die später noch eingegangen wird.³

1. Schulrecht

Betroffen ist zunächst der Bereich des Schulrechts. Die primäre Quelle sind hier die entsprechenden Landesgesetze. Der vorliegende Beitrag wird die Betrachtung insofern auf Bayern beschränken. Hier ist das entsprechende Gesetz das Bayerische Gesetz über

2 Tatsächlich muss der nachfolgende Überblick sehr selektiv ausfallen, sodass bei weitem nicht um alle Vorschriften behandelt werden, die für den gegebenen Zusammenhang Bedeutung erlangen können. So werden nicht nur aus den genannten Gesetzen bloß einzelne Normen herausgegriffen. Vielmehr bleiben im Folgenden auch ganze Gesetze ausgespart, obwohl sie mitunter relevant sein können. Das gilt namentlich für die Gleichstellungsgesetze der Länder, die sich freilich zum Teil noch im Planungsstadium befinden (für eine Übersicht vgl. <http://www.einfach-fuer-alle.de/artikel/bitv/landesgleichstellungsgesetze.html>). So trifft etwa für Bayern das jüngst erlassene Gesetz zur Gleichstellung, Integration und Teilhabe von Menschen mit Behinderung (vom 9. Juli 2003, BayGVBl. S. 419) unter anderem Regelungen über den barrierefreien Zugang zu öffentlichen Einrichtungen, die insbes. auch für den Schulbereich von Bedeutung sind. Spezielle Vorschriften zur Integration in der Schule enthält dieses Gesetz freilich nicht, obschon solche Forderung im Vorfeld erhoben worden waren (vgl. hierzu sowie für eine deutlich breiter angelegte Kritik des Gesetzes die Stellungnahme von *Alexander Drewes*, Kritische Würdigung des Entwurfs eines Bayerischen Gesetzes zur Gleichstellung, Integration und Teilhabe von Menschen mit Behinderung und zur Änderung anderer Gesetze, erhältlich im Internet unter <http://www.netzwerk-artikel-3.de/dokum/kombaylgg.php>).

3 Vgl. dazu unten D I.

das Erziehungs- und Unterrichtswesen (kurz: BayEUG)⁴. Mit Wirkung zum 1.8.03 hat dieses Gesetz für den gegebenen Zusammenhang wesentliche Änderungen erfahren. Für die Integration von Kindern mit Behindern sind insbesondere die Art. 41 und 21 BayEUG relevant.

Art. 41 BayEUG

(1) Schulpflichtige mit sonderpädagogischem Förderbedarf, die am gemeinsamen Unterricht in der allgemeinen Schule nicht aktiv teilnehmen können oder deren sonderpädagogischer Förderbedarf an der allgemeinen Schule auch mit Unterstützung durch Mobile Sonderpädagogische Dienste nicht oder nicht hinreichend erfüllt werden kann, haben eine für sie geeignete Förderschule zu besuchen. Ein Schüler kann aktiv am gemeinsamen Unterricht der allgemeinen Schule teilnehmen, wenn er dort, gegebenenfalls unterstützt durch Maßnahmen des Art. 21 Abs. 3, überwiegend in der Klassengemeinschaft unterrichtet werden, den verschiedenen Unterrichtsformen der allgemeinen Schule folgen und dabei schulische Fortschritte erzielen kann sowie gemeinschaftsfähig ist. (...)

(2) (...)

(3) Die Anmeldung an einer Förderschule soll nur erfolgen, wenn die Grundschule festgestellt hat, dass die Voraussetzungen des Abs. 1 Sätze 1 und 2 für eine Unterrichtung an der Grundschule nicht gegeben sind. (...) Vor der Aufnahme ist ein sonderpädagogisches Gutachten zu erstellen, das den Förderbedarf beschreibt und eine Empfehlung zum geeigneten Förderort ausspricht. Die Erziehungsberechtigten sind rechtzeitig (...) zu informieren und im Rahmen des Begutachtungsverfahrens anzuhören. Soweit erforderlich, können auch ärztliche oder schulpsychologische Gutachten ergänzend angefordert werden; eine Empfehlung des Kindergartens oder der schulvorbereitenden Einrichtung soll einbezogen werden. (...)

(...)

Art. 21 BayEUG – Mobile Sonderpädagogische Dienste

(1) Die Mobilen Sonderpädagogischen Dienste unterstützen die Unterrichtung von Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf, die nach Maßgabe des Art. 41 eine allgemeine Schule besuchen können. (...)

(2) (...)

(3) Für die Fördermaßnahmen können einschließlich des anteiligen Lehrerstundeneinsatzes je Schüler in der besuchten allgemeinen Schule im längerfristigen Durchschnitt nicht mehr Lehrstunden aufgewendet werden, als in der entsprechenden Förderschule je Schüler eingesetzt werden.

2. Behindertenrecht im engen Sinne

Neben den schulrechtlichen sind auch genuin „behindertenrechtliche“ Regelungen einschlägig. Dabei bedarf zunächst der Begriff des Behindertenrechts der Erläuterung, weil der Sprachgebrauch insofern uneinheitlich ist. Die rechtlichen Vorschriften, die spezielle Regelungen für Menschen mit Behinderung treffen, sind nicht in einem einheitlichen Gesetzbuch zusammengefasst, sondern verstreut über viele verschiedene Rechtsbereiche – vom Arbeits- über das Sozial- bis hin zum Steuerrecht, um nur drei Gebiete herauszugreifen, wo sie besonders häufig sind. In einem weiten Sinne soll der Begriff „Behindertenrecht“ deswegen häufig die Gesamtheit all dieser Regelungen be-

⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 31.5.2000; zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. 3. 2003, BayGVBl. S. 262.

zeichnen.⁵ Seit dem Erlass des neunten Buches des Sozialgesetzbuches⁶ (kurz: SGB IX) im Jahr 2001 kann „Behindertenrecht“ aber auch noch einen engeren Sinn haben, nämlich nur die Regelungen dieses SGB IX meinen. Überschriften ist das SGB IX mit „Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“. Und auch wenn der Bundesgesetzgeber darin keineswegs alle im weiten Sinne „behindertenrechtlichen“ Regelungen zusammengefasst hat, so hat er doch versucht, die einzelnen Regelungen besser aufeinander abzustimmen, indem er einiges „vor die Klammer gezogen“ hat.⁷

Für die Frage der schulischen Integration enthält das Behindertenrecht im engeren Sinne insbesondere die folgenden Vorschriften:

§ 1 SGB IX – Selbstbestimmung und Teilhabe am Leben in der Gesellschaft

Behinderte (...) Menschen erhalten Leistungen nach diesem Buch (...), um ihre Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern (...).

§ 4 SGB IX - Leistungen zur Teilhabe

(1) Die Leistungen zur Teilhabe umfassen die notwendigen Sozialleistungen, um unabhängig von der Ursache der Behinderung

(...)

4. die persönliche Entwicklung ganzheitlich zu fördern und die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sowie eine möglichst selbständige und selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen oder zu erleichtern.

(2) (...)

(3) Leistungen für behinderte (...) Kinder werden so geplant und gestaltet, dass nach Möglichkeit Kinder nicht von ihrem sozialen Umfeld getrennt und gemeinsam mit nicht behinderten Kindern betreut werden können. (...)

§ 55 SGB IX - Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft

(1) Als Leistungen der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft werden die Leistungen erbracht, die den behinderten Menschen die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ermöglichen oder sichern (...).

(2) Leistungen nach Absatz 1 sind insbesondere

(...)

2. heilpädagogische Leistungen für Kinder, die noch nicht eingeschult sind

(...).

3. Sozialhilferecht

Ein dritter Bereich, der einschlägige Vorschriften enthält, ist das Sozialhilferecht. Relevant sind im gegebenen Kontext insbesondere die Regelungen zur „Eingliederungshilfe“. Da geht es um staatliche Leistungen, die den Empfängern helfen sollen, eine Behinderung bzw. deren Wirkungen zu überwinden. Wie wichtig dieser Bereich in

5 So zum Beispiel das Verständnis bei *Jan Castendiek/Günther Hoffmann*, Das Recht der behinderten Menschen – Ein Handbuch, Baden-Baden 2002; vgl. dort näher zur Begrifflichkeit insbes. S. 15. Zu den Vorzügen eines solchen „bereichsspezifischen, dezentralen Behindertenrechts“ vgl. *Michael Stolleis* (Fn. 1), S. 82 f., was freilich, wie *Stolleis* auch selbst betont, der Entwicklung gemeinsamer Grundgedanken des Behindertenrechts nicht entgegensteht.

6 Mit Gesetz vom 19. 6. 2001, BGBl. I S. 1046 (seither mehrfach geändert).

7 Für einen Überblick inklusive kritischer Bilanz dieser Reform vgl. *Rainer Pitschas*, Integration behinderter Menschen als Teilhabekonzept. Zur Neuordnung des deutschen Rehabilitationsrechts in vergleichender Perspektive, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGB) 2003, S. 65 ff.

der Praxis ist, lässt sich daran ablesen, dass innerhalb des gesamten Sozialhilfebudgets die Leistungen der Eingliederungshilfe den quantitativ größten Einzelposten ausmachen.⁸ Speziell für den Schulbereich sind die Regeln insofern relevant, als sich danach die Finanzierung von zusätzlichem (nicht pädagogischem) Betreuungsaufwand in der Schule richten könnte. Die zitierten Vorschriften entstammen zunächst dem siebten Unterabschnitt des Bundessozialhilfegesetzes (kurz: BSHG)⁹, der mit „Eingliederungshilfe für behinderte Menschen“ überschrieben ist. Danach folgt ein Auszug aus der Eingliederungshilfeverordnung.¹⁰ Dabei handelt es sich um eine Rechtsverordnung, die also nicht von der Legislative, sondern im Wege der Delegation von der Exekutive erlassen worden ist und die der Konkretisierung der Vorschriften aus dem BSHG dienen soll. Beide Regelwerke sind im Jahre 2001, also parallel mit der Einführung des SGB XI, in einigen hier relevanten Punkten geändert worden.¹¹

§ 39 BSHG – Personenkreis und Aufgabe

(1) *Personen, die durch eine Behinderung (...) wesentlich in ihrer Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt (...) sind, in Eingliederungshilfe zu gewähren, wenn und solange (...) Aussicht besteht, dass die Aufgabe der Eingliederungshilfe erfüllt werden kann. (...)*

(2) (...)

(3) *Aufgabe der Eingliederungshilfe ist es, eine drohende Behinderung zu verhüten oder eine Behinderung oder deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern und die behinderten Menschen in die Gesellschaft einzugliedern. Hierzu gehört vor allem, den behinderten Menschen die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen oder zu erleichtern, ihnen die Ausübung eines angemessenen Berufs oder einer sonstigen Tätigkeit zu ermöglichen oder sie so weit wie möglich unabhängig von Pflege zu machen.*

(4) *Für die Leistungen zur Teilhabe gelten die Vorschriften des Neunten Buches Sozialgesetzbuch, soweit sich aus diesem Gesetz und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen nicht anderes ergibt.*

§ 40 BSHG – Leistungen der Eingliederungshilfe

(1) *Leistungen der Eingliederungshilfe sind vor allem*

(...)

4. Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung, vor allem im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht und zum Besuch weiterführender Schulen (...); die Bestimmungen über die Ermöglichung der Schulbildung im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht bleiben unberührt

(...)

8. Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach § 55 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch.

§ 12 Eingliederungshilfeverordnung – Schulbildung

Die Hilfe zu einer angemessenen Schulbildung im Sinne des § 40 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes umfasst auch

1. (...),

8 Zu Einzelheiten vgl. Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Kurz: NDV) April 2003, Entwicklung der Sozialhilfeausgaben für Hilfen für Menschen mit Behinderungen – Der Bundesgesetzgeber muss tätig werden („Stellungnahme“ ohne Nennung eines Verfassers), S. 121-125.

9 Zuletzt bekanntgemacht am 23. 3. 1994, BGBl. I S. 646, ber. 2975, seither mehrfach geändert.

10 Zuletzt bekanntgemacht am 1. 2. 1975, BGBl. I S. 433, seither mehrfach geändert.

11 Mit Gesetz vom 19. 6. 2001, BGBl. I S. 1046.

*2. Maßnahmen der Schulbildung zugunsten körperlich und geistig behinderter Kinder und Jugendlicher, wenn die Maßnahmen erforderlich und geeignet sind, dem behinderten Menschen eine im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht üblicherweise erreichbare Bildung zu ermöglichen,
(...)*

4. Verfassungsrecht

Aus dem Verfassungsrecht verdient bei diesem Überblick insbesondere das so genannte Benachteiligungsverbot Erwähnung, das 1994 zu den anderen Gleichheitsgarantien in Art. 3 des Grundgesetzes hinzugefügt worden ist.¹² Es lautet:

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz
Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

Parallele Vorschriften können sich im Übrigen auch im Landesverfassungsrecht finden. In Bayern zum Beispiel ist im Jahre 1998 der Art. 118a in die Landesverfassung aufgenommen worden.¹³ Über das Benachteiligungsverbot hinaus expliziert er in einem zweiten Satz sogar die staatliche Pflicht, sich für gleichwertige Lebensbedingungen für Menschen mit und ohne Behinderung einzusetzen.¹⁴

5. Europarecht

Den Abschluss der Aufzählung bilden Auszüge aus zwei europarechtlichen Rechtsakten. Schon hier sei erwähnt, dass die Frage ihrer rechtlichen Verbindlichkeit zumindest erörterungsbedürftig ist. Darauf wird später noch einzugehen sein.

Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen vom 14.5.1987 (Auszug):¹⁵

Die Integration behinderter Kinder in normalen Schulen sollte als wichtiger Teil der Aktion zur Eingliederung der Behinderten in die Gesellschaft gesehen werden. Sie kann für behinderte Kinder zu einem befriedigenderen Erwachsenen- und Erwerbsleben führen. Gleichzeitig ist es für normale Kinder gewinnbringend, gemeinsam mit behinderten Kindern aufzuwachsen, und die Integration behinderter kann zu allgemein wünschenswerten schulischen Reformen Anlass geben.

Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen vom 31.5.1990 über die Eingliederung von behinderten Kindern und Jugendlichen in allgemeine Bildungssysteme:¹⁶

1. Die Mitgliedstaaten sind übereingekommen, sich (...) um die Eingliederung (...) behinderter Schüler (...) in ihre allgemeinen Bildungssysteme zu bemühen.

2. Die völlige Eingliederung in das allgemeine Bildungssystem sollte in allen geeigneten Fällen als vorrangige Option gelten. (...)

12 Mit dem verfassungsänderndem Gesetz vom 27. 10. 1994 (BGBl. S. 3146).

13 Mit dem Verfassungsreformgesetz vom 20. 2. 1998 (BayGVBl. S. 38).

14 Einen einfachgesetzlichen Unterbau zu dieser Landesverfassungsnorm liefert neuerdings das zuvor (vgl. oben Fn. 2) erwähnte Bayerische Behindertengleichstellungsgesetz.

15 Vgl. ABIEG Nr. C 211 vom 8. 8. 1987.

16 Vgl. ABIEG Nr. C 162 vom 3. 7. 1990.

II. Die Abstraktheit des Normenmaterials

Nach diesem oberflächlichen Durchgang durch das einschlägige Normenmaterial wendet sich die Betrachtung nun dem nächsten, stärker inhaltlichen Aspekt zu, der Abstraktheit des betrachteten Normenmaterials. Um zu verdeutlichen, was damit gemeint ist, lässt sich zunächst unmittelbar dort anknüpfen, wo die vorangegangene Aufzählung endete.

1. Illustration der Abstraktheit

In der Ministerratsentschließung von 1990 ist im zweiten Unterpunkt vorgesehen, dass Integration die vorrangige Option sein solle – „in allen geeigneten Fällen“. Was aber heißt das? Gewiss, völlig inhaltslos ist die Aussage nicht. Immerhin enthält sie ein klares Bekenntnis zur Integration als einem wünschenswerten Ziel. Aber solange nicht näher spezifiziert ist, welche Fälle geeignet sind und welche nicht, fängt man im konkreten Fall wenig damit an.

Ähnlich ist die Lage beim Benachteiligungsverbot des Art. 3 GG. Denn was genau soll als „Benachteiligung“ gelten? So klar die Norm auch klingen mag, ihre Anwendung auf eine konkrete Situation kann durchaus Probleme bereiten. So auch im Beispielfall. Wäre die Überweisung des Kindes auf eine Förderschule eine Benachteiligung wegen der Behinderung? Sicher ist, dass das Kind wegen seiner Behinderung anders behandelt wird als ohne. Aber man kann durchaus unterschiedlicher Ansicht darüber sein, ob das es damit auch notwendig schlechter behandelt, also „benachteiligt“ wird.

Nun ist es sicher nichts Ungewöhnliches, dass Rechtsvorschriften so allgemein formuliert sind, dass ihre Anwendung auf einen konkreten Fall Fragen aufwirft. Ganz im Gegenteil ist dies eine allgegenwärtige Erfahrung, ja angesichts der Unvollkommenheit der Sprache, auf die sie angewiesen sind, bis zu einem gewissen Grad sogar eine unvermeidliche. Besonders gilt das anerkanntermaßen für das Verfassungsrecht. Denn dessen Regeln sollen (inhaltlich) eine besonders breite und (zeitlich) eine besonders lange Geltung haben. Notgedrungen müssen sie deswegen einen hohen Abstraktionsgrad aufweisen. Auch bei Entschlüssen wie der zuvor zitierten aus dem Europarecht dürfte die Abstraktion wohl typisch und aus ihrer Funktion zu erklären sein.

Doch auch beim so genannten einfachen Recht, also bei den nicht-verfassungsrechtlichen Regeln, taucht das Problem der Abstraktheit häufig auf. Was zum Beispiel „die gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft“ ausmacht, die im SGB IX immer wieder erwähnt ist, das dürfte im Einzelfall oft strittig sein. Wieder konnte man kaum anderes erwarten. Schließlich handelt es sich beim SGB IX, wie gesagt, großenteils um „vor die Klammer gezogene“, also bewusst allgemein gehaltene Regeln.

Aber selbst „in der Klammer“, also bei den vielen verstreuten Spezialvorschriften mit behindertenrechtlicher Relevanz, herrscht oft noch ein großes Maß an Abstraktion.

So zum Beispiel im Sozialhilferecht, das in § 40 I Nr. 4 BSHG Eingliederungshilfe für eine „angemessene“ Schulbildung verheißt. Oder im Schulrecht, wo selbst die gesetzgeberische Definition der Fähigkeit zur „aktiven Unterrichtsteilnahme“ in Art. 41 Abs. 1 BayEUG noch auf Kriterien rekurriert, für die es zur praktischen Anwendbarkeit noch einiger weiterer Konkretisierung bedürfte. Denn es bedarf beileibe keiner großen Phantasie, um sich vorzustellen, dass man bei der Anwendung beispielsweise des Kriterium der „Gemeinschaftsfähigkeit“ zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann, sobald man ein „reales Kind“ vor sich hat.

2. Unvermeidbarkeit und Vorzüge der Abstraktion

Nun geht es an dieser Stelle nicht darum, Kritik an den jeweiligen Gesetzgebern zu üben. Hier und da wäre eine konkretere Wortwahl vielleicht möglich gewesen. Aber ein gewisser Grad an Abstraktion im Gesetz ist nicht nur, wie gesagt, ohnehin unvermeidlich. Vielmehr ist Abstraktion darüber hinaus auch oft sogar wünschenswert. Denn nur so können der *Gesetzesanwendung* genügend Spielräume belassen werden, um dem Einzelfall angemessene Entscheidungen zu treffen. Wie sollte der Gesetzgeber auch die Vielzahl möglicher Konstellationen antizipieren? Sollte er bei der „Gemeinschaftsfähigkeit“ zum Beispiel eine detaillierte Liste erstellen, welche Verhaltensweisen seitens eines Kindes mit Behinderung in welcher Häufigkeit für die Mitschüler und Lehrer tolerabel sind? Offensichtlich sind die denkbaren Situationen allzu vielgestaltig, als dass dies auch nur denkbar, geschweige denn erstrebenswert wäre. Angesichts dessen erscheinen – auch wenn damit die Rechtsunsicherheit steigt – gewisse Freiräume für die verantwortlichen Stellen innerhalb der Verwaltung als der einzig praktikable Weg.

3. Wege der allmählichen Konkretisierung

Überdies gelangt man auf diesem Weg mit der Zeit auch zu mehr Konkretheit. Denn typischer Weise wird sich eine Verwaltungspraxis herausbilden, deren Einheitlichkeit durch mehrere Mechanismen gesichert ist. So ist die Verwaltung von Verfassungen wegen gehalten, gleiche Fälle gleich zu entscheiden, das heißt, alle Fälle nach denselben Prinzipien.¹⁷ Mitunter ist diese Praxis sogar durch verwaltungsinterne Vorschriften fixiert.¹⁸ Als weiteren Schritt und stärksten Fall solcher Konkretisierung lassen sich solche gesetzeskonkretisierenden Rechtsverordnungen¹⁹ deuten, wie zum Beispiel die zuvor zitierte Eingliederungshilfeverordnung eine darstellt. Sie spezifiziert, was in § 40 Abs. 1 Nr. 4 BSHG unter einer „angemessenen“ Schulbildung zu verstehen sein soll,

17 Zur so genannten Selbstbindung der Verwaltung vgl. allgemein *Werner Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.) Grundgesetzkommentar, Band I, 1996, Art. 3 Rn. 47 ff.

18 Zu dieser über den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG vermittelten Außenwirkung der ansonsten nur intern bindenden Verwaltungsvorschriften vgl. *Heun* (Fn. 17), Art. 3 Rn. 49.

19 Vgl. hierzu die solchen Delegationen zugrunde liegende Verfassungsvorschrift des Art. 80 GG.

nämlich unter anderem auch „Maßnahmen ... zugunsten körperlich und geistig behinderter Kinder“, wenn sie ihnen „eine im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht üblicherweise erreichbare Bildung“ ermöglichen. Als etwas klarer kann man diese Formulierung wohl einstufen, obschon auch sie noch Raum für unterschiedliche Deutungen lässt.

Über die verschiedenen Formen solcher Konkretisierung wacht schließlich die Judikative. Im Fall der Verfassungsgerichtsbarkeit sind der Kontrolle sogar Gesetze unterworfen. Insofern könnte man von der Kontrolle der „gesetzgeberischen Konkretisierungen allgemeiner Verfassungsprinzipien“ sprechen. Das zuvor zitierte Benachteiligungsverbot zum Beispiel hat auf diese Weise deutlich schärfere Konturen erlangt. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass

„die Überweisung eines behinderten Schülers an eine Sonderschule gegen seinen und seiner Eltern Willen (...) eine verbotene Benachteiligung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (darstellt ...), wenn die Überweisung erfolgt, obwohl eine Unterrichtung an der allgemeinen Schule mit sonderpädagogischer Förderung möglich ist, der dafür benötigte personelle und sächliche Aufwand mit vorhandenen Personal- und Sachmitteln bestritten werden kann und auch organisatorische Schwierigkeiten und schutzwürdige Belange Dritter der integrativen Beschulung nicht entgegenstehen.“²⁰

Darin steckt zweierlei. Zunächst ist damit die zuvor aufgeworfene Frage, ob denn die in der Sonderschulzuweisung liegende Andersbehandlung eine „Benachteiligung“ ist, bejaht worden. Ferner wurden zugleich aber Rechtfertigungen für eine solche Benachteiligung zugelassen. Die Kriterien dafür sind im Zitat angesprochen. Damit ist zwar auch noch keine endgültige Klarheit erreicht – welche Belange zum Beispiel sind „schutzwürdig“? Aber gegenüber der knappen Verfassungsnorm ist doch ein gutes Stück Konkretisierung geleistet.

4. Zwischenergebnis

Für die Frage der Abstraktion des Normenmaterials lässt sich demnach festhalten, dass sie einerseits bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich, ja darüber hinaus auch wünschenswert ist, dass sie aber andererseits im Zuge der Rechtsanwendung durch Verwaltung und Gerichte immerhin partiell auch wieder überwunden werden kann. Ein wesentlicher Ursachenfaktor für die eingangs erwähnte Rechtsunsicherheit wäre damit erörtert.

Zugleich hat sich dabei eine für den weiteren Gedankengang wichtige Perspektive eröffnet, eine Perspektive nämlich, die das geltende materielle Recht begreift als Produkt eines fortwährenden Zusammenspiels vieler unterschiedlicher Akteure. Dass dabei nicht immer alle am selben Strang ziehen, versteht sich von selbst. Diese Divergenzen näher zu beleuchten, ist Ziel des nächsten Abschnittes.

²⁰ Vgl. den Beschluss des Ersten Senats vom 8.10.1997, BVerfGE 96, 288 – aus dem Jahr 1997; das Zitat ist ein Auszug aus dem 2. Leitsatz.

III. Die Divergenz der Regelungstendenzen

Für die Unsicherheiten im Recht zeichnet nicht nur dessen Abstraktheit verantwortlich. Auch seine Widersprüchlichkeit ist ein wichtiger Ursachenfaktor. Und wie für die Abstraktheit gilt auch für die Widersprüchlichkeit, dass sie zu einem gewissen Grad unvermeidlich, ja sogar wünschenswert ist, und dass es Verfahren zu ihrem allmählichen Abbau gibt.

1. Ähnlichkeiten von Abstraktheit und Divergenz im Recht

Unvermeidlich ist die Widersprüchlichkeit insofern, als das Recht unterschiedlichen und potentiell gegenläufigen Interessen, Zielen oder Prinzipien zur Geltung verhelfen muss. Selbst im hier behandelten Zusammenhang der schulischen Integration lassen sich gleich mehrere solche Frontenstellungen ausmachen. So werden einerseits Integration, andererseits aber auch eine den besonderen Bedürfnissen des Einzelnen stets genügende Erziehung angestrebt. Dass dies zu Widersprüchen führen kann – nämlich bei Kindern, für die eine separierte Förderung sinnvoll erscheint –, liegt auf der Hand. Ebenso ist leicht vorstellbar, dass Integration und die optimale Förderung der Kinder ohne sonderpädagogischen Förderbedarf im Einzelfall gegeneinander stehen, oder auch Integration und Budgetbeschränkungen. Es wäre illusorisch zu erwarten, dass der Gesetzgeber jedes mögliche Aufeinandertreffen solcher unterschiedlichen Ziele antizipieren und vorab in der gebotenen Differenziertheit entscheiden könnte.

Das zeigt ferner, inwiefern die Widersprüchlichkeit wünschenswert ist. Sie ist ein Mittel der Delegation der konkreten Entscheidung an eine sachnähere Instanz, die zwar die zu berücksichtigenden Belange dem Recht entnehmen, deren Ausgleich aber im Rahmen der Rechtsanwendung und der dabei bestehenden Freiräume selbst treffen kann. Zugleich wird dabei deutlich, inwiefern auch die Widersprüchlichkeit bei der Rechtsanwendung im Zusammenspiel der hierfür zuständigen Instanzen allmählich abgebaut werden kann. Die Mechanismen und Akteure sind dabei weitgehend dieselben wie jene, die beim Abbau der Abstraktheit wirken. Und wie die Abstraktion erneuert sich die Widersprüchlichkeit fortwährend – sie tut dies sogar in stärkerem Maße, zumal zu ihrem Anwachsen nicht nur Maßnahmen des Gesetzgebers beitragen können, sondern auch jene der anderen Gewalten.

Angesichts dieser Komplexität kann die Widersprüchlichkeit hier allenfalls punktuell beschrieben werden. Dieser Abschnitt wird sich insofern darauf beschränken, einige Divergenzen im zuvor zitierten Normenmaterial hervorzuheben.

2. Illustration der Divergenz

Betrachtet man nochmals die Vorschriften des SGB IX, also die vor die Klammer gezogenen Vorschriften zum Behindertenrecht, so fällt der Blick zunächst auf die allgemeine Zielbestimmung in § 1. Danach geht es in diesem Gesetz darum, behinderten Menschen die „Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ zu erleichtern. In § 4 wird dieses allgemeine Ziel weiter ausdifferenziert. Nach Absatz 1 Nr. 4 verfolgen die Leistungen zur Teilhabe unter anderem das Ziel, „die persönliche Entwicklung ganzheitlich zu fördern“. Speziell für Kinder regelt Absatz 3 ferner, dass „Kinder nach Möglichkeit nicht von ihrem sozialen Umfeld getrennt und gemeinsam mit nicht behinderten Kindern betreut werden sollen“. Das klingt außerordentlich integrationsorientiert.

Mehr noch gilt dies für die europarechtlichen Zielvereinbarungen, die zuvor zitiert wurden. Über das allgemeine Bekenntnis zur Integration hinaus wurde dort sogar explizit der Nutzen hervorgehoben, den die integrative Beschulung für die „normalen“ Kinder bedeuten könne. Das ist ein Aspekt, der regelmäßig allenfalls bis in die Gesetzesbegründungen gelangt.

In den schulrechtlichen Normen, die zuvor zitiert wurden, geht es dagegen nicht um allgemeine Zielbestimmungen, sondern darum, handfeste Kriterien festzuschreiben, wann ein Kind nicht auf die Regelschule, sondern auf eine Förderschule gehen soll. Nach Art. 41 BayEUG ist das zum einen dann der Fall, wenn das Kind nicht in der Lage ist, „aktiv am Unterricht in der Regelschule teilzunehmen“. „Aktive Teilnahme“ ist näher definiert und beinhaltet, verkürzt gesagt, (a) dem Unterricht folgen zu können, (b) schulische Fortschritte zu machen und (c) gemeinschaftsfähig zu sein. Zum anderen soll der Regelschulbesuch aber dann nicht möglich sein, wenn dem sonderpädagogischen Förderbedarf eines Kindes dort auch mit Hilfe der mobilen sonderpädagogischen Dienste nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann. Mit der Bezugnahme auf die mobilen sonderpädagogischen Dienste ist zugleich auf die in Art. 21 Abs. 3 BayEUG festgesetzte quantitative Beschränkung für deren Einsatz verwiesen.

Kontrastiert man nun diese Vorschriften mit den zuvor betrachteten Normen, so fällt zunächst auf, dass von deren integrationsfreudigem Ton im neuen Schulrecht nichts zu spüren ist. Nüchterner Interessenausgleich statt hehren Zielformulierungen – so ließe sich dieser erste Eindruck wohl fassen. Freilich korrespondiert dieser Gegensatz mit der unterschiedlichen Funktion der Vorschriften und sagt für sich genommen noch wenig. Insofern ist es nötig, das Bild um ein paar detailschärfere Gegenüberstellungen zu ergänzen.

§ 4 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX formuliert für die Leistungen zur Teilhabe unter anderem das Ziel, „die persönliche Entwicklung ganzheitlich zu fördern“. Allzu aussagekräftig sieht das auf den ersten Blick nicht aus. Was „ganzheitlich“ meint, ist schwer zu sagen. Allenfalls als Absage an eine ein- oder wenigdimensionale Förderung ließe sich die Zeile deuten. Doch wäre „Ganzheitlichkeit“ in diesem Sinne nicht eine Selbstverständlichkeit?

Sieht man freilich nochmals das Schulrecht an, so erscheint die Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX doch nicht als derart inhaltsarm. Für die Frage, ob ein Kind auf die Förderschule soll, kommt es nach Art. 41 Abs. 1 BayEUG (neben anderen, nicht das Kind selbst betreffenden Kriterien) darauf an, ob es auf der Regelschule ausreichend sonderpädagogisch gefördert werden kann und dort schulische Fortschritte macht. Gewiss sind das relevante Aspekte – aber sind es alle? Vor dem Hintergrund des „Ganzheitlichkeitspostulats“ wäre zu fragen, ob es nicht auch eine Rolle spielen müsste, welche anderen als *schulischen* Fortschritte das Kind auf der Regelschule machen kann? Ob es zum Beispiel im Umgang mit den nichtbehinderten Kindern wertvolle Erfahrungen für sein späteres Leben sammeln kann²¹ – ein Leben, das ja, nach allen gesetzgeberischen Bekenntnissen zu urteilen, ein integriertes sein soll, eines in der Gemeinschaft mit „Nichtbehinderten“.²²

Damit fällt der Blick auf einen weiteren Gegensatz zu den Vorschriften des SGB IX. In § 4 Abs. 3 ist bestimmt, dass „Kinder nach Möglichkeit nicht von ihrem sozialen Umfeld getrennt und gemeinsam mit nicht behinderten Kindern betreut werden sollen“. Da ist nicht von irgendeiner zukünftigen Wirkung die Rede, welche man sich von der grundsätzlich gemeinsamen Betreuung erhofft. Eine solche Wirkung wäre zwar denkbar – sowohl bei den Kindern mit Behinderung als auch, wie es die europarechtlichen Rechtsakte expliziert haben, bei denen ohne. Aber in § 4 Abs. 3 ist Integration Selbstzweck. Und das steht durchaus auch im Einklang mit der gesamten Konzeption dieses Gesetzes. Denn wenn ein integriertes Leben das Ziel ist, dann wäre nicht einsichtig, dass dieser Wert nicht auch im Kindesalter schon ein eigenes Gewicht haben sollte. Neben den in diesem Lebensabschnitt natürlich besonders wichtigen Vorkehrungen für die *künftige* Integration wäre danach auch die *gegenwärtige* bereits ein Belang, der eigenständige Berücksichtigung verdient. Aus dieser – wie gesagt: integrationsorientierten – Perspektive des SGB IX wäre an das bayerische Schulrecht die Frage zu richten, ob es

21 Vgl. näher zu dieser Aussicht den Beitrag von *Reinhard Markowetz*, *Schulische Integration/Inklusion in behindertensoziologischer Perspektive* (S. 41 ff.). Speziell zu diesem Aspekt hält er als eines der Resultate einer dort referierten Langzeitstudie zur Integration im Sekundarbereich fest, dass „vom Behinderten Fähigkeiten und Haltungen herausgefordert“ worden seien, „die eine Integration in diese Gesellschaft bereits vorwegnehmen: Selbstbewusstsein, Auseinandersetzung mit Andersartigkeit, Finden eigener Wege“. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die breitere Auseinandersetzung von *Markowetz* mit dem bisherigen Forschungsstand zu den Wirkungen der Integration, insbes. im Abschnitt „Stigmatisierung und Entstigmatisierung im Gemeinsamen Unterricht“. Er räumt, dass „die Studien (insgesamt bestätigen), dass die sozialen Kontakte im Handlungs- und Erfahrungsfeld Integration zu einer Zunahme der Akzeptanz von ‚Andersartigkeit‘ führen, soziale Distanzen abbauen und Einstellungen positiv verändern“. Freilich konstatiert er zugleich, dass der Stand der empirischen Forschungen – vorsichtig formuliert – noch ausbaufähig sei.

22 Es wären noch weitere Gesichtspunkte denkbar, die Berücksichtigung verdienen. Zu Recht hat in letzter Zeit vor allem ein Aspekt zunehmend Beachtung gefunden, und zwar sind dies die möglichen Belastungen, wie sie von den häufig langen Schulwegen zu einer Fördereinrichtung hervorgerufen werden; instruktiv dazu der Beschluss des OVG Magdeburg vom 26. 8. 1997, NVwZ 1999, S. 898 f. und insbes. die zustimmende Besprechung von *Gunther Jürgens/Veiko Römer*, Aufnahme von Behinderten in die allgemeine Schule, NVwZ 1999, S. 847 ff. (849 f.).

wirklich allein darauf ankommen soll, wo man dem sonderpädagogischen Förderbedarf wie gut gerecht werden kann – und nicht zumindest auch darauf, wo sich das Kind wohler fühlt, und zwar völlig unabhängig davon, ob ein solches Wohlbefinden eine Steigerung des pädagogischen Erfolgs erwarten ließe.

Die Unterschiede zwischen bayerischem Schulrecht und SGB IX sind demnach weder lediglich solche des Tones, noch lassen sie sich allein aus der unterschiedlichen Funktionen erklären, also daraus, dass das Schulrecht sich nicht auf die Formulierung von behindertenpolitischen Desiderata beschränken kann, sondern einen Ausgleich zwischen kollidierenden Interessen vornehmen muss. Vielmehr wird deutlich, dass im bayerischen Schulrecht die Pädagogik den systematischen Primat er- und behalten hat. Integration ist von einer demgegenüber untergeordneten Bedeutung geblieben.

Das gilt – wie gesagt – zunächst in *systematischer* Hinsicht. Über das praktische Schicksal der Integration ist damit noch nicht entschieden. Schließlich bräuchte sie ja nicht um ihrer selbst Willen, sondern könnte auch aus rein pädagogischen Erwägungen forciert werden. Inwieweit das tatsächlich geschieht, ist nur zum Teil eine rechtliche Frage. Es hängt auch von der praktischen Akzeptanz bei Lehrern, Eltern, Gutachtern und Schulämtern ab. Allerdings setzt das bayerische Schulrecht dieser praktischen Entfaltung einen engen Rahmen. So war beim Ausgleich der im Fall der Integration betroffenen kollidierenden Interessen unter anderem der „Preis“ zu bestimmen, den Integration höchstens kosten darf. Und auch insofern ist der bayerische Gesetzgeber sehr zurückhaltend geblieben, indem er in Art. 21 Abs. 3 BayEUG bestimmt hat, dass, gemessen in Lehrerstunden, Integration nicht teurer werden darf als die Unterrichtung in separaten Einrichtungen. Mehraufwendungen für Integration soll es demnach nicht geben. Hinzu kommt, dass die zusätzlichen Kosten eines Systemübergangs nach dem Gesetzeswortlaut derzeit wohl zulasten der Integration gehen würden. Denn verglichen werden im Gesetz – obschon immerhin „längerfristig“ – die Kosten von mobiler versus institutioneller sonderpädagogischer Betreuung im gegenwärtigen System. Zumal der Ausgangspunkt aber ein separierendes Modell ist, dürfte Integration, weil nur wenige Kinder betroffen sind, anfangs noch teurer sein, Separation dagegen, weil sich noch viele Kinder in den Institutionen befinden, zunächst billiger.

Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass die Regelungstendenzen von SGB IX und bayerischem Schulrecht weit auseinander gehen. Integration – das zentrale Ziel des SGB IX – ist im bayerischen Schulrecht zwar nicht mehr ausgeschlossen, hat aber als eigenständiges Ziel kaum Anerkennung erfahren.

Weitere Divergenzen zu beiden bisher betrachteten Rechtsbereichen ergeben sich, wenn man das Sozialhilferecht in die Betrachtung einbezieht. Zunächst finden sich dort nahezu wortgleiche Regelungen wie im SGB IX, wenn die allgemeine Zielsetzung der Eingliederungshilfe benannt wird. Wieder geht es vor allem um Integration – oder, in der vom SGB IX leicht abweichenden Diktion des § 39 Abs. 3 – darum, dem behinderten Menschen „die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ zu ermöglichen.

Wie im Schulrecht hat man es aber auch im Sozialhilferecht mit (zumindest) einer Interessenkollision zu tun, nämlich der zwischen Integration und deren Finanzierbarkeit. Dementsprechend finden sich in den konkreteren Vorschriften dann auch die zuvor bereits zitierten Einschränkungen, insbesondere also der Vorbehalt des § 40 BSHG, dass nur eine „angemessene“ Schulausbildung unterstützt werde, was § 12 der Eingliederungshilfverordnung übersetzt in „(Maßnahmen, die) erforderlich und geeignet sind, ... eine im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht erreichbare Bildung zu ermöglichen“. In der Praxis hat sich diese Norm oft als sozialhilferechtliche Integrationsbremse erwiesen.²³ Denn die für den Regelschulbesuch beantragten Maßnahmen der Eingliederungshilfe wären auf den regelmäßig deutlich besser eingerichteten Förderschulen oft nicht erforderlich, was immer wieder zu deren Versagung geführt hat. Ansatzpunkte hierfür gibt es gleich mehrere. Man hat die Formulierung „im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht erreichbare Bildung“ gleichgesetzt mit Hauptschulabschluss und auf diese Weise eine Form der Lernzielgleichheit reimportiert. Man hat das Kriterium der Geeignetheit genutzt, um Sinn und Zweck der Integration im Einzelfall zu hinterfragen. Und in vielen Fällen schließlich hat man an die „Erforderlichkeit“ – meist in Verbindung mit dem Grundsatz der Nachrangigkeit der Sozialhilfe in § 2 Abs. 1 BSHG²⁴ – angeknüpft und gefragt, ob nicht die Förderschule wenigstens genauso gut geeignet wäre.

Offensichtlich harmoniert also § 12 Eingliederungshilfverordnung jedenfalls in der bisherigen Auslegung weder mit dem bayerischen Schulrecht, das einen integrativen und insbesondere lernziendifferenten Unterricht ja immerhin für manche Fälle ermöglicht, noch gar mit den vorbehaltlos integrationsorientierten Normen des SBG IX. Freilich entstammt § 12 auch noch einer Zeit, da derartige Integrationstendenzen kaum spürbar gewesen sind, und es scheint, als seien er und die anderen sozialhilferechtlichen Vorschriften heute einer Auslegung zugänglich, welche diese Divergenzen immerhin zum Teil einebnet. Darauf wird im nächsten Abschnitt noch einzugehen sein²⁵, wenn anhand des Beispielsfalles demonstriert werden soll, wie das Recht derartigen Divergenzen beizukommen versucht. Zuvor jedoch sei noch ein abschließendes Wort zur Entstehung der konstatierten Divergenz der Regelungstendenzen angefügt.

3. Ursachen der Divergenz

Es war bereits vorausgeschickt worden, dass solche Divergenzen nichts Ungewöhnliches sind. Im Gegenteil, wo so viele Akteure beteiligt sind wie bei der Regelung der Integrationsproblematik, da kann man anderes kaum erwarten. Bereits die vorangegan-

²³ Zur umfangreichen Kasuistik vgl. aus neuerer Zeit etwa die Kommentierung von *Hans-Joachim Reinhard*, in: *ders./Kruse/Winkler* Bundessozialhilfegesetz BSGH mit Asylbewerberleistungsgesetz 2002, § 12 Eingliederungshilfverordnung, Einschub nach § 47 BSHG.

²⁴ „Sozialhilfe erhält nicht, wer sich selbst helfen kann oder wer die erforderliche Hilfe von anderen (...) erhält.“

²⁵ Vgl. dazu unten D II 4 (Text nach Fn. 42).

gene ausschnittartige Betrachtung weniger Normen erlaubt, einige Ursachen dieser Divergenzen näher zu benennen.

Ein wesentlicher Faktor ist die sachliche Ausdifferenzierung des Rechts in verschiedene, voneinander weitgehend unabhängige Bereiche, die jeweils eigenen Gesetzmäßigkeiten folgen. Besonders deutlich war das bei der Gegenüberstellung der behindertenpolitischen Zieldefinitionen insbesondere des SGB IX mit den schulrechtlichen Normen, die den multipolaren Interessenausgleich vornehmen, der bei der Frage der schulischen Integration zu treffen ist. Zwischen SGB IX und den sozialhilferechtlichen Normen war die Kluft zwar weniger breit. Aber dass überhaupt eine existiert, ist für die Divergenzen, die aus der Ausdifferenzierung resultieren, vielleicht noch bezeichnender als die Unterschiede zwischen Schulrecht und SGB IX. Schließlich stammen sowohl das Sozialhilferecht als auch das SGB IX vom selben, nämlich dem Bundesgesetzgeber. Das illustriert, wie ausgeprägt die Autonomie selbst solcher sich sachlich nahestehender Rechtsbereiche ist.

Zugleich rücken damit die beiden nächsten Faktoren ins Blickfeld, die für die Divergenzen verantwortlich sind. Beide entspringen sie daraus, dass das materielle Recht – wie zuvor bereits hervorgehoben – kein statischer Monolith ist, sondern ein dynamisches und deswegen eben auch spannungsreiches Gebilde.

Der eine Ursachenfaktor ist, dass die gegenübergestellten Normen aus unterschiedlichen Zeiten stammen. Das schlägt sich nicht nur in der Diktion der Normen nieder. Es ist auch von inhaltlicher Relevanz. Augenfällig wurde das zuvor bei der Frage, für welche Schulbildungsmaßnahmen Eingliederungshilfe gezahlt werden kann. Insoweit schien nämlich die schon ältere Eingliederungshilfeverordnung jedenfalls nach ihrem bisherigen Verständnis nicht ganz auf der Höhe der anderen, stärker integrationsorientierten Normen.

Der andere Ursachenfaktor ist, dass die verschiedenen Normen meist von unterschiedlichen Akteuren stammen. Ganz offensichtlich bestehen auf Bundesebene andere politische Mehrheitsverhältnisse, Zwänge und Möglichkeiten als auf Landesebene. Angesichts dessen kann es nicht verwundern, wenn etwa das bayerische Schulrecht in behindertenpolitischen Fragen andere Akzente setzt, als man sie im Bundesrecht vorfindet. Man kann sich vorstellen, dass dieser Faktor noch deutlicher hervorträte, wenn nicht nur die Legislative, sondern auch Judikative und Exekutive in die Betrachtung einbezogen würden – Akteure also, deren Handeln jeweils wieder nach anderen Verfahren und Logiken abläuft.

D. Zur Ordnung und Anwendung der Normen

Der vorangegangene Abschnitt sollte einen „Überblick über das einschlägige Normenmaterial“ verschaffen. Selbst wenn er dieses Ziel erreicht haben sollte, so dürfte

doch in jedem Falle das Bild, das entstanden ist, ein ziemlich wirres sein. Vielfalt, Abstraktheit, Divergenz – die zentralen Befunde der bisherigen Darstellung machen das nur allzu deutlich. Freilich ging es bisher auch gerade darum, das Unsicherheiten und Widersprüche im Recht hervorzuheben und ihr Entstehen zu erklären. Auf Grundlage dieser Betrachtung wäre an eine Anwendung der Regeln kaum zu denken, geschweige denn an eine Lösung des Beispielsfalles.

Im Folgenden wird das Ziel deswegen ein entgegengesetztes sein. Es sollen Strukturen und Ordnungsprinzipien im Recht aufgedeckt werden, die dazu beitragen, diese Komplexität zu bewältigen (dazu I.). Im Zentrum wird dabei – als Nagelprobe – der Versuch stehen, den Beispielsfall zu lösen (dazu II.). Dass dabei einige Fragen offen bleiben werden, dürfte nach den vorangegangenen Ausführungen nicht überraschen (dazu nochmals III.).

I. Ordnungsprinzipien

Es gibt zwei zentrale Prinzipien, mit deren Hilfe sich die bislang schlicht nebeneinander gestellten Normen soweit ordnen lassen, dass ihre Anwendung auf einen konkreten Fall möglich wird. Es sind die Normenhierarchie und die Zuständigkeitsordnung.

Mit Normenhierarchie ist gemeint, dass man alle Regelungen in eine Rangfolge bringt, und zwar in Abhängigkeit davon, wer sie erlassen hat. Danach steht zum Beispiel Bundesrecht über Landesrecht, und Europarecht beansprucht Vorrang vor Bundesrecht. Ferner stehen Normen der Legislative über solchen der Exekutive, also über Rechtsverordnungen, soweit mehrere Vorschriften derselben Ebene zusammentreffen.

Das alles gilt aber nur – und damit wäre das zweite Prinzip angesprochen – soweit die Instanz, die eine Regelung getroffen hat, auch die Kompetenz dazu hatte. Die Kompetenzverteilung richtet sich im Fall von Bundes- und Landesrecht nach den Regelungen des Grundgesetzes.²⁶ Im Europarecht ergibt sie sich aus dem so genannten Primärrecht, also den grundlegenden Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten. Was geschehen würde, wenn das Europarecht insoweit mit nationalem Verfassungsrecht kollidieren würde, ist zweifelhaft. Aber die Frage kann offen bleiben, weil für den gegebenen Kontext eine solche Kollision nicht in Betracht kommt. Außerhalb der Kompetenzordnung stehen ferner die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere also die Grundrechte. Ihren Anforderungen muss jedes staatliche Handeln, gleich welcher Ebene, genügen.

²⁶ Vgl. allgemein zum Grundsatz der Länderzuständigkeit Art. 30 GG, speziell zur Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen Art. 70 ff. GG.

II. Der Beispielfall und seine (unvollständige) Lösung

Wendet man nun diese Prinzipien auf das zuvor betrachtete Regelungswirrwarr an, so kommt man der Beantwortung der im Beispielfall aufgeworfenen Fragen schon deutlich näher.

1. Möglichkeit des Regelschulbesuchs

Die erste Frage war, ob es überhaupt möglich ist, dass das Kind die Regelschule besucht, auch wenn es die allgemeinen Lernziele dort nicht erreichen wird. Um das zu beantworten, müsste man klären, welche der vielen Vorschriften denn Anwendung finden. Hierauf gibt es eine klare Antwort. Anzuwenden ist das Schulrecht.

Als Landesrecht steht es zwar ziemlich weit unten in der Normenhierarchie. Aber den Ausschlag gibt die Kompetenzordnung des Grundgesetzes. Danach gibt es für das Schulrecht keinen Kompetenztitel zugunsten des Bundes, sodass die Länder zuständig sind. Nun könnte man sich fragen, ob denn die Regelungen zur schulischen Integration tatsächlich solche des Schulrechts sind. Schließlich könnte man sie ja auch dem Behindertenrecht zuordnen – oder vielmehr, weil dieser Begriff im Kompetenzkatalog des Bundes nicht existiert – im gegebenen Zusammenhang dem „Recht der öffentlichen Fürsorge“.²⁷ Die Folge wäre, dass der Bund zuständig und seine Regelungen, soweit sie sich auf Schulintegration beziehen, dem Landesrecht vorrangig wären. Solche Abgrenzungsprobleme sind keine Seltenheit. Weil die Kompetenzfrage aber einer eindeutigen Antwort bedarf, behilft sich die Praxis damit, die Kompetenzen danach zuzuordnen, bei welcher Materie der Schwerpunkt der Regelung liegt.²⁸ Dass man bei derartigen Entscheidungen im Allgemeinen, und insbesondere bei der hier zu beantwortenden Frage nach der Zuordnung der Schulintegration, unterschiedlicher Auffassung sein kann, liegt auf der Hand. Allerdings geht die Praxis auf Bundes- wie auf Landesebene in dieser Frage bislang davon aus, dass die Integrationsregelungen dem Schulrecht zuzuschlagen sind. Augenfällig ist das zum Beispiel im zuvor zitierten § 55 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX, dessen Geltung explizit auf Kinder vor der Einschulung beschränkt ist. Im Ergebnis findet demnach das Bundesrecht, insbesondere die Normen des SG IX, keine Anwendung.

Die nächste Frage wäre, ob und wie die europarechtlichen Akte zu berücksichtigen sind.²⁹ In der deutschen Praxis, soviel sei vorausgeschickt, finden sie wenig Beach-

27 Vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG.

28 Ausführlich zur den vielen Versuchen, griffige Abgrenzungsformeln zu finden, *Rupert Stettner*, in: *Dreier* (Hrsg.) Grundgesetzkommentar, Band II, 1998, Art. 70 Rn. 30.

29 Für einen Überblick über die behindertenpolitischen Aktivitäten der EU vgl. *Bernd Schulte*, Behindertenpolitik und Behindertenrecht in der Europäischen Union als Gemeinschaftsprojekt, in: *ders./v.Maydell/Pitschas*, Behinderung in Asien und Europa im Politik- und Rechtsvergleich, Baden-Baden 2003, S. 479 ff.

tung.³⁰ Das ist insofern erklärlich, als sie anerkanntermaßen keine Rechtssätze aufstellen, auf die sich der Einzelne vor nationalen Gerichten oder Behörden unmittelbar berufen könnte. Ob die europäische Ebene für den Erlass solcher Normen überhaupt eine Kompetenz hätte, kann hier offen bleiben. Jedenfalls hat sie Handlungsformen gewählt, die keine derartigen Rechtsnormen setzen. Trotzdem wäre es problematisch, wenn die zitierten Akte überhaupt nicht beachtet würden. Vielmehr spricht viel dafür, dass sie die staatliche Gewalt in den Mitgliedstaaten sehr wohl darauf verpflichten, den gemeinsam beschlossenen Zielvorgaben zu entsprechen.³¹ Auch wenn also die Einhaltung dieser Verpflichtung nicht durch den Betroffenen eingeklagt werden kann, so sind die nationalen Gesetzgeber doch gehalten, ihr beim Erlass der entsprechenden Regelwerke nachzukommen, ebenso wie Verwaltung und Gerichte sie zu beachten haben, soweit ihnen das geltende Recht Auslegungsspielräume belässt. Und in dieser letztgenannten Hinsicht könnten sie auch die Beurteilung eines konkreten Einzelfalles beeinflussen, nämlich wenn es darum geht, etwaige Auslegungsspielräume im geltenden Recht zu füllen. Für den Beispielsfall spielt das freilich allenfalls am Rande eine Rolle.

Im Ergebnis richtet sich also die Antwort auf die erste Fallfrage allein nach dem BayEUG. Die relevanten Normen aus dessen neuester Fassung sind zuvor ja bereits vorgestellt worden. Danach ist es keine Voraussetzung für den Regelschulbesuch mehr, dass das Kind die allgemeinen Lernziele erreicht.

2. Kriterien für den Regelschulbesuch

Auch die nächste Frage lässt sich jetzt beantworten, nämlich die nach den Kriterien, die bei der Entscheidung über den Regelschulbesuch maßgeblich sind. Zunächst einmal ist die Antwort schlicht, dass es die Kriterien sind, die das BayEUG, insbesondere in Art. 41, festlegt. Allerdings ist die Angelegenheit damit noch nicht völlig erledigt. Schließlich enthalten die Kriterien, wie gesehen, durchaus Einschränkungen. Integration ist danach zwar möglich, aber nicht in jedem Fall. Soweit aber im Einzelfall das BayEUG den Besuch einer Förderschule anordnet, ist damit die weitere Frage aufgeworfen, ob dies mit den Grundrechten vereinbar ist. Denn die müssen, wie eingangs erwähnt, ungeachtet der Landeskompetenz beachtet werden.

Vor allem³² geht dabei es um Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, also das zuvor wörtlich zitierte Benachteiligungsverbot. Die Interpretation, die diese Norm durch Bundesverfassungs-

30 Das Bundesverfassungsgericht hat sie in seiner Entscheidung immerhin erwähnt, ohne freilich auf die Frage ihrer deren rechtlichen Wirkungen einzugehen; vgl. BVerfGE 96, 288, 289 f.

31 Grundlegend dazu *Jochen Abr. Frowein*, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag, in: *Ruland/v. Maydell/Papier* (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 157 ff., insbes. S. 167 f.

32 Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurden zu Recht auch noch andere grundrechtliche Garantien angesprochen, namentlich Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage der involvierten Rechte des Kindes sowie Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG für jene der Eltern (vgl. dazu insbes. BVerfGE 96, 288, 308 ff.). Die

gericht erfahren hat, ist ebenfalls zuvor dargestellt worden. Die Entscheidung beschäftigt sich zwar nicht mit den bayerischen Vorschriften zur Schulintegration, die damals auch noch gar nicht existierten. Aber die damals formulierten Prinzipien geben auch für die hier maßgebliche Beurteilung einigen Anhalt. Im Ergebnis ist es danach ungewiss, aber wohl eher unwahrscheinlich, dass das neue bayerische Schulrecht mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in Konflikt geraten könnte. So ist es zwar, wie gesehen, in den Augen des Verfassungsgerichts eine Benachteiligung, wenn ein Kind gegen seinen Willen nicht die Regelschule besuchen darf. Aber eine solche Benachteiligung lässt sich rechtfertigen, insbesondere wenn Integration zuviel Aufwand bedeuten oder die Belange Dritter verletzen würde.

Wenn man sich das bayerische Schulrecht ansieht, erkennt man leicht, dass die dort enthaltenen einschränkenden Kriterien genau diesen Belangen Rechnung tragen sollen. Hinter dem Verweis des Art. 41 Abs. 1 BayEUG auf Art. 21 und insbesondere dessen beschränkenden Absatz 3 steht der Kostenaufwand und mithin eine – wohl auch in dieser Rigidität – vom Verfassungsgericht gebilligte Rechtfertigung. Und die Belange der Dritter, insbesondere der Mitschüler, wird man wohl hinter der „Gemeinschaftsfähigkeit“ vermuten dürfen. Zwar mag man sich insofern an der gesetzgeberischen Formulierung stoßen. Denn was für ein Verdikt ist es, wenn einem Kind mit Behinderung seine „Gemeinschaftsunfähigkeit“ attestiert wird? Noch bedrückender ist, welche Rückschlüsse ein solches Urteil auf die Gemeinschaft zulässt, die es fällt. Doch bewacht das Bundesverfassungsgericht die Grenzen des Rechts, nicht die des guten Geschmacks, sodass dieser Fehltritt den Bestand des Gesetzes nicht gefährden dürfte.

Problematischer ist in verfassungsrechtlicher Perspektive dagegen das Erfordernis, dass es auf der Regelschule möglich sein muss, dem Förderbedarf genauso gut Rechnung zu tragen wie auf der Förderschule. Das mag zwar eine in pädagogischer Hinsicht vernünftige Erwägung sein. Aber womöglich ist sie zu kategorisch. Denkbar wäre, dass es neben den im engen Sinne pädagogischen Erwägungen auch eine Rolle spielen sollte, dass das Kind in seinem sozialen Umfeld bleibt. Es handelt sich um den Aspekt, den § 4 Abs. 3 SGB IX expliziert, also um die in diesem Kontext auch schon zuvor erörterte Frage, ob der Integration nicht auch im Kindesalter und mithin insbesondere im Schulrecht ein eigenständiges Gewicht zukommen sollte. Zumal Integration im Verfassungsrecht nicht als selbstständiges Ziel vorkommt, sondern nur in Form des Benachteiligungsverbots, wäre die verfassungsrechtliche Frage, die sich dahinter verbirgt, ob die in der Förderschulzuweisung liegende Benachteiligung hinreichend gerechtfertigt sein kann, wenn sie *allein* darauf gestützt wird, dass *in pädagogischer Hinsicht* dem Kind so besser gedient sei. Es gibt allen Anlass, hieran zu zweifeln. Doch hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher nicht dazu geäußert, und angesichts der eher zurückhaltenden Tendenz seiner letzten Entscheidung ist schwer zu prognostizieren, ob es Art. 41 BayEUG deswegen beanstanden würde.

Darstellung im Folgenden beschränkt sich allerdings auf die – zentrale – Verbürgung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

3. Verfahren zur Entscheidung über den Regelschulbesuch

Damit wäre die nächste Frage zum Fall erreicht, nämlich in welchem Verfahren die Entscheidung darüber fällt, ob ein Kind die Regelschule oder die Förderschule besuchen soll. Wieder ist es Art. 41 BayEUG, der die maßgebliche Regelung trifft. Einschlägig ist insbesondere Absatz 3, der oben auszugsweise wiedergegeben ist. Danach ist es zunächst an der Grundschule zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Regelschulbesuch gegeben sind (Satz 1). Eine Anmeldung an der Förderschule setzt ferner voraus, dass zuvor ein sonderpädagogisches Gutachten erstellt wird (Satz 3). Die Norm regelt im Weiteren noch, wer im Rahmen des Begutachtungsverfahrens wann anzuhören ist und wie das Ergebnis ggf. überprüft werden kann. Offen bleibt allerdings, wer als Gutachter bestellt werden kann und durch wen dies geschieht – eine wichtige Lücke, auf die später nochmals zurückzukommen sein wird.³³

4. Verfügbarkeit zusätzlicher (personeller)³⁴ Unterstützung beim Regelschulbesuch

Die letzte Fallfrage war, ob das Kind zusätzliche Unterstützung bekommen kann, wenn es auf die Regelschule geht. Beim ersten Teil dieser Frage ging es um sonderpädagogische Unterstützung. Dieser Teil ist schon beantwortet. Dafür sind die mobilen sonderpädagogischen Dienste vorgesehen. Einzelheiten regelt Art. 21 BayEUG.

Der zweite Teil ist dagegen deutlich problematischer. Hierbei geht es nur indirekt um die Schule, primär dagegen um Sozialleistungen. Insofern gilt nach der Kompetenzordnung, dass der Bund Regelungen treffen darf. Wie gesehen, hat er das auch getan. Anwendbar ist zunächst das Sozialhilferecht. Nach § 40 BSHG können Leistungen zur Eingliederungshilfe unter anderem für eine „angemessene“ Schulbildung gewährt werden, was in der Eingliederungshilfeverordnung näher konkretisiert ist. Die einzelnen Vorschriften sind zuvor dargestellt worden, einschließlich der restriktiven Tendenzen in der bisherigen Praxis. Die dabei aufgeworfenen Fragen sind insbesondere, ob der Sozialhilfeträger die Eingliederungshilfe versagen kann, weil er der Ansicht ist, dass der Empfänger ein bestimmtes Lernziel auf der Regelschule nicht erreichen werde oder dass ein Förderschulbesuch dafür besser oder immerhin genauso gut geeignet wäre. Dem liegt ein Problem zugrunde, das bislang noch nicht abschließend gelöst ist.

Auf der einen Seite könnte, sofern man dem Sozialhilfeträger diese Kompetenz zugestehen wollte, das Sozialhilferecht dem Schulrecht in den Rücken fallen. Der mühsam

³³ Vgl. dazu unten E III 2.

³⁴ Zur Finanzierung von nicht-personeller Unterstützung, also von Hilfsmitteln wie medizinischen Geräten, Computern, speziellen Stühlen etc., vgl. die Darstellung bei *Castendiek/Hoffmann* (Fn. 5), Rn. 312 ff.; neben eventuellen Schulmitteln und Eingliederungshilfe kommen insoweit auch Leistungen der Krankenversicherung in Betracht. Zu den im Folgenden diskutierten personellen Hilfen vgl. ebda. Rn. 317. Zu deren Abgrenzung von Leistungen der Pflegeversicherung vgl. *Peter Mrozynski*, Das Verhältnis der Pflegeleistungen zur Eingliederungshilfe, *ZfSH/SGb* 1999, S. 333 ff. (insbes. S. 337).

vollzogene Schritt hin zur Ermöglichung eines integrativen und insbesondere auch lernzieldifferenten Unterrichts im (Landes-)Schulrecht könnte konterkariert werden, wenn im – dem Bekenntnis nach³⁵ – integrationsfreundlichen Sozialhilferecht die Gewährung von für den Schulbesuch notwendigen Hilfen abhängig gemacht würde von einer erneuten, den Vorzeichen nach sogar restriktiveren pädagogischen Entscheidung. Das wäre eine geradezu absurde Konstellation, nicht nur wegen der Verdopplung der pädagogischen Entscheidungen und ihrer möglichen Widersprüchlichkeit, sondern auch, weil die in pädagogischen Fragen sachfremderen Sozialhilfeträger dann in vielen Fällen das letzte Wort behielten.

Andererseits ist auch eine Ausweitung der Eingliederungshilfe nicht unproblematisch. Denn die Eingliederungshilfekosten treffen die (überörtlichen) Sozialhilfeträger³⁶, konkret in Bayern also die Bezirke,³⁷ während die Personalkosten im Schulbereich das Land trägt³⁸. Und während das Land, jedenfalls in Bayern, die möglichen Kosten schulischer Integration, wie gesehen, über Art. 21 Abs. 3 BayEUG strikt begrenzt hat, gibt es für die Eingliederungshilfe keine derartige Deckelung. Eine zunehmende Integration jedoch vergrößert den Kreis der Empfänger von solchen Eingliederungshilfeleistungen und damit auch die Kostenbelastung speziell für die Sozialhilfeträger. Für sich genommen ist das noch kein durchschlagender Einwand. Selbst in Zeiten knapper Kassen sollte nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass ein Ziel auch Mehrkosten rechtfertigt. Das gilt umso mehr, wenn es sich, wie bei der schulischen Integration, um ein „neu entdecktes“ handelt. Das Ergebnis ist aber aus anderen Gründen problematisch. Schließlich sind die Sozialhilfebudgets seit langem besonders angespannt.³⁹ Umso weniger wäre angesichts dessen einzusehen, wenn die durch die Integration langfristig zu erwartenden Spareffekte im „(Förder-)Schulpersonal-Topf“ teilweise durch Mehrkosten im „Eingliederungshilfe-Topf“ erkaufte würden. Hinzu kommt, dass die Abgrenzung von pädagogischer und anderer Unterstützung im Einzelfall schwer vorzunehmen ist. Es ist deswegen durchaus denkbar, dass die gedeckelten und deswegen potenziell knappen sonderpädagogischen Unterstützungsleistungen in der Praxis zum Teil durch sozialhilfefinanzierte

35 Vgl. insbes. den oben zitierten § 39 Abs. 3 BSHG.

36 Die Trägerschaft ergibt sich aus den Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit in §§ 99, 100 BSHG, einschlägig hier § 100 Abs. 1 Nr. 1, in Verbindung mit den entsprechenden Ausführungsgesetzen der Länder, die Abweichungen vorsehen können; vgl. näher zu den komplexen Zuständigkeitsregelungen die Kommentierung der beiden Normen von *Andreas Decker*; Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz von *Oestreicher/Schelter/Kunz/Decke*, Kommentar zum BSHG, §§ 99, 100.

37 Dass die Bezirke die überörtlichen Träger sind, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1, dass sie die Kosten grundsätzlich zu tragen haben, ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 des Bayerischen Ausführungsgesetzes zum BSHG (in der Neufassung vom 29. 11. 1993 – BayGVBl. S. 868 – zuletzt geändert am 23. 11. 2001 – von BayGVBl. S.734). Immerhin sieht zum Ausgleich der Belastungen Art. 13 Abs. 1 desselben Gesetzes eine Beteiligung des Landes an diesen Kosten vor.

38 Vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 2 des Bayerischen Schulfinanzierungsgesetzes (in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. 5. 2000 – BayGVBl. S. 455, ber. S. 633 – zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. 7. 2002 – BayGVBl. S. 326).

39 Für einen Nachweis zu den gegenwärtigen und prognostizierten Zahlen siehe oben Fn. 8.

ersetzt werden. Wieder braucht dies kein schlechtes Ergebnis zu sein. Im Gegenteil – die Abgrenzung wird „im wirklichen Leben“ ohnehin oft gekünstelt wirken.⁴⁰ Warum zum Beispiel sollte ein über die Eingliederungshilfe finanzierter Zivildienstleistender, der ein Kind beim Schulbesuch begleitet, um ihm nicht-pädagogische Hilfen zu leisten, die nur hin und wieder erforderlich sind, in der Zwischenzeit nicht auch mit pädagogischen Hilfsleistungen betraut werden können? Das Problem liegt einzig darin, aus welchem „Topf“ das Geld stammt.

In der jüngeren Rechtsprechung zeichnet sich ab, dass man dieses Dilemma zugunsten der (Eingliederungs-)Hilfesuchenden entscheidet. Sofern die Schulbehörden zum Ergebnis gelangt seien, dass die Regelschule ein geeigneter Ort für die Förderung sei, dürfe diese Entscheidung vom Sozialhilfeträger nicht hintergangen werden. Mit anderen Worten: Der Sozialhilfeträger hat keine eigenständige „Lernzielerreichungsprognose“ anzustellen und kann die Leistungsempfänger grundsätzlich weder auf die billigere Alternative des Förderschulbesuches verweisen, noch darauf, die entsprechenden Hilfen bei den Schulbehörden einzufordern.⁴¹ All das erscheint angemessen, sollte doch der Einzelne nicht zum Opfer ungeklärter oder doppelter Zuständigkeiten werden.⁴² Überdies lässt sich diese Lösung seit Erlass des SGB IX und den zeitgleichen Änderungen des Sozialhilferechts zusätzlich damit stützen, dass das BSHG in § 39 Abs. 4 jetzt ausdrücklich auf das SGB IX mit seinen dezidiert integrationsorientierten Zielbestimmungen verweist.

Insofern wird man vermuten dürfen, dass sich die Tendenz in der Rechtsprechung halten und auch auf solche anderen Bundesländer ausdehnen wird, die, wie insbesondere Bayern, erst allmählich mit dieser Integrationsfolgeproblematik konfrontiert sein werden. Ungelöst ist dagegen einstweilen die Frage der Abgrenzung der unterschiedlichen Hilfetypen, und erst recht das dahinter stehende Finanzierungsproblem. Man muss damit rechnen, dass der Gesetzgeber bei den bevorstehenden Reformen insoweit noch den einen oder anderen relevanten Parameter verändern könnte. Insbesondere würde es die Situation wesentlich verändern, wenn sich der seit längerem diskutierte und mancherorts auch schon erprobte Einsatz eines „persönlichen Budgets“ für Eingliederungshilfenempfänger tatsächlich durchsetzen sollte.⁴³ Das Problem einer womöglich restrikt-

40 Einen Einblick in die mit dieser Abgrenzung verbundenen Schwierigkeiten bieten beispielhaft die Entscheidungen zur Einordnung der Hilfen zur Überwindung einer Lese- und Rechtsschreibschwäche; vgl. dazu etwa aus jüngerer Zeit die Entscheidungen des VGH Kassel vom 13. 3. 2001, NVwZ-RR 2002, S. 126 f., sowie des OVG Münster vom 14. 4. 1999, NVwZ-RR 1999, S. 643 ff.

41 Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit den meisten der angesprochenen Fragen vgl. das Urteil des OVG Münster vom 15. 6. 2000, auszugsweise abgedruckt in NVwZ-RR 2001, S. 34 ff.; vgl. speziell zur beschränkten Reichweite des Nachranggrundsatzes in diesem Zusammenhang auch bereits VGH Mannheim, Urteil vom 17. 9. 1997, NVwZ-RR 1998, S. 657 ff.; für einen breiteren Überblick über den Stand der Rechtsprechung vgl. *Reinhard* (Fn. 23).

42 So ausdrücklich das OVG Magdeburg (Fn. 22); auch insofern zustimmend die Besprechung von *Jürgens/Römer* (Fn. 22), S. 850.

43 Vgl. hierzu die Regelungen des § 17 SGB IX, insbes. Abs. 3, der die Erprobung in Modellvorhaben vorsieht.

tiven Bewilligungspraxis durch die Sozialhilfeträger würde dadurch offensichtlich entschärft, um den Preis freilich einer „de facto - Deckelung“ auch auf Seiten des Sozialhilferechts und eines deswegen umso härter geführten Streits um die Unterscheidung von pädagogischen und anderen Hilfen.

Für den Beispielsfall bedeutet dies, dass auch der zweite Teil der letzten Frage, also die nach der Verfügbarkeit von praktischer, nicht-sonderpädagogischer Unterstützung beim Schulbesuch, mit einer im Grundsatz positiven Prognose beantwortet werden kann. Solche Hilfen werden über die Eingliederungshilfe bereitgestellt. Um was für eine Unterstützung es sich dabei handeln, in welchem Ausmaß und in wessen Trägerschaft sie letztlich gewährt werden würde, kann dagegen im Einzelfall durchaus zweifelhaft sein. Denn im Konkreten besteht derzeit beträchtliche Unsicherheit, sowohl was das gegenwärtige Recht als auch was seine künftige Entwicklung betrifft.

III. Offene Fragen

Eine „Lösung“ war die Auseinandersetzung mit dem Beispielsfall allenfalls phasenweise. Oft traten an die Stelle eindeutiger Antworten bloß Prognosen möglicher Entwicklungen oder Hinweise auf bestehende Ungereimtheiten – und das, obwohl es sich um einen fiktiven Fall handelt, einen Fall, welcher der Schwierigkeiten des Konkreten weitgehend entbehrt. In der Praxis nämlich wäre ein „echtes“ Kind zu begutachten gewesen⁴⁴, hätte man die Verfügbarkeit von Hilfen für dessen „echte“ Bedürfnisse prüfen müssen etc.

Das hebt abermals hervor, dass Recht oft nur als Prozess sinnvoll zu fassen ist – als ein Prozess zum einen, in dem abstrakte Vorschriften in konkrete Entscheidungen umgewandelt werden, zum anderen aber auch als ein Prozess, der Regeln schafft, sie konkretisiert und Widersprüche beseitigt, der dabei aber zugleich fortwährend neue Klärungsbedarfe produziert. Die Komplexität dieser Prozesse ist zuvor bereits beschrieben worden. Sie bedingt, dass ihr Ausgang oft ungewiss und nur schwer zu prognostizieren ist. Ganz besonders gilt dies, wenn ein Rechtsgebiet erstens so sehr um Umbruch ist wie das Behindertenrecht, und wenn zweitens so viele Akteure beteiligt sind wie bei der Frage nach der schulischen Integration.

E. Eine Bewertung aus juristischer Perspektive

In diesem letzten Abschnitt soll, wie angekündigt, eine Bewertung der Rechtslage versucht werden. Nun könnte man sich fragen, wie das sein kann. Es war schließlich

⁴⁴ Näher zu den offenbar sehr großen Spielräumen, die bei dieser Begutachtung in der Praxis bestehen, sogleich unten D III 2, insbes. Fn. 50.

ganz zu Anfang vorausgeschickt worden, dass Juristen zwar günstigenfalls Auskunft über den status quo geben könnten, dass sie aber zur Frage, wie das System sein sollte, wenig beizutragen hätten. Wenn dem aber tatsächlich so wäre, dann würde es ihnen zwangsläufig auch an einer Basis zur Bewertung der aktuellen Situation fehlen. Allerdings scheint es bei genauerem Hinsehen doch den einen oder anderen Aspekt zu geben, zum dem auch aus juristischer Perspektive Bewertendes gesagt werden kann.

I. Unterschiedliche Bewertungsebenen

Um diese Aspekte zu identifizieren, können zwei Bewertungsebenen unterschieden werden. Diese Ebenen korrespondieren mit unterschiedlichen Rollen, die das Recht spielt.

Erstens hat es die Funktion, die einmal getroffenen politischen Entscheidungen umzusetzen. Man kann diese Funktion als Verkörperung materieller (d.h. in diesem Kontext: politischer) Entscheidungen bezeichnen. Soweit es um diese Funktion geht, bleibt es zunächst bei der Ausgangsthese. Denn zu bewerten, wann Integration richtig ist, ist eine Frage der Pädagogik, der Soziologie, natürlich der Moral und, wenn man ehrlich ist, auch der Ökonomie. Die Juristerei kann hierzu aber immerhin „Hilfsdienste“ leisten, etwa indem sie für möglichst große Konsistenz der im Recht verkörperten Entscheidungen sorgt. – Oder, anders gewendet, mit Blick auf die Frage nach der Möglichkeit evaluativer Ansätze: Die *Rechtswissenschaft* sollte Widersprüche aufzeigen, auf offene Fragen hinweisen, wie es zuvor insbesondere im Rahmen der Falllösung auch wiederholt geschehen ist. Und der juristischen *Praxis* obläge es, diese Unklarheiten auszuräumen, soweit ihr dies im Zusammenspiel der Institutionen möglich ist.

Wenn vom Zusammenspiel der Institutionen die Rede ist, so fällt damit der Blick auch auf die zweite Funktion, die dem Recht zukommt. Es verkörpert nicht nur die materiellen Entscheidungen. Indem es bestimmt, wer über welche Frage in welchem Verfahren zu befinden hat, setzt es vielmehr auch den prozeduralen Rahmen für die zu treffenden materiellen Entscheidungen. Möglichkeit und Anlass einer kritischen Bewertung bestehen auch bezüglich dieser Funktion, und es scheint, als komme der *Rechtswissenschaft* insofern eine weniger marginale Rolle zu.

II. Prozedurale Bewertungsansätze aus Makroperspektive

Die Bewertung kann dabei unterschiedlich ansetzen. Eine Möglichkeit ist, ganz allgemein zu fragen, wie die Verfahren, wie das erwähnte Zusammenspiel insgesamt gestaltet sind oder künftig besser gestaltet werden könnten. Eine solche Diskussion wird

derzeit zum Beispiel über die föderale Zuständigkeitsteilung in Deutschland geführt.⁴⁵ Manche der dort übergreifend erörterten Aspekte wären auch speziell im Kontext der schulischen Integration diskussionswürdig. So könnten beispielweise viele der konstatierten Unklarheiten im Recht der schulischen Integration behoben werden, wenn die Maßnahmen der einzelnen Akteure über die föderale Gewaltenteilung hinweg besser koordiniert oder wenn – radikaler – die Zuständigkeiten entflochten und an einer Stelle gebündelt würden. Freilich fällt die Bewertung insofern keineswegs eindeutig aus. Denn der gegenwärtigen Verteilung der Zuständigkeiten auf viele Akteure lassen sich durchaus auch positive Aspekte abgewinnen. So dürfte das kreative Potential fraglos höher sein, wenn mehr Akteure beteiligt sind – wenngleich die reale Umsetzung von Innovationen aus demselben Grund schwerer fallen wird. Doch auch dieser Nachteil ließe sich wiederum positiv wenden, nämlich als stabilisierender und damit die Verlässlichkeit fördernder Faktor.

Offensichtlich scheidet eine auch nur annähernd vollständige Erörterung dieser (und der vielen anderen) Frage(n) der generellen Verfahrensgestaltung an dieser Stelle aus. Sie wäre wohl auch wenig einträglich, ist doch das Thema der Behindertenpolitik und erst recht das der schulischen Integration auf dieser Makroebene nur eines unter sehr vielen und kaum dazu angetan, die übergreifende Diskussion spürbar zu beeinflussen. Es mag deswegen dabei bewenden, dass der Zusammenhang der hier behandelten speziellen mit der allgemeinen Problematik, insbesondere mit der gegenwärtig laufenden Föderalismusdebatte angesprochen worden ist.

III. Prozedurale Bewertungsansätze aus Mikroperspektive

Anstatt eine solche Vogelperspektive einzunehmen, kann die prozedurale Bewertung freilich auch auf einer Mikroebene ansetzen. Eine mögliche Leitfrage wäre dann, wie die einzelnen Akteure ihre Rolle mit Blick auf das Gesamtverfahren interpretieren und ausfüllen sollten. Wieder könnte unter diesem Blickwinkel eine Fülle einzelner Gegenstände untersucht werden, und erneut können hier nur einzelne exemplarisch herausgegriffen werden.

1. Erstes Beispiel: Eine Kritik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Beim ersten Beispiel handelt es sich um einen Versuch, die zuvor erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu bewerten. Für sich genommen ist das gewiss nichts Neues. Denn bewertet worden ist diese Entscheidung schon häufig. Mal

45 Den bei Abschluss des Manuskripts jüngsten Schritt in der Entwicklung dieser Diskussion stellte die vom Bundestag am 16. 10. 03 und vom Bundesrat am 17. 10. 03 beschlossene Einsetzung der so genannten Föderalismuskommission dar, welche ein Reformkonzept erarbeiten soll; vgl. dazu die Meldung unter <http://www.heute.t-online.de/ZDFheute/artikel/7/0,1367,POL-0-2073543,00.html>.

wurde sie gelobt für ihre Ausgewogenheit, mal kritisiert, weil sie dem Benachteiligungsverbot nicht zu größerer praktischer Wirkung verholfen hat. Aber ganz gleich, zu welchem Ergebnis die Bewertungen gelangt sind, sie spielten sich regelmäßig auf der ersten Bewertungsebene ab. Das heißt, es ging – bei den nichtjuristischen Kommentaren – um die tatsächlichen Konsequenzen, oder – bei den juristischen – um die dogmatische Stimmigkeit der Entscheidung.⁴⁶

Eine verfahrensorientierte Bewertung⁴⁷ könnte demgegenüber folgendermaßen ansetzen. Wie gesagt, hat das Gericht in der Überweisung an eine Sonderschule gegen den Willen der Eltern zwar eine Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gesehen. Aber es hat auch eine ganze Reihe von Erwägungen aufgezählt, derentwegen die Überweisung letztlich doch gerechtfertigt sein kann. Damit hat das Bundesverfassungsgericht, wie es auch selbst betonte⁴⁸, dem Gesetzgeber einigen Spielraum belassen.

A priori ist das auch gut so. Denn grundsätzlich ist der Gesetzgeber die besser legitimierte Instanz, der man in einer Demokratie zutraut, die „richtigen“ Entscheidungen zu treffen. Wenn deswegen die Richter zurückhaltend sind bei der Ausfüllung jener Spielräume, die sie bei der Rechtsauslegung haben, wenn sie also insbesondere Gesetzen mit gesteigertem Respekt begegnen und sie „im Zweifel“ nicht für verfassungswidrig erklären, so ist dies regelmäßig zu begrüßen.

Doch das braucht nicht immer zu gelten. Es gibt Gründe, die das Vertrauen in den Gesetzgeber im Einzelfall erschüttern können. Das wird deutlich, wenn man die zuvor skizzierte Blickrichtung auf die Akteure einnimmt. Vielleicht ist es nämlich so, dass behinderte – und zumal geistig behinderte – Menschen eine Gruppe sind, die ihre Anliegen im politischen Prozess nicht angemessen zur Geltung bringen können. Vielleicht ist Integration ferner ein Thema, dem viele mit Vorbehalten begegnen, ein Thema also, mit dem man im politischen Prozess keine Punkte sammeln kann.

Hier steht bewusst „vielleicht“. Denn es handelt sich um Aussagen, die ein wertendes und darüber hinaus auch in tatsächlicher Hinsicht ein spekulatives Element enthalten. Man kann darüber streiten, inwiefern sie berechtigt sind. Insbesondere hinge das von einer Analyse der tatsächlichen Gegebenheiten im politischen Prozess ab, wie sie hier nicht geleistet werden kann. Im Übrigen hinge es womöglich auch davon ab, wie viel Integration man „eigentlich und letztlich“ für angemessen hielte. Denn in Ermangelung allgemeingültiger Kriterien zur Bewertung auch prozeduraler Fragen dient ein solcher

46 Von den juristischen Stellungnahmen vgl. statt vieler *Andreas Jürgens/Gunther Jürgens*, Sonderschulzuweisung als verbotene Benachteiligung Behinderter, NJW 1997, S. 1052 f.; kritischer *Castendiek/Hoffmann*, (Fn. 5) Rn. 303 ff.; von den nichtjuristischen Stellungnahmen vgl. etwa *Eberwein* (Fn. 1), S. 66 ff., insbes. S. 89 f.

47 Die wohl grundlegende verfassungstheoretische Fundierung eines solchen verfahrensorientierten Ansatzes stammt vom US-amerikanischen Verfassungstheoretiker *John H. Ely*; vgl. von ihm insbes. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge/MA 1980, auf Deutsch zu diesem Ansatz *Winfried Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987, S. 363 ff.

48 Vgl. hierzu BVerfGE 96, 288, 305 f.

Rückgriff auf die materielle Ebene nicht selten als letzte Zuflucht – eine Zuflucht freilich in ein ebenso ungesichertes Terrain.⁴⁹ Aus alledem folgt, dass die vorangegangenen Aussagen hier tatsächlich nur postuliert werden können, in der Hoffnung auf Plausibilität zwar, aber doch mit dem Verweis auf ihre Angreifbarkeit.

Soweit sie freilich zutreffen, gibt es allen Anlass, die demokratische Grundvermutung zugunsten des Gesetzgebers in dieser Angelegenheit in Frage zu stellen. Viel spräche dann dafür, dass das Bundesverfassungsgericht seine Rolle im Zusammenspiel mit dem Gesetzgeber anders „interpretieren“, dass es sich als dem politischen Prozess entzogene Institution weniger hätte zurückhalten sollen, als es das getan hat. Um dieses prozedurale Argument zuzuspitzen: Wenn es eine Rolle gibt, die ein Verfassungsgericht in einer Demokratie legitimer Weise spielen kann, dann ist es die, Minderheiten zu schützen. Gerade diese Funktion aber hat das Bundesverfassungsgericht in dem besagten Urteil nur sehr zögerlich ausgeübt.

2. Zweites Beispiel: Eine Kritik der Regelung zum Begutachtungsverfahren im BayEUG

Im zweiten Beispiel geht es um eine Kritik nicht der Judikative, sondern der Legislative. Konkret geht es um den bayerischen Landesgesetzgeber und sein Handeln im Zusammenspiel mit der Exekutive. Ausgangspunkt der Erwägungen sei ein letztes Mal der Beispielsfall.

Auf welche Schule das Kind kommt, soll gemäß Art. 41 Abs. 3 BayEUG zunächst die Grundschule feststellen. Im Fall einer Förderschulzuweisung bedarf es ferner einer sonderpädagogischen Begutachtung. Dieses Verfahren leuchtet ein und wäre insofern auch nicht weiter bemerkenswert.

Erst ein Blick in die empirische Forschung macht deutlich, wo das Problem liegt. Stellt man nämlich die Zahlen aus verschiedenen Bundesländern gegenüber, so zeigt sich, dass es dramatische Unterschiede gibt im Hinblick auf den Anteil der Kinder, denen ein sonderpädagogischer Förderbedarf attestiert und deswegen der Besuch einer Förderschule geboten wird.⁵⁰ Ohne dass diese Daten und die verschiedenen Ansätze ihrer Deutung hier en détail referiert zu werden brauchen, kann eines festgehalten werden: Die Differenzen zwischen den Bundesländern sind so groß, dass sie weder mit Unterschieden bei der tatsächlichen Zusammensetzung der Schulkinder noch mit solchen in der rechtlichen Situation erklärt werden können.

49 Zum Problem des Rückgriffs auf materielle Wertvorstellungen zur Stütze einer verfahrensorientierten Theorie wie jener *Elys* vgl. Graser, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?* Berlin 2001, S. 65 f., 328 ff.; vgl. ähnlich auch Brugger (Fn. 47) S. 378.

50 Vgl. dazu Günther Cloerkes, *Zahlen zum Staunen. Die Deutsche Schulstatistik*, in: *ders.* (Hrsg.), *Wie man behindert wird – Texte zur Konstruktion einer sozialen Rolle und zur Lebenssituation betroffener Menschen*, Heidelberg 2003, S. 11 ff.

Woraus diese Abweichungen resultieren, ist unklar. Denkbar wären regionale Unterschiede in der Begutachtungspraxis. Auch bei der „subkutanen“ staatlichen Steuerung, in der Verwaltungspraxis also, unterhalb der im Gesetz sichtbaren Oberfläche, könnte es vielleicht Unterschiede geben. In jedem Fall aber scheint die Entscheidung über eine schulische Integration im Einzelfall bislang im Wesentlichen außerhalb des gesetzlich regulierten Bereichs getroffen zu werden. Umso wichtiger erscheint es, dass die Ausfüllung der Spielräume in dieser für das einzelne Kind buchstäblich „schicksalhaften“ Frage transparent und kontrollierbar wird. Dafür bedürfte es klarer gesetzlicher Rahmenvorgaben für alle wesentlichen Aspekte dieses Verfahrens⁵¹ – von der Auswahl der Gutachter sowie anderer einzubeziehender Personen über den Ablauf der Begutachtung selbst bis hin zur Überprüfung dieser Entscheidung.⁵² Bislang hat der bayerische Gesetzgeber diese Aspekte im neuen EUG allenfalls bruchstückhaft geregelt. Es ist dringend zu hoffen, dass er bei den erforderlichen Nachbesserungen auch diesen Aspekt berücksichtigt, damit die „eigentliche“ Entscheidung nicht einem für die „Rechtunterworfenen“ ebenso undurchschau- wie unbeeinflussbaren Verfahren überlassen bleibt.

51 Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Anforderungen betont, die wegen der Grundrechtsbetroffenheit an die Ausgestaltung des Verfahrens zu stellen sind, in dem über Förder- oder Regelschulbesuch entschieden wird; vgl. BVerfGE 96, 288, 309 f. Freilich ist es in dieser Entscheidung nicht speziell auf das hier behandelte Problem eingegangen.

52 Zum vielschichtigen Bedarf einer Kontrolle der Begutachtungspraxis vgl. aus pädagogischer Sicht Eberwein (Fn. 1) S. 90 f.