

Nachteilsausgleich aus juristischer Sicht

(von lic. iur. Nikola Bellofatto, E.M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Schulpfleger)

Mit nachfolgendem Bericht soll der Nachteilsausgleich aus rechtlicher Sicht hergeleitet und dargelegt werden. Den Beteiligten wird aufgezeigt, dass in der Schweiz und im Kanton Zürich ein Recht auf einen Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderungen besteht.

Um ein Recht einzufordern, muss ein gesetzlicher Anspruch bestehen. Daher ist zunächst die gesetzliche Grundlage des Nachteilsausgleichs zu überprüfen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Schweiz im Unterschied zu Deutschland keinen gesetzlich verankerten Nachteilsausgleich kennt.

Gesetzliche Grundlage auf Bundesebene

Die Bundesverfassung (BV) gewährleistet in Art. 19 und 62 einen unentgeltlichen und ausreichenden Grundschulunterricht. Dieser Anspruch steht selbstverständlich auch Kindern mit Behinderung zu und gewährt als direkt durchsetzbarer Anspruch das Minimum an Schulbildung. Ein Nachteilsausgleich für Prüfungen an den öffentlichen Schulen lässt sich aus dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) und den oben erwähnten Bestimmungen (Art. 19 und 62 BV) ableiten. Das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht umfasst auch Anpassungen der Leistungsüberprüfung und damit die Anwendung des Nachteilsausgleichs.

Das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), konkretisiert diesen verfassungsrechtlichen Anspruch in Art. 20 und fordert die Kantone auf, Kindern und Jugendlichen mit Behinderung eine Grundschulung anzubieten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist. Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung liegt gemäss Art. 2 des BehiG insbesondere vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Bezug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden und, für Schulen besonders wichtig, die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind.

Während bei öffentlichen Bauten und im öffentlichen Verkehr die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung im Sinne des BehiG gegenwärtig, ersichtlich und bekannt ist, ist dies in den Grundschulen oftmals weniger der Fall.

Gesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene

Auf kantonaler Ebene bestehen keine Gesetze zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung und auch in den Schulgesetzen sind keine behindertenspezifischen Bestimmungen zu entnehmen.

Der Nachteilsausgleich ist in den gesetzlichen Grundlagen des Kantons Zürich nicht ausdrücklich erwähnt. Daher muss dieses Recht aufgrund des übergeordneten Rechts (Behinderten- und Gleichstellungsgesetz des Bundes) und der Grundlagen der Volksschule des Kantons Zürich abgeleitet werden. Damit gilt der Nachteilsausgleich auch für jene Kantone, welche diesen nicht ausdrücklich in ihrer Gesetzgebung verankert haben.

Der nachfolgende Bericht beleuchtet die Handhabung des Nachteilsausgleichs an den Mittel- und Volksschulen des Kantons Zürich.

Handhabung im Kanton Zürich

An den Zürcher Schulen besteht grundsätzlich keine klare gesetzliche Bestimmung, welche den Nachteilsausgleich regelt. Im Volksschulamt des Kantons Zürich wird aus Sicht des Schreibenden nicht bestritten, dass ein Recht auf Nachteilsausgleich besteht. Ähnlich dürfte der Standpunkt der Bildungsdirektion sein.

Für sogenannte "Besondere Fälle" sieht § 13 des Promotionsreglements für die **Mittelschulen des Kantons Zürich** vor, dass der Klassenkonvent zugunsten der Schülerin oder des Schülers von diversen Promotionsbestimmungen abweichen kann. Ein besonderer Fall liegt auch dann vor, wenn Menschen mit (nachgewiesener und durch Fachpersonen diagnostizierter) Behinderung eine Benachteiligung durch den ordentlichen Schulbetrieb erleiden. Die Mittelschulen haben sich nun überlegt, wie die Gewährung von Nachteilsausgleichsmassnahmen unter § 13 einheitlich umgesetzt werden kann.

Sie haben sogenannte "Richtlinien" erlassen, an denen sie sich orientieren. Diese Richtlinien sind beachtenswert, weil sie sowohl das Vorgehen als auch die Überprüfung von möglichen Massnahmen enthalten und daher durchaus als Modell für die Handhabung des Nachteilsausgleichs gesehen werden können. Aus diesem Grund werden diese Richtlinien nachfolgend genauer betrachtet.

Für die Mittelschulen des Kantons Zürich bestehen seit dem 1. Juli 2011 sogenannte "Richtlinien über die Gewährung von Nachteilsausgleichsmassnahmen an kantonalen Mittelschulen". Diese Richtlinien wurden von der Schulleiterkonferenz Mittelschulen im Sinne eines Eckwertpapiers über die Gewährung von Nachteilsausgleichsmassnahmen an kantonalen Mittelschulen beschlossen und umfassen die

von der Schulleiterkonferenz Mittelschulen im Einvernehmen mit dem Mittelschul- und Berufsbildungsamt erarbeiteten Grundsätze.

Die Richtlinien bezwecken eine einheitliche Umsetzung der von der Schulleiterkonferenz Mittelschulen erarbeiteten Grundsätze über die Gewährung von Nachteilsausgleichsmassnahmen bei Vorliegen einer Behinderung bzw. einer Teilleistungsstörung und gelten nur für Schülerinnen und Schüler der kantonalen Mittelschulen. Es handelt sich somit nicht um ein formell erlassenes Gesetz für alle Zürcher Schulen sondern nur um eine Richtlinie, welche von den Zürcher Mittelschulen, d.h. nicht von der Volksschule (Primar- und Oberstufe), anzuwenden sind.

Die Richtlinien sehen vor, dass der jeweiligen Schulleitung ein Gesuch um Gewährung eines Nachteilsausgleichs eingereicht werden muss. Dieses Gesuch muss sowohl ein Gutachten einer anerkannten Fachstelle, als auch eine sich auf dieses Gutachten abstützende Empfehlung einer anerkannten Fachperson über unterstützende Massnahmen enthalten. Die Schulleitung klärt nach Einreichung der vollständigen Gesuchsunterlagen unter Beizug einer heilpädagogischen Fachperson ab, in welchem Bereich sich die Lernleistungsstörung auf die Leistungen des Schülers auswirkt und mit welchen Massnahmen dieser Nachteil ausgeglichen werden kann und entscheidet, welche Nachteilsausgleichsmassnahmen "zweckmässig und mit dem Regelunterricht vereinbar" sind. Sie werden nur dann gewährt, wenn dadurch der Regelunterricht "nicht gestört oder übermässig beeinträchtigt wird und sie mit verhältnismässigen Mitteln" umgesetzt werden können. Diese Formulierung zeigt auf, dass bei Schulleitungen ein erheblicher Spielraum besteht und dass das Recht, einen Nachteilsausgleich einzufordern, durch die Richtlinien bereits eingegrenzt wird. Je nach Ausgestaltung in der Praxis an den jeweiligen Schulen, wird der Nachteilsausgleich grosszügiger oder einschränkender gewährt.

Ist die Schulleitung mit einer Massnahme einverstanden, wird diese nicht einfach gewährt, sondern die Schulleitung schliesst mit dem Schüler und/oder seiner gesetzlichen Vertretung unter Beizug der beteiligten heilpädagogischen Fachperson eine **befristete Vereinbarung** ab.

Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kann die Schulleitung von Amtes wegen, allenfalls unter Auflagen und Bedingungen, Massnahmen anordnen. Solche Anordnungen sind auf dem Rechtsweg anfechtbar, sofern der Schüler, bzw. seine Eltern bereit sind, den Rechtsweg einzuschlagen und ihr Recht einzufordern.

Vorbildlich und transparent ist die abzuschliessende Vereinbarung. Diese enthält neben Zeitraum, Massnahmen und erforderliche begleitende Therapie auch allfällige Zwischenziele und Rahmenbedingungen, welche für die Beteiligten verbindlich sind. Zudem werden die Art und Weise der Überprüfung der Massnahmen und die Voraussetzungen für eine Weiterführung der Massnahmen verbindlich zwischen den Parteien vereinbart. Vor Ablauf von vereinbarten Zwischenzielen wird die aktuelle Situation des Schülers durch die Schulleitung und einer von ihr beauftragten Fachperson überprüft. Es wird abgeklärt, ob und wie die Massnahmen weitergeführt werden sollen.

An der **Volksschule des Kantons Zürich (Primar- und Oberstufe)** bestehen keine solchen Richtlinien und es besteht auch keine besondere gesetzliche Bestimmung zum Nachteilsausgleich im Volksschulgesetz oder den entsprechenden Verordnungen. In der Volksschule bestehen eigene Promotionsbestimmungen, namentlich die sonderpädagogischen Massnahmen und andere Massnahmen (Aufgabenhilfe, Nachhilfeunterricht, individualisierter Unterricht etc.), welche benachteiligte Schüler unterstützen sollen. Mit dem Inkrafttreten der sonderpädagogischen Verordnung (VSM) vom 11. Juli 2007 wird die Entscheidung über sonderpädagogische Massnahmen von den Eltern, der Lehrperson und der Schulleitung gemeinsam getroffen.

Das **schulische Standortgespräch** ist die Grundlage und das wichtigste Instrument und erfolgt i.d.R. auf Antrag der Lehrperson oder der Eltern. An einem Standortgespräch werden zunächst gemeinsam ein bis zwei Kernthemen im Protokoll festgehalten, die besprochen werden sollen. Es werden Beobachtungen besprochen und in Stichworten protokolliert und Förderziele und allfällige Vorschläge für Massnahmen formuliert und auf der letzten Seite des Protokolls (sog. „Kurzprotokoll des schulischen Standortgesprächs“) festgehalten. Die Verantwortlichkeiten für die nächsten Schritte werden festgehalten und es wird der Termin für das nächste Standortgespräch vereinbart. Die Beteiligten setzen ihren Namen auf die letzte Seite des Formulars. Damit bezeugen sie nicht ihr Einverständnis, sondern lediglich ihre Anwesenheit, was allenfalls noch klargestellt werden kann. Die letzte Seite des Protokolls („Kurzprotokoll des schulischen Standortgesprächs“) wird i.d.R. kopiert und allen Beteiligten ausgehändigt. Das vollständige Protokoll wird im Schülerdossier abgelegt.

Das Standortgespräch ist in der Volksschule das Instrument, um den Nachteilsausgleich zu thematisieren, Massnahmen zu besprechen und verbindliche Förderziele und deren Überprüfung festzulegen. Dabei sollte der Vorschlag von Förderzielen oder Fördermassnahmen und die damit verbundenen Möglichkeiten des Nachteilsausgleichs, z.B. bei schriftlichen Arbeiten, Prüfungen etc. von den Lehrpersonen nicht nur erwähnt, sondern den Eltern klar und verständlich dargelegt werden. Nur damit wird den Eltern ermöglicht, auf gleicher Augenhöhe ein Gespräch über den Nachteilsausgleich zu führen und verbindliche Ziele mit den beteiligten Lehrpersonen, Schulleitungen und Therapeuten zu vereinbaren. Die Anwesenheit von Therapeuten ist daher unbedingt erforderlich. Ein vorgängig durch die Eltern durchgeführte Abklärung mit entsprechendem Attest ist zwar nicht notwendig und kann mit Kosten verbunden sein, könnte sich aber hilfreich auf die Festlegung von Massnahmen auswirken. Auch ist darauf zu achten, dass die Einschätzung aller Beteiligten auf dem Protokoll, wenn auch nicht wörtlich, so doch sinngemäss protokolliert wird. Im Sinne des Datenschutzes, bzw. des Akteneinsichtsrechts ist allerdings zu fordern, dass die Eltern und/oder der betroffene Schüler eine Kopie des gesamten Protokolls und nicht nur, wie in den Merkblättern zum Standortgespräch vorgesehen, nur die letzte Seite des Protokolls erhalten. Eine gute Schule hat nichts zu verbergen und steht zu einem protokollierten (Standort-) Gespräch.

Bei Uneinigkeit oder Unsicherheit der Eltern soll oder muss eine schulpsychologische Abklärung durchgeführt werden. Diese muss klare Empfehlungen enthalten. Die Schule kann sodann – auch gegen den Willen der Eltern – eine Massnahme erlassen. Diese kann auf dem Rechtsweg von den betroffenen Eltern innert der gesetzlichen Fristen angefochten werden.

Hält sich die Schule nicht an die formellen Vorgaben des Gesetzes oder an die verfassungsmässigen Grundsätze (z.B. Gewährung des rechtlichen Gehörs, Grundsatz von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Notwendigkeit einer Massnahme etc.), kann dies ebenfalls mit einem Rechtsmittel (Rekurs, Beschwerde) bei der zuständigen Aufsichtsbehörde (Schulpflege, Bezirksrat, Verwaltungsgericht) gerügt werden. Ein solches Verfahren ist allerdings nicht nur mit Kosten, sondern i.d.R. auch mit einer nervlichen Belastung der betroffenen Eltern verbunden. Auf der anderen Seite können nur Eltern, die sich für die Rechte ihrer behinderten Kinder zur Wehr setzen, erreichen, dass die Behörden und/oder Schulen reagieren. Damit wird das den Menschen mit Behinderung zustehende Recht auf Beseitigung einer Benachteiligung durch Gewährung eines Nachteilsausgleichs, wenn auch auf Druck, zum bekannten Standard.

Elterngespräche sind in allen Schulen ein sehr wichtiges Mittel, um die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung im Sinne des BehiG, z.B. durch Festlegung eines verbindlichen Nachteilsausgleichs, zu bewirken. Im Alltag zeigt sich aber, dass es oftmals an der notwendigen Kenntnis und Sensibilität seitens der Behörden und Schulen fehlt.

Aus Sicht der Eltern und Betroffenen wäre es daher sicherlich wünschenswert, wenn sich die Volksschulen an den obenerwähnten Richtlinien der Mittelschulen orientieren würden und die Standortgespräche, bzw. das Verfahren konsequent anwenden und durchsetzen würden. Es ist Aufgabe der Schulen, der Behörden und der Lehrpersonen den Eltern und Schülern den Nachteilsausgleich zu gewähren, ohne dass diese diesen einfordern müssen. Diese Pflicht wurde bisher zu wenig beachtet und es scheint, dass das Recht behinderter Menschen noch an vielen Schulen als Last empfunden wird.

Die Schulen wären in der Lage, die Beseitigung des Nachteils anzusprechen oder anzugehen, die Umsetzung ist aber oftmals zu wenig bekannt und/oder wird gefürchtet. Schulbehörden, Schulleitungen und Lehrpersonen sind daher aufgefordert, bei der Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung aktiv mitzuwirken und die Eltern mit ihrem profunden Fachwissen zu unterstützen, bzw. sich aktiv weiterzubilden. Eine Integration, bzw. die Beseitigung von Nachteilen, kann nur im gegenseitigen Einvernehmen und mit Verständnis für die Beteiligten erfolgreich umgesetzt werden. Das Zürcher Volksschulamt verfügt in Bezug auf die Integration und auf den Umgang mit sonderpädagogischen Massnahmen über sehr hilfreiche Informationen, die allen Beteiligten zugänglich sind. Es lohnt sich, wenn sich die am Schulbetrieb beteiligten Personen und Eltern an diesen Unterlagen nicht nur orientieren, sondern sich danach auch verhalten. Damit wäre schon ein erster wichtiger Beitrag für die Sensibilisierung erbracht.

Vereinbarung über den Nachteilsausgleich

Eine mögliche Lösung wäre, die vereinbarten Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen in einer verbindlichen Vereinbarung über den Nachteilsausgleich transparent festzuhalten. Als Grundlage für den Inhalt und das Vorgehen könnten die besprochenen Richtlinien der Mittelschulen des Kantons Zürichs gelten. Diese Verbindlichkeit führt bei den Beteiligten dazu, dass klare Abmachungen bestehen, die

einzuhalten oder aber im gegenseitigen, offenen und verständnisvollen Gespräch zu beurteilen sind. Klare Abmachungen fördern und festigen eine gute Zusammenarbeit, die für die Integration von Menschen mit Behinderung in öffentlichen Schulen aber auch am Arbeitsplatz notwendig und hilfreich sind.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

- Es besteht ein verfassungsmässiges Recht auf einen Nachteilsausgleich behinderter Menschen an den Schulen. Eine Bitte der Eltern ist dazu nicht nötig. Behörden und Schulen, die davon keine Kenntnis haben, sollen von betroffenen Eltern auf ihr Recht aufmerksam gemacht werden.
- Die zu gewährenden Anpassungen sind in jedem Einzelfall gesondert, klar und verbindlich zu bestimmen und an den individuellen Bedürfnissen des betroffenen Schülers auszurichten. Die Schulen sollten über die dafür notwendigen Instrumente verfügen. Das Volksschulamt bietet Informationen und Hilfestellungen.
- Ein aktuelles Gutachten einer fachkundigen Person oder Instanz ist notwendig, um das Recht auf Massnahmen des Nachteilsausgleichs festzulegen. Ein solches Gutachten (oder Abklärung) hat konkrete Empfehlungen zu enthalten, aufgrund welcher, Massnahmen festgelegt werden können.
- Den Eltern steht das gesetzliche Recht zu, einen individuellen Nachteilsausgleich zu fordern. Es ist ratsam die Massnahmen des Nachteilsausgleichs mit der Schule, wenn möglich schriftlich und damit verbindlich, festzulegen und zu vereinbaren. Die Massnahmen sollen laufend überprüft und wenn nötig angepasst werden.
- Guter Wille, Einsatz und Verständnis aller Beteiligten ist nicht nur hilfreich, sondern für die Umsetzung eines Nachteilsausgleichs absolut notwendig.

Zürich, 10.9.2012/nb