



## **Diskriminierungsrisiken erkennen und begegnen – auch in der Pandemiesituation**

*Ein antidiskriminierungsrechtlicher Blick auf Schule in der Corona Pandemie*

Von Prof. Dr. Susanne Dern und Prof. Dr. Maria Wersig  
November 2020

Einleitung	4
I. Problemaufriss: Strukturelle Diskriminierung und vulnerable Gruppen	5
II. Menschenrechtliche Grundlagen: Recht auf diskriminierungsfreie und inklusive Bildung	7
1. UN Sozialpakt	8
2. UN Kinderrechtskonvention (KRK)	9
2.1 Der Bildungsbegriff der KRK	9
2.2 Die Bildungsziele der KRK	10
3. UN Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung (BRK)	12
4. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	12
III. Grundgesetz	13
1. Teilhabeaspekte	13
2. Grundrechte auf chancengleiche Bildung	14
3. Zwischenfazit	15
IV. Antidiskriminierungsframework im Berliner Landesrecht	15
1. Verhältnis von Berliner Schulgesetz und LADG	16
2. Schulische Handlungspflichten und mögliche individuelle Ansprüche aus dem LADG	18
3. Schutzzumfang von § 2 LADG und § 2 SchulG	21
4. Schlussfolgerungen für das Berliner Antidiskriminierungsframework bezogen auf Bildung: Das Recht auf Bildung während der Pandemie	22
V. Problemaufriss: Antidiskriminierungsrechtliche Einordnung konkreter schulischer Maßnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie	24
1. Gleicher Zugang / gleiche Teilhabe	24
2. Gleiche Bildungschancen	25
3. Kindeswohl und diskriminierungsfreie Unterrichtsgestaltung	26
4. Selbst- und Mitbestimmung der Kinder (der Eltern)	26
VI. Diskussion ausgewählter Problemlagen und der aktuellen Lösungsansätze im Land Berlin	27
1. Zugang zur Bildungseinrichtung: Temporäre Schul- oder Klassenschließungen aus Infektionsschutzgründen als gleichheitsrechtliches Problem	27
2. Zugang zu digitaler Ausstattung für vulnerable Gruppen	30
3. Zugang zum Miteinander Lernen	33
4. Prüfungsrechtliche Aspekte: Prüfungsbedingungen aus gleichheitsrechtlicher Perspektive, pandemiebedingte Nachteilsausgleiche	34
5. Lernförderung: Unterstützung von Lernprozessen zwischen Jugendhilfe, Schulsozialarbeit und Sonderpädagogik	41

Die Autorinnen:

Prof. Dr. Susanne Dern lehrt und forscht an der Hochschule Fulda, University of Applied Sciences, Fachbereich Sozialwesen zu Existenzsicherungs- und Antidiskriminierungsrecht.

Kontakt: *susanne.dern@sw.hs-fulda.de*

Prof. Dr. Maria Wersig lehrt und forscht an der Hochschule Hannover, Fakultät Diakonie, Gesundheit und Soziales zu Existenzsicherungs- und Antidiskriminierungsrecht.

Kontakt: *maria.wersig@hs-hannover.de*

Stand der Bearbeitung und berücksichtigten Rechtsprechung: 07. Oktober 2020

## Einleitung

Die vorliegende Studie soll einen menschenrechtlichen und antidiskriminierungsrechtlichen Blick auf Schule und Diskriminierungsrisiken im Kontext der schulischen Maßnahmen im Zuge der anhaltenden Notwendigkeit der Eindämmung der Covid-19-Pandemie richten.<sup>1</sup>

Ziel ist nicht eine deskriptive Darstellung und primär schulrechtliche Bewertung einzelner Maßnahmen oder eine pauschale Feststellung, dass alle getroffenen Maßnahmen aus Gründen des Gesundheitsschutzes in der Ausnahmesituation der Pandemie ein Menschenrechtsverstoß waren. Stattdessen soll zunächst dargestellt werden, welche Rechte und Werte im Zuge des ausfallenden Präsenzunterrichts und den diese (teilweise) ersetzenden Elemente des Fernunterrichts (zukünftig saLzH im Sinne des Berliner Sprachgebrauchs)<sup>2</sup> berührt sind und welche Diskriminierungsrisiken hier bestehen. Außerdem soll der Blick auf die Folgen dieser Maßnahmen aus einer antidiskriminierungsrechtlichen Perspektive gerichtet und notwendige Schritte diskutiert werden, um eine Verfestigung bereits eingetretener Nachteile zu verhindern. Und schließlich möchten wir angesichts der anhaltenden Problematik Möglichkeiten skizzieren, innerhalb der gesetzten Rahmenbedingungen des Gesundheitsschutzes möglichst sensibel und diskriminierungsfrei zu agieren bzw. Benachteiligungen zu vermeiden. Dies betrifft die möglicherweise auch in Zukunft erforderlichen Schulschließungen aufgrund der Entwicklung der Infektionszahlen oder Kombinationen von Präsenz- und Fernunterricht, sowie den Umgang mit Schüler\*innen, die selbst oder deren Familienmitglieder aufgrund von (chronischen) Erkrankungen vor Infektionen besonders geschützt werden müssen oder z.B. aufgrund des Alters oder wegen einer Behinderung die Hygienemaßnahmen nicht umsetzen können (bzw. Menschen, denen dies zugeschrieben wird).

---

<sup>1</sup> Die Autorinnen danken Prof. Dr. Michael Wrase für den kollegialen Austausch zum Thema im Vorfeld der Erarbeitung eines Zwischenergebnisses, dem Team von Life e.V. für ihre Rückmeldungen zu unserem Zwischenbericht und Prof. Dr. Dorothee Frings für ihre hilfreichen Anmerkungen zu diesem Text.

<sup>2</sup> Begrifflich hat sich in der Berichterstattung und im allgemeinen Sprachgebrauch „Homeschooling“ etabliert, was den Ausfall des Präsenzunterrichts und die teilweise Kompensation dieses Unterrichts durch Fernunterrichtsangebote der Schulen bzw. Lehrer\*innen unter dem Stichwort schulisch angeleitetes Lernen (saLzH) beschreibt. Juristisch handelt es sich nicht um „Homeschooling“, also Beschulung in der Familie unter Verzicht auf Schulbesuch, was in Übereinstimmung mit der UN Kinderrechtskonvention unzulässig wäre. Ab Mitte März 2020 fand ein pandemiebedingtes Aussetzen der Schul(besuchs)pflcht bzw. pandemiebedingtes Aussetzen des schulischen Präsenzangebots mit begleitenden Elementen des Fernunterrichts statt, die in der Praxis variierten. Varianten einer Kombination von Präsenzunterricht und saLzH sind auch in Zukunft pandemiebedingt denkbar und werden im Handlungsrahmen für das Schuljahr 2020/21 der Berliner Senatsverwaltung beschrieben. Vgl. Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, 2020, Handlungsrahmen für das Schuljahr 2020/2021, Anlage zum Brief an die Schulleitungen vom 4. August 2020.

Diskriminierungsschutz und tatsächlich gleiche Teilhabe (jenseits formaler Zugangs- und Teilhabemöglichkeiten) sind auch in Pandemiezeiten wichtige Ziele, die die Gestaltung von Schule und Unterstützung von Familien auf allen Ebenen prägen müssen. Dieses Papier hat das Ziel, als Problemaufriss zu dienen und Handlungsmöglichkeiten herauszuarbeiten, die dann als Diskussionsgrundlage für Stakeholder-Debatten über die Zukunft von Schule mit einem teilhabeorientierten Ansatz in Pandemiezeiten zur Verfügung stehen. Berücksichtigt werden Grund- und Menschenrechte, das Antidiskriminierungsframework des Landes Berlin bezogen auf diskriminierungsfreie und inklusive Bildung sowie ausgewählte bundesgesetzliche Regelungen mit Antidiskriminierungscharakter.

## **I. Problemaufriss: Strukturelle Diskriminierung und vulnerable Gruppen**

Diskriminierungsrisiken im Kontext des pandemiebedingten Fernunterrichts (im Folgenden vereinfacht im Berliner Sprachgebrauch: saLzH, schulisch angeleitetes Lernen zuhause) bestehen beispielsweise infolge von Sprachbarrieren, die schriftliche Kommunikation erschweren (wie einer nichtdeutschen Erstsprache), gerade auch wenn der Hauptkontakt zu Lehrkräften per Mail und die Unterrichtsgestaltung über Arbeitsblätter erfolgt (s. auch ADAS-Befragung)<sup>3</sup>.

Fehlen finanzielle Ressourcen für digitale Endgeräte, die gute Internetverbindung oder besteht nur ein beengter, unruhiger Raum als Lernumgebung, ohne eigenen Schreibtisch etc., fällt das Lernen zuhause schwerer. 10,2% der von ADAS befragten Familien fehlen bspw. hinreichende technische Voraussetzungen, hierunter sind Alleinerziehende und Familien mit Migrationsgeschichte mehr als doppelt so oft vertreten. Nach einer aktuellen Studie der Bertelsmann Stiftung haben 24% der Kinder im Grundschulalter keinen internetfähigen PC im Haus und 13% haben keinen ruhigen Platz zum Lernen.<sup>4</sup>

Die Rolle der elterlichen Unterstützung für den Bildungserfolg von Schüler\*innen wurde von der Bildungsforschung vielfach einschlägig beschrieben. Nach wie vor variieren die Leistungen der Schüler\*innen stark nach deren sozialer Herkunft.<sup>5</sup> Auch in der jüngsten Befragung durch ADAS geben

---

<sup>3</sup> ADAS, Ergebnisse der ADAS Corona Umfrage, ADAS Rundbrief vom 25. Juni 2020, Online abrufbar: [https://mcusercontent.com/555eac9ec2e10a0906f572acc/files/bb9c18d1-6a83-45b0-a43a-36c7c3d51d51/20200625\\_Ergebnisse\\_Umfrage\\_ADAS\\_LIFE\\_e.V.pdf](https://mcusercontent.com/555eac9ec2e10a0906f572acc/files/bb9c18d1-6a83-45b0-a43a-36c7c3d51d51/20200625_Ergebnisse_Umfrage_ADAS_LIFE_e.V.pdf).

<sup>4</sup> Bertelsmann Stiftung (Hrsg.)/Lietzmann/Wenzig, Materielle Unterversorgung von Kindern, 2020, S. 15 ff.

<sup>5</sup> Autorengruppe Bildungsberichterstattung 2020, S. 9, 138.

etwa Eltern<sup>6</sup> mit Migrationshintergrund und Alleinerziehende häufiger an, über wenig oder kein Vorwissen zur Unterstützung ihrer Kinder zu verfügen. Zudem fehle Eltern oft die Zeit. Die Doppelbelastung durch „Homeoffice“ und „Homeschooling“ ruft Stress und psychische Belastungen hervor und begrenzt die Unterstützungsmöglichkeiten zusätzlich. Fehlende Deutschkenntnisse oder mangelnde Vertrautheit mit den Anforderungen des Schulsystems können ebenfalls Barrieren für elterliche Unterstützung bilden.

Sollen Schüler\*innen primär zuhause lernen, mit nur begrenztem Kontakt zu Lehrkräften, Mitschüler\*innen oder zu alternativen Lernförderungsangeboten, wie es im vergangenen Schulhalbjahr verstärkt der Fall war, steht zu befürchten, dass die Ungleichheitsschere noch weiter auseinanderdriftet. Dies betrifft auch Schüler\*innen, die in stationären Einrichtungen z.B. der Jugendhilfe leben und nur begrenzten Zugang zu einer ähnlich in einer Familie geleisteten schulischen Unterstützung haben. Auch in Unterkünften für Geflüchtete fehlt es an adäquaten Lernumgebungen bzw. sind gute Lernbedingungen oftmals nicht hinreichend sichergestellt.

Schüler\*innen mit chronischen Erkrankungen und Behinderungen, die digitales und eigenständiges Lernen zuhause erschweren (Sehschwächen, eingeschränkte Bedienfähigkeiten des Computers, Konzentrationsstörungen etc.), stehen vor weiteren Hindernissen. Sonderpädagogische Angebote, die inklusives Lernen unterstützen und ermöglichen sollen, waren zudem im bisher praktizierten Fernunterricht des letzten Schulhalbjahrs kaum verfügbar. Auch hierzu enthält die ADAS-Befragung Hinweise: Eltern mit einem Kind mit einer Behinderung und/oder einem sonderpädagogischen Förderbedarf haben noch stärkere Probleme mit dem permanenten Zeitmangel und entsprechend hoch sind auch hier Stress und die psychische Belastung. Hinzukommen fehlende Informationen zu Nachteilsausgleichen und Kompensationsleistungen.

Im Rahmen der Corona-Krise wurde bereits von einer Zunahme rassistischer Diskriminierungen gegen Menschen, denen phänotypisch eine asiatische Herkunft zugeschrieben wird, berichtet. Ähnliche Szenarien sind auch für den Schulkontext denkbar, wenn bspw. bestimmte Schüler\*innengruppen, infolge rassistischer, antisemitischer, antiziganistischer, behinderungsbezogener Zuschreibungen als Virusträger gelabelt und abgewertet oder ausgegrenzt werden.

Antidiskriminierungsrechtlich lassen sich die beschriebenen Barrieren bzw. Ausschlussrisiken vor allem folgenden Diskriminierungskategorien zuordnen:

---

<sup>6</sup> Der Begriff „Eltern“ wird in diesem Bericht in einem weiten Sinne verwendet, der Eltern und Erziehungsrechtige, unabhängig von Abstammung oder Sorgerechtsstatus, umfasst.

- Sprache
- ethnische Herkunft
- Sozialer Status / Soziale Herkunft / Familiäre Herkunft
- Behinderung
- Rassistische Zuschreibung

Diese oder vergleichbare Diskriminierungsschutzkategorien finden sich im Recht auf Diskriminierungsfreie Bildung nach § 2 des Berliner SchulG (SchulG Bln) und jüngst auch im für die öffentliche Verwaltung und damit auch die Schulen neu geschaffenen Diskriminierungsverbot des § 2 Landesantidiskriminierungsgesetzes Berlin (LADG). Damit verfügt Berlin über ein – im Vergleich zu anderen Bundesländern – sehr weit entwickeltes Antidiskriminierungsframework bezogen auf den Bereich der Bildung. Dessen konkrete Reichweite und Anwendbarkeit wird im Folgenden kurz angerissen und im zweiten Teil des Gutachtens noch detaillierter analysiert.

## **II. Menschenrechtliche Grundlagen: Recht auf diskriminierungsfreie und inklusive Bildung**

Menschenrechte von Kindern prägen pädagogische Beziehungen, somit dient Schule mit dem Recht auf Bildung der Verwirklichung der Menschenrechte.<sup>7</sup> Diesem Verständnis ist auch das Berliner Schulgesetz verpflichtet, vgl. die Erziehungs- und Bildungsziele in § 3 SchulG Bln. Das Recht auf Bildung gehört seit 1948 zu den Menschenrechten, es ist Teil der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und einer Reihe von weiteren Menschenrechtsdokumenten. Seit 1952 ist im 1. Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) das Recht auf Bildung (Art. 2) verankert. Des Weiteren wird das Recht auf Bildung den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zugeordnet. Seit 1966 garantiert der Internationale Pakt über ökonomische, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) in Art. 13 das Recht auf Bildung. Die unterzeichnenden Staaten haben in der Kinderrechtskonvention KRK (1989) und in der Behindertenrechtskonvention BRK (2008) dieses Recht für Kinder (mit Behinderungen) bekräftigt und anerkannt. Das Recht auf (inklusive) Bildung begründet Pflichten

---

<sup>7</sup> Rudolf 2014, Kinderrechte als Maßstab pädagogischer Beziehungen. In: Prengel /Winklhofer (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen: Band 1, S. S. 21.

der Vertragsstaaten, die in Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten differenziert werden können.<sup>8</sup> Staatliches Handeln, auch in Zeiten der Pandemie, muss diese Pflichten umsetzen. Aktuell haben sich mehrere Menschenrechtsausschüsse der Vereinten Nationen dazu geäußert, wie Staaten im Rahmen der Pandemiebekämpfung die Menschenrechte wahren und fördern können, diese Dokumente werden in die folgende Darstellung der menschenrechtlichen Grundlagen einbezogen.

Es ist zu unterscheiden zwischen Pflichten für die unterzeichnenden Staaten, die durch die folgenden Dokumente begründet werden und direkten Ansprüchen auf eine bestimmte Ausgestaltung von Schule und Bildung der betroffenen Schüler\*innen. Nicht jede Gewährleistungspflicht korrespondiert mit einem individuellen, im Zweifel auch einklagbaren, Anspruch. Die genannten völkerrechtlichen Dokumente können zwar auch konkrete Ansprüche Einzelner begründen, dies ist aber nur der Fall, wenn die geforderte Maßnahme bereits hinreichend bestimmt im Text der völkerrechtlichen Vereinbarung niedergelegt ist und ohne weiteren innerstaatlichen Vollzugsakt umgesetzt werden kann oder wenn dies – wie in der KRK, die ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht – ausdrücklich vorgesehen ist. Bezogen auf die Frage, wie Schule und Bildung in der Zeit einer Pandemie diskriminierungsfrei und inklusiv gestaltet werden kann, sind beide Aspekte wichtig. Deshalb richtet diese Darstellung den Blick auf die staatlichen Pflichten und ihre Konkretisierung in der aktuellen Lage und geht, wo erforderlich auf individuelle Ansprüche ein.

Im Folgenden wird das Recht auf diskriminierungsfreie Bildung (unter Berücksichtigung von Inklusion) im Sozialpakt, der UN KRK und UN BRK dargestellt.

## 1. UN Sozialpakt

Das Recht auf Bildung ist in Art 13 des Internationalen Pakts über ökonomische, soziale und kulturelle Rechte (UN Sozialpakt) verankert und umfasst die nachfolgenden vier Aspekte:<sup>9</sup>

- *Verfügbarkeit* (availability) – ein flächendeckendes öffentliches Schulangebot mit einer hinreichenden Personal- und Sachmittelausstattung,
- *Zugänglichkeit* (access) – physischer, ökonomischer und diskriminierungsfreier Zugang zum Schulsystem,

---

<sup>8</sup> Cremer 2009, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere. Empfehlungen zur Umsetzung, Deutsches Institut für Menschenrechte, S. 6.

<sup>9</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13, 1999.



- *Annehmbarkeit* (acceptability) – bezieht sich neben Gesundheits- und Sicherheitsstandards auch auf die Unterrichtsqualität, die an allen Schulen gleichermaßen zu gewährleisten ist, sowie die Berücksichtigung kultureller Unterschiede im Hinblick auf die Unterrichtsangebote,
- *Anpassungsfähigkeit* (adaptability) – erfordert eine entsprechende Flexibilität des Schulsystems, damit es in der Lage ist, auf gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren.

Diese Rechte sind gemäß Art. 2 Abs. 2 des Sozialpakts *diskriminierungsfrei* zu gewährleisten, dieser Artikel bezieht alle Diskriminierungskategorien ein, wie sie auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 formuliert hat. Das Recht auf Bildung muss demnach ohne „*Diskriminierung hinsichtlich der „Rasse“, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden*“ können. Dieser Anspruch begründet eine individuelle Rechtsposition.<sup>10</sup>

## **2. UN Kinderrechtskonvention (KRK)**

Der Zugang zu Bildung für alle ist notwendig, um das Recht auf Bildung zu verwirklichen. Gleichzeitig kommt es auf die Qualität von Bildung an. Die UN-Kinderrechtskonvention enthält in Art. 28 KRK ein Recht auf Zugang zur Bildung und in Art. 29 KRK eine Festlegung der Ausgestaltung des Inhalts dieser Bildung. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang und für unser Thema auch das Diskriminierungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 KRK, das Recht auf Entwicklung gemäß Art. 6 Abs. 2 KRK<sup>11</sup> und das Mitspracherecht des Kindes (Art. 12 KRK), das auch in schulischen Belangen gilt.

### **2.1 Der Bildungsbegriff der KRK**

Art. 28 und Art. 29 KRK beschreiben in Zusammenhang mit dem Recht auf Entwicklung und dem Diskriminierungsverbot einen umfassenden Bildungsbegriff. Diese wird nicht nur als reine

---

<sup>10</sup> Dern/Schmid/Spangenberg, Schutz vor Diskriminierung im Schulbereich – Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2012, S. 18.

<sup>11</sup> Die Entwicklung des Kindes ist nicht nur im körperlichen und materiellen, sondern auch im geistigen Sinn zu verstehen. Sie schließt die physische, mentale, spirituelle, moralische, psychische und soziale Entwicklung des Kindes ein; Committee on the Rights of the Child CRC, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, Rn 12.

Wissensvermittlung verstanden, sondern zielt auf umfassende Fähigkeiten und Persönlichkeitsentwicklung, sowie Kompetenzen im sozialen Miteinander einer Gesellschaft. Es geht darum, die Fähigkeiten und Möglichkeiten von Kindern zu maximieren, um ihnen eine umfassende und verantwortungsbewusste Teilhabe an der Gesellschaft zu ermöglichen.

Auch gemäß Art. 2 Abs. 2 der KRK ist dieses Recht unter Berücksichtigung von Diskriminierungsfreiheit zu gewährleisten. Neben den auch im Sozialpakt genannten Diskriminierungsgründen nennt die KRK an dieser Stelle auch die Behinderung. Art. 2 Abs. 2 KRK ist unmittelbar anwendbar. Auch im Verständnis der KRK ist die Gewährleistungsdimension von Bildung zu betonen: *„Mit Gewährleistungspflichten sind beispielsweise infrastrukturelle oder finanzielle Maßnahmen gemeint, die ein Staat zur Verwirklichung eines Rechtes zu unternehmen hat. Das Recht auf Bildung verlangt etwa die Gewährleistung von Schulen in ausreichender Zahl und in zumutbarer Entfernung.“*<sup>12</sup> Es besteht laut KRK eine Grundschulpflicht (als Recht und zum Schutz des Kindes), die verzahnt ist mit dem Recht auf kostenfreie Grundschulbildung und eine entsprechende Grundausstattung mit Lernmitteln bzw. Unterstützung bei Bedürftigkeit. Weil dies eine Pflicht des Staates ist, lässt sich nach Rechtsprechung in Deutschland noch kein individueller Anspruch von Schüler\*innen z.B. auf finanzielle Unterstützung in einer bestimmten Höhe oder Übernahme bestimmter Kosten aus Art. 28 Abs. 1 a, b herleiten.<sup>13</sup> In diesem materiellen Aspekt, der die grundlegende Ausstattung und die Kostenfreiheit von Bildung betont, wird deutlich, dass auch nach der KRK das Recht auf Bildung mit einer grundlegenden Chancengleichheit einhergehen muss (die auch die entsprechenden grundlegenden Rahmenbedingungen braucht).

*„Homeschooling“* – vor Covid-19 verstanden als bewusster Verzicht auf öffentliche Schulangebote und Beschulung der Kinder in selbstorganisierten häuslichen Schulformen – ist in Deutschland in Übereinstimmung mit der KRK unzulässig.<sup>14</sup> Dies wird mit dem Kindeswohl und der Notwendigkeit der Interaktion mit Gleichaltrigen begründet. Das Recht auf Bildung wird i.d.S. durch die Schulschließungen für Kinder aus ärmeren Familien quasi „ausgesetzt.“<sup>15</sup>

## 2.2 Die Bildungsziele der KRK

Die Bedeutung von Schule als Ort, an dem Bildung in sozialer Interaktion stattfindet, wird bei Betrachtung der Bildungsziele der KRK noch einmal deutlicher. Der zuständige Ausschuss der Vereinten

---

<sup>12</sup> Cremer 2009 S. 6.

<sup>13</sup> LSG Sachsen-Anhalt, 03.12.2009 – L 5 AS 103/07.

<sup>14</sup> Füssel 2020, Kap. 6 Recht auf Bildung, In: Kinderrechte - Hdb. des dt. und int. Kinder- und JugendR, S. 224 m.w.N.

<sup>15</sup> Wrase 2020, Schulrechtliche Herausforderungen in Zeiten der Corona-Pandemie, DDS 2020, S. 107.

Nationen, der über die Umsetzung der Kinderrechte wacht, hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 1 aus dem Jahr 2001 den Kontext und das Verständnis von Bildung und Bildungszielen in der KRK umfassend dargelegt.<sup>16</sup>

Das Recht auf Bildung umfasst folgende Bildungsziele:

- Erwerb von grundlegenden Fähigkeiten wie Lesen, Schreiben, Rechnen
- Weiterentwicklung von geistigen und sozialen Fähigkeiten
- Lebenskundigkeit
- Fähigkeit, überlegte Entscheidungen zu treffen
- Aufbau sozialer Beziehungen
- Menschenrechtsbildung
- gewaltfreie Konfliktlösung
- Treffen von ausgewogenen Entscheidungen
- kritisches und kreatives Denken
- gesunder Lebensstil
- Verantwortungsgefühl
- kritisches Denkvermögen
- andere Fähigkeiten zu entwickeln, die als Hilfe dienen, die Möglichkeiten im Leben zu nutzen.

### **2.3 Äußerung des zuständigen UN Ausschusses im April 2020 zu den Auswirkungen von Covid-19 auf die Verwirklichung der Rechte von Kindern<sup>17</sup>**

Im Zuge der weltweiten Maßnahmen zur Eindämmung von Covid-19 äußerte sich aktuell im April 2020 der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Committee on the Rights of the Child) und warnte vor den schweren physischen, emotionalen und seelischen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Kinder. Der Ausschuss rief die Staaten dazu auf, die Rechte der Kinder zu schützen und betonte die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen (sie sollten „*notwendig, angemessen und auf ein absolutes Minimum beschränkt*“ sein). Auch die möglichen gravierenden Auswirkungen auf Kinder in vulnerablen Lebenssituationen wurden klar benannt. Bezogen auf Bildung forderte der Ausschuss,

---

<sup>16</sup> CRC, General Comment No. 1, CRC/GC/2001/1, 2001, Rn. 9; deutsche Übersetzung: DIMR 2014.

<sup>17</sup> Stellungnahme des UN Ausschusses für die Rechte des Kindes zu Covid-19, Deutsche Übersetzung der Stellungnahme vom 8. April 2020. Online: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme\\_des\\_UN-KRK-Ausschusses\\_zu\\_Covid19.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_des_UN-KRK-Ausschusses_zu_Covid19.pdf).

*„sicherzustellen, dass Online-Unterricht bestehende Ungleichheiten nicht verstärkt oder die Interaktion zwischen Schüler\_innen und Lehrer\_innen ersetzt. Online-Unterricht ist eine kreative Alternative zum konventionellen Lernen im Klassenzimmer, stellt jedoch eine Herausforderung für Kinder dar, die nur einen begrenzten oder keinen Zugang zur Technologie oder zum Internet haben oder keine angemessene Unterstützung durch die Eltern erhalten. Für diese Kinder sollte es alternative Lösungen geben, damit sie von den Anleitungen und der Unterstützung durch Lehrer\_innen profitieren können“.* Die Staaten sollen außerdem *„Möglichkeiten zu bieten, um die Meinungen von Kindern anzuhören und diese bei Entscheidungsprozessen zur Pandemie zu berücksichtigen“.*

### **3. UN Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung (BRK)**

Anders als in der KRK findet sich in der UN BRK die Pflicht des Staates, ein inklusives Schulsystem zu gewährleisten, sowie ein **Recht auf inklusive Bildung und Beschulung (Art. 24 UN BRK)** für Kinder mit Behinderung.<sup>18</sup> Die Debatte über den Stand der Umsetzung dieser Anforderungen der UN BRK im deutschen Schulsystem kann hier dahinstehen, in jedem Fall ist die Position von Schüler\*innen mit Behinderungen bezogen auf die Gestaltung der Schule in der Pandemie besonders zu berücksichtigen. Eine Verwehrung von Bildungschancen oder separate Beschulung aufgrund von Behinderung muss daher besonders gerechtfertigt und ihre Notwendigkeit und Begründung besonders in den Blick genommen werden.

### **4. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**

Nach Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) darf das Recht auf Bildung niemandem verwehrt werden. Dieses Recht ist innerhalb der EMRK in Zusammenhang mit Art. 14 (Diskriminierungsverbot), Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 9 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) und Art. 10 (Freiheit der Meinungsäußerung) zu interpretieren, auch hier besteht also ein starkes Recht auf diskriminierungsfreie Bildung. Innerhalb der Menschenrechtsdokumente ist die EMRK von besonderer Bedeutung, denn sie sieht nach Ausschöpfen des nationalen Rechtswegs die Möglichkeit des Anrufens des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) bei der Verletzung von Menschenrechten vor. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung die Bedeutung des Rechts auf Bildung auch gegenüber mittelbar diskriminierenden Praktiken (Beispiel statistisch überproportionale Schulzuweisungen an Förderschulen für Roma Kinder

---

<sup>18</sup> m.w.N. Dern/Schmid/Spangenberg 2012, S. 20 ff.

basierend auf Einstufungstests) gestärkt sowie 2018 eine nicht behinderungsgerechte Gestaltung eines Hochschulgebäudes als Verletzung von Art. 14 (Diskriminierungsverbot) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) i. V. m. Art. 2 1. Zusatzprotokoll EMRK (Recht auf Bildung) gewertet.<sup>19</sup>

### III. Grundgesetz

Der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes enthält kein ausdrückliches Recht auf Bildung. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichte finden sich allerdings in der Gesamtschau aller Grundrechte Aussagen zur Gestaltung von Bildung als Staatsaufgabe, zu Gleichbehandlung im Bildungswesen sowie zu Teilhaberechten und den Anforderungen an diskriminierungsfreie Bildung.

#### 1. Teilhabeaspekte

Das deutsche Grundgesetz enthält kein explizites Grundrecht auf Bildung. In Art. 7 GG ist zunächst „nur“ ein Verfassungsauftrag zur Gewährleistung eines leistungsfähigen Schulwesens verankert. Ob sich aus dem Grundrechtskatalog ein Recht auf Bildung ableiten lässt, ist noch nicht abschließend geklärt. Das Bundesverfassungsgericht lässt diese Frage offen<sup>20</sup>, das Bundesverwaltungsgericht erkennt im Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. GG mindestens auch Elemente eines Rechts auf Bildung.<sup>21</sup> Weitgehend unbestritten ist aber ein meist aus Art. 7 GG abgeleitetes Teilhaberecht auf Bildung und Ausbildung, das insbesondere den gleichen Zugang zu Bildungseinrichtungen umfasst. Schulen, die infolge des vorrangig staatlichen Schulsystems in quasi monopolähnlicher Stellung, Bildungsleistungen anbieten und deren Besuch sogar verpflichtend ausgestaltet ist, bieten im Sinne dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Hochschulzugang<sup>22</sup> ebenfalls zentrale „Lebenschancen“, die gleichberechtigt wahrnehmbar sein müssen.<sup>23</sup> Außerdem ist hier zu berücksichtigen, dass der Staat

---

<sup>19</sup> Etwa EGMR Urteile vom 29.4.2013, Horváth und Kiss ./ Ungarn sowie vom 30.1.2018, Enver Sahin ./ Türkei, s.a. Dern/Schmid/Spangenberg 2012 m.w.N. S. 25.

<sup>20</sup> BVerfG 6.8.1996 – 1 BvR 1609/96, Rn. 13, juris.

<sup>21</sup> BVerwG 14.07.1978 – VII C 11.76, BVerwGE 56, 155, Rn. 13.

<sup>22</sup> Erste Numerus Clausus-Entscheidung: BVerfG 18.07.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71, BVerfGE 33, 303.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303.

sich in eine erziehende Rolle begibt und auch daraus Schutzpflichten entstehen, auch gegenüber den Handlungen individueller Lehrkräfte und anderer Schüler\*innen.

## 2. Grundrechte auf chancengleiche Bildung

Die Bedeutung der Grundrechte für den Bildungsprozess in der Schule erschöpft sich nicht im geschilderten Teilhabeaspekt: Darüber hinaus leitete Richter schon früh aus einer Gesamtschau der Art. 1, 2, 3, 7, 12 sowie 20 GG Grundrechte auf Bildung ab.<sup>24</sup> Nach Langenfeld<sup>25</sup> sind dem GG konkrete Direktiven für die Ausgestaltung des Schulverhältnisses zu entnehmen: Bezogen auf das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht des Kindes auf freie und menschenwürdige Entfaltung bedeutet dies, dass allen Schüler\*innen grundsätzlich die gleiche Chance zur Persönlichkeitsentfaltung einzuräumen ist.

Das Gleichheitsgrundrecht in Art. 3 GG und das Sozialstaatsprinzip fordern die Herstellung von Chancengleichheit im Bildungswesen.<sup>26</sup> Chancengleiche Teilhabe an einem vom Staat vorgegebenen Bildungssystem schließt nach unserer Auffassung in Anbindung an die Diskriminierungsverbote in Art. 3 GG auch Chancengleichheit *während* des Schulbesuchs ein. Denn die Leistung seitens der Schule endet nicht mit Zulassung zu ihr, sondern erfolgt in einem mehrjährigen Prozess, der sich aus fortlaufenden Einzelleistungen (Unterricht, Bewertung, Empfehlung etc.) zusammensetzt. Auch der Schulabschluss, der über die Ausbildungsfreiheiten der Schüler\*innen nach Art. 12 GG maßgeblich mitentscheidet und ihnen den Zugang zu Studium, Ausbildung verwehren kann, lässt sich nicht singularär betrachten, sondern basiert auch auf den Leistungsentwicklungen in der Schullaufbahn und wird durch schulische Entscheidungen zur Gestaltung (etwa Präsenz- oder saLzH, Prüfungsbedingungen) mitbestimmt. In diesem Kontext ist auch das vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 und Art. 20 GG entwickelte Grundrecht auf Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums bedeutsam. Dieses umfasst mehr als nur den überlebensnotwendigen Bedarf, sondern (gerade für Kinder), auch den Bedarf für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, also auch Bildung und Teilhabe. Bildungsausgaben sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Teil eines einheitlichen Existenzminimums, die Zuständigkeit der Länder für Schule und Bildung mache die

---

<sup>24</sup> Richter in: AK-GG Art. 7 Rn 38ff, Jarass, DÖV 1995, 674ff.; siehe auch Langenfeld in: Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar; Kap. 23, Rn. 20; Dern/Schmid/Spangenberg 2012; Füssel 2020. Enger in einem primär abwehrrechtlichen Verständnis: Langenfeld in Dörr/Grote/Marauhn, Kapitel 23, Rn 14.

<sup>25</sup> Langenfeld in: Dörr/Grote/Marauhn Kap. 23, Rn. 20.

<sup>26</sup> Langenfeld in: Dörr/Grote/Marauhn, Kapitel 23, Rn. 20.

fürsorgerechtliche Berücksichtigung dieses Bedarfs nicht entbehrlich.<sup>27</sup> Das Bundesverfassungsgericht<sup>28</sup> sieht den Gesetzgeber verpflichtet, in einem transparenten und sachgerechten Verfahren das Existenzminimum zu bestimmen. Die Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums darf in monatlichen Festbeträgen erfolgen, muss aber für einen darüber hinausgehenden unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch gewähren. In der Corona Pandemie sind neue Bedarfe für das saLzH entstanden, die der bereits vorher geführten Debatte über die Sicherung des digitalen Schulbedarfs von Kindern, die auf existenzsichernde Sozialleistungen angewiesen sind, eine neue Dringlichkeit verliehen haben.

### **3. Zwischenfazit**

Insgesamt ist somit aus dem deutschen Verfassungsrecht auch bezüglich der Schulbildung ein abgeleitetes Teilhaberecht zu bejahen, das den diskriminierungsfreien Zugang zur Bildungseinrichtung inkl. der Übergänge (i.S.d. Zugangs zu höherer Schulbildung) umfasst. Der diskriminierungsfreie Zugang zu Bildung erstreckt sich zugleich auch auf die Chance, Bildung im Schulkontext diskriminierungsfrei wahrzunehmen und zu verwirklichen. Landesgesetz- und Ordnungsgeber sind daher nach unserer Auffassung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mutterschutzgesetz gehalten, *„der Gefahr, dass sich die von ihm erlassenen Vorschriften in der Wirklichkeit diskriminierend auswirken können, zu begegnen und sie so weit wie möglich durch geeignete Regelungsmechanismen auszugleichen.“*<sup>29</sup>

## **IV. Antidiskriminierungsframework im Berliner Landesrecht**

Das Land Berlin hat im Vergleich zu anderen Bundesländern gerade im Antidiskriminierungsrecht lobenswerte gesetzgeberische Aktivitäten entfaltet und erst 2019 einige Regelungen zu Diskriminierungsschutz und Inklusion im Schulgesetz novelliert. Außerdem wurde gerade das erste Landesantidiskriminierungsgesetz in der Bundesrepublik Deutschland verabschiedet, das explizit auf öffentliches, behördliches Handeln zielt und damit auch den Schulbereich erfasst.

---

<sup>27</sup> BVerfG 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, juris Rn 197 ff.

<sup>28</sup> BVerfG 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11.

<sup>29</sup> BVerfG 18.11.2003 – 1 BvR 302/96.

Zudem enthält die Berliner Verfassung (BV), wie die meisten Landesverfassungen, in Art. 20 BV ein Recht auf Bildung und erwähnt hierbei explizit den Zugang zu Bildungseinrichtungen. In Art. 10 und 11 BV sind zudem Benachteiligungsverbote bzgl. Geschlecht, Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiösen oder politischen Anschauungen, sexueller Identität und Behinderung verankert. Schon über diese landesverfassungsrechtliche Verbürgung sind die Berliner Schulen entsprechend diskriminierungsrechtlich gebunden.

## **1. Verhältnis von Berliner Schulgesetz und LADG**

Konkretisiert werden diese Verbürgungen im Berliner Schulgesetz, das an mehreren Stellen Vorgaben bzgl. diskriminierungsfreier Bildung, Inklusion und Chancengleichheit aufstellt.

In § 2 Abs. 1 SchulG Bln ist ein Recht auf diskriminierungsfreie schulische Bildung und Erziehung implementiert, insbesondere in Bezug auf eine mögliche Behinderung, ethnische Herkunft, rassistische Zuschreibung, Geschlecht, Geschlechtsidentität, sexuelle Orientierung, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen, Sprache, Nationalität, soziale und familiäre Herkunft der Schüler\*innen selbst und ihrer Erziehungsberechtigten oder aus vergleichbaren Gründen.

Dieses Recht wird in § 4 Abs. 2 SchulG durch eine (objektivrechtliche) Verpflichtung der Schulen flankiert, Schüler\*innen vor Diskriminierungen wegen der in § 2 Absatz 1 genannten Gründe zu schützen. Der Unterricht ist nach Inhalt und Organisation so zu gestalten, dass alle Schüler\*innen Lern- und Leistungsfortschritte machen können. Die Schule trägt eine Verantwortung für eine inklusive Ausgestaltung, sodass *„die gemeinsame Unterrichtung und Erziehung sowie das gemeinsame Lernen der Schülerinnen und Schüler verwirklicht, Benachteiligungen ausgeglichen und Chancengleichheit hergestellt werden.“* Gendermainstreaming und interkulturelle Ausrichtung sind ebenfalls als Prinzipien zu berücksichtigen (Abs. 1). Entsprechend ist es nach § 69 SchulG Aufgabe der Schulleitung auf eine partizipative, diskriminierungsfreie und demokratische Schulkultur hinzuwirken. Über § 67 SchulG werden auch die Lehrkräfte in die Verantwortung genommen, indem sie den Unterricht entsprechend den Werten des Grundgesetzes und i.S. des Erziehungsauftrages einer diskriminierungsfreien Bildung (§ 2) gestalten sollen.

Gemäß § 4 SchulG tragen damit die Schule, aber auch Schulleitung und einzelne Lehrkräfte während der schulischen Maßnahmen der Pandemieprävention die Verantwortung für eine diskriminierungsfreie Bildung. Schulorganisation und Unterricht sind sowohl in Präsenz-, Online- und sonstigen Formaten inklusiv zu gestalten.



In der Rechtsprechung der Berliner Verwaltungsgerichte werden jedoch individuelle Ansprüche von Schüler\*innen aus § 4 SchulG abgelehnt<sup>30</sup>, die Regelung enthalte keine subjektiv-öffentlichen Rechte, sondern lediglich Grundsätze. Jüngst bestätigte das VG Berlin zu § 4 Abs. 2 SchulG diese Sichtweise<sup>31</sup> zur Verschiebung von Abiturprüfungen infolge des eingeschränkten Unterrichts in der Corona Krise. Es leitete aus dem die Schulpraxis prägenden Gebot keine individuellen Ansprüche auf ein bestimmtes Handeln in der Prüfungssituation (also zum Beispiel die Verschiebung der Abiturprüfungen) ab. An dieser Stelle ist anzumerken, dass das Gericht auf § 2 SchulG nicht vertieft eingeht bzw. nicht eigenständig würdigt. Es stellt sich die Frage, ob das in § 2 enthaltene Recht auf diskriminierungsfreie Bildung so ausreichend berücksichtigt wurde.

Dazu müsste § 2 SchulG Bln bestimmte subjektive Rechte für Schüler\*innen auf diskriminierungsfreie Bildung beinhalten.<sup>32</sup> Dies ist grundsätzlich zu bejahen, umstritten ist jedoch die Reichweite. Nach einhelliger Auffassung soll das in Schulgesetzen verankerte Recht auf Bildung zwar subjektive und damit einklagbare Rechte vermitteln, dies nach überwiegender Auffassung allerdings zunächst begrenzt auf eine Teilhabe am öffentlichen Bildungswesen.<sup>33</sup> Das Recht auf Bildung beschränkt sich damit – in Kombination mit den jeweils genannten Kategorisierungen – auf eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung von Zugangsregelungen im Rahmen des bestehenden Bildungssystems, inkl. der Übergänge. Das heißt, dass auch die Voraussetzungen für den Übergang in eine andere Schulart, z.B. Schulempfehlungen oder Abschlusszeugnisse und damit zusammenhängende Leistungskriterien und -bewertungen in den Geltungsbereich eines Rechts auf diskriminierungsfreie Bildung fallen.

Ob das Berliner Schulgesetz darüberhinausgehend nicht nur objektiv über § 4 die Schule verpflichtet, Benachteiligungen im Rahmen der Pandemieprävention zu verhindern und Chancengleichheit bzgl. der Lehr- und Lernbedingungen herzustellen, sondern auch subjektive Ansprüche auf konkrete Maßnahmen verleiht, kann offenbleiben, wenn das neue Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) diese Lücke nun zweifelsfrei schließt.

Neuerdings ist auch § 2 LADG zu beachten. Ob hieraus konkrete individuelle Ansprüche ableitbar sind, ist noch nicht abschließend geklärt.

§ 2 LADG enthält ein klares Diskriminierungsverbot, zwar in etwas anderen Begrifflichkeiten als § 2 SchulG, aber gleichwohl mit vergleichbarer Reichweite bzgl. der geschützten Gruppen/Personen(s.u.):

---

<sup>30</sup> VG Berlin 31.12.2017 – VG 3 L 719.16 -, juris Rn. 14.

<sup>31</sup> VG Berlin 20.4.2020 – 3 L 159/20, s.a. parallel VG Berlin, 3 L 155/20, bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, 21.4.2020 – 3 S 30/ 20.

<sup>32</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien enthalten dazu keine nähere Erläuterung.

<sup>33</sup> Rux 2018, Schulrecht, Rn. 190, siehe jüngst etwa OVG Berlin-Brandenburg 18.8.2020 – 3 S 55/20.

## **„§ 2 Diskriminierungsverbot**

*Kein Mensch darf im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen Zuschreibung, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der Sprache, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status diskriminiert werden.“*

Mit diesem Diskriminierungsverbot im LADG will der Landesgesetzgeber ausdrücklich eine Lücke im Antidiskriminierungsrecht schließen, die das AGG bisher offenließ. Das LADG erfasst nun über § 3 auch das öffentlich-rechtlich organisierte Bildungswesen. Nunmehr gilt der Diskriminierungsschutz auch für den öffentlichen Bildungsbereich. *„So werden auch Schülerinnen und Schüler sowie Studierende (bspw.; die Verf.) vor sexuellen Belästigungen oder vor einer Diskriminierung aufgrund einer rassistischen Zuschreibung geschützt und können Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend machen.“*<sup>34</sup> Das LADG möchte ausdrücklich den Diskriminierungsschutz im Bildungsbereich erweitern und tut dies auch über die Gewährung individueller Ansprüche der Betroffenen, deren Umfang im folgenden Abschnitt diskutiert wird.

## **2. Schulische Handlungspflichten und mögliche individuelle Ansprüche aus dem LADG**

Das für das gesamte öffentlich-rechtliche Handeln der Berliner Verwaltung aufgestellte Diskriminierungsverbot wirkt somit in die Schulen hinein und ist damit auch bei allen schulischen Maßnahmen zu beachten. Umfasst sind hierbei unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen, (sexuelle) Belästigungen sowie die Anweisung zur Diskriminierung und Viktimisierungen.

Ungleichbehandlungen müssen durch einen hinreichenden sachlichen Grund gerechtfertigt sein (vgl. § 3 und § 4 LADG). Über das bisherige Schulrecht hinaus, können bei Verstößen nunmehr auch individuelle Ansprüche der Betroffenen aus dem LADG abgeleitet werden. Diese können sich sowohl auf ein bestimmtes Handeln richten (Primäranspruch) als auch auf Schadensersatz und Entschädigungsansprüche (Sekundäransprüche).

Mögliche Folgen und Ansprüche des gerade in Kraft getretenen LADG sind daher zweierlei:

- 1) Mit ihm sind nunmehr alle schulischen Maßnahmen auch auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu prüfen. So ist beispielsweise eine Prüfungsbewertung nicht nur nach den

---

<sup>34</sup> Gesetzesbegründung, Drs. 18/1996, S. 21.

schulrechtlichen Maßstäben für die Prüfbedingungen/ Bewertung zu überprüfen, sondern eben auch auf (un)mittelbare Diskriminierungen infolge des angelegten Maßstabs oder der Prüfungsgestaltung. Eine Maßnahme kann daher auch infolge § 2 LADG rechtswidrig sein. Hieraus können Ansprüche auf Korrektur der Entscheidung, Unterlassung, Beseitigung o.ä. folgen.

- 2) Aus dem Diskriminierungsverstoß können zudem Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen materieller oder immaterieller Schäden folgen (vgl. § 8 LADG). Das Gesetz schafft hier einen neuen landesrechtlichen Staatshaftungsanspruch.<sup>35</sup> Die Haftung der Behörde ist dabei verschuldensunabhängig.<sup>36</sup>

Ausgleichspflichtig ist die öffentliche Stelle, in deren Verantwortungsbereich die Diskriminierung stattgefunden hat, mithin Schulträger (in der Regel das Land Berlin, vertreten durch den Bezirk; in den Fällen der Umsetzung von Anweisungen der Fachaufsicht durch die Schulen und bei den Berliner Schulen, die zentral durch diese verwaltet werden, jeweils die Senatsverwaltung für Bildung).

Damit können schulische Maßnahmen im Kontext der Pandemieprävention auch auf diskriminierende Effekte hin überprüft werden. Vorrangig muss hier der Weg des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes beschritten werden: Zeugnisse, Nichtzulassung zu Prüfungen, Ansprüche auf Zulassung oder Ausschluss vom Präsenzunterricht, Unterlassungs- und Leistungsansprüche sind in den bekannten Rechtsschutzverfahren, etwa über Widersprüche bzw. Klagen und Eilrechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu überprüfen.

Erst wenn dieser sog. Primärrechtsschutz ausgeschöpft ist, besteht die Möglichkeit Ersatzansprüche auf Vermögensschäden geltend zu machen. Wie sich dieser Staatshaftungsanspruch bzgl. finanzieller Einbußen in der Praxis auswirkt, bleibt abzuwarten. Theoretisch können diese auch zu Schadensersatzansprüchen bei verpassten Ausbildungs- und daraufhin ggf. auch Berufschancen führen.<sup>37</sup>

Die in § 8 Abs. 2 LADG beschriebenen immateriellen Entschädigungsansprüche (alltagssprachlich: Schmerzensgeld) können beispielsweise bei stigmatisierenden Äußerungen, diskriminierenden Abwertungen direkt bei der verantwortlichen Stelle und ggfs. vor dem Landgericht Berlin geltend gemacht werden. Für solche Nichtvermögensschäden soll der o.g. Vorrang des Primärrechtsschutzes nach der Gesetzesbegründung nicht gelten.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Gesetzesbegründung, S. 31.

<sup>36</sup> Vgl. EuGH 22.04.1997 – C-180/95 zu Artikel 2 und 3 der RL 76/207/EWG.

<sup>37</sup> Vgl. LG Köln, 17.07.2018 – 5 O 182/16; zum Amtshaftungsanspruch wegen Förderbeschulung ohne Möglichkeit eines Schulabschlusses.

<sup>38</sup> Gesetzesbegründung, S. 31.

Da die Ansprüche direkt bei der öffentlichen Stelle, der ein Diskriminierungsverstoß zur Last gelegt wird, geltend gemacht werden können, ist der Weg zur Entschädigung relativ niedrigschwellig ausgestaltet. Zudem können auch nennenswerte Entschädigungsbeträge im Raum stehen. Orientiert man sich hierzu entsprechend an den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien (RL 2000/43/EG, Artikel 14 der RL 2004/113/EG) sowie der zugehörigen Rechtsprechung des EuGH<sup>39</sup> muss eine angemessene Entschädigung gewährt werden, deren Höhe auch abschreckende Wirkung i.S. einer Sanktion entfaltet. Die Schwere des Verstoßes und die Folgen für die diskriminierte Person sind ebenfalls zu berücksichtigen.

Das LADG erweitert damit über die neuen Haftungsansprüche hinaus auch die Rechtsschutzoptionen der Betroffenen, etwa mit Verbandsklageoptionen und einer Ombudsstelle (§ 14, § 15 LADG).

Bisher scheitern Gerichtsverfahren im Schulkontext häufig daran, dass den Kläger\*innen keine subjektiven Rechte zustehen. Zum anderen spielen bei pädagogischen Entscheidungen und insbesondere bei Leistungsbewertungen immer auch Wertungen bzw. Beurteilungsspielräume eine Rolle, die sich der gerichtlichen Kontrolle entziehen. Umso wichtiger ist daher die schul- und verwaltungsinterne Kontrolle,<sup>40</sup> zu der insbesondere auch die Ombudsstelle den Weg ebnet kann. Da es beispielsweise bei der Klagebefugnis auch auf die Intensität des Eingriffs ankommen soll, laufen gerade ‚niedrigschwellige‘ diskriminierende Belästigungen/Äußerungen Gefahr aus dem gerichtlichen Schutz zu fallen.<sup>41</sup> Sie können nun auch über die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen artikuliert werden.

Für unser Gutachten muss festgestellt werden, dass im Schulrecht eine Zurückhaltung besteht, subjektive, also individuell einklagbare Rechte auf ein bestimmtes Handeln zu bejahen. Im Zusammenspiel mit dem LADG könnten hier neue Möglichkeiten für Betroffene von Diskriminierung entstehen, diese hängen aber stark von der Konstellation der Benachteiligung ab und sind Neuland. Gleichzeitig wurden die Beschwerdemöglichkeiten auch für den Schulbereich, wie ausgeführt, gestärkt. Aufgrund der bekannten Probleme, auf dem individuellen Rechtsweg gegen Diskriminierung vorzugehen, sehen wir in individuellen Klagen auch nach der neuen Rechtslage nicht für alle Probleme den besten Weg, zu strukturellen Verbesserungen zu gelangen. Im Abschnitt VI. werden wir daher einen klaren Schwerpunkt auf Verpflichtungen des Staates und damit der Schulträger und Schulen legen.

---

<sup>39</sup> EuGH, 10.07.2008 – C-54/07.

<sup>40</sup> Rux 2018, Rn. 1530.

<sup>41</sup> Dern/Schmid/Spangenberg 2012, S. 95.

### 3. Schutzzumfang von § 2 LADG und § 2 SchulG

In § 2 Abs. 1 SchulG ist ein Recht auf diskriminierungsfreie schulische Bildung und Erziehung verbürgt, „insbesondere ungeachtet einer möglichen **Behinderung, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen Zuschreibung, des Geschlechts, der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen, der Sprache, der Nationalität, der sozialen und familiären Herkunft seiner selbst und seiner Erziehungsberechtigten oder aus vergleichbaren Gründen.**“

Auch § 2 LADG stellt die beschriebenen Phänomene unter Schutz, nämlich über die Kategorien

- der ethnischen Herkunft,
- einer rassistischen Zuschreibung,
- einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung,
- der Sprache sowie
- des sozialen Status.

Die Kategorie Sprache schützt in SchulG und LADG vor Diskriminierungen, die an die verbale oder schriftliche Kommunikation der betroffenen Person anknüpfen. Dazu zählen unter anderem die Aussprache (z.B. Akzent), aber auch Analphabetismus.<sup>42</sup> Sprachbarrieren sind zudem mittelbar über die Kategorie der ethnischen Herkunft oder auch der Behinderung erfasst.

Auch wenn das LADG die familiäre Herkunft nicht explizit erwähnt, wird diese laut der Gesetzesbegründung über ein weites Verständnis des sozialen Status mitumfasst.<sup>43</sup> Sozialer Status ist antidiskriminierungsrechtlich als eine hierarchische Zuordnung zu einer sozialen Position zu verstehen, die über zumeist soziökonomische Faktoren (wie: Einkommen, Armut, Überschuldung, Bildungsabschluss, Analphabetismus, Erwerbstätigkeit, Beruf, Kleidung, körperliches Erscheinungsbild, Wohnsituation) mitbestimmt wird.<sup>44</sup> Die Gesetzesbegründung zum LADG bezieht Soziale Herkunft als Unterkategorie explizit mit ein und führt dazu aus:

*„Die soziale Herkunft (ausdrücklich genannt in Artikel 21 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta) ist als zusätzliches Klassifikationsindiz zur Bestimmung des sozialen Status heranzuziehen (...). Diesbezüglich ist etwa an die Zugangsmöglichkeiten zu Bildung und Kultur im Zusammenhang mit dem familiären Bildungshintergrund und Finanzstatus zu denken. Familiäre Aspekte wie alleinerziehend, Mutter- und*

---

<sup>42</sup> So explizit auch die Gesetzesbegründung zum LADG, Drs. 18/1996, S. 22.

<sup>43</sup> Gesetzesbegründung, S. 22.

<sup>44</sup> Gesetzesbegründung, S. 22.

*Vaterschaft oder aber auch ein gesetzlich definierter Status (z.B. eine Duldung) wirken sich ebenfalls auf den Zuordnungsprozess aus.“*

Während § 2 des Schulgesetzes explizit klarstellt, dass die verbotene Zuschreibung nicht nur die Person der Schüler\*innen, sondern auch ihre Erziehungsberechtigten erfasst, gilt dies laut Gesetzesbegründung auch für das LADG, da danach der Schutz auch für die assoziierte Diskriminierung greift.<sup>45</sup> Darunter versteht man die Benachteiligung einer Person aufgrund eines Näheverhältnisses zu einer anderen Person, die einer nach dem Diskriminierungsverbot geschützten Gruppe angehört; etwa die Diskriminierung einer Schülerin, weil deren Mutter im Rollstuhl sitzt.

Der Schutzzumfang ist damit bezogen auf die von uns herausgestellten Kategorisierungen und Erscheinungsformen in beiden Gesetzen wohl vergleichbar.

#### **4. Schlussfolgerungen für das Berliner Antidiskriminierungsframework bezogen auf Bildung: Das Recht auf Bildung während der Pandemie**

Der Grad der rechtlichen Verpflichtung, Bildung und Schule in Berlin chancengleich, diskriminierungsfrei und inklusiv zu gestalten, ist gespeist aus Menschenrechten, bildungsbezogenen Grundrechten und ihrer weitergehenden Umsetzung im Berliner Landesrecht (SchulG und LADG), sehr hoch. Zusammengefasst beinhalten diese folgenden Verpflichtungen:

- Das Recht auf Bildung konkretisiert sich in Pflichten, die im deutschen föderalen System der Kompetenzverteilung für Bildung den Bundesländern zugewiesen sind (bezogen auf das Schulrecht und das Landesantidiskriminierungsrecht mit Bezug zur Bildung). Allerdings gibt es auch weitere Zuständigkeiten, die auf kommunaler Ebene oder auch auf Bundesebene liegen können, zum Beispiel Teilhabeleistungen für Menschen mit Behinderung, Jugendhilfeleistungen oder die Rechtsansprüche auf existenzsichernde Sozialleistungen wie die Bedarfe für Bildung und Teilhabe.
- Die Diskriminierungsverbote der völkerrechtlichen Verträge sind nach überwiegender Auffassung auch unmittelbar anwendbar und begründen in Verbindung mit dem Recht auf Bildung individuelle Ansprüche auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu Bildung. Alle Maßnahmen während der Pandemie sind darauf auszurichten, dies kann auch von den Betroffenen eingefordert werden.

---

<sup>45</sup> Gesetzesbegründung, S. 32.

- Zugang und Recht auf diskriminierungsfreie Teilhabe an Schule und Unterricht sind im Rahmen des Berliner Landesrechts umfassend verankert (in SchulG und LADG). Dies beinhaltet die objektive Verpflichtung, darauf im Rahmen aller schulischen Aktivitäten hinzuwirken. Hinzu kommen individuelle Rechte auf Teilhabe.
- Auch wenn im Detail umstritten ist, inwiefern in den beschriebenen Menschenrechtsdokumenten jeweils individuelle Rechte auf konkrete Maßnahmen der Schulverwaltung oder der Schule gewährt werden, lassen sich wohl viele Fallgestaltungen als Zugangsproblematik einordnen. Der Zugang stellt den Kern des Rechts auf Bildung dar und vermittelt eine individuelle Rechtsposition.
- Das insbesondere in den UN Konventionen verankerte Kindeswohlprinzip betont die sozialen Aspekte des Rechts auf Bildung. Persönlichkeitsentwicklung ist Teil des Erziehungsauftrages, Schüler\*innen haben eine Subjektstellung trotz staatlicher Organisationsverantwortung für den Bereich Schule. Auch dies spricht für die Ermöglichung gemeinsamen Lernens in der Interaktion mit Peers und den Lehrkräften. Gleichzeitig sind Partizipationsrechte ein wichtiger Teil der Kinderrechtskonvention, die die Beteiligung von Kindern an sie betreffenden Entscheidungen vorsieht. Dies sollte im Schuljahr 2020/21 an Bedeutung gewinnen.

Aus den dargestellten Rechtsquellen der Menschenrechte, den bildungsbezogenen Grundrechten und ihrer weitergehenden Umsetzung im Berliner Landesrecht (SchulG und LADG) ziehen wir folgende vorläufige Schlussfolgerungen.

- Die Gewährleistungsdimension des Rechts auf Bildung verpflichtet das Land Berlin, den tatsächlichen Zugang zur Schule und zum Lernen in allen Facetten der menschenrechtlich verbrieften Bildungsziele zu gewährleisten. Dies schließt die soziale Interaktion mit Gleichaltrigen und Lehrkräften in schulischen Lernumgebungen notwendigerweise ein. Dies bedeutet ebenfalls inklusive Beschulung, die keinen Ausschluss, Benachteiligungen oder Bildungsparallelwelten für Schüler\*innen mit Behinderung produziert.
- Fernunterricht bzw. schulisch angeleitetes Lernen zuhause (saLzH) als Alternative zum Präsenzs Schulbetrieb zur Eindämmung einer epidemiologischen Gefahrenlage ist eine absolute Ausnahme aus Gründen des Gesundheitsschutzes, die verhältnismäßig sein muss, denn das Recht auf Bildung setzt den (diskriminierungsfreien) Zugang zu Schule voraus. Pandemiebedingte Schulschließungen bedeuten daher, dass während dieser Zeit das Recht auf Bildung nicht voll verwirklicht wird. Fernunterricht bzw. saLzH ist hierfür kein vollwertiger Ersatz.
- Im Kontext des Rechts auf Bildung wird auch das Konzept der Adaptability (Anpassungsfähigkeit) des Schulsystems thematisiert, im aktuellen Schuljahr wird vor allem darauf zu achten

sein, die Angebote des Bildungssystems unter den aktuellen Bedingungen der Pandemie anzupassen, um zu einer diskriminierungsfreien Verwirklichung des Rechts auf Bildung unter den aktuellen Gegebenheiten zu gelangen.

- Bereits eingetretene Nachteile – etwa Lernrückstände – durch die Sondersituation während der Hochphase der Pandemie müssen in den Blick genommen werden und dürfen sich in der weiteren Beschulung nicht verfestigen.
- Der Rechtsanspruch auf die Möglichkeit an Teilhabe an Bildung ist Ausprägung des Rechts auf Bildung. Insofern sind bei pandemiebedingten alternativen Schulformen (virtuell, eingeschränkte Präsenzbeschulung, Fernunterricht) die tatsächlichen Teilnahmemöglichkeiten, insbesondere vulnerabler Gruppen, auf diskriminierende Effekte zu prüfen.
- Gerade in den Zeiten des Fernunterrichts der vergangenen Monate (und der möglicherweise in Zukunft folgenden entsprechenden temporären Maßnahmen des saLzH) besteht ein Anspruch auf Ausgleich von Nachteilen in technischer Ausstattung und damit auf chancengleiche Bildung.

## **V. Problemaufriss: Antidiskriminierungsrechtliche Einordnung konkreter schulischer Maßnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie**

Mit der Ausprägung als einem Recht auf Zugang zu Bildung können insbesondere die nachfolgenden Bereiche angesprochen sein. Diese werden hier zunächst kurz antidiskriminierungsrechtlich eingeordnet. Im Abschnitt VI. des Gutachtens werden diese Themenkreise dann vertiefter diskutiert. Aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen und wegen des zeitlichen Umfangs der beauftragten Expertise mussten wir Schwerpunkte setzen. Der Problemaufriss soll eine Debatte anstoßen.

### **1. Gleicher Zugang / gleiche Teilhabe**

#### **1.1 Zugang zur Bildungseinrichtung im engeren Sinn**

- Sollte es infolge der Pandemieprävention bei der Aufnahme in Schulen (etwa bzgl. der Aufnahme in die Grundschule, einem Schulwechsel oder dem Übergang in höhere Schulstufen) zu Hindernissen kommen, wäre eine Verletzung dieses Zugangsrechts zu prüfen. Der Zugang umschließt in diesem Sinne auch die schulischen Übergangsempfehlungen etc.



- Des Weiteren sind Schulabbrüche kritisch im Blick zu behalten, inwieweit sie durch die Unterrichtsgestaltung in der Krise mitversursacht wurden und so das Recht auf das Erreichen eines qualifizierenden Bildungsabschlusses tangieren.

## **1.2 Zugang zur Bildungseinrichtung im weiteren Sinn**

- Der diskriminierungsfreie Zugang zu schulischer Bildung i.w.S. ist auch betroffen, wenn infolge der Pandemieprävention Schulschließungen erfolgen, auf Basis des Infektionsschutzgesetzes ein stufenweiser Ausschluss / eine Wiedenzulassung nur einzelner Klassen/Stufen zum Präsenzunterricht erfolgt. Während einzelne Klassen einen dem Regelbetrieb ähnlichen Unterricht i.S. der allgemeinen Schuldefinition als Ort des gemeinsamen Lernens und Interagierens erhalten, bleiben andere nicht nur räumlich auf Distanz. SalzH ist kein vollwertiger Ersatz für Präsenzunterricht, dies kann auch durch die vorgesehene stärkere Verzahnung von Präsenz- und angeleitetem Lernen voraussichtlich nicht erreicht werden.
- Ebenso ist zu prüfen, inwieweit die Ausschließung einzelner Schüler\*innen als Mitglied einer Risikogruppe etc. vom (gemeinsamen) Präsenzunterricht dem Individualanspruch auf gleichwertige Teilhabe/Teilnahme an der Bildungseinrichtung (noch) gerecht wird.
- Gibt es zuhause keine ausreichende technische Ausstattung (Internet/Endgeräte) und wird dadurch die Teilhabe an Arbeitsgruppen / Online-Unterricht und Austausch mit den Lehrkräften und Mitschüler\*innen behindert, liegt auch darin ein Zugangshindernis zum gleichberechtigten Lernen.

## **2. Gleiche Bildungschancen**

- Gleiche Bildungschancen hängen nicht zuletzt von gleichen Start- und damit gleichwertigen Lernchancen ab. Der Bildungserfolg wird in Leistungsbewertungen bemessen, die wiederum von den Chancen, sich auf Prüfungen, Tests etc. vorzubereiten, abhängen. Damit sind insbesondere die zur Verfügung stehenden Ressourcen angesprochen: Fehlen Ausstattung und hinreichende Lernbedingungen und -materialien im häuslichen Umfeld, die Schüler\*innen daran hindern, die Unterrichtsmaterialien in gleichwertigem Maße zu einem Lernerfolg nutzen zu können, kann hierin eine von der Schule organisatorisch zu

verantwortende (un)mittelbare Benachteiligung liegen. Hieraus folgen dann ggfs. kompensatorische Ansprüche etwa über das Existenzsicherungsrecht (wenn die Schule kein Leihgerät zur Verfügung stellen kann).

- Lassen sozioökonomische und familiäre Hintergründe keine adäquate Unterstützung seitens Eltern bei der Aufgabenbearbeitung zu, stellt sich antidiskriminierungsrechtlich auch hier die Frage, ob dies über Lernförderung, pädagogische Angebote, Notbetreuung durch Schule, Jugendhilfe oder das Bildungs- und Teilhabepaket im SGB II / XII aufzufangen ist. Denkbare Fallkonstellationen: finanzielle, zeitliche, sprachliche Gründe oder auch elterliche Bildungshintergründe in geringerer Passung zum deutschen Schulsystem. Gleiches gilt für Kinder und Jugendliche, die in stationären Einrichtungen leben.
- Für Kinder mit chronischen Erkrankungen oder Behinderungen stehen bspw. technische und persönliche Assistenzen, Nachteilsausgleiche oder sozialpädagogische Förderbedarfe im Raum (die im Rahmen der Pandemieprävention teils ausgesetzt waren oder noch sind).
- Die besonderen Förderbedarfe von Schüler\*innen, die der deutschen Sprache (noch) nicht (in Wort und/oder Schrift) mächtig sind (z.B. Geflüchtete), die in besonderen Förderklassen oder vergleichbaren Angeboten auf den regulären Schulbesuch vorbereitet werden, sind ebenfalls in den Blick zu nehmen. Bei dieser Zielgruppe dürften zusätzliche Barrieren infolge fehlender technischer Ausstattung und weniger Möglichkeiten der Unterstützung in der Familie, sowie Herausforderungen der Unterbringung bestehen.

### **3. Kindeswohl und diskriminierungsfreie Unterrichtsgestaltung**

- Soweit die UN KRK Forderungen nach der durchgängigen Ausrichtung staatlicher Maßnahmen am Kindeswohl aufstellt und Menschenrechte auch pädagogische Beziehungen prägen, rückt auch die Qualität des Präsenz- und Fernunterrichts in den Blick. Es bleibt zu fragen, wie Ausgrenzungen vermieden und inklusive Lernorte i. S. einer gemeinsamen, inklusiven Lernumgebung auch im saLzH simuliert werden können. Dies betrifft auch Kontakte mit Lehrkräften und Mitschüler\*innen, gemeinsame (synchrone) Arbeitsformen mit direktem Austausch, die auch die sozialen Komponenten der in der KRK benannten Bildungsziele abbilden.

### **4. Selbst- und Mitbestimmung der Kinder (der Eltern)**

- Insbesondere mit den in der UN KRK verbürgten Partizipationsrechten Minderjähriger, stellt sich die Frage, wie Schüler\*innen als (autonome) Rechtssubjekte in die Schul- und Unterrichtsgestaltung einbezogen sind. Wird Schule im herkömmlichen Verständnis primär von der staatlichen Verantwortung für Bildung i.S. des Art. 7 GG gedacht, ist dies aus menschenrechtlicher Perspektive spätestens seit der UN KRK kritisch bzgl. der Mitgestaltung durch Schüler\*innen zu hinterfragen. Dies sollte gerade in einem Ausnahmezustand, der teils deutliche Grundrechtsbeschränkungen für Schüler\*innen (und Eltern) verursacht, nicht übergangen werden. Hier könnten auch Chancen liegen, pädagogische Konzepte weiterzuentwickeln und anzuwenden, die Lernen bzw. Schule unter den aktuellen Bedingungen als partizipatives Projekt stärken.

## **VI. Diskussion ausgewählter Problemlagen und der aktuellen Lösungsansätze im Land Berlin**

### **1. Zugang zur Bildungseinrichtung: Temporäre Schul- oder Klassenschließungen aus Infektionsschutzgründen als gleichheitsrechtliches Problem**

In der Vergangenheit haben die Länder über Schulschließungen versucht, die Infektionsrisiken für die Schulseitigen zu minimieren und die Pandemie einzudämmen. Für die Rückkehr zum Normalbetrieb wurden Testphasen und Stufenpläne genutzt, nach denen nur einzelne Schulklassen und Schüler\*innengruppen wieder Präsenzunterricht erhalten, während andere weiterhin auf Fernunterricht verwiesen werden oder nur ergänzende Präsenzanteile haben. Nun sieht das Land Berlin für das aktuelle Schuljahr mehrere Alternativszenarien vor, die je nach Pandemieverlauf eine Mischung von Präsenz und Zuhauseanteilen bis hin zur vollständigen Umstellung auf salZH ermöglichen. Ebenso können im aktuellen Regelbetrieb Teilschließungen und Ausschluss einzelner Klassen nötig werden. So könnte sich also auch zukünftig die Frage stellen, inwieweit man auf ansteigende Infektionszahlen mit dem Verweis nur einzelner Klassen oder -Stufen auf das Lernen zuhause reagieren könnte.

Derartige Verordnungen und hierauf gründende Maßnahmen, die der Pandemiebekämpfung dienen, müssen sich nach § 28 IfSG richten. Alle Verordnungen, die sich aus einem Gesetz ableiten (Art. 80 Abs. 1 GG), dürfen sich nur in dem von der Ermächtigungsnorm gesteckten Rahmen bewegen. Der Verordnungsgeber soll das Gesetz konkretisieren und „zu Ende denken“, weiter gehen seine Befugnisse

jedoch nicht.<sup>46</sup> Er muss daher den Zweckerwägungen folgen, die im ermächtigenden Gesetz angelegt sind. § 28 IfSG befugt damit nur zu Schutzmaßnahmen, soweit und solange diese zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich sind. Die Beschränkung des Präsenzunterrichts für einzelne Klassen oder Stufen darf daher (nur) aus infektionsschutzrechtlichen Gründen erfolgen oder aus überragend wichtigen Gründen des Gemeinwohls.<sup>47</sup>

Eine entsprechende Regelung, die einzelne Gruppen vom Präsenzunterricht ausschließt und damit Schüler\*innengruppen ungleich behandelt, ist zudem grundrechtlich insbesondere am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Schüler\*innengruppe anders behandelt wird, ohne dass sachliche Gründe dies rechtfertigen. Einen abstrakten – für alle Fälle allgemein gültigen – Maßstab gibt Art. 3 GG jedoch nicht vor. Vielmehr muss die Differenzierung im konkreten Fall verhältnismäßig sein. Zwar verlangt Art. 3 Abs. 1 GG nicht, dass die gerechteste und zweckmäßigste Regelung gefunden wird,<sup>48</sup> aber der Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers ist umso mehr beschränkt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>49</sup>

Betrachtet man entsprechend die Zulassung nur einzelner Schulklassen/Stufen ergibt sich folgendes Bild: Die Differenzierung bewegt sich zunächst grundsätzlich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des IfSG. Sie folgt dem Ziel, die mit (umfassenden) Schulschließungen verbundenen Einschränkungen abzumildern und zugleich das Infektionsgeschehen stabil zu halten und das Gesundheitssystem nicht zu überlasten.

So akzeptierte das OVG Lüneburg im April 2020<sup>50</sup> die schrittweise und jahrgangsabgestufte Rückkehr zum Regelbetrieb, um den Schulen so ausreichend Zeit für die Umsetzung und Anpassung ihrer Konzepte zu geben, aber auch um einen unkontrollierbaren Wiederanstieg der Neuinfektionen zu vermeiden und gegebenenfalls gezielte Deeskalationsmaßnahmen ergreifen zu können. Analog lässt sich so wohl auch ein stufen- und klassenweiser Verweis auf das Lernen zuhause mit Infektionsschutzerwägungen rechtfertigen. Allerdings herrscht zu den Differenzierungskriterien, die zu einer sachlichen Rechtfertigung der Beschränkung auf einzelne Klassen/Stufen führen können, noch keine

---

<sup>46</sup> VGH Mannheim 18.5.2020 – 1 S 1357/20 Rn. 122 und 30.04.2020 – 1 S 1101/20.

<sup>47</sup> VGH Mannheim 18.5.2020 – 1 S 1357/20 Rn. 122 und 30.04.2020 – 1 S 1101/20.

<sup>48</sup> Fischer/Dieterich, Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, NVwZ 2020, 657; BVerwGE 25, 147.

<sup>49</sup> BVerfG 06.07.2004 – 1 BvR 2515/95, BVerfGE 111, 176 = NVwZ 2005, 319.

<sup>50</sup> OVG Lüneburg 30.4.2020 – 13 MN 131/20, Rn. 25.

umfassende Einigkeit. Beispielsweise werden in der Rechtspraxis der Bundesländer und der hierzu aktuell ergangenen Rechtsprechung als taugliche Kriterien angewandt und diskutiert:

- Nähe zu Abschlussprüfungen
- Nähe zu Übergängen
- Alter der Schüler\*innen und Fähigkeiten zu Einhaltung der Hygieneregeln

So durfte der Ordnungsgeber in Baden-Württemberg nach dem VGH Mannheim<sup>51</sup> berücksichtigen, dass der Bedarf an Präsenzunterricht bei Schüler\*innen in zeitlicher Nähe zu den Abschlussprüfungen besonders hoch ist: Der Grund für eine Differenzierung zwischen den gewählten Klassenstufen sei mit hin infektionsschutzrechtlich, grundrechtlich und pädagogisch begründet und beruhe damit insgesamt auf sachlichen Erwägungen. Dass der Ordnungsgeber die Grenze für diese Differenzierung bei den allgemeinbildenden Gymnasien zunächst bei der ersten und zweiten Jahrgangsstufe der Oberstufe gezogen hat, bewege sich im Rahmen seiner Befugnis zur Schaffung generalisierender und typisierender Regelungen. Er orientiere sich zulässig am Ziel einer möglichst grundrechtsschonenden Lockerung der Kontaktbeschränkungen bei gleichzeitiger Verhinderung eines erneuten Hochschnellens der Infektionszahlen.

Das OVG Lüneburg<sup>52</sup> sah es für Niedersachsen als sachlich gerechtfertigt an, im Primärbereich zunächst mit den Viertklässler\*innen wieder in den Präsenzunterricht zu gehen: Sie seien die „älteren“ Schüler\*innen und – jedenfalls regelmäßig – am ehesten bereit und in der Lage, die hygienischen Maßnahmen selbst vorzunehmen und den gebotenen Abstand weitgehend einzuhalten. Auch wenn für sie der Präsenzunterricht nicht zur Ablegung von Prüfungen zwingend erforderlich sei, komme hinzu, dass sie nach Abschluss der 4. Klasse die Schule wechseln, eine andere weiterführende Schule besuchen würden und insofern vor einer Zäsur in ihrer schulischen Laufbahn stünden (auch wenn die Entscheidung für diesen Wechsel maßgeblich anhand des bereits erteilten Halbjahreszeugnisses zu meist bereits getroffen sein werde). Mit Blick auf die bereits erteilten Halbjahreszeugnisse bejahte der VGH Kassel demgegenüber einen Gleichheitsverstoß im Herausgreifen der 4. Klässner\*innen:<sup>53</sup> Sie würden im Vergleich zur überwiegenden Zahl der Schüler, denen aus Gründen des Infektionsschutzes der Schulbesuch Anfang Mai gänzlich untersagt werde, ohne hinreichenden Grund ungleich behandelt und dadurch in ihrem Grundrecht aus Art 3 Abs. 1 GG auf Gleichbehandlung verletzt. So seien, mit Ausnahme der Viertklässler\*innen, sämtliche Schüler\*innen, die sich keiner Abschlussprüfung unterziehen

---

<sup>51</sup> VGH Mannheim 18.5.2020 – 1 S 1357/20 Rn. 125.

<sup>52</sup> OVG Lüneburg 30.4.2020 – 13 MN 131/20 Rn. 25

<sup>53</sup> VGH Kassel 24.4.2020 – 8 B 1097/20.N.

müssten, von der Schulpflicht befreit und müssten sich somit keinem erhöhten Infektionsrisiko aussetzen. Für diese Ungleichbehandlung bestehe kein sachlicher Grund. Der Übertritt zur weiterführenden Schule erfolgt auf der Grundlage des Halbjahreszeugnisses und die für die Wahl der weiterführenden Schule allein maßgebliche Entscheidung sei bereits getroffen worden. Die von den Schüler\*innen in den jetzt noch verbleibenden Wochen des Schulhalbjahres zu erwartenden Leistungen seien daher insoweit für ihre weitere schulische Laufbahn ohne Bedeutung. Ein eventuell durch die Corona-bedingten Fehlzeiten verursachtes Lerndefizit könne bei den Viertklässlern aufgrund der Länge der noch verbleibenden Schulzeit im Gegensatz zu den Kindern, die sich im nächsten Schuljahr einer Prüfung unterziehen müssen, sogar erfolgsversprechender aufgeholt werden.

Hier wird abzuwarten sein, welche Maßstäbe die Gerichte zukünftig anlegen werden. Es deutet sich jedoch an, dass eine nur schematische Differenzierung nach Jahrgangsstufen o.ä. für eine sachliche Rechtfertigung zu kurz greifen dürfte. Darüber hinaus sollte geschaut werden, welche Bedeutung dem Präsenzunterricht im konkreten Zeitfenster zugesprochen wird und welche Möglichkeiten Schüler\*innen haben, Nachteile noch in ihrer Schulzeit zu kompensieren.

In allen erwähnten Entscheidungen zeigt sich, dass die Gerichte das Lernen zuhause als keinen adäquaten Ersatz gegenüber dem Präsenzunterricht betrachten. Insbesondere das OVG Lüneburg<sup>54</sup> benennt deutlich eine Hürde, an der jeder Ausschluss vom Präsenzunterricht gleichheitsrechtlich zu messen ist: Die Bedeutung der Schule für die persönliche Entwicklung der Schüler\*innen erschöpfe sich nicht in der Vergabe von Noten und der Erteilung von Zeugnissen, sondern bestehe auch – wenn nicht gerade – in der Teilnahme am Präsenzunterricht und der interaktiven und kommunikativen Auseinandersetzung mit Lehrer\*innen und anderen Schüler\*innen. Insbesondere Schüler\*innen, die im häuslichen Umfeld nur eingeschränkte Möglichkeiten haben, diese fehlenden Interaktionen zu kompensieren, können hieraus Entwicklungsnachteile entstehen. Während also die pandemiebedingten Entscheidungen für klassenbezogene Aussetzung des Präsenzunterrichts oder auch Schulschließungen vom Infektionsschutzgesetz verhältnismäßig sein können, muss dann der Blick auf den Nachteilsausgleich besonders für vulnerable Gruppen während und nach dieser Zeit gerichtet werden.

## **2. Zugang zu digitaler Ausstattung für vulnerable Gruppen**

---

<sup>54</sup> OVG Lüneburg 30.4.2020 – 13 MN 131/20 Rn. 26.

Schulbezogene Bedarfe für digitale Endgeräte (Tablets, Schulcomputer) und Zubehör wie Drucker für das Ausdrucken von Arbeitsblättern, Texten und Aufgaben haben während der Pandemie eine besondere Bedeutung erlangt, sind aber auch im normalen Schulbetrieb immer häufiger im Einsatz und erforderlich bzw. vielfach nicht mehr wegzudenken. Eine Ausstattung der Schüler\*innen mit Geräten, wie Tablets oder Laptops, im Rahmen der Lernmittelfreiheit gibt es allerdings bislang in keinem Bundesland. Und auch die Ausstattung der Lehrkräfte mit Technik lässt zu wünschen übrig bzw. ist keine Selbstverständlichkeit. Nach Informationen der GEW Berlin verwenden fast alle Lehrkräfte für die Nutzung der Lernplattformen ihre privaten Computer.<sup>55</sup> Der DigitalPakt Schule aus dem Jahr 2019 sieht die Unterstützung des Bundes für die Digitalisierung von Schulen mit einem Volumen von 5 Milliarden € vor. Im Zuge der Pandemie wurde zudem ein Bundesprogramm mit einem Volumen von 550 Millionen € aufgelegt, das auch für digitale Ausstattung mit Endgeräten verwendet werden soll. In beiden Fällen bzw. Förderprogrammen bleiben die beschafften Geräte im Eigentum der Schule, können aber auch leihweise individuell zur Verfügung gestellt werden. Eine Zuschussregelung in Höhe von 150 € pro bedürftigem Kind, wie vom Koalitionsausschuss am 22. April 2020 beschlossen, wurde in der daraufhin folgenden Zusatzvereinbarung zur Verwaltungsvereinbarung DigitalPakt Schule verändert aufgenommen, sie ist nicht als individueller Rechtsanspruch ausgestaltet, sondern als Förderprogramm für die Schulen.<sup>56</sup> Die Modalitäten der Verteilung dieser Gelder obliegen damit den Bundesländern, einen individuellen Anspruch auf die Unterstützung gibt es nicht.

Die Schere zwischen Arm und Reich klafft beim Zugang zum Internet und auch bei der Nutzung von digitalen Geräten und Zubehör, wie z.B. Druckern, weit auseinander. Nach einer aktuellen Studie der Bertelsmann Stiftung haben 24% der Kinder im Grundsicherungsbezug keinen internetfähigen PC im Haus und 13% haben keinen ruhigen Platz zum Lernen.<sup>57</sup> Im Land Berlin besuchen ca. 365.000 Schüler\*innen allgemeinbildende Schulen.<sup>58</sup> Die Zahl der Kinder, die von Armut betroffen sind, ist in Berlin sehr hoch, nach Informationen der Landeskommission Kinder- und Familienarmut lebt knapp jedes dritte Kind in einem Haushalt, der auf Grundsicherungsleistungen angewiesen ist.<sup>59</sup> Das Berliner Programm der Ausstattung mit mobilen Tablet-endgeräten (iPads) wurde im April 2019 eine Bedarfsabfrage über die Klassenlehrer\*innen der allgemeinbildenden Schulen gestartet, 9.500 iPads sollten hierfür angeschafft werden. Diese wurden nach Auskunft an den Bildungsausschuss des Abgeordnetenhauses (Stand 28. Mai 2020) fast verteilt. Weitere 29.000 Bedarfsmeldungen lagen vor, über

---

<sup>55</sup> Abgeordnetenhaus, 18. Wahlperiode, Wortprotokoll BildJugFam 18/58, 13. August 2020, S. 9.

<sup>56</sup> Zusatzvereinbarung zum Digitalpakt Schule 2019-2024. Online: <https://www.digitalpaktschule.de/files/Zusatzvereinbarung-web.pdf>.

<sup>57</sup> Bertelsmann Stiftung (Hrsg.)/Lietzmann/Wenzig, Materielle Unterversorgung von Kindern, 2020, 15 ff.

<sup>58</sup> Schulstatistik 2019/20; <https://www.statistik-berlin-brandenburg.de/BasisZeitreiheGrafik/Bas-Schulen.asp?Ptyp=300&Sageb=21001&creg=BBB&anzwer=5>.

<sup>59</sup> <https://www.berlin.de/sen/jugend/jugend-und-familienpolitik/familienpolitik/kinder-und-familienarmut/>

40.000 Geräte sollten beschafft werden. Eine Verteilung dieser weiteren 40.000 Tablets ist bis zum Zeitpunkt der Endredaktion unseres Gutachtens noch nicht erfolgt. Im Bericht an den Bildungsausschuss vom August 2020 sprach die Bildungssenatorin weiterhin vom 9.500 Tablets.<sup>60</sup> Am 10. September unterrichtete die Bildungssenatorin den Ausschuss darüber, dass die Vergabe weiterer 40.000 Tablets geplant sei.<sup>61</sup> Es handelt sich um Leihgeräte im Eigentum des Landes Berlin, ausgestattet mit IT Sicherheit unter Kinderschutzaspekten. Berlin hat mit der Beschaffung von knapp 10.000 Tablets bereits im letzten Schulhalbjahr bundesweit zweifelsohne eine Vorreiterrolle eingenommen, gleichwohl kann nun Wochen nach Schuljahresbeginn nicht von einer bedarfsdeckenden Ausstattung der Schulen mit Leihgeräten ausgegangen werden.

Wenn die digitale Ausstattung für eine Teilhabe am Schulunterricht notwendig ist, handelt es sich um einen bildungsbezogenen Bedarf, der zum sozio-kulturellen Existenzminimum zählt. Für Schüler\*innen im Grundsicherungsbezug (SGB II, SGB XII, AsylbewerberG) ist deshalb auch der Antrag auf Ausstattung mit diesem Bildungsbedarf beim zuständigen Leistungsträger (für SGB II Bezug: Jobcenter) eine Option. Steht ein geeignetes Gerät nicht zur Verfügung und kann auch nicht aus dem Regelbedarf oder der Schulbedarfspauschale beschafft werden, kommen als Anspruchsgrundlagen für eine Kostenübernahme durch die Grundsicherungsträger § 21 Abs. 6 SGB II und § 24 Abs. 1 SGB II (dann allerdings Erbringung als Darlehen) in Betracht. Bereits vor den Schulschließungen im Zuge der Covid-19-Pandemie war umstritten, wie dieser Bedarf in das Gefüge des SGB II einzuordnen ist bzw. ob und auf welcher Rechtsgrundlage Kinder und Jugendliche im SGB II einen Anspruch auf Ausstattung mit digitalen Endgeräten haben, die für die Schulaufgaben benötigt werden.<sup>62</sup> Für die Zeit der pandemiebedingten Bedarfslagen lässt sich allerdings feststellen, dass die Ausstattung mit digitalen Endgeräten eine neue Dringlichkeit erfahren hat. Denn natürlich plante der Gesetzgeber des SGB II nicht für den Fall eines flächendeckenden und monatelang andauernden Unterrichts per Fernlehre in den Privathaushalten der Familien. In diesem Sinne entschied das LSG Nordrhein-Westfalen im Mai 2020,<sup>63</sup> dass ein Anspruch auf ein internetfähiges<sup>64</sup> Endgerät mit Kosten von ca. 150 € im Zuge der pandemiebedingten Schließungen des Präsenzschulbetriebs bestehe, und stützte diesen Anspruch auf § 21 Abs. 6 SGB II. Der Bedarf für die Anschaffung eines internetfähigen Computers zur Teilnahme am Schulunterricht im

---

<sup>60</sup> Abgeordnetenhaus, 18. Wahlperiode, Wortprotokoll BildJugFam 18/58, 13. August 2020, S. 5.

<sup>61</sup> Abgeordnetenhaus, 18. Wahlperiode, Inhaltsprotokoll BildJugFam 18/60, 10. September 2020, S. 6.

<sup>62</sup> Im Einzelnen dazu: Dern/Wersig, Bedarfe für Bildung (nicht nur) während der Corona-Pandemie info also 2020, S. 201 ff.

<sup>63</sup> LSG NRW 22.5.2020, L 7 AS 719/20 B ER, L 7 AS 720/20 B; vgl. Anmerkung Armbrorst, info also 2020, 179 ff.

<sup>64</sup> Im Regierungsentwurf für das Regelbedarfsermittlungsgesetz 2021 des BMAS vom 17.8.2020 werden die Kosten für Telekommunikation mit Mobilfunkgeräten aufgrund der enormen Verbreitung und selbstverständlichen Nutzung künftig zusätzlich zu den Kosten für die Flatrate eines Festnetzanschlusses zum sozio-kulturellen Existenzminimum gezählt, Entwurf S. 11.



heimischen Umfeld sei im Regelbedarf nicht berücksichtigt. Es handele sich um einen grundsicherungsrechtlich relevanten Bedarf für Bildung und Teilhabe. Das SG Köln hat in einer Entscheidung vom August 2020 einen Bedarf in Höhe von 450 Euro für Laptop und Drucker gesehen und zugesprochen.<sup>65</sup> Die Ausstattung mit digitalen Endgeräten für bedürftige Schüler\*innen dürfte auch weiterhin Priorität haben, da punktuelle Schulschließungen aufgrund der pandemischen Entwicklung von Schulverwaltungen und Schulen auch für das kommende Schuljahr mitbedacht werden (müssen). Gleichzeitig ist die Situation von Kindern im Blick zu behalten, die wegen Krankheit oder Behinderung ein erhöhtes Risiko im Fall einer Infektion mit dem Corona Virus haben und am Präsenzunterricht nicht teilnehmen können. Dieses Risiko bestand z.B. für Kinder in Krebstherapien bereits vor der Pandemiesituation, das Recht auf Bildung und schulische Teilhabe muss auch in gesundheitlichen Ausnahmesituationen so weit wie möglich gewahrt werden. Die auf den Weg gebrachten Programme über den Digitalpakt, die auch Leihgeräte erfassen, erreichen die bedürftigen Kinder eher schleppend. In den meisten Bundesländern und auch Berlin kann zu Beginn des Schuljahrs 2020/21 noch keine Rede davon sein, dass die zur Verfügung stehenden Gelder in den Schulen oder bei den bedürftigen Familien bedarfsdeckend angekommen sind. Für alle Fälle, in denen der Bedarf nachweislich (z.B. belegt durch Schreiben der Schule) besteht, aber durch Leihgeräte der Schulen bzw. vorhandene Geräte ungedeckt ist, empfiehlt sich ein Antrag des Kindes nach § 21 Abs. 6 SGB II auf Finanzierung eines Endgeräts zur Sicherstellung der Teilhabe an Bildung beim zuständigen Leistungsträger (meist: Jobcenter). Wir empfehlen den Fachkräften in der Schule und Schulsozialarbeit, sowie in Vereinen, darauf hinzuwirken und Familien entsprechend zu beraten.

### **3. Zugang zum Miteinander Lernen**

Zudem lässt sich fragen, inwieweit die Ausschließung einzelner Schüler\*innen als Mitglied einer Risikogruppe etc. vom (gemeinsamen) Präsenzunterricht dem Individualanspruch auf gleichwertige Teilhabe/ an der Bildungseinrichtung (noch) gerecht wird. Passend knüpft der aktuelle Berliner Handlungsrahmen hierzu an den bereits bekannten und erprobten Hausunterricht (zu Hause bzw. im Krankenhaus) für (chronisch) erkrankte Kinder an. Nach § 15 SoPädVO Bln ist Hausunterricht eine sonderpädagogische Aufgabe mit dem Ziel, Gefährdungen der Schullaufbahn und soziale Isolation zu vermeiden. Die Handreichung zur § 15 betont bzgl. der Unterrichtsgestaltung insbesondere die Gewährleistung und Unterstützung schulischer und sozialer Kontinuität (etwa über das Mitverfolgen des Präsenzunterrichts über Videoschaltung bzw. das Kontakthalten mit den Klassenkamerad\*innen).

---

<sup>65</sup> SG Köln 11.08.2020 – S 15 AS 456/19.

Hausunterricht kann als Einzel- oder Gruppenunterricht erfolgen. Auch wenn der Handlungsrahmen zutreffend darauf hinweist, dass aus Infektionsschutzgründen auf eine Hauslehrkraft verzichtet und auf Distanzangebote (online oder analog) ausgewichen werden kann, sollte dies für nicht selbst infizierte Schüler\*innen stets kritisch hinterfragt werden. Gegebenenfalls kann dem Infektionsrisiko auch in Präsenzeinheiten mit Einzel- oder Kleingruppenunterricht wirksam begegnet werden kann (etwa über Abstandsgebote und entsprechende Raumgestaltung).

Hierfür spricht auch das herkömmliche Verständnis von Schule als einem Ort des gemeinsamen Lernens und dem gemeinsamen Schulleben,<sup>66</sup> an dem im Miteinander gegenseitiger Respekt, der Abbau von Vorurteilen und damit Sozialkompetenz i.S. der Erziehungsziele nach § 3 SchulG Bln erlernt werden können.

Dies geht in häuslichen Lernumgebungen, in denen es nur zu isolierten und distanzierten Kontakten mit der Lehrkraft oder Mitschüler\*innen kommt, kaum. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Handlungsrahmen nun verstärkt auch in saLzH zur Nutzung kooperativer Formate im Klassenverband und in Kleingruppen aufruft.<sup>67</sup>

#### **4. Prüfungsrechtliche Aspekte: Prüfungsbedingungen aus gleichheitsrechtlicher Perspektive, pandemiebedingte Nachteilsausgleiche**

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Fernunterrichtsphase des letzten Schuljahrs sowie eventuelle weitere Phasen der Aussetzung der Präsenzplicht mit Elementen von saLzH auch prüfungsrechtliche Relevanz besitzt. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn Schüler\*innen zuhause schlechter lernen und sich schlechter auf Prüfungen vorbereiten können als ihre Mitschüler\*innen. Im Handlungsrahmen des Landes Berlin für das Schuljahr 20/21 ist zu erkennen, dass das Land Berlin durchaus sieht, dass sich in Zuhause-Phasen nicht in gleichem Maße Wissens- und Kompetenzerwerb sicherstellen lassen, sich Lern- und Prüfbedingungen also für Schüler\*innen auch im aktuellen Schuljahr ungleich gestalten können.

Es bilanziert zunächst, dass aus den vergangenen Schuljahr Lernrückstände resultieren, die (wohl) nicht vollständig aufgeholt werden können.: *„Die Schülerinnen und Schüler, die im Jahr 2021 an Prüfungen teilnehmen bzw. Schulabschlüsse erwerben, bedürfen besonderer Aufmerksamkeit. Aufgrund der Corona-Pandemie war ihre Präsenzunterrichtszeit im letzten Schulhalbjahr kürzer als sonst, sodass mit*

---

<sup>66</sup> Füssel 2020, Kap. 6 Recht auf Bildung, In: Kinderrechte - Hdb. des dt. und int. Kinder- und JugendR, S. 224

<sup>67</sup> Handlungsrahmen, S. 14 und 8.

*Lernrückständen zu rechnen ist, die auch in der verbleibenden Zeit bis zu den Prüfungen bzw. der Vergabe von Schulabschlüssen nicht vollständig aufgeholt werden können.“*

Zudem rechnet das Land damit, dass es auch im aktuellen Schuljahr pandemiebedingt zu Unterrichtsausfällen und damit zu einer reduzierten Wissens- und Kompetenzvermittlung kommen kann. Hierauf versucht der Rahmen mit differenzierten Regelungen zu reagieren.

#### **4.1 Schulabschlüsse und zugehörige Prüfungen**

Auf mögliche Lernrückstände infolge der Pandemiemaßnahmen wird bspw. mit der Reduktion der Prüfungsanzahl und der Flexibilisierung von Prüfungsaufgaben reagiert. So wird bspw. im vierten Kurshalbjahr der gymnasialen Oberstufe nur in den drei schriftlichen Prüfungsfächern eine Klausur geschrieben, um Lernzeit zur Kompensation möglicher Lernrückstände zu gewinnen. In den zentralen Abiturprüfungen werden zusätzliche Aufgaben gestellt, die Wahloptionen eröffnen. Lehrkräfte können so Aufgaben abwählen, um dem Umstand eines nicht vollumfänglich erteilten Unterrichts gerecht zu werden. Entsprechend werden die Prüfungsarbeiten zu MSA und EBBR inhaltlich flexibilisiert und den Schüler\*innen werden mehr Aufgaben vorgelegt als zu bearbeiten sind. Sie können über die Wahl ihrer Aufgaben eigenständig nicht vermittelte Inhalte aus ihrer Prüfung ausschließen.

Zeugnisse der Primarstufe sollen Hinweise enthalten, wenn bestimmte Unterrichtsinhalte nicht vermittelt oder Unterricht nicht infolge Ausfalls erteilt werden konnten. Noten werden in diesen Fällen für die jeweiligen Fächer nicht vergeben. Sollten einzelne Fächer nicht bewertet werden können, sind sie bei der Förderprognose zum Übergang in weiterführende Schulen in der Gesamtnotenbildung auszusparen. Auch sollen die Zeugnisse der Primarstufe zukünftig eine Bemerkung zur Anstrengungsbereitschaft beim häuslichen Lernen enthalten. Auf den ersten Blick erscheint es sinnvoll, zu den üblichen Anmerkungen in einem Zeugnis auch diesen Aspekt der neuen Realitäten des Schullebens stärker sichtbar zu machen. Das Vorhaben enthält aber das realistische Risiko einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der sozialen Herkunft, von Sprachproblemen, behinderungsbedingten Einschränkungen o.ä. Anstrengungsbereitschaft ist nur ein Teilaspekt gelingenden Lernens zuhause, hier besteht die Gefahr, dass die individuellen Arbeitsbedingungen ausgeblendet und alle Schüler\*innen mit einem Maßstab bewertet werden, als ob das Gelingen des häuslichen Lernens nur von der individuellen Anstrengungsbereitschaft abhängt. Sollten Schulen dieses Kriterium verwenden, wäre es zumindest kritisch zu reflektieren und die „Anstrengungsbereitschaft“ an den individuellen und familiären Möglichkeiten zu messen. Hier sind allerdings Grenzen gesetzt, wenn Lehrkräfte das Lernumfeld

nicht aus persönlicher Anschauung kennen und sich die Einschätzung nur aus kurzen Eindrücken per Mail, Videokonferenz o.ä. aus der Distanz bilden kann.

## 4.2 Leistungsbewertung

### 4.2.1 Maßnahmen der Leistungsbewertung im Handlungsrahmen 2020/21

Zunächst werden hier die im Handlungsrahmen für das aktuelle Schuljahr vorgesehenen Regelungen kursorisch skizziert:

Für Schüler\*innen ab der Sekundarstufe I gilt im aktuellen Schuljahr kein Verschlechterungsverbot mehr, das heißt alle Leistungen, auch die in SaLzH sind in eine Gesamtwertung einzubeziehen. Hierin liegt eine Abkehr der vom Günstigkeitsprinzip geprägten Vorgabe im vergangenen Schuljahr. Dort wurde laut Schreiben vom 23.4.2020 noch erwartet, einen Niveauabfall von Schüler\*innen zu hinterfragen und ggfs. *„von der Schülerin oder dem Schüler nicht zu vertretenden Rahmenbedingungen (etwa eine mangelnde Gleichwertigkeit der häuslichen Lernbedingungen) zu berücksichtigen.“* Im aktuellen Schuljahr wird demgegenüber von älteren Schüler\*innen grundsätzlich erwartet, dass die Aufgaben im häuslichen Umfeld erfüllt werden können, nicht oder nicht fristgerecht abgegebene Aufgaben sollen als ungenügend bewertet werden.

Demgegenüber greift in der Primarstufe weiterhin ein Verschlechterungsverbot für Aufgaben im Rahmen des SaLzH, die bspw. eine Übermittlung oder Bearbeitung einfordern, die über die Schule bzw. die Lehrkraft nicht abgesichert werden können. Dieser Grundsatz sei notwendig, um eine Benachteiligung von Schülerinnen und Schülern, die aufgrund der unterschiedlichen Lebensumstände der Kinder entstehen kann, zu vermeiden.

Allgemein wird im Handlungsrahmen die Vorgabe formuliert, dass die Leistungserbringung im Rahmen von Lernerfolgskontrollen für die Lernenden unter vergleichbaren Bedingungen stattfinden muss. Allerdings müssten dabei, *„die unterschiedlichen äußeren Bedingungen ggf. bedacht werden.“* Erforderlich seien *„klar und eindeutig formulierte Instruktionen. Ggf. können bestimmte Kompetenzen im Rahmen der Leistungsbewertung nicht berücksichtigt werden“*<sup>68</sup> Werden Schüler\*innen aus Infektionsschutzgründen ausschließlich zu Hause beschult, sind nach dem Handlungsrahmen Alternativen zu Präsenzklausuren im Klassenverband möglich (etwa Aufsichtsarbeit zuhause oder in Kleingruppen, Umwandlung in eine mündliche Prüfungsform oder andere Ersatzleistung).

---

<sup>68</sup> Handlungsrahmen, S. 17.

Die Schulleitung hat auf die Umsetzung all dieser Prüfungs- und Bewertungsmaßgaben hinzuwirken, insbesondere auf den Einsatz einheitlicher Bewertungsmaßstäbe (§ 69 Abs. 4 S. 1). Um dies zu erreichen hat sie nach Abs. 4 Nr. 1-4:

- sich über den ordnungsgemäßen Ablauf der Unterrichts- und Erziehungsarbeit zu informieren,
- die Lehrkräfte sowie die pädagogischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu beraten,
- in die Unterrichts- oder Erziehungsarbeit bei Verstoß gegen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, Weisungen der Schulaufsichtsbehörde und der Schulbehörde oder Beschlüsse der schulischen Gremien oder bei Mängeln in der Qualität der pädagogischen Arbeit einzugreifen.

Nach Abs. 4 Nummer 4 hat die Schulleitung insgesamt auf eine partizipative, diskriminierungsfreie und demokratische Schulkultur hinzuwirken, wozu wiederum auch eine nicht diskriminierende Leistungsbewertung und Unterrichtsgestaltung gehört.

#### **4.2.2 Einordnung und Reichweite der skizzierten Maßnahmen**

Über diese skizzierten Maßnahmen des Handlungsrahmens können zunächst direkte Nachteile aus einer pandemiebedingten Reduktion von Unterricht und Stoff vermieden werden. Auch werden hierdurch Freiräume geschaffen, die das Nachholen von Verpasstem ermöglichen. Allerdings bieten die Regelungen zu Bewertung und Prüfungen noch keine adäquate Antwort auf Lernrückstände von Schüler\*innen, die aus technischen Zugangsbarrieren oder schwierigen häuslichen Lernbedingungen resultieren. Denn hier geht es nicht um allgemeine für ganze Klassen oder Stufen geltende Folgen der Unterrichtsgestaltung, sondern um schlechtere Bedingungen zur Prüfungsvorbereitung der betroffenen Schüler\*innen im Verhältnis zu ihren Mitschüler\*innen, mithin um eine gleichheitsrechtliche Problematik.

So ist es für Schüler\*innen, die sich beispielsweise Arbeitsplatz und digitales Endgerät mit ihren Geschwistern teilen, schwieriger, eine Aufgabe fristgerecht (etwa innerhalb eines Tages) abzugeben, sie riskieren nun in der Sekundarstufe ein Ungenügend, wenn – wie aktuell – die schul- oder sozialrechtliche Versorgung mit digitalen Endgeräten nicht sichergestellt ist. Auch wenn der Rahmen Lehrkräfte zumindest vage auffordert, die „äußeren Bedingungen“<sup>69</sup> bei Lernkontrollen zu bedenken, ist unklar,

---

<sup>69</sup> Handlungsrahmen, S. 17.

wie dies kompensierend erfolgen soll. Klare Instruktionen zu Aufgabenstellung und zu Fristen usw. beheben ungleiche Ausgangslagen jedenfalls nicht.

#### 4.2.3 Prüfungsrechtliche Erwägungen zu Chancengleichheit in der aktuellen Lage

Schlechtere Bedingungen zur Vorbereitung auf das Abitur beschäftigten auch bereits die Berliner Verwaltungsgerichte in zwei Instanzen. So wandte sich im April ein 17jähriger Schüler an das Berliner Verwaltungsgericht, um im Eilverfahren eine Verschiebung seiner Abiturprüfung zu erreichen.<sup>70</sup> Er erläuterte, er könne sich aufgrund der Schulschließung und seiner schwierigen häuslichen und persönlichen Umstände nicht angemessen auf die Abiturprüfungen vorbereiten. Die Geräuschbelastung durch seine Familienangehörigen, die sich ebenfalls in der Wohnung aufhielten, beeinträchtigte seine Konzentrationsfähigkeit erheblich. Aufgrund der Corona-Pandemie könne er nicht - wie ursprünglich geplant - in der Bibliothek lernen und sich außerhalb der Wohnung mit Mitschüler\*innen austauschen und Nachhilfe in Anspruch nehmen, zumal die Schule keine digitalen Vorbereitungshilfen zur Verfügung stelle und er nicht über einen eigenen PC verfüge. Er sah hierin den Grundsatz der Chancengleichheit verletzt, da sich andere Schüler\*innen unter besseren Bedingungen vorbereiten könnten.

Da Abschlussprüfungen, wie das Abitur, bestimmte Berufswege entscheidend mitbestimmen, ist durch ihre Gestaltung die grundrechtlich geschützte Berufs(wahl)freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG tangiert. Entsprechend ist infolge des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine besonders weitgehende Gleichbehandlung der zu Prüfenden zu fordern<sup>71</sup>, worauf gerade infolge der aktuell abgewandelten Bedingungen im Schulkontext besonderes Augenmerk liegen sollte. *„Diese besondere Ausprägung von Art. 3 I GG in Gestalt des Grundsatzes der Chancengleichheit spielt bei zahlreichen der nun krisenbedingt virulenten Fragestellungen eine wichtige Rolle, da die gebotene Reaktion auf die Ausnahmesituation durch Sonderregelungen stets die Gefahr der verbotenen unsachgemäßen Differenzierung in sich trägt.“*<sup>72</sup>

Das Gebot der Chancengleichheit soll sicherstellen, dass alle Schüler\*innen in der Prüfung möglichst gleiche Chancen haben, die Leistungsanforderungen zu erfüllen. Zu diesem Zwecke sollen für vergleichbare Kandidat\*innen so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und

---

<sup>70</sup> VG Berlin 20.04.2020 – VG 3 L 159/20 Rn. 5; parallele Entscheidung zum Antrag einer Schülerin, VG Berlin 20.04.2020 – 3 L 155/20.

<sup>71</sup> BVerfG 25.6.1974 – 1 BvL 11/73, BeckRS 1974, 104388, Rn. 354; Fischer/Dieterich NVwZ 2020, S. 657, 658.

<sup>72</sup> Fischer/Dieterich NVwZ 2020, 657, 658.

Bewertungsmaßstäbe gelten.<sup>73</sup> Hieraus folgt also auch ein Anspruch auf chancengleiche Behandlung in Abschlussprüfungen (Abitur etc). Bevorzugen und Benachteiligungen einzelner Personen/Gruppen sind zu vermeiden. Dies betrifft zunächst das Prüfverfahren und die Bedingungen, unter denen die Prüfung abgeleistet wird. Insoweit verlangt der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit einheitliche Regeln für Form und Verlauf der Prüfungen sowie Gleichartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse während der Prüfung.

Ungleiche Startchancen können jedoch auch aus ungleichen Vorbedingungen für die Prüfung und deren Erfolg resultieren. Auch diese sind am Grundsatz der Chancengleichheit zu messen. Unstreitig muss den Kandidat\*innen etwa eine angemessene Zeit, sich auf die Prüfung vorzubereiten, zur Verfügung stehen.<sup>74</sup>

Entsprechend stellt sich die Frage, ob auch Erschwernisse, die sich aus der Lernumgebung in der Vorbereitungsphase und Art der des vorbereitenden Unterrichts folgen, beachtet werden müssen. Müssen manche Schüler\*innen während saLzH mit geringerer Unterstützung durch Eltern, fehlenden Endgeräte oder eingeschränkter Internetnutzung auskommen, sind keine gleichen Vorbedingungen gegeben, sind ihre Chancen auf Prüfungserfolg geringer im Verhältnis zu Mitschüler\*innen, die über entsprechende Ressourcen verfügen. Lassen sich diese – nicht wie sonst – im Präsenzunterricht oder durch Lerngruppen mit Mitschüler\*innen oder Nachhilfeangebote auffangen, birgt der Fernunterricht das Risiko, die betroffenen Schüler\*innen schlechter zu stellen. Wird dies nicht durch alternative Angebote (etwa Computerarbeitsplätze / Leihgeräte, zusätzliche pädagogische Unterstützung seitens der Schule) aufgewogen, sind nicht die gleichen Chancen auf ein gleichwertiges Abschneiden in der Prüfung gegeben.

Zwar stößt das Gebot der Gewährung möglichst gleichartiger Startbedingungen stets an faktische Grenzen. Allerdings reicht es zur Rechtfertigung ungleicher Vorbereitungsbedingungen nicht aus darauf zu verweisen, dass auch in anderen Lebensbereichen die Gewährleistung absolut gleicher Startchancen nicht möglich sei.<sup>75</sup> Es geht prüfungsrechtlich nicht um *absolut* gleiche Startchancen – diese sind für Individuen tatsächlich nie gegeben –, sondern „nur“ um gleichwertige. Die sind etwa auch im Wege von Kompensationsanstrengungen erreichbar.

Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass persönliche und soziale Umstände allgemeiner Art wie etwa familiäre und soziale Belastungen unbeachtlich seien, greift aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive zu kurz. Denn auch im Schul- und Prüfungsrecht gilt das Verbot mittelbarer Diskriminierung.

---

<sup>73</sup> Vgl. BVerwG 29.07.2015 – 6 C 35.14, NVwZ 2016, S. 541.

<sup>74</sup> vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, 2018, Prüfungsrecht, Rn. 403, 404.

<sup>75</sup> Vgl. VG Berlin 20.04.2020 – 3 L 155/20 Rn. 22.

*„Der im Grundgesetz verankerte staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag fordert in Verbindung mit dem Grundsatz der Chancengleichheit, dass Schüler\_innen nicht aufgrund ihres familiären Hintergrundes benachteiligt werden. Soweit technische und/oder sonstige Hilfsmittel für den – insbesondere digital basierten – Fernunterricht erforderlich sind, muss der Schulträger dafür Sorge tragen, dass alle Schüler\_innen im Hinblick auf die geforderte Leistungserbringung über die gleichen Voraussetzungen verfügen.“*<sup>76</sup>

So erkennt auch das OVG Berlin Brandenburg zwar zumindest an, *dass die aktuellen Verhältnisse geeignet sein können, ohnehin schon bestehende unterschiedliche Lernbedingungen, die auf den jeweiligen sozialen oder familiären Umständen der Schüler\*innen beruhen, zu verschärfen*, es greift jedoch zu kurz in der Einschätzung, dass diese Umstände der Prüfungsbehörde grundsätzlich nicht zuzurechnen seien.<sup>77</sup> Mit dieser pauschalen Annahme widmet sich das Gericht nicht hinreichend der Frage, ob die Bedingungen des *schulisch* angeleiteten Lernens zuhause ungleiche Vorbedingungen schaffen und damit der Schule zuzurechnen sind. Denn die zu bearbeitenden Aufgaben und ihre Bearbeitbarkeit liegen in der organisationalen Verantwortung der Schule, stellen sie doch einen Ersatz für den ausgesetzten Unterricht dar. Entsprechend kommt ihnen auch die Aufgabe zu, diese in der Unterrichtsgestaltung zu vermeiden oder zumindest kompensatorische Anstrengungen zu unternehmen.

Insofern kann hier gedanklich an die bekannten und bewährten Grundsätze des Nachteilsausgleichs infolge Behinderung angeknüpft werden, die ähnlich ungleiche Startbedingungen ausgleichen sollen. Schließlich erwartet auch das Berliner Schulgesetz in § 4 eine diskriminierungsfreie Unterrichts- und Prüfungsgestaltung. Die Schule trägt danach eine objektivrechtliche Verantwortung für eine inklusive Ausgestaltung, sodass *„die gemeinsame Unterrichtung und Erziehung sowie das gemeinsame Lernen der Schülerinnen und Schüler verwirklicht, Benachteiligungen ausgeglichen und Chancengleichheit hergestellt werden.“* Auch die mittelbare Benachteiligung ist somit zu vermeiden.

Die Prüfbedingungen für Schüler\*innen, die – etwa als Angehörige einer Risikogruppe separiert von ihren Mitschüler\*innen eine Prüfung ablegen müssen (etwa in gesonderten Räumen der Schule oder zuhause unter Aufsicht oder per Video<sup>78</sup>), sind ebenfalls am Grundsatz der Chancengleichheit zu messen. Die sachliche Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung liegt in der Fürsorgepflicht der Schule begründet, gefährdete Schüler\*innen vor Gesundheitsgefahren zu schützen. Gleichwohl ist darauf zu

---

<sup>76</sup> FES 2020, Schule in Zeiten der Pandemie - Empfehlungen für die Gestaltung des Schuljahres 2020/21, S. 21.

<sup>77</sup> OVG Berlin-Brandenburg 21.4.2020 – 3 S 30/20, Rn. 5, s.a. auch BVerwG, 30. Juni 2015 – 6 B 11/15 Rn. 17 (zu psychischen und physischen Belastungen).

<sup>78</sup> Vgl. Handlungsrahmen und Schreiben der Senatsverwaltung vom 17.4.2020



achten, dass aus der veränderten Prüfbedingung/Umgebung keine Vor- oder Nachteile gegenüber der regulären Ableistung entstehen.<sup>79</sup>

Jenseits dieser spezifisch prüfungsrechtlichen Diskussion ist dem OVG Berlin Brandenburg jedoch in der grundlegenden Analyse zuzustimmen: „Unterschiedliche Bildungschancen, die aus den individuellen sozialen Bedingungen von Schüler\*innen resultieren können, lassen sich nicht (nur, Ergänzung der Verfasser\*innen) im Wege des Prüfungsrechts an- oder ausgleichen, sondern durch Maßnahmen, die der Gesetz- und Verordnungsgeber innerhalb des ihm zustehenden Gestaltungspielraumes ergreift.“<sup>80</sup> Elementare Bedeutung kommt damit den Lernförderungs- und sonstigen Angeboten zu, mit denen Lernrückstände aufgehoben werden können.

##### **5. Lernförderung: Unterstützung von Lernprozessen zwischen Jugendhilfe, Schulsozialarbeit und Sonderpädagogik**

Die von uns diskutierten Problemfelder und -lagen bei Schulgestaltung, Schulschließungen, prüfungsrechtlicher Bewertung von Leistung unter Bedingungen ungleicher Chancen in der Pandemie, werfen letztlich immer eine Frage auf: Wie können die (unstrittig) in den letzten Monaten entstandenen Nachteile für vulnerable Schüler\*innen in der kommenden Zeit aufgearbeitet bzw. ausgeglichen und künftige Nachteile soweit wie möglich vermieden werden. Denn natürlich kann das Prüfungsrecht allein das Problem nicht lösen, dass notwendiges Wissen ggf. nicht erarbeitet und notwendige Kompetenzen nicht erlernt wurden. Die Herstellung von Chancengleichheit in der Bildung muss also an den Bedingungen von Lernen ansetzen. In einem komplexen Sozialstaatsgefüge stellt sich darüber hinaus die Frage der Zuständigkeit für bestimmte Leistungen (zum digitalen Schulbedarf vgl. VI.2). Im letzten Abschnitt dieses Gutachtens möchten wir auf die notwendige schulbegleitende Unterstützung von Schüler\*innen eingehen. Im Land Berlin wurde über die Sommerferien mit Hilfe eines Sommer-schulangebots bereits eine wichtige Maßnahme ergriffen, um bestehende Defizite in den Griff zu bekommen und ein individuelles Angebot zu machen. Zweifelsohne konnte dieses aber nicht von allen Schüler\*innen genutzt werden, die es benötigt hätten. Die Sommerschule soll in den Herbstferien außerdem fortgesetzt werden.

Im Handlungsrahmen für das Schuljahr 2020/21 ist für jede Schule eine Verständigung über die Feststellung des Lern- und Leistungsstands jedes Jahrgangs und darauf aufbauend ein Förderkonzept unter

---

<sup>79</sup> Vgl. Fischer/Dieterich NVwZ 2020, 657, 659.

<sup>80</sup> OVG Berlin-Brandenburg 21.4.2020 – 3 S 30/20, juris Rn. 5.

Einbeziehung weiterer Präsenz- und Bildung- und Teilhabeangebote vorgesehen. Dieser Prozess sollte zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Gutachtens abgeschlossen sein. Zu erwarten ist ein heterogener Lernfortschritt der Schüler\*innen, da der Fernunterricht in Format und Qualität bisher variierte. Außerdem konnten nicht alle Schüler\*innen die Formate in gleichem Maße nutzen, sei es infolge individueller Barrieren, fehlender Ausstattung, geringerer elterlicher Unterstützung oder dem Ausfall von Lernförder- und -begleitangeboten freier Träger etc.

Es bestehen im Wesentlichen zwei Bedarfsvarianten, die je nach Pandemieverlauf für das aktuelle Schuljahr denkbar sind:

- Kompensierende Leistungen zum Ausgleich von Lerndefiziten aus der Fernunterrichtsphase vor den Sommerferien (vereinfacht: Lernförderung i.S. der Nachhilfe)
- Präventive Leistungen zur Vermeidung von Nachteilen während zukünftiger Fernunterrichtsphasen (vereinfacht: Lernförderung i.S. begleitender Hausaufgabenhilfe).

Um Nachteile aus der vergangenen Fernunterrichtsphase auszugleichen, kommen Ansprüche auf Lernförderung i.S. der Nachhilfe nach § 28 Abs. 5 SGB II in Betracht. Denn die Funktion der Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets, zu dem auch § 28 Abs. 5 SGB II zählt, ist es, ungleiche Chancen auf Bildung zu kompensieren. Der Gesetzgeber reagierte mit ihrer Einführung auf die in der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Vorgaben zur Gewährleistung eines soziokulturellen Existenzminimums: *„Danach soll über die Vermittlung von Bildung die materielle Basis für Chancengerechtigkeit hergestellt und vermieden werden, dass schulpflichtige Kinder von SGB II-Beziehern ohne hinreichende staatliche Leistungen in ihren Möglichkeiten eingeschränkt werden, später ihren Lebensunterhalt aus eigenen Kräften bestreiten zu können, was mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist.“*<sup>81</sup>

Fehl(t)en den Schüler\*innen während des Fernunterrichts finanzielle Ressourcen für digitale Endgeräte, eine bzw. eine gute Internetverbindung oder bestand nur ein beengter, unruhiger Raum als Lernumgebung, fiel das Lernen zuhause schwerer und die Chance auf eine gleichberechtigte Erreichung der Lernziele sank. Damit ist der Anwendungsbereich der Lernförderung nach § 28 Abs. 5 SGB II eröffnet. Diese steht nicht nur Schüler\*innen über SGB II und SGB XII, sondern auch Geflüchteten nach § 3 Abs. 4 AsylbLG und weiteren Schüler\*innen in Verbindung mit dem Kinderzuschlag (§ 6a BKGG) zu. Die Förderung greift daher für alle Schüler\*innengruppen mit geringen finanziellen Ressourcen. Sie kann allerdings nur eine Ergänzung für wichtige und notwendige schulische Angebote darstellen und

---

<sup>81</sup>BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09; BSG 25.4.2018 – B 4 AS 19/17 R.

die Erarbeitung schulischer Förderkonzepte, die bestenfalls mit zusätzlichen Leistungen der Nachhilfe verzahnt werden, keinesfalls ersetzen.

Sollte zu Beginn des Schuljahres ein Förderbedarf festgestellt worden sein und die betroffenen Schüler\*innen mit erneuten Schulschließungen konfrontiert werden, sehen wir auch eine Verpflichtung der Schulen, präventiv die Angebote so zu gestalten, dass weitere Nachteile vermieden werden. Der Handlungsrahmen sieht eine Struktur für die Verzahnung von Präsenz- und saLzH-Zeiten vor, regelmäßige Kommunikation mit Lehrkräften usw. und gibt auch schultypbezogene Empfehlungen, wie Schüler\*innen besonders motiviert und erreicht werden können. Auffällig ist allerdings, dass Erläuterungen zur besonderen Ansprache oder Erarbeitung von Unterstützungsformaten für vulnerable Gruppen fehlen. Insofern ist fraglich, ob eine wie im Handlungsrahmen ausgeführte und mit konkreten Anregungen versehene besser vorbereitete und strukturiertere Variante von Präsenz- und saLzH- Beschulung in ihrer Kombination hier wirklich nachteilsausgleichwirksam sein kann oder ob es doch notwendig ist, noch gezieltere Angebote für bestimmte Gruppen vorzusehen.

Angebote der Jugendhilfe können hier allenfalls ergänzend greifen.<sup>82</sup> So ist der öffentliche Jugendhilfeträger im Rahmen der Jugendsozialarbeit objektiv-rechtlich zwar verpflichtet, sozialpädagogische Förderangebote zur schulischen Integration für benachteiligte junge Menschen bereitzustellen. Die Angebote reichen aktuell aber nicht aus und aus der Sollvorschrift lassen sich nach überwiegender Meinung keine subjektive Ansprüche ableiten.<sup>83</sup> Auch kann Lernförderung auch zu den Aufgaben/Zielen einer Hilfe zu Erziehung gehören, nie aber ihr alleiniger Inhalt sein.<sup>84</sup> Ohnehin kommen Hilfen zur Erziehung nur bei Erziehungsdefiziten in Betracht und setzen daher über die Aneignung des Schulstoffes hinausgehende Probleme voraus. Leistungsberechtigt nach dem SGB VIII ist damit nur eine kleinere, spezifische Gruppe von Schüler\*innen. Der Bedarf ist also im Wesentlichen und für die meisten betroffenen Schüler\*innen über schulische oder existenzsicherungsrechtliche Leistungen zu decken.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Bisher hinaus boten schulbezogene Jugendarbeit und Schulsozialarbeit vor der Pandemie ein breites Spektrum an Nachmittagsangeboten an, in denen auch Hausaufgabenhilfe einen festen Platz hatte. Problematisch ist hier, dass pandemiebezogen bewährte Angebote, die diese Lückenschlussfunktion für bestimmte Gruppen übernommen haben, weggefallen sind bzw. sich mit den Abstandsmaßnahmen neu aufstellen müssen. Inwieweit diese Formate in aufsuchende Angebote (in begrenzter Zahl) oder Online-Angebote umgestellt werden können, bleibt abzuwarten.

<sup>83</sup> Dies nicht gänzlich ausschließend Schäfer/Weitzmann in Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 8. Auflage 2019, § 13 Rn. 9 m.w.N.

<sup>84</sup> So zählt es beispielsweise explizit zur Aufgabe von Tagesgruppen nach § 32 SGB VIII, die schulische Förderung zu begleiten, sodass auch Nach- und Hausaufgabenhilfe einen Unteraspekt dieser Hilfeform – nie aber einziges Ziel – bilden können. Eine individuelle Lernförderung einzelner Schüler\*innen (zu Hause) kann auch die Arbeit eines Erziehungsbeistands gemäß § 30 SGB VIII oder einer sozialpädagogischen Familienhilfe gemäß § 31 SGB VIII ergänzen, vgl. etwa Nellissen in jurisPK-SGB VIII, 2. Auflage 2018, § 32 SGB VIII Rn. 19.

<sup>85</sup> Näher Dern/Wersig info also 2020, S. 201 ff.

Anlaufstelle für Diskriminierungsschutz an Schulen (ADAS)

Telefon: 030-30 87 98 46

Email: [kontakt@adas-berlin.de](mailto:kontakt@adas-berlin.de)

Website: [www.adas-berlin.de](http://www.adas-berlin.de)

Vorfall melden: [www.adas-berlin.de/vorfall-melden/#top](http://www.adas-berlin.de/vorfall-melden/#top)

LIFE – Bildung Umwelt Chancengleichheit e.V.

Rheinstr. 45 | 12161 Berlin

Telefon: 030-30 87 98-0

[www.life-online.de](http://www.life-online.de)



Herausgegeben von ADAS/LIFE e.V., 23. November 2020