

Gutachten

zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem

Erstattet der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben,
Gemeinsam Lernen Nordrhein-Westfalen (LAG GL)
in Projektpartnerschaft mit der Bundesarbeitsgemeinschaft
Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lernen (BAG GL)
und dem Sozialverband Deutschland (SoVD)

Prof. Dr. Eibe Riedel
Universität Mannheim / HEID Genf

**Zur Wirkung der internationalen Konvention über
die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres
Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem**

Gutachten erstattet der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben,
Gemeinsam Lernen Nordrhein-Westfalen
in Projektpartnerschaft mit der Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam
Leben, Gemeinsam Lernen und dem Sozialverband Deutschland (SoVD)

Inhaltsverzeichnis

A. Vorbemerkungen	1
B. Fragenkomplex I	2
Ergibt sich aus der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung ein individueller Rechtsanspruch für ein Kind mit Behinderung in Deutschland auf Aufnahme in die Regelschule und inklusive Beschulung dort?	
1. Wie ist der Behinderungsbegriff der Konvention zu verstehen?	2
2. Inwieweit hat die Konvention im Bereich Bildung individualschützenden Charakter? Welche Rolle spielen dabei allgemeine Ziele und Prinzipien?	7
3. Gilt das Recht auf inklusive Bildung nach Art. 24 BRK uneingeschränkt?	23
(a) Rechte Dritter	24
(b) Ressourcenvorbehalt als Schranke?	26
4. Wie verhält sich das Recht auf Bildung nach der BRK zum übrigen Völkerrecht?	29
5. Wie verhält sich das Recht auf Bildung nach der BRK zum Völkergewohnheitsrecht bzw. den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen?	31
(a) Völkergewohnheitsrecht	31
(b) Allgemeine Rechtsgrundsätze	32
6. Wann beginnt die Einklagbarkeit des völkerrechtlichen Individualanspruchs?	32
7. Wie wirkt sich die BRK auf die Auslegung des Grundgesetzes aus? Völkerrechtskonforme Auslegung der Art. 3 Abs. 3 S. 2, 6 Abs. 2 und 7 Abs. 1 GG?	36
(a) Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	36
(b) Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG	39
8. Wie wirkt sich die BRK auf die Auslegung des Schulrechts aus? Völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts?	40
(a) Baden-Württemberg.....	41
(b) Nordrhein-Westfalen	42
(c) Hamburg	43
C. Fragenkomplex II	45
Wie ist die BRK innerstaatlich umzusetzen? Welche konkreten Auswirkungen hat die Konvention auf das deutsche Schulsystem? Welche Staatenpflichten ergeben sich aus der BRK im Hinblick auf das Recht auf Bildung? Wie schnell ist die BRK umzusetzen?	
D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	49

A. Vorbemerkungen

Das vorliegende Gutachten geht in seinem Kern der Frage nach, ob das am 26. März 2009 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretene internationale Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im folgenden kurz BRK)¹ in Deutschland lebenden, schulpflichtigen Kindern mit Behinderung einen Rechtsanspruch auf Zugang zum Regelschulsystem vermittelt.² Dabei werden die rechtlichen und auch praktischen Konsequenzen für das deutsche Schulsystem eingehend beleuchtet.

An vorderster Stelle geht es darum festzustellen, ob die BRK als Ausfluss völkerrechtlicher Normsetzung individualschützende Wirkung im Sinne einer inklusiven Regelbeschulung für alle Kinder entfaltet. Zu diesem Zweck sind der in der BRK enthaltene Begriff der Behinderung und weitere ausschlaggebende Begrifflichkeiten zu klären, sowie der völkerrechtlich beabsichtigte Inhalt der für den Bereich Schulbildung einschlägigen Artikel der BRK unter systematischer Berücksichtigung des gesamten Konventionstextes präzise darzustellen. Mögliche Schranken eines menschenrechtlichen Anspruches sind zu prüfen. Darüber hinaus soll nicht außer Acht gelassen werden, die Auslegung der BRK im Lichte des übrigen Völkervertrags- und -gewohnheitsrechts korrekt einzuordnen.

Im Falle der Bejahung eines völkerrechtlichen Individualanspruchs wird des Weiteren erörtert, wie der Anspruch auf Bundes- bzw. Länderebene umzusetzen ist. Als wesentliche Einzelfragen werden behandelt: inwieweit sind schulrechtliche Normen anzupassen? Wie definiert sich insbesondere das Verhältnis Eltern – Staat? Wie ist der Begriff der „angemessenen Vorkehrungen“ rechtlich und praktisch einzuordnen? Sind Umsetzungsfristen einzuhalten?

Ebenfalls bedarf es in diesem Zusammenhang der Klärung, ab welchem Zeitpunkt die jeweils zuständigen innerstaatlichen Gerichte angerufen werden können, d.h. ob und inwieweit die Befassung der Gerichte von der schulrechtlichen Umsetzung der BRK-Vorgaben abhängig ist. Ergänzend werden hierzu die Voraussetzungen für die Geltendmachung auf Grundlage des BRK-Fakultativprotokolls zusammengefasst dargestellt.

¹ Fundstelle BGBl. II 2008, S. 1419.

² In diesem Gutachten wird der Begriff „Regelschule“ bzw. „Regelschulsystem“ und nicht der möglicherweise gängigere Begriff der „allgemeinen“ oder „allgemeinbildenden“ Schule verwendet, um eine klare Abgrenzung zu Sonder- und Förderschulen zu markieren. Gleichwohl wird darauf hingewiesen, dass der Begriff „Regelschule“ in östlichen Bundesländern für kombinierte Haupt- und Realschulen stehen kann. Dieser limitierte Regelschulbegriff ist im vorliegenden Gutachten nicht gemeint.

B. Fragenkomplex I

Ergibt sich aus der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung ein individueller Rechtsanspruch für ein Kind mit Behinderung in Deutschland auf Aufnahme in die Regelschule und inklusive Beschulung dort?

1. Wie ist der Behinderungsbegriff der Konvention zu verstehen?

Um festzustellen, ob ein Individualanspruch auf inklusive Regelbeschulung nach der BRK besteht, muss zunächst deren Anwendungsbereich abgesteckt werden. Konkret geht es um den von der Konvention vorgesehenen Inhalt des Begriffs ‚Behinderung‘.

Die BRK geht in ihrer Präambel sowie in Artikel 1 auf diesen Begriff ein. Vom Wortlaut her ist Behinderung demnach wie folgt zu verstehen:

Präambel:

*...e) in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern,...*³

Artikel 1 Abs. 2

*Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.*⁴

Der zitierte Abschnitt der Präambel deutet daraufhin, dass sich die Unterzeichner der BRK darüber einig sind, dass ein starrer, enger Behinderungsbegriff nicht Grundlage der Konvention sein soll. Behinderungen sind demnach nicht fest vorgegebene, auf die

³ Diese und folgende Zitierungen der Konvention beruhen auf einer von der Bundesregierung verwendeten deutschen Übersetzung, die als Teil ihres Gesetzesentwurfs in den Bundestag eingebracht wurde (siehe Deutscher Bundestag, BT-Drucksache 16/10808 vom 8. September 2008). Eine Schattenübersetzung wird von Netzwerk Artikel 3 e.V. bereitgestellt: <http://www.netzwerk-artikel-3.de/dokum/schattenubersetzung-endgs.pdf>. Der englische Originaltext lautet: “...*(e) Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,...*“

⁴ Der englische Originaltext lautet: “*Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.*“

Person bezogene Beeinträchtigungen, sondern sind gleichermaßen umfeldbedingt. Art. 1 BRK greift diesen Gedanken der Präambel auf und macht deutlich, dass es umfeldbedingte Barrieren sind, die eine Behinderung begründen. Auffallend ist, dass eine präzise und abschließende Definition in keiner der Textstellen zu finden und mithin von der Konvention nicht beabsichtigt ist. Vielmehr wird Behinderung als ein in stetem Wandel befindliches, von der jeweiligen sozioökonomischen Ausgangssituation abhängiges Konzept begriffen. Diese Begriffsauslegung ist insoweit auch vom Regelungszusammenhang innerhalb der BRK her stimmig, da zahlreiche Einzelvorschriften das Grundverständnis der Behinderung als umfeldbedingtes Phänomen bestätigen.

Der offene Behinderungsbegriff fügt sich nahtlos in die Entwicklung des völkerrechtlichen Sprachgebrauchs der vergangenen ca. vier Jahrzehnte im Hinblick auf das Verständnis von Behinderung ein.⁵ Beginnend mit den späten Sechziger und frühen Siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts hat sich das Grundverständnis von Behinderung international fortlaufend von dem zuvor vorherrschenden paternalistisch-medizinischen Wohltätigkeitsansatz entfernt, hin zu einem Verständnis von Behinderung als (auch) soziale Konstruktion.⁶ Auf Ebene der Vereinten Nationen wurde dieser Paradigmenwechsel insbesondere durch die Verabschiedung der Erklärung über die Rechte von Personen mit Behinderung aus dem Jahre 1975 durch die VN-Generalversammlung angedeutet⁷ und in der Folgezeit unter anderem im Laufe der VN-Dekade zu Behinderung immer stärker etabliert.⁸ Weitere wichtige Dokumente dieses Wechsels sind vor allem die *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* (Standard Rules), die im Jahre 1993 zum Abschluss der VN-Dekade zu Menschen mit Behinderung von der VN-Generalversammlung verabschiedet wurden⁹, aber auch die *International Classification of Functioning, Disability and Health* der WHO aus dem Jahre 2001 (ICF).¹⁰ Die ICF sieht personenbezogene und Umweltfaktoren als gleichwertige, sich gegenseitig bedingende Anhaltspunkte für eine

⁵ Vgl. dazu Janet E. Lord, Disability Rights and the Human Rights Mainstream: Reluctant Gate-Crashers? In: Clifford Bob (Hrsg.): *The International Struggle for New Human Rights*, Philadelphia 2009, S. 86 ff.

⁶ Ebenda; siehe auch Harold Hongju Koh/Lawrence O. Gostin, The Human Rights Imperative. Introduction to Stanley S. Herr/Lawrence O. Gostin/ Harold Hongju Koh (Hrsg.): *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*, Oxford, S. 1ff.

⁷ GA-Resolution 3447 (XXX) vom 9. Dezember 1975.

⁸ Zu dieser Dekade vgl. Lord, a.a.O. (Fn. 5); www.un.org/disabilities/default.asp?id=121 (Zugriff: 30.10.09).

⁹ GA-Resolution 48/96 vom 20. Dezember 1993.

¹⁰ Zu finden über www.who.int/classifications/icf/en/index.html (Zugriff: 30.10.09); der ICF ging die International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH) aus dem Jahre 1980 voraus. Vgl. Marianne Hirschberg, Behinderung im internationalen Diskurs, Frankfurt/M. 2009; Julia Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2007, S. 79 ff.

Behinderung an, indem sie insbesondere dann von einer Behinderung spricht, wenn die Teilhabe an allen Lebensbereichen nicht gewährleistet ist. Die Standard Rules dokumentieren die in der VN-Dekade vollzogene Entwicklung hin zu einem menschenrechtlichen Ansatz im Sinne gleichberechtigter gesellschaftlicher Teilhabe.

Für den Bereich Schulbildung für Kinder mit Behinderung stellt die Erklärung von Salamanca der UNESCO aus dem Jahre 1994 insoweit einen Meilenstein dar.¹¹ Diese Erklärung repräsentiert die internationale Hinwendung zu einem Gesellschaftsmodell, welches Personen mit Behinderung in die Mitte der Gesellschaft rückt und sich konsequenterweise für die gemeinsame Unterrichtung aller Kinder als erstrebenswertes Bildungsmodell ausspricht. Sämtliche dieser Dokumente haben trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit dazu beigetragen, dass Behinderung nicht mehr als ein in der „betroffenen“ Person begründetes Problem, sondern als durch defizitäre gesellschaftliche bzw. umfeldbedingte Strukturen verursachte Benachteiligung verstanden wird. Mit der Vereinbarung der BRK lässt die Staatengemeinschaft nunmehr normativ, d.h. rechtsverbindlich, den medizinischen Ansatz hinter sich, Behinderung als eine menschliche Normabweichung zu verstehen, und bekennt sich zum Sozialmodell, welches Behinderung als soziale Konstruktion bzw. als Ausdruck menschlicher Diversität versteht.¹² Die Konvention steht für die Überwindung des Fürsorgeansatzes zugunsten des Menschenrechtsansatzes.¹³ Nach internationalem Verständnis treten Menschen mit Behinderung aus der Passivität eines/r Bedürftigen heraus und sind als aktive, mit durchsetzbaren Rechten ausgestattete Teilnehmer an der Gesellschaft zu sehen.

Die unmittelbare Entstehungsgeschichte der BRK untermauert die Auslegung ihres Wortlauts. Trotz ursprünglich teilweise entgegen gesetzter Auffassungen hinsichtlich des Definitionsbedürfnisses konnten sich sämtliche Staatenvertreter – sicherlich unter nicht zu unterschätzendem Einfluss der am Verhandlungsprozess beteiligten Nichtregierungsorganisationen¹⁴ – darauf einigen, dass die Konvention keine

¹¹ www.unesco.org/en/inclusive-education/publications (Zugriff: 30.10.09).

¹² Vgl. Jochen von Bernstorff, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, in ZaöRV 67 (2007), S. 1047ff; zum Sozialmodell siehe u.a. Michael Oliver, *The Politics of Disablement*, London 1990; Carol Thomas, *Sociologies of Disability and Illness*, New York 2007.

¹³ Valentin Aichele, *Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll*, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Auflage 2008, S. 4.

¹⁴ Zur Rolle der NGOs beim Entstehungsprozess der BRK siehe insbesondere von Bernstorff, a.a.O. (Fn. 12), S. 1052 ff; Theresia Degener, *Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen – Vom Entstehen einer Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen*, VN 3 (2006), S. 104 ff; Lord, a.a.O. (Fn. 5), S. 89 ff.

abschließende Definition enthalten, aber sehr wohl den Sozialfaktor, insofern zeitgemäß, betonen sollte.

Sinn und Zweck der BRK ist es, Behinderung als menschliche Diversität zu „normalisieren“ und sozialer Marginalisierung entschieden entgegen zu wirken. Der Behinderungsbegriff kann daher auch aus diesem Grund kein starrer, nur auf allgemein anerkannte (schwerwiegende körperliche oder seelische Beeinträchtigungen bzw. Schädigungen begrenzter) sein. Artikel 1 Abs. 2 BRK steckt den Minimalbereich ab, den die Vertragsstaaten als Behinderung anerkennen müssen. Eine mögliche weitere Ausdehnung des Begriffs über diesen Minimalschutz hinaus bleibt dagegen den Staaten überlassen.

Maßgeblich für einen Anspruch auf Regelbeschulung für Kinder mit Behinderung in Deutschland ist, ob und inwieweit sich das Verständnis von Behinderung innerhalb der deutschen Rechtsordnung mit den internationalen Entwicklungen und der BRK deckt. Das Grundgesetz (GG) hat sich mit Einführung des Artikels 3 Absatz 3 Satz 2 im Jahre 1994 dem Schutz von Menschen mit Behinderung gegen Diskriminierung ausdrücklich verschrieben und sich mit diesem Diskriminierungsverbot (und Gleichstellungsgebot) grundsätzlich zum Menschenrechtsansatz bekannt. Eine Definition von Behinderung enthält Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG jedoch nicht. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich bislang allein in seiner Entscheidung zur Sonderschulzuweisung eingehend mit dem Begriff der Behinderung auseinandergesetzt und sich im Hinblick auf dessen Definition weitgehend an dem zu diesem Zeitpunkt noch geltenden Schwerbehindertengesetz (SchwerBehG) orientiert.¹⁵ Letzteres bezeichnete eine Behinderung als „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“.¹⁶ In seiner Entscheidung betont das Gericht, dass Behinderung unabhängig von gesellschaftlichen Zusammenhängen und Vorurteilen eine persönliche Eigenschaft darstelle, die die Lebensführung für den „Betroffenen“ im Verhältnis zum Nichtbehinderten grundsätzlich schwieriger macht. Ein Abgleich mit den obigen Ausführungen zum internationalen Definitionsansatz zeigt bereits, dass eine am Sprachgebrauch des Schwerbehindertengesetzes orientierte Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG aus völkerrechtlicher Perspektive nicht mehr haltbar ist.

¹⁵ BVerfGE 96, 288; Schwerbehindertengesetz: BGBl I S. 1421, 1550.

¹⁶ § 3 Abs. 1 SchwerBehG.

Bis zur Einführung des Neunten Sozialgesetzbuches (SGB IX) im Jahre 2001¹⁷ und des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG) im Jahre 2002¹⁸ zeigte auch die einfachgesetzliche Ebene noch eine starke Tendenz zum medizinisch defizitären Verständnis von Behinderung. Vor allem in der Sozialgesetzgebung waren bis dato diverse, bereichsbezogene Definitionen zu finden, die ein modernes Verständnis vermissen ließen. Zentraler Orientierungspunkt war auch hier das oben bereits erwähnte Schwerbehindertengesetz. Sämtliche dieser Gesetze gingen von Hilfebedarf im Sinne von Rehabilitation und Teilhabe aus. Die jüngere Gesetzgebung enthält jedoch ein stärkeres Bekenntnis zum sozialen Definitionsansatz und hat sich so der internationalen Entwicklung angenähert, was den, wenn auch langsamer voranschreitenden, Paradigmenwechsel auf innerstaatlicher Ebene bestätigt.¹⁹

Im Zusammenhang mit dem Behinderungsbegriff stellt sich schließlich die Frage, ob die BRK auch die in der deutschen Rechtsordnung als Behinderung anerkannte so genannte Lernbehinderung erfasst. Charakteristisch für die Lernbehinderungen ist ihre Vielfalt. In der pädagogischen Literatur wird damit die Beeinträchtigung des Erziehungsprozesses bezeichnet, die mit seelischen, psychischen, geistigen oder auch mit einer Kombination verschiedener Faktoren zusammenhängen kann und damit an den konstitutiven Begriff der Beeinträchtigung zurück gebunden werden kann.²⁰ Es ist zu unterstreichen, dass Lernbehinderung ein Sammelbegriff ist, der zahlreiche verschiedene, mitunter in Kombination auftretende Erscheinungsformen umfasst. Sämtliche dieser Erscheinungsformen haben individuell verschiedenen Einfluss auf die Lernfähigkeit. Eine Ausklammerung dieser Behinderungsformen und -erfahrungen aus dem Anwendungsbereich der BRK ist völkerrechtlich ausgeschlossen, da dies Inhalt und Geist der Konvention in fast allen denkbaren Fällen fundamental widersprechen würde.

Angemerkt sei, dass die Landesschulgesetzgebung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Lernbehinderung ausnahmslos als Grund für sonderpädagogische Förderung anerkennt. Sie macht damit deutlich, dass die deutsche Rechtsordnung Lernbehinderung

¹⁷ BGBl. I S. 1046

¹⁸ BGBl. I S. 1467, 1468.

¹⁹ Vgl. dazu Zinsmeister, a.a.O. (Fn. 9), S. 74 ff.

²⁰ Siehe hierzu u.a. Hans Eberwein, Lernbehinderung – Faktum oder Konstrukt? In: ders. (Hrsg.), *Handbuch Lernen und Lern-Behinderungen*, Weinheim 1996, S. 33ff.; Johannes Mand, Lernbehinderung als soziale Benachteiligung. In: Eberwein (Hrsg.), ebenda, S. 165ff.

unter den Behinderungsbegriff fasst.²¹ Dies geht insbesondere auch aus den zum Zeitpunkt dieses Gutachtens nach wie vor geltenden Empfehlungen zur sonderpädagogischen Förderung der Kultusministerkonferenz (KMK) aus dem Jahre 1994 hervor.²² Im Lichte des Art. 4 Abs. 4 BRK kommt es im Falle Deutschlands nicht darauf an, ob Lernbehinderungen vom Behinderungsbegriff der BRK selbst erfasst sind.

Zieht man die in Artikel 3 BRK niedergelegten Grundsätze der Nichtdiskriminierung, gesellschaftlichen Partizipation und Chancengleichheit hinzu, bleibt festzuhalten, dass die Behandlung von Kindern mit Lernbehinderung als nicht behindert im Sinne der BRK in praktisch allen Fällen dazu führen würde, dass diese Kinder mangels besonderer Förderung gerade nicht die ihnen zustehende soziale Teilhabe und Selbstbestimmung realisieren könnten. Schließlich hätte die Ausklammerung lernbehinderter Kinder zur Folge, dass der Eindruck entstünde, Behinderung beziehe sich nur auf körperlich oder geistig Schwerbehinderte, was wiederum den von der BRK gerade nicht gewollten medizinischen Ansatz perpetuieren würde. Im Mittelpunkt der BRK steht hingegen Diskriminierungsschutz, d.h. die Überwindung von gesellschaftlicher Ausgrenzung von Menschen mit Behinderung. Folgerichtig kann der Behinderungsbegriff der BRK naturgemäß nur dem sozialen Ansatz folgen.

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die BRK einen weiten, flexiblen Begriff der Behinderung vorsieht, der jedoch in den in Artikel 1 Abs. 2 BRK ausdrücklich genannten, aber nicht abschließend aufgeführten Beeinträchtigungen, seinen Mindestschutzbereich findet

2. Inwieweit hat die Konvention im Bereich Bildung individualschützenden Charakter? Welche Rolle spielen dabei allgemeine Ziele und Prinzipien?

Die BRK nennt in Artikel 24 das Recht auf Bildung, ein Recht, welches unter die Kategorie der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte (im Folgenden WSK-Rechte) fällt. Nach dem Wortlaut dieses Artikels erkennen die Vertragsstaaten das Recht auf Bildung an. Dies wirft die Frage auf, ob Art. 24 BRK die eigenständige Begründung dieses Rechts beinhaltet, oder ob der Artikel lediglich das Recht auf Bildung

²¹ Als Beispiel soll hier § 19 Abs. 1 Schulgesetz NRW dienen, der lautet: „Schülerinnen und Schüler, die wegen ihrer körperlichen, seelischen oder geistigen Behinderung **oder wegen ihres erheblich beeinträchtigten Lernvermögens nicht am Unterricht einer allgemeinen Schule (allgemein bildende oder berufsbildende Schule) teilnehmen können, werden nach ihrem individuellen Bedarf sonderpädagogisch gefördert.**“

²² Nachzulesen über http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen_beschluesse/1994/1994_05_06-Empfehlung-sonderpaed-Foerderung.pdf (Zugriff: 30.10.09).

aus Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt)²³ aufgreift, dessen Schutzzumfang einbezieht und auf die Situation von Menschen mit Behinderung konkretisiert.²⁴ Die Frage der Eigenständigkeit des Art. 24 BRK ist deshalb von Relevanz, weil noch nicht alle Staaten den Sozialpakt ratifiziert, d.h. als für sich bindend anerkannt haben, mit der Folge, dass es zu Schutzlücken im Bereich Bildung kommen kann. Inzwischen haben aber 160 Staaten den Sozialpakt ratifiziert, darunter Deutschland. Im Ergebnis dürfte es jedoch nicht darauf ankommen, da der Wortlaut des Artikels 24 BRK eindeutig zu erkennen gibt, dass alle Vertragsstaaten darin übereinstimmen, dass ein Recht auf Bildung grundsätzlich existiert, sei es auf vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Grundlage. Es ist daher unschädlich, Artikel 24 BRK nicht als rechtsbegründend, sondern als behinderungsspezifische Ausgestaltung des in Artikel 13 Sozialpakt bereits niedergelegten und seit dessen Inkrafttreten in zahlreichen internationalen Dokumenten bekräftigten Rechts auf Bildung zu verstehen.

Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob und inwieweit Artikel 24 BRK bzw. Artikel 13 Sozialpakt individualschützenden Charakter haben. Für einen praktisch umsetzbaren Individualschutz maßgeblich sind im Wesentlichen zwei Kriterien: zum einen muss der Inhalt der oben genannten Artikel so gefasst sein, dass ihnen individuelle bzw. subjektive Rechtspositionen entnommen werden können. Zum anderen müssen die Artikel so formuliert sein, dass sie – zumindest in Teilen – ihre unmittelbare Anwendung ermöglichen. Hier soll zunächst geprüft werden, ob Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt subjektive Rechtspositionen begründet.²⁵

Bis heute wird in der Völkerrechtswissenschaft vereinzelt an einer klaren Abgrenzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten als eben nicht individuelle Anspruchsnormen, sondern rechtlich unverbindlichen politischen Programmsätzen festgehalten, mit der Begründung, dass es ausschließlich im Ermessen des Staates liegen könne, welche wirtschaftlichen und sozialen Strukturen er für seine Bevölkerung bereitstellt und inwieweit die zur Verfügung stehenden Ressourcen die Verwirklichung bestimmter Grundbedürfnisse ermöglichen.²⁶ Diese Reduzierung wirtschaftlicher,

²³ BGBl. II 1973, S. 1570.

²⁴ Vgl. Frédéric Mégret, *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, *Human Rights Quarterly* 30 (2008), S. 449 ff; Heiner Bielefeldt, *Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention*, Deutsches Institut für Menschenrechte 3. Auflage 2009, S. 14.

²⁵ Das Kriterium der unmittelbaren Anwendbarkeit wird weiter unten bei der Frage der Einklagbarkeit (6.) behandelt.

²⁶ In diese Richtung u.a. Michael J. Dennis and David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*. In: *American Journal of International Law*, Bd. 98 (2004) 3, S. 462-515.

sozialer und kultureller Rechte auf politisch-programmatische Orientierungspunkte ist jedoch nach heutigem Stand der Diskussion nicht mehr tragfähig.²⁷ Vor allem in den vergangenen zwei Jahrzehnten hat sich international vielmehr die Ansicht durchgesetzt, dass man WSK-Rechten einen subjektiv-rechtlichen bzw. unmittelbar justiziablen Inhalt in den Kernbereichen der einzelnen Sozialpaktrechte („core content of rights“) grundsätzlich nicht absprechen kann.²⁸ Diese inzwischen herrschende Auffassung spiegelt sich vor allem in den Allgemeinen Bemerkungen des Sozialpaktausschusses, der die Einhaltung und Umsetzung des Sozialpaktes international überwacht, wider.²⁹ Dabei stellt der Ausschuss vor allen Dingen auf die Grundsätze der Gleichbehandlung von Frauen und Männern und das Verbot der Diskriminierung von marginalisierten und benachteiligten Bevölkerungsgruppen ab.

Allein diese Auffassung wird fundamentalen Menschenrechtsprinzipien wie der Unteilbarkeit, gegenseitigen Bedingtheit und Nichtdiskriminierung gerecht. Im Staatenberichtsverfahren gehen die Vertragsstaaten deshalb auch seit den 1990er Jahren ausführlich auf entsprechende Vorhaltungen von Mitgliedern des Sozialpakt-Ausschusses ein und haben ihre Staatenpraxis entsprechend angepasst. Abgesehen von den Vereinigten Staaten von Amerika, die den Sozialpakt gezeichnet, aber nicht ratifiziert haben, beharren nur wenige Staaten weiterhin auf dem Standpunkt, dass der Sozialpakt lediglich programmatische Verpflichtungen enthalte. Das Prinzip der Nichtdiskriminierung ist für die Frage des Individualschutzes von Artikel 24 BRK von entscheidender Bedeutung. Das Recht auf Bildung nach Art. 24 BRK beinhaltet nämlich dann einen individuellen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung, wenn das Prinzip der Nichtdiskriminierung subjektiv-rechtlich zu verstehen ist und nicht lediglich einen Auftrag an den Staat darstellt, Maßnahmen gegen Diskriminierung zu ergreifen. Ausgehend von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948³⁰ hat die Staatengemeinschaft in den vergangenen gut 60 Jahren sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene bekräftigt, dass sich jeder Mensch gegenüber staatlicher Gewalt darauf berufen kann,

²⁷ Vgl. Asbjørn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. In: Asbjørn Eide/Catarina Krause/Allan Rosas (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2. Auflage, Den Haag 2001.

²⁸ Vgl. Jakob Schneider, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2004; Eibe Riedel, *Economic, Social and Cultural Rights*. In: Catarina Krause/Martin Scheinin (Hrsg.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku/Abo 2009, S. 129, 131 ff.

²⁹ Richtungsweisend ist in dieser Hinsicht die Allgemeine Bemerkung Nr. 3 aus dem Jahre 1990 (UN-Dokument E/1991/23 vom 14. Dezember 1990). In jüngerer Zeit hat der Ausschuss seine Position im Rahmen des Statement on Resource Allocation weiter erläutert (UN-Dokument E/C.12/2007/1 vom 10. Mai 2007).

³⁰ GA-Resolution 217 A III vom 10. Dezember 1948.

nicht aufgrund bestimmter Kriterien bzw. Eigenschaften ungleich behandelt zu werden.³¹ Dies macht auf internationaler Ebene nicht nur die eigenständige Kodifizierung des Anspruchs auf Gleichbehandlung, sondern auch die immer wiederkehrende Bezugnahme auf das Diskriminierungsverbot in den anderen Menschenrechtsverträgen sowie in zahlreichen multilateralen Erklärungen deutlich.³² Die BRK bekennt sich wegen Art. 4 Abs. 2 („unbeschadet derjenigen Verpflichtungen, die nach Völkerrecht sofort anwendbar sind“) deutlich zu einem Individualschutz, wenn die Völkerrechtsdogmatik ihn anerkennt. Die Völkerrechtsdogmatik erkennt einen solchen Individualschutz zweifellos für Achtungs- und Schutzdimensionen des Rechts an, bei Erfüllungsdimensionen (erleichtern, fördern, bereitstellen – facilitate, promote and provide) allerdings unmittelbar nur für Erfüllungsansprüche auf der Primarschulebene.³³ Für Erfüllungspflichten auf weiterführenden Schulen gilt zunächst nur die progressive Verwirklichung innerhalb eines angemessenen, überschaubaren Zeitrahmens, bei dessen Überschreitung ein Individualanspruch auch insoweit entsteht. Dass Schutz gegen Diskriminierung gerade auch individuellen Anspruchscharakter haben soll, wird zudem auf nationaler Ebene durch die weit verbreitete, routinemäßige Verankerung in nationalen Verfassungen unterstrichen.³⁴ Über den durch den Sozialpakt garantierten Anspruch gemäß Art. 13 Sozialpakt hinaus hat Art. 24 BRK den Anspruch über die Primarschulebene hinaus nunmehr auch auf die Sekundarschulebene und für die Zeit danach normiert.

Um festzustellen, ob Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt einen individuellen Rechtsanspruch auf inklusive Schulbildung an Regelschulen vorsieht, ist deshalb der Wortlaut dieser Vorschrift zu betrachten. In Art. 24 Abs. 1 BRK heißt es:

³¹ Die AEMR verkündet in Art. 2 wörtlich: „Jeder hat Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand...“

³² Vgl. Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Auflage 2009, S. 389 ff.; Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell, *Non-Discrimination Law*, Oxford 2007.

³³ Vgl. Paragraph 6 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 11 des VN-Sozialpaktausschusses zur Grundschulpflicht, nachzulesen in UN-Dokument E/C.12/1999/4 vom 10. Mai 1999. Deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen*, Baden Baden 2005, S. 246-249.

³⁴ Dabei macht es keinen Unterschied, welcher Rechtstradition die jeweilige Verfassung folgt. Als Beispiele genannt seien hier Art. 22 der afghanischen („Any kind of discrimination and privilege between the citizens of Afghanistan are prohibited. The citizens of Afghanistan – whether man or woman – have equal rights and duties before the law“), Art. 14 der indischen („The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.“), Art. 19 der iranischen („All people of Iran, whatever the ethnic group or tribe to which they belong, enjoy equal rights; color, race, language, and the like, do not bestow any privilege.“) und Art. 9 der südafrikanischen Verfassung („Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.“).

„Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives³⁵ Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel,

a) die menschlichen Möglichkeiten sowie das Bewusstsein der Würde und das Selbstwertgefühl des Menschen voll zur Entfaltung zu bringen und die Achtung vor den Menschenrechten, den Grundfreiheiten und der menschlichen Vielfalt zu stärken;

b) Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen;

c) Menschen mit Behinderungen zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen.³⁶

Artikel 13 Abs. 1 VN-Sozialpakt lautet in seiner deutschen Übersetzung:

*„Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, daß die **Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewußtseins ihrer Würde gerichtet sein** und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muß. Sie stimmen ferner überein, daß die Bildung es jedermann ermöglichen muß, eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen, daß sie Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern sowie die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Erhaltung des Friedens unterstützen muß.“³⁷*

³⁵ In der gemäß Art. 50 BRK verbindlichen englischen Version wird der Begriff “inclusive” und nicht etwa „integrative“ verwendet. Dazu im weiteren Verlauf des Gutachtens Näheres.

³⁶ BGBl. II Nr. 35 vom 31.12.2008. Dieser Passus lautet in der englischen Originalfassung: *States Parties recognize the right of persons with disabilities to education. **With a view to realizing this right without discrimination and on the basis of equal opportunity, States Parties shall ensure an inclusive education system at all levels and lifelong learning directed to:***

(a) The full development of human potential and sense of dignity and self-worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity;

(b) The development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential;

(c) Enabling persons with disabilities to participate effectively in a free society.”

³⁷ BGBl. II 1973, S. 1569. In der englischen Originalfassung heisst es: *“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that **education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity**, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.”*

Dieser jeweilige Wortlaut deutet auf den ersten Blick nicht zwingend auf eine subjektivrechtliche Ausrichtung des Art. 24 BRK hin. Beim Passus „...*anerkennen das Recht ...auf Bildung*“ handelt es sich vielmehr um eine für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte typische Formulierung, die eher einem Auftrag an die Vertragsstaaten gleichkommt, das Recht auf Bildung als solches wahrzunehmen und sich um dessen Verwirklichung zu bemühen. Anders als bei den meisten politisch-bürgerlichen Rechten heißt es nicht „*jeder hat das Recht auf (Bildung)*“. Aufgrund dieser Wortwahl könnte man nunmehr argumentieren, dass die Geltendmachung eines subjektiven Rechts aus Art. 24 BRK ausscheidet, zumal Art. 4 Abs. 2 BRK ausdrücklich regelt, dass für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der Konvention – entsprechend der grundlegenden Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt – das Prinzip der progressiven Umsetzung unter optimaler Ausschöpfung der verfügbaren (finanziellen) Ressourcen gilt. Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt enthält eine Reihe, die Rechtsnatur und Umsetzung von WSK-Rechten prägende Elemente: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.“ Im Mittelpunkt stehen dabei das Prinzip der schrittweisen Verwirklichung (Grundsatz der progressiven Umsetzung) sowie der bestmöglichen Ausschöpfung aller vorhandener Möglichkeiten (Ressourcenvorbehalt). Beide Prinzipien sind eng miteinander verknüpft und sind Gebot und Vorbehalt zugleich. Ohne ihre Verankerung wäre der Sozialpakt als rechtsverbindliches Instrument – historisch betrachtet – wohl nicht zustande gekommen.³⁸ Die Aufnahme der Prinzipien in die BRK könnte nun dazu verleiten, anzunehmen, dass eine unmittelbare Anwendung der Konventionsverpflichtungen allein schon aus diesem Grund ausgeschlossen ist.

Wie es bei den meisten Rechtsnormen der Fall ist, ist allerdings auch das Verständnis und die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt stetem Wandel unterzogen, zumeist bedingt durch gesellschaftspolitische Erkenntnisse oder Umwälzungsprozesse. Der Wandel im Hinblick auf das Grundverständnis von WSK-Rechten kann in erster Linie anhand der so genannten Limburg-Prinzipien aus dem Jahre 1987³⁹ sowie in den folgenden zwei

³⁸ Zur Entstehungsgeschichte siehe u.a. Eide/Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 27); Christian Tomuschat, *An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?* In: Klaus Dicke u.a. (Hrsg.), *Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 815 ff.

³⁹ Nachzulesen über www.escr-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=425445 (Zugriff: 30.10.09).

Jahrzehnten aus der Auslegungspraxis des Sozialausschusses abgelesen werden. Seine bereits erwähnte Allgemeine Bemerkung Nr. 3 stellt unter anderem in Paragraph 5 klar, dass der Sozialpakt sehr wohl Bestimmungen enthält, die unmittelbar vor Gerichten geltend gemacht werden können.⁴⁰ Eine unmittelbare Geltendmachung vor Gericht setzt die Existenz subjektiver Rechtspositionen voraus. Diese Auffassung wurde von den Vertragsstaaten des Sozialpaktes zu keinem Zeitpunkt grundlegend in Frage gestellt. Auch die Formulierung des Art. 24 BRK schließt mithin einen Individualanspruch nicht gänzlich aus. Im Falle der BRK wird dies sogar erstmals völkerrechtlich kodifiziert. Im Unterschied zu Art. 2 Abs. 1 VN-Sozialpakt enthält Art. 4 Abs. 2 BRK einen letzten Halbsatz, der wie folgt lautet:

*“Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, **unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.**”⁴¹*

Wie ein Blick auf die Genese des Artikels 4 Abs. 2 BRK deutlich macht und wie dies u.a. auch im Protokoll der abschließenden Beratung der mit dem Entwurf einer Konvention beauftragten Ad-hoc-Kommission vom 14. bis 25. August 2006 dokumentiert wurde, geht es hier darum, die dogmatische Entwicklung der vergangenen ca. zwei Jahrzehnte im Hinblick auf das Verständnis von WSK-Rechten als auch unmittelbar geltende Menschenrechtsnormen völkerrechtlich klarzustellen.⁴² Spätestens seit Formulierung der Limburg –Prinzipien haben sich der internationale Diskurs sowie die Praxis der Normsetzung und Normauslegung vom ausschließlich programmatischen Verständnis von WSK-Rechten gelöst. Anders lässt sich insbesondere auch die im Dezember 2008 getroffene Entscheidung der VN-Generalversammlung für die Einführung eines einzelfallbezogenen Mitteilungsverfahrens im Rahmen des VN-Sozialpaktes analog den

⁴⁰ Im Original lautet der hier entscheidende Passus: “...there are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems. Any suggestion that the provisions indicated are inherently non-self-executing would seem to be difficult to sustain.”

⁴¹ Im englischen Originaltext heisst es: “With regard to economic, social and cultural rights, each State Party undertakes to take measures to the maximum of its available resources and, where needed, within the framework of international cooperation, with a view to achieving progressively the full realization of these rights, **without prejudice to those obligations contained in the present Convention that are immediately applicable according to international law.**”

⁴² Die Dokumente des Ausarbeitungsprozesses im Rahmen der Ad-Hoc Kommission sind abrufbar unter: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocom.htm>. (27.11.2009).

bereits bestehenden Kommunikationsverfahren zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, zum internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung sowie zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, nicht erklären. Einer Argumentation, welche die Geltung des zuvor in Bezug auf die BRK verabschiedeten Zusatzprotokolls über Individualbeschwerdeverfahren für die in der Konvention enthaltenen WSK-Rechte in Zweifel zieht, ist damit jegliche Grundlage entzogen.⁴³ Die Vertragsstaaten der BRK gehen dementsprechend davon aus, dass im Zusammenhang mit WSK-Rechten unmittelbar geltende, individuell einklagbare Rechte existieren.

Wie Art. 13 Sozialpakt ist Art. 24 BRK zudem im normativen Gesamtzusammenhang der BRK und des übrigen Völkerrechts zu sehen. Bereits an dieser Stelle ist zu betonen, dass Art. 13 und seine Auslegung durch den Sozialpaktausschuss den Inhalt und die Auslegung des Art. 24 BRK grundlegend prägt. In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 13 zum Recht auf Bildung aus dem Jahr 1999 hat der VN-Sozialpaktausschuss nämlich festgestellt, dass das Recht auf Bildung eine Reihe wesentlicher Attribute umfasst: danach muss Bildung in allen Vertragsstaaten (a) verfügbar, (b) physisch wie wirtschaftlich zugänglich, (c) qualitativ und kulturell angemessen und (d) anpassungsfähig sein.

(a) Verfügbarkeit

Dieses Attribut sieht der Ausschuss gemäß Paragraph 6 (a) der Allgemeinen Bemerkung als gegeben an, wenn funktionsfähige Bildungseinrichtungen und -programme im Hoheitsbereich eines Vertragsstaates zur Verfügung stehen. Für die Situation von Menschen mit Behinderung lässt sich dies mithilfe von Paragraph 35 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 aus dem Jahre 1994, den Paragraph 36 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 13 ausdrücklich für den Bereich Bildung bekräftigt, bereits konkretisieren. Danach sind Bildungseinrichtungen und -programme nur dann funktionsfähig, wenn sie imstande sind, die besonderen Belange von Schüler/innen mit Behinderung in dem Maße zu berücksichtigen, dass innerhalb der Regelschulen die notwendige Ausstattung und

⁴³ Eibe Riedel, Zur Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im Völkerrecht. In: Thomas Giegerich/Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im globalen Zeitalter*, 2008, S. 71 ff; Valentin Aichele, Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt, VN 2 (2009), S. 72 ff.

Unterstützung vorhanden ist, um Schüler/innen mit Behinderung wie ihre Mitschüler/innen ohne Behinderung ihren individuellen Möglichkeiten entsprechend zu fördern.

(b) Zugänglichkeit

Zugänglichkeit versteht der Ausschuss als unterschiedslosen Zugang zu Bildungseinrichtungen und -programmen und unterteilt dabei die Kategorien Nichtdiskriminierung sowie physische und wirtschaftliche Zugänglichkeit. Wörtlich stellt der Ausschuss fest: „Bildung muss nach dem Gesetz und de facto für alle zugänglich sein, insbesondere für die schwächsten Gruppen, ohne dass eine Diskriminierung aus einem der unzulässigen Gründe stattfindet“.⁴⁴ In Verbindung mit der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 wiederum bedeutet dies gleiche Bildungschancen für Kinder und Jugendliche mit Behinderung innerhalb des Regelschulsystems.

Physisch zugänglich ist Bildung nur dann, wenn sie in sicherer physischer Reichweite, d.h. an einem in zumutbarer Entfernung gelegenen Ort stattfindet. Wirtschaftlich zugänglich ist Bildung, wenn sie für alle finanziell erschwinglich ist.

(c) Angemessenheit

Angemessen bzw. annehmbar findet Bildung nach Auffassung des Ausschusses nur statt, wenn Form und Inhalt, Lehrpläne und Lehrmethoden für alle Schüler hochwertig sind. Erneut im Zusammenhang mit der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5⁴⁵ gelesen, müssen Inhalte und Material deshalb darauf zugeschnitten sein, alle Schüler innerhalb des Regelschulsystems auf den ihren individuellen Möglichkeiten entsprechenden Bildungsstand zu bringen. Nur dann ist dem Kriterium der Hochwertigkeit genügt. Eine pauschale Reduzierung von Bildungsinhalten für eine pauschal definierte Schülergruppe entspricht jedenfalls diesem Kriterium nicht.

(d) Anpassungsfähigkeit

Mit diesem Attribut stellt der Ausschuss zudem fest, dass sich Bildung den Erfordernissen sich verändernder Gesellschaften anzupassen und den von vielfältigen sozialen und kulturellen Gegebenheiten geprägten Bedürfnissen der Schüler Rechnung zu tragen hat.

⁴⁴ Allgemeine Bemerkung Nr. 13, (UN-Dokument E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999), Paragraph 6 (b) (i). Deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte, a.a.O. (Fn. 33), S. 263-284.

⁴⁵ UN-Dokument E/1995/22 vom 9. Dezember 1994. Deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte, a.a.O. (Fn.33), S. 198-211.

Aus Paragraph 36 der Bemerkung wird deutlich, dass die Attribute auch für Personen mit Behinderung gelten. Durch die beiden oben zitierten Bemerkungen hat der Ausschuss bereits lange vor der Verabschiedung der BRK zu erkennen gegeben, dass das Recht auf Bildung nur dann diskriminierungsfrei und in hinreichendem Umfang gewährleistet ist, wenn Menschen mit Behinderung in das reguläre System einbezogen werden. Allein ein klares Bekenntnis zu inklusivem⁴⁶, gemeinsamem Unterricht ist der Interpretation des Ausschusses nicht zu entnehmen.

Die Attribute werden allerdings nunmehr durch Art. 24 BRK auf die Situation von Menschen mit Behinderung weiter spezifiziert und in ihrer Bestimmtheit konkretisiert.

Das Attribut der Verfügbarkeit im Sinne funktionsfähiger Einrichtungen und Programme bedeutet demnach in Anbetracht der BRK nicht mehr nur, dass Einrichtungen und Programme vorhanden sind, die Menschen mit Behinderung den Besuch von Regelschulen ermöglichen, sondern dass die Einrichtungen und Programme auf inklusive Beschulung im Sinne wohnortnaher gemeinsamer und zieldifferenter Unterrichtung ausgerichtet sind. Anders sind die Formulierungen *“gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen”*, *“Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben”* und *“Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems die notwendige Unterstützung geleistet wird, um ihre erfolgreiche Bildung zu erleichtern”* in Art. 24 BRK nicht zu deuten.⁴⁷

“Physisch zugänglich” bedeutet nach der BRK nunmehr, dass ein Ausschluss aus dem allgemeinen Schulsystem aufgrund von Behinderung grundsätzlich rechtswidrig ist und dass angemessene Vorkehrungen getroffen werden, die allen Kindern den Besuch allgemeiner Schulen ermöglichen. Besonders wichtig ist hierbei der Gesichtspunkt der Barrierefreiheit, der die BRK in Artikel 9 sowie speziell auf Bildung zugeschnitten auch in Art. 24 eine überragende Bedeutung für das Gelingen der gesamtgesellschaftlichen Inklusion von Menschen mit Behinderungen zuspricht. Barrierefreiheit ist nach der

⁴⁶ Siehe dazu unten S. 43ff.

⁴⁷ In der englischen Originalversion lauten die Passagen: *“...shall ensure an **inclusive education system at all levels...**”, “...persons with disabilities can access an inclusive, quality and free primary education and secondary education **on an equal basis with others in the communities in which they live...**” und “...persons with disabilities receive the support required, within the general education system, to facilitate their effective education”.*

Konvention weit gefasst. Danach sind nach dem Umfeldorientierten Verständnis von Behinderung nicht nur physische Barrieren wie unüberwindbare Stufen zu entfernen, sondern beispielsweise auch der Mangel an der Gebärdensprache mächtigen Lehrpersonals für gehörlose Schüler oder das Fehlen von Schulungsmaterial in Brailleschrift. Barrieren stellen aber auch die negativen Einstellungen und Vorurteile von Mitschülern und Lehrkräften dar, die den Menschen mit Behinderung vielerorts den Zugang faktisch sehr erschweren.

„Qualitative Angemessenheit“ des Unterrichts und „Anpassungsfähigkeit“ sind gemäß der BRK nur gegeben, wenn individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen entlang der spezifischen Vorgaben der Absätze 2, 3 und 4 des Art. 24 BRK angeboten werden, die die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung ermöglichen. Angemessenheit des Unterrichts kann zum Beispiel erzielt werden durch zieldifferente Bildungsziele oder auch binnendifferenzierende Methodik. Die Abs. 3 und 4 des Art. 24 BRK präzisieren die zu treffenden Maßnahmen und erläutern, wie Bildung für Menschen mit Behinderung im allgemeinen Schulsystem umzusetzen ist. Art. 24 Abs. 3 BRK lautet:

Die Vertragsstaaten ermöglichen Menschen mit Behinderungen, lebenspraktische Fertigkeiten und soziale Kompetenzen zu erwerben, um ihre volle und gleichberechtigte Teilhabe an der Bildung und als Mitglieder der Gemeinschaft zu erleichtern. Zu diesem Zweck ergreifen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen; unter anderem

a) erleichtern sie das Erlernen von Brailleschrift, alternativer Schrift, ergänzenden und alternativen Formen, Mitteln und Formaten der Kommunikation, den Erwerb von Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten sowie die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen und das Mentoring;

b) erleichtern sie das Erlernen der Gebärdensprache und die Förderung der sprachlichen Identität der Gehörlosen;

c) stellen sie sicher, dass blinden, gehörlosen oder taubblinden Menschen, insbesondere Kindern, Bildung in den Sprachen und Kommunikationsformen und mit den Kommunikationsmitteln, die für den Einzelnen am besten geeignet sind, sowie in einem Umfeld vermittelt wird, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet.

Art. 24 Abs. 4 BRK verpflichtet dazu, geeignete Maßnahmen zu treffen,

zur Einstellung von Lehrkräften, einschließlich solcher mit Behinderungen, die in Gebärdensprache oder Brailleschrift ausgebildet sind, und zur Schulung von Fachkräften sowie Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf allen Ebenen des Bildungswesens. Diese Schulung schließt die Schärfung des Bewusstseins für Behinderungen und die Verwendung geeigneter ergänzender und alternativer Formen, Mittel und Formate der Kommunikation sowie pädagogische Verfahren und Materialien zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen ein.

Die Fülle und Präzision dieser in der Konvention konkret aufgeführten Maßnahmen im Rahmen eines inklusiven Beschulungssystems betont in ihrer Gesamtheit den individualschützenden Charakter des Art. 24 BRK. Das Recht auf Bildung wird von der BRK nach alledem insgesamt in einem solchen Grad der begrifflichen Bestimmtheit umschrieben, dass daraus unmittelbar anwendbare, individuelle Rechtspositionen abgeleitet werden können.⁴⁸

Dieser Befund wird untermauert, wenn man Art. 24 BRK und dabei die Frage des Zugangs zu Bildung, insbesondere in Form des diskriminierungsfreien Zugangs zur Regelschule im Lichte des allgemeinen Diskriminierungsverbots als einem zentralen Grundsatz aller menschenrechtlichen Schutznormen sieht. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass keiner der VN-Menschenrechtsverträge eine allgemeine Definition dessen enthält, was als Diskriminierung zu werten ist. Im Wesentlichen orientieren sich die Vertragsausschüsse bei ihren jeweiligen Empfehlungen an zwei Definitionsansätzen. Der erste dieser Ansätze ist von den auf die Überwindung gruppenspezifischer Diskriminierung ausgerichteten Konventionen zum Schutze vor Rassendiskriminierung (CERD) sowie gegen Diskriminierung von Frauen (CEDAW) geprägt. Die Vertragsorgane dieser Abkommen verstehen Diskriminierung zusammengefasst als jede Unterscheidung, jeder Ausschluss oder jede Bevorzugung aufgrund unzulässiger Differenzierungskriterien, die den Zweck oder die Wirkung haben, die gleichberechtigte Wahrnehmung von Rechten zu beschränken.⁴⁹

⁴⁸ Ebenso Theresia Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, S. 200 (217); Clemens Alexander Müller, Die VN-Behindertenrechtskonvention und das Recht auf Bildung, (Manuskript - im Erscheinen); Latham & Watkins, *Völkerrechtliche Fragen des inklusiven Unterrichts in Deutschland im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung*, Gutachten für die Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben – Gemeinsam lernen e.V., April 2009, S. 12 ff. (Manuskript).

⁴⁹ "Any distinction, exclusion or preference on prohibited grounds, with the purpose or effect of impairing the equal enjoyment of rights."; Vgl. Wouter Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen 2005, S. 83.

Der zweite Definitionsstrang geht auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zurück, der Diskriminierung als „*unterschiedliche Behandlung von vergleichbaren Sachverhalten ohne dass dies vernünftige Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen*“ versteht.⁵⁰ Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Dogmatik des Art. 3 Grundgesetz (GG). Der EGMR stellt Diskriminierung in vier Schritten fest: *erstens* prüft er, ob eine Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte vorliegt; *zweitens*, ob diese Sachverhalte vergleichbar sind; *drittens*, ob die Ungleichbehandlung durch objektive und vernünftige Erwägungen zu rechtfertigen ist; in einem *vierten* Schritt prüft der Gerichtshof schließlich die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck der Ungleichbehandlung.

Die jüngeren Stellungnahmen der VN-Vertragsorgane lassen ebenfalls einen Trend hin zur Herangehensweise des EGMR erkennen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsorgane im Staatenberichtsverfahren lediglich abschließende Bemerkungen als Empfehlungen an die Vertragsstaaten formulieren und in quasi-gerichtlichen Individualverfahren auf Einzelfälle bezogene Empfehlungen abgeben.⁵¹ Unabhängig vom Definitionsansatz sind sich die Vertragsorgane aber darin einig, dass die in ihren jeweils zu überwachenden Konventionen enthaltenen Diskriminierungsverbote unmittelbar geltende Grundsätze darstellen, die jeder Vertragsstaat, zumindest auf rechtlicher Ebene, ohne Rücksicht auf zur Verfügung stehende Ressourcen verbindlich zu achten hat. Die hier vor allem relevanten Ausschüsse für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie für die Rechte von Kindern haben dies in zahlreichen ihrer so genannten abschließenden Bemerkungen zu Staatenberichten und auch in mehreren Allgemeinen Bemerkungen wiederholt bekräftigt.⁵²

Vor diesem Hintergrund muss Bildung nach dem Gesetz und de facto für alle Teile der Bevölkerung frei von Diskriminierung zugänglich sein. In seinem Satz 2 macht sich Art.

⁵⁰ „*Differential treatment in comparable situations without an objective and reasonable justification*“; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwendet diesen Definitionsansatz seit seiner Entscheidung zum so genannten *Belgische Sprachen*-Fall aus dem Jahre 1968, Urteil vom 23. Juli 1968, Series A, No.6; vgl. auch Vandenhole, S. 33f. und 83.

⁵¹ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Working with the United Nations Human Rights Programme – A Handbook for Civil Society*, 2008, S. 31ff, abrufbar unter:

http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/CivilSociety/Documents/Handbook_en.pdf (26.11.2009)

⁵² Der Sozialpakt Ausschuss hat dies grundlegend in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 3 aus dem Jahre 1990 (vgl. dort die Paragraphen 1 und 32) festgestellt und in zahlreichen darauf folgenden Allgemeinen Bemerkungen, wie zum Beispiel Nr. 16 zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern (dort Paragraph 16) oder auch Nr. 15 zum Recht auf Wasser (dort Paragraph 17) und Nr. 14 zum Recht auf Gesundheit (dort Paragraph 30), konsequent bekräftigt. Auch in seinen abschließenden Bemerkungen zu Staatenberichten hat der Ausschuss dies stets betont (siehe nur Paragraph 38 der Bemerkungen zum vierten Staatenbericht Italiens, UN-Dokument E/C.12/1/Add.103). Der Kinderrechtsausschuss hat die Ressourcenunabhängigkeit zum Beispiel in seinen abschließenden Bemerkungen zu den Staatenberichten Frankreichs (UN-Dokument CRC/C/15/Add.20) oder auch Boliviens (UN-Dokument CRC/C/15/Add.1) konstatiert.

24 Abs. 1 BRK das Diskriminierungsverbot zu eigen. Für alle Bestimmungen der Konvention ist dieses Verbot zudem als allgemeiner Grundsatz in Art. 3 (b) BRK verankert. Wie der Sozialpaktausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 13 zum Recht auf Bildung betont, unterliegt das Verbot der Diskriminierung weder dem Vorbehalt der Progressivität noch der Finanzierbarkeit. In Paragraph 31 dieser Bemerkung heißt es wörtlich:

“Das in Artikel 2 Abs. 2 des Paktes verankerte Diskriminierungsverbot ist weder allmählich zu verwirklichen noch von der Verfügbarkeit von Ressourcen abhängig. Es findet in vollem Umfang und umgehend auf alle Aspekte der Bildung Anwendung und umfasst alle völkerrechtlich unzulässigen Gründe der Diskriminierung.“

Zu den völkerrechtlich unzulässigen Gründen der Diskriminierung gehören dabei nicht nur die rechtliche Diskriminierung per Gesetz, sondern auch Diskriminierungen de facto. Dies hat der VN-Sozialpaktausschuss 2009 in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 20 zum Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2 VN-Sozialpakt verdeutlicht. Unter Paragraph 8 heißt es dort:

*“In order for States parties to “guarantee” that the Covenant rights will be exercised without discrimination of any kind, **discrimination must be eliminated both formally and substantively:***

(a) Formal discrimination: Eliminating formal discrimination requires ensuring that a State’s constitution, laws and policy documents do not discriminate on prohibited grounds; for example, laws should not deny equal social security benefits to women on the basis of their marital status.

*(b) Substantive discrimination: Merely addressing formal discrimination will not ensure substantive equality as envisaged and defined by Article 2(2). The effective enjoyment of Covenant rights is often influenced by whether a person is a member of a group characterized by the prohibited grounds of discrimination. Eliminating discrimination in practice requires paying sufficient attention to groups of individuals which suffer historical or persistent prejudice instead of merely comparing the formal treatment of individuals in similar situations. States parties must therefore **immediately adopt** the necessary measures to prevent,*

*diminish and eliminate the conditions and attitudes which cause or perpetuate substantive or de facto discrimination... ”.*⁵³

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die Kriterien der Unmittelbarkeit und Ressourcenunabhängigkeit auch für die Überwindung von *de facto*-Diskriminierungen gelten können. Dagegen spricht, dass faktische Diskriminierungen realistisch gesehen kaum innerhalb kürzester Zeit abstellbar sind. Darauf deutet auch der Ausschuss in der oben zitierten Passage hin, indem er vom unverzüglichen Ergreifen von Maßnahmen spricht. Ein Beispiel für *de facto*-Diskriminierung von Schülern mit Behinderung ist die ausgrenzende, benachteiligende Umsetzung der Lehrplanvorgaben durch die jeweiligen Lehrkräfte. In einem solchen Fall können Gesetzeslage und Behördenpraxis noch so sehr den Inklusionsansatz (d.h. Anerkennung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Regelschule) verinnerlicht haben, Diskriminierung im Schulalltag, die auf tatsächlichem menschlichem Verhalten basieren, können nicht mit Sicherheit unmittelbar abgestellt werden. Im Ergebnis kann es jedoch bei der Frage nach einem individuellen Anspruch auf Regelbeschulung nicht auf die Dimension der *de facto*-Diskriminierung ankommen. Unter *de facto*-Diskriminierungen leiden Kinder im Schulalltag beispielsweise auch aufgrund ihres ethnischen Hintergrunds, sei es durch offene Benachteiligung oder durch subtile Verfestigung von Vorurteilen durch Lehrmaterial. Auch dies kann der Staat nicht binnen kürzester Zeit abstellen. Niemand würde jedoch daran denken, diesen Kindern deshalb den Rechtsanspruch auf Zugang zum Regelschulsystem zu verwehren. Entscheidend für einen solchen Anspruch ist hier vielmehr, dass Kinder mit Behinderung aufgrund der bestehenden Gesetzeslage vom gemeinsamen Unterricht mit Kindern ohne Behinderung ausgeschlossen werden. Es geht also um ein Problem der rechtlichen wie auch tatsächlichen Diskriminierung. Würde sich die Gesetzeslage oder Behördenpraxis ändern – was ohne Rücksicht auf Ressourcen zu geschehen hat – würde Diskriminierung von Schulkindern mit Behinderung vermieden.

Art. 3 BRK nennt ausdrücklich die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der vollen und wirksamen Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft, sowie die Chancengleichheit und Zugänglichkeit im Sinne von Barrierefreiheit.⁵⁴ Darin spiegelt sich

⁵³ Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (UN-Dokument E/C.12/GC/20 vom 10. Juni 2009).

⁵⁴ „Die Grundsätze dieses Übereinkommens sind: ...b) die Nichtdiskriminierung; c) die volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft; ...e) die Chancengleichheit; f) die Zugänglichkeit; g) die Gleichberechtigung von Mann und Frau;...“

die Grundausrichtung der BRK wider, die in erster Linie vor Diskriminierung schützen, aber auch gesellschaftliche Gleichstellung erreichen soll.⁵⁵

Wie Art. 2 Abs. 2 des Sozialpaktes in Hinblick auf die dort enthaltenen Rechte, ist das in Art. 3 BRK als allgemeiner, rechteübergreifender Grundsatz verankerte Diskriminierungsverbot auch Teil des Art. 24 BRK. D.h. konkret, dass das Recht auf Bildung gemäß Art. 24 BRK einen Kernbereich enthält, der unabhängig von progressiver und ressourcenabhängiger Umsetzung Personen mit Behinderung einen unmittelbaren Achtungs-, Schutz- und Erfüllungsanspruch vermittelt.⁵⁶ Systematisch ist Art. 24 BRK mithin so zu verstehen, dass er Kindern mit Behinderung grundsätzlich den diskriminierungsfreien Zugang zur Regelschulbildung vermittelt. Etwas anderes kann auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift und im Lichte der BRK nicht gelten. Im Kern formuliert die Konvention lediglich aus, was essentieller Bestandteil menschlicher Würde ist: Die Menschenwürde gebietet, dass jeder Mensch die Möglichkeit haben muss, sich nach den eigenen Fähigkeiten und unter Achtung seiner persönlichen Integrität selbstbestimmt, frei und ungehindert entwickeln zu können. Dazu haben sich die Vertragsstaaten durch Schaffung der BRK verbindlich bekannt, was beispielsweise die Präambel gleich zu Beginn unter dem Buchstaben a) – *„unter Hinweis auf die in der Charta der Vereinten Nationen verkündeten Grundsätze, denen zufolge die Anerkennung der Würde und des Wertes, die allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnen sowie ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet...“*⁵⁷ – sowie auch Art. 1 Abs. 1 und 3 (a) BRK im übrigen bestätigen. Liest man Art. 24 Abs. 1 BRK in seiner Gesamtheit und insbesondere auch im Zusammenhang mit Art. 3 (b) und 5 BRK, muss man zu dem Schluss kommen, dass die Verwehrung des Zugangs zu gemeinsamem Unterricht mit Kindern ohne Behinderung grundsätzlich das Recht auf Bildung von Kindern mit Behinderung in seinem Kern trifft. Art. 24 BRK wird also nur dann dem Sinn und Zweck der Konvention gerecht, wenn man ihn im Hinblick auf die Frage nach Zugang zu

⁵⁵ Das Gebot der Gleichstellung als Grundlage für aktive Maßnahmen zur Überwindung von und Vorbeugung gegen Diskriminierung wird in Art. 5 BRK wie folgt konkretisiert:

„(1) die Vertragsstaaten anerkennen, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben.

(2) Die Vertragsstaaten verbieten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen.

(3) Zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung unternehmen die Vertragsstaaten alle geeigneten Schritte, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten.“

⁵⁶ Degener, a.a.O. (Fn. 48), S. 217.

⁵⁷ Im Englischen: *„Recalling the principles proclaimed in the Charter of the United Nations which recognize the inherent dignity and worth and the equal and inalienable rights of all members of the human family...“*

Regelschulen als subjektiv-rechtliche Anspruchsnorm versteht. Konkret bezogen auf Regelschulbildung bedeutet dies, dass jedes Kind ohne Diskriminierung in deren Genuss kommen soll.

Im Lichte der BRK kann nicht eingewandt werden, dass bei der Frage des Zugangs zu Regelschulen gerade kein vergleichbarer Sachverhalt gegeben ist, wenn ein Kind mit Behinderung und eines ohne Behinderung angemeldet wird, so dass in einer Sonderschulzuweisung⁵⁸ durch die zuständige Behörde nicht zwingend ein Fall von Diskriminierung zu sehen ist und es daher im Ermessen der Behörde steht, ob ein Kind zur Regelschule zugelassen wird. Der subjektiv-rechtliche Kern des Art. 24 BRK schließt die Ausübung von Ermessen im Einzelfall zwar nicht aus, jedoch gebietet die Grundausrichtung der BRK als Instrument, welches Menschen mit Behinderung als Teil einer von menschlicher Diversität geprägten Gesellschaft betrachtet und sie als aktive Rechtssubjekte begreift, dass das Schulwesen zunächst grundsätzlich davon auszugehen hat, dass alle Schülerinnen und Schüler eine gemeinsame Gruppe bilden. Bei der Frage des Zugangs zu Bildung – insbesondere in den hier relevanten Primar- und Sekundarstufen – geht es also grundsätzlich um einen vergleichbaren Sachverhalt: die Anmeldung eines Kindes mit Behinderung an einer Regelschule ist gleich zu behandeln, wie die Anmeldung eines Kindes ohne Behinderung. Die Sonderzuweisung aufgrund einer Behinderung in ein separates Fördersystem ist daher grundsätzlich als Verstoß gegen Artikel 24 in Verbindung mit 3 und 5 BRK zu werten, gegen den die betroffenen Schülerinnen und Schüler unmittelbar rechtlich vorgehen können. Wie genau dieser Anspruch in der innerstaatlichen Praxis auszugestaltet ist, wird im weiteren Verlauf des Gutachtens näher analysiert, wenn es um die Frage der konkreten innerstaatlichen Umsetzung geht.

3. Gilt das Recht auf inklusive Bildung nach Art. 24 BRK uneingeschränkt?

Wie auch die Rechte des innerstaatlichen Verfassungsrechts, so können auch international verbürgte Menschenrechte nicht uneingeschränkt geltend gemacht werden. Als mögliche völkerrechts- bzw. systemimmanente Grenzen für die Geltendmachung von Art. 24 BRK kommen im Wesentlichen (a) *die Rechte Dritter* und (b) *unverhältnismäßige Mehrkosten* in Betracht.⁵⁹

⁵⁸ Hier sei darauf hingewiesen, dass die einzelnen Bundesländer ihre Einrichtungen für sonderpädagogische Förderung unterschiedlich bezeichnen. Neben dem Begriff der „Sonderschule“ gibt es weitere, wie zum Beispiel den Begriff der „Förderschule“.

⁵⁹ Theoretisch könnte man noch an das Entscheidungsrecht der Eltern als Schranke im Innenverhältnis zum Kind denken, jedoch soll sich das vorliegende Gutachten allein auf das Verhältnis zum Staat bzw. Schulträger konzentrieren.

Den Grundsatz des Kindeswohls, der in Artikel 3 der VN-Kinderrechtskonvention (KRK)⁶⁰ und speziell für die Situation von Kindern mit Behinderung in Artikel 7 Abs. 2 BRK verankert ist, wird man nicht als Schranke des Rechts auf Zugang zu Regelschulen heranziehen können. Weder die KRK noch die BRK enthalten eine genaue Definition dessen, was unter Kindeswohl zu verstehen ist. Auch die völkerrechtliche Literatur kennt keinen einheitlichen Kindeswohlbegriff.⁶¹ In jedem Fall kann das Kindeswohl als ein Rechtsgrundsatz bezeichnet werden, der dazu anhalten soll, Rechte aus der subjektiven Perspektive des einzelnen Kindes selbst zu lesen. Das Kindeswohl stellt demnach nicht etwa eine staatlich vorgegebene Einschätzung, sondern die Sicht des Kindes selbst dar. Das Kindeswohl aus der Perspektive der BRK dient deshalb in erster Linie dazu, Kindern mit Behinderung die Durchsetzung ihres Anspruchs auf gesellschaftliche Inklusion zu erleichtern und zu gewährleisten, nicht jedoch dient es, wie zum Teil in der Literatur vertreten wird, als Schranke eben dieses Anspruchs.⁶² Im Hinblick auf die BRK wäre es systemwidrig, wenn das Kindeswohlprinzip der Grundausrichtung der BRK als Instrument der gesellschaftlichen Inklusion und Stärkung von Menschen mit Behinderung entgegenwirken würde. Wie sämtliche Bestimmungen der BRK so kann auch Art. 7 BRK nur im Lichte des Inklusionsgedankens im Sinne einer bestmöglichen Förderung aller Kinder zu verstehen sein. Sieht man Artikel 7 Abs. 2 BRK in diesem Licht, wird deutlich, dass man dem Kindeswohl behinderter Kinder nur dann gerecht wird, wenn man sie in sämtliche gesellschaftliche Bereiche inkludiert. Damit ist der Kindeswohlaspekt als Schranke für den Zugangsanspruch nahezu ausgeschlossen. Anders können die Bestimmungen der BRK nicht zu verstehen sein.

(a) Rechte Dritter

Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt schützt ohne Zweifel das Recht auf Bildung aller Schulkinder. Das heißt jedes Schulkind hat ein schutzwürdiges Interesse an persönlicher Entwicklung, Selbstbestimmung und gesellschaftlicher Achtung. Dieses Interesse hat der Staat bei der Ausgestaltung des Schulsystems vorrangig zu beachten. Das Interesse umfasst alle der oben genannten Attribute, deren bestmögliche Realisierung – hier insbesondere das Attribut der Annehmbarkeit im Sinne eines hohen qualitativen

⁶⁰ BGBl. II 1992, S. 121.

⁶¹ Vgl. nur Gabriele Dorsch, *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Berlin 1994, S. 103 ff.

⁶² Die Gegenansicht vertreten zum Beispiel Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer, *Von der Integration zur Inklusion – Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung*, 2008, S. 35/36 oder auch Latham/Watkins, a.a.O. (Fn. 48), die auf S. 17/18

Standards – darf nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Die Ansicht, dass die gemeinsame Unterrichtung behinderter und nicht behinderter Schüler/innen im Allgemeinen gerade dies bewirkt und damit das Recht auf Bildung der Mitschüler/innen eines behinderten Kindes übermäßig beeinträchtigt, ist nicht vertretbar.⁶³ Eine entsprechende generelle Annahme wäre weder pädagogisch noch sozialwissenschaftlich und damit auch juristisch kaum haltbar.⁶⁴ Dies bestätigt allen voran die Existenz der BRK als solche. Die Konvention ist Ausdruck der Überzeugung, dass gemeinsamer Unterricht alle beteiligten Schüler/innen in ihrer persönlichen Entwicklung positiv fördert und nicht etwa die Ausschöpfung von Potenzial bremst, oder die besondere Gefahr negativer Auswirkungen nach sich zieht. Sie normiert den in den vergangenen Jahrzehnten vollzogenen Paradigmenwechsel im Umgang mit Behinderung. Dies haben die obigen Ausführungen zum Begriff der Behinderung bereits deutlich gemacht. Die verhandelnden Regierungen haben diese Überzeugung gemeinsam geteilt, als sie sich auf einen Konventionstext einigten, der in allen gesellschaftlichen Bereichen den Weg der Inklusion klar vorgibt. Das Recht auf Bildung von Mitschülern kann also allenfalls dann als Einschränkung in Betracht kommen, wenn im konkreten Fall ganz überwiegende, nur für diesen Einzelfall geltende Gründe gegeben sind, aus denen sich zwingend ergibt, dass Entwicklung und Lernerfolge der anderen Schüler erheblich beeinträchtigt werden.

Denkbar wäre zum Beispiel, dass ein behindertes Kind durch ständiges Schreien den Unterricht so schwerwiegend beeinträchtigt, dass der gemeinsame Unterricht praktisch nicht durchgeführt werden kann. Nach der Konzeption der inklusiven Beschulung der BRK bedeutet dies allerdings keineswegs, dass in einem solchen Fall das betreffende Kind zwingend von der Regelschule auszuschließen ist; vielmehr müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, diesem Kind die Unterrichtung an der Regelschule weitestgehend zu ermöglichen, etwa durch Ausweichen in einen anderen Raum. Häufig ist auch nur eine vorübergehende, durch sonderpädagogische bzw. psychologische Maßnahmen an der Regelschule bewirkte Sonderbetreuung erforderlich. Zudem werden in diesen seltenen Fällen häufig nur einzelne Schulfächer betroffen sein

Dieser Aspekt kann ausnahmsweise das Ermessen des zuständigen Entscheidungsträgers anlässlich der Anmeldung eines Kindes mit Behinderung an einer Regelschule beeinflussen, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Existenz eines gleichen Zugangsanspruchs für Kinder mit Behinderung zu Regelschulen. Hier wird ein

⁶³ Mitschüler/innen können sowohl Kinder mit Behinderung als auch ohne Behinderung sein.

⁶⁴ Vgl. dazu Klaus Klemm, Sonderweg Förderschulen. Hoher Einsatz, wenig Perspektiven. Eine Studie zu den Ausgaben und zur Wirksamkeit von Förderschulen in Deutschland, Bertelsmann Stiftung 2009, S. 7 ff.

grundsätzliches Problem aufgeworfen: denn der persistierend schreiende Schüler stört in der Regelschule die Mitschüler/innen ohne Behinderung und ebenso in der Förderschule die Schüler/innen mit Behinderung; die BRK verbietet nun, hier eine Gewichtung zu treffen nach dem Motto: es ist nicht so schlimm, wenn die Förderschüler gestört werden. Denn wenn ein „Schreikind“ den Förderschülern zumutbar ist, muss er auch den Regelschülern zumutbar sein; ein Rangverhältnis ist nicht zulässig, und alles andere wäre eine Diskriminierung. Also kann und muss es nur darum gehen, die Bedingungen so zu schaffen, dass – was in beiden Schulen nötig wäre – Bedingungen für das betreffende Kind geschaffen werden, unter denen es nicht schreit oder – im Extremfall durch Einzelbetreuung – niemanden stört. Insoweit muss in jedem Fall eine ganz individuelle Lösung gefunden werden. Das geht sowohl in der Regelschule als auch in der Förderschule.

Angesichts seiner engen Anbindung an die menschliche Würde und in Anbetracht des von der BRK rechtsverbindlich vorgegebenen Inklusionsziels ist das Verbot, Kinder mit Behinderung aufgrund ihrer Behinderung von der Regelschule auszuschließen, dabei von so überragender Bedeutung, dass eine Entscheidung auf Zuweisung an separate Bildungseinrichtungen im Hinblick auf die Beweislast äußerst hohen Anforderungen genügen müsste. Da sich Wissenschaft und Praxis, speziell im Bereich der Pädagogik, fast ausnahmslos darüber einig sind, dass gemeinsames Lernen im regulären Schulbetrieb für Kinder mit und ohne Behinderung von Vorteil ist⁶⁵, dürfte die Darlegung beweisbegründender Tatsachen in der Praxis nur schwerlich und allenfalls für wenige Fälle in Betracht kommen. Dies gilt insbesondere für *ex ante*-Betrachtungen.

(b) Ressourcenvorbehalt als Schranke?

Schließlich ist zu erörtern, ob und inwieweit das Argument etwa entstehenden, möglicherweise in den Augen der Behörde auch unverhältnismäßigen Aufwands eine rechtliche Schranke des dem Grunde nach bestehenden Zugangsanspruchs begründen kann. Schwierig ist diese Frage deshalb, weil der mit dem Progressivitätsvorbehalt eng verknüpfte allgemeine Ressourcenvorbehalt gemäß Art. 4 Abs. 2 BRK für den am Verbot der Diskriminierung orientierten Kern des Rechts auf Bildung gemäß Art. 24 BRK gerade nicht gilt. Was unter dem Ressourcenvorbehalt zu verstehen ist, hat der Sozialpaktausschuss in einem, die Allgemeine Bemerkung Nr. 3 ergänzenden Statement

⁶⁵ Davon ist auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Verbot der Benachteiligung Behinderter im Bereich des Schulwesens aus dem Jahre 1997 überzeugt. Vgl. BVerfGE 96, 304/305.

aus dem Jahre 2007 näher erläutert.⁶⁶ Nach Auffassung des Ausschusses gilt dieser Vorbehalt insoweit, dass der Staat die Verteilung seiner Ressourcen auf vernünftige und angemessene Erwägungen zu stützen hat. Dabei betont der Ausschuss, dass ein Mangel an Ressourcen keine Rechtfertigung dafür ist, von unverzüglichen Umsetzungsmaßnahmen, insbesondere zum Schutz von marginalisierten und benachteiligten Bevölkerungsgruppen abzusehen.

Realistisch betrachtet wird sich nahezu jede Rechtsordnung der Welt schwer damit tun, einem unmittelbaren Anspruch auf Gleichbehandlung gerecht zu werden, da ein unmittelbar geltendes Individualrecht in den meisten Fällen die umgehende Umstrukturierung von Schulen, Lehrplänen, didaktischen Methoden, etc. erforderlich machen würde, was auch in Deutschland nicht sofort umsetzbar erscheint. Zudem muss man sich vergegenwärtigen, dass Gleichbehandlung von behinderten Kindern nicht schon dadurch gegeben ist, dass sie mit in der Klasse sitzen und der Unterricht einfach wie bisher weiter geht. Insofern unterscheidet sich die Diskriminierung aufgrund von Behinderung von der aufgrund von z.B. Hautfarbe, mit der Folge, dass sich die Frage stellt, ob das Diskriminierungsverbot hier doch eine progressive Komponente hat und der Finanzierungsvorbehalt den unmittelbar einklagbaren Rechtsanspruch im Sinne der Machbarkeit und Finanzierbarkeit einschränkt.⁶⁷ Trotzdem verlangt die BRK, dass Ausgrenzung bzw. Sonderbehandlung von Kindern mit Behinderung als absoluter Ausnahmefall zu gelten hat. Diese unmittelbar zu verwirklichende Vorgabe erfasst das Recht auf Bildung in seinem Wesensgehalt entsprechend dem Rechtsgedanken des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (GG). Das Recht schulpflichtiger Kinder und Jugendlicher mit Behinderung auf inklusive Bildung wird nur dann geachtet, wenn ihnen ein wirksames Instrument zur Verfügung steht, drohender Ausgrenzung entgegenzutreten. Dieses Instrument kann nur darin bestehen, dass grundsätzlich allen Schüler/innen die Berechtigung zugesprochen wird, am Regelschulbetrieb teilzunehmen. Diskriminierungsschutz ist nur dann effektiv gewährleistet, wenn er für den potenziell Betroffenen die Möglichkeit bereithält, selbst gegen Ausgrenzung vorzugehen und nicht lediglich auf die Bereitschaft staatlicher Stellen zur Umsetzung angewiesen zu sein. Bei bürgerlich-politischen Rechten stünde dies ohnehin außer Frage, obgleich auch deren Verwirklichung im Einzelfall nicht sofort machbar erscheint. Als Beispiele seien im Hinblick auf Menschen mit Behinderung nur das Wahlrecht, die Wahrnehmung der

⁶⁶ UN-Dokument E/C.12/2007/1 vom 10. Mai 2007.

⁶⁷ Zur Machbar- und Finanzierbarkeit vgl. BVerfGE 96, 305f..

Meinungs- und Informationsfreiheit (Stichwort: Barrierefreie Medien) oder das Recht auf Eheschließung genannt. Diskriminierung unterscheidet jedoch in ihrer Wirkung auf die Lebensrealität des/r Einzelnen nicht nach wirtschaftlich-sozialen und bürgerlich-politischen Rechten. Im Ergebnis ist der Ressourcenvorbehalt mithin als Schranke des Anspruchs auf inklusive Bildung anzuerkennen, jedoch findet er seine Beschränkung wiederum im Wesensgehalt bzw. Kern des Rechts auf diskriminierungsfreie, inklusive Bildung gemäß den Vorgaben der BRK.

Die Schwierigkeit besteht vorliegend also darin, praktische Konkordanz herzustellen zwischen dem realistisch-faktischen Problem der Anpassung des gesamten Schulsystems an den Grundsatz inklusiver Beschulung und dem unmittelbar geforderten individuellen Diskriminierungsschutz – dieser gestützt auf die Menschenwürde.

Um diesen Konflikt zu lösen, bietet es sich zunächst an, die beiden Ebenen gesondert zu betrachten: zum einen die Ebene der strukturellen Umsetzung, zum anderen die der individuellen Umsetzung. Auf struktureller Ebene („Makroebene“) verlangt die BRK, das Schulsystem sukzessive, aber flächendeckend auf inklusive Beschulung aller schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen auszurichten. Auf der vorliegend in erster Linie relevanten Einzelfallebene („Mikroebene“) ist dagegen für jedes Kind mit Behinderung, welches für den Besuch der Regelschule angemeldet wird, der Zugang zum Regelschulsystem unmittelbar zu gewährleisten. Auf der Einzelfallebene unterliegt der Zugangsanspruch in seiner konkreten Ausgestaltung grundsätzlich einem staatlichen Ermessen, das jedoch seinerseits nach der BRK durch das Erfordernis der „angemessenen Vorkehrungen“ gemäß Art. 2 BRK und den Grundsatz der gesellschaftlichen und damit auch schulischen Inklusion begrenzt wird.

Als Ermessensmaßstab dient dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser Grundsatz gilt anerkanntermaßen sowohl für internationale Menschenrechtsnormen als auch für die innerdeutsche Rechtsordnung.⁶⁸ Deutsche Behörden haben sich jedenfalls auch bei der Anwendung des Art. 24 BRK an diesen Grundsatz zu halten, d.h. sie haben im Einzelfall nachzuweisen, dass eine Sonderschulzuweisung als Eingriff in die Rechtssphäre des jeweiligen Kindes einen legitimen Zweck verfolgt und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die getrennte Beschulung im Grundsatz scheidet angesichts der Existenz der BRK als legitimer Zweck aus. Als legitimer Zweck

⁶⁸ Zur internationalen Ebene vgl. Jost Delbrück, Proportionality. In: Bernhardt (Hrg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume III, 1997, S. 1140 ff.; Torsten Stein, Proportionality Revisited – Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im internationalen Recht. In: Klaus Dicke u.a. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), S. 727 ff. Zur Geltung im Rahmen des GG vgl. Hans Jarass/Bodo Pieroth, *GG –Kommentar*, München 2009, Art. 20 Rn. 80 ff.; BVerfGE 19, 348 f.

sind allein die oben im Rahmen der Schrankenfrage erörterten Interessen (Schutz der Kinder ohne Behinderung, Ressourcenvorbehalt) in besonderen Ausnahmefällen denkbar. Auch in solchen Fällen müsste sich die Zuweisung aber daran messen lassen, dass sie den jeweils verfolgten Zweck überhaupt fördert und dabei das Recht auf möglichst weit reichende Einbeziehung des betroffenen Kindes am wenigsten beeinträchtigt und keine unzumutbare Lebenssituation verursacht. Eine Ungleichbehandlung von Kindern mit Behinderung in Gestalt der Sonderschulzuweisung kann also in äußersten Ausnahmefällen durchaus gerechtfertigt sein, wobei aber stets und zunächst sämtliche Möglichkeiten der sonderpädagogischen Förderung an der Regelschule ausgeschöpft werden müssten. Nur wenn der Aufwand organisatorisch und logistisch völlig außer Verhältnis zu dem von der BRK vorgegebenen Zweck, jedem Kind den Zugang zur Regelschule zu ermöglichen, stünde und inklusive Beschulung ausgeschlossen wäre, könnte die zuständige Behörde von einer Ausnahmeregelung Gebrauch machen. Dabei ist sowohl die Grundentscheidung der BRK für inklusive Schulbildung (*in dubio pro inclusione*) als auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass in Deutschland die Strukturen für eine kurzfristige und minimal kostenträchtige Umstellung des Schulsystems vorhanden sind und inklusive Schulsysteme inzwischen generell als kostengünstiger im Vergleich zu segregierten Systemen anerkannt sind.⁶⁹ Die behördliche Ermessensentscheidung muss sich im Ergebnis also stets an den Vorgaben der BRK orientieren und ist zudem auf Basis möglichst breiter Beteiligung sämtlicher relevanter Akteure zu treffen.

4. Wie verhält sich das Recht auf Bildung nach der BRK zum übrigen Völkerrecht?

Das Recht auf Bildung an sich wird von Art. 24 BRK als völkerrechtlich bereits verbindlich bestehendes Menschenrecht vorausgesetzt. Art. 24 BRK baut also insofern auf Art. 13 und 14 VN-Sozialpakt auf. Die Besonderheit des Art. 24 BRK liegt darin, dass er das Recht auf Bildung für die Situation von Menschen mit Behinderung mithilfe besonderer Merkmale ausgestaltet. In Bezug auf die Diskriminierungsdimension dieses Rechts haben die Stellungnahmen des Sozialpaktausschusses, des Menschenrechtsausschusses als auch des Kinderrechtsausschusses sicherlich den Weg vorgezeichnet, wie das Recht auf Bildung für Kinder mit Behinderung zu verstehen ist. Zu klären ist die Frage, ob Art. 24 BRK und die BRK insgesamt über die Ausgestaltung

⁶⁹ Office of the High Commissioner for Human Rights, *United Nations Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, Geneva 2007, S. 84.; vgl. auch Klemm a.a.O. (Fn.64), S. 7-9, 11 ff.

des Rechts auf Bildung hinaus im Widerspruch zu anderen Menschenrechtsverträgen steht. Wenn dies der Fall sein sollte, würde sich unweigerlich die Frage anschließen, ob die BRK vorrangig zu betrachten ist, sei es als Auslegungsvorgabe für die jeweils widersprechende Norm oder sogar im Sinne eines generellen Anwendungsvorrangs.⁷⁰ Ein Widerspruch ist jedoch weder zum VN-Sozialpakt noch zur VN-Kinderrechtskonvention ersichtlich. Wie oben bezüglich des Sozialpaktes bereits herausgearbeitet, ist ein Recht auf diskriminierungsfreie, inklusive Bildung mit dem Verständnis des Sozialpaktes im Hinblick auf das Recht auf Bildung vereinbar. Die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 5 und 20 des VN-Sozialpaktausschusses machen deutlich, dass Behinderung nicht per se als Grund für den Ausschluss aus dem Regelschulsystem herangezogen werden darf. In Paragraph 35 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 bekennt sich dieser Ausschuss (bereits im Jahre 1994) zur gemeinsamen Unterrichtung aller Schülerinnen und Schüler im Regelschulsystem:

”In vielen Ländern erkennen Schulprogramme heute an, dass Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems am besten ausgebildet werden können. Die Rahmenbestimmungen sehen daher vor, dass die ‚Staaten das Prinzip der gleichen primären, sekundären und tertiären Bildungschancen für Kinder, Jugendliche und Erwachsene mit Behinderungen in integrierten Umgebungen anerkennen sollten‘. Um einen solchen Ansatz zu verwirklichen, sollten die Staaten garantieren, dass Lehrer/innen darin geschult sind, Kinder mit Behinderungen innerhalb regulärer Schulen auszubilden und dass die notwendige Ausstattung und Unterstützung vorhanden ist, um Menschen mit Behinderungen auf denselben Bildungsstand wie ihre nicht behinderten Mitschüler/innen zu bringen.“⁷¹

Der VN-Kinderrechtsausschuss hat sich in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 9 aus dem Jahre 2006 noch gezielter mit der Frage inklusiver Bildung befasst und sich ebenfalls ausdrücklich und unter Verweis auf den damaligen Entwurf der BRK zu diesem

⁷⁰ Siehe zum Rangverhältnis der Völkerrechtsquellen: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Auflage 1999, § 20.

⁷¹ Allgemeine Bemerkung Nr. 5 (UN-Dokument CESCR/E/1995/22 vom 9. Dezember 1994). Im englischen Originaltext wird in § 35 ausgeführt: „School programmes in many countries today recognize that persons with disabilities can best be educated within the general education system. Thus the Standard Rules provide that "States should recognize the principle of equal primary, secondary and tertiary educational opportunities for children, youth and adults with disabilities, in integrated settings". In order to implement such an approach, States should ensure that teachers are trained to educate children with disabilities within regular schools and that the necessary equipment and support are available to bring persons with disabilities up to the same level of education as their non-disabled peers.“ Siehe auch Deutsches Institut für Menschenrechte, a.a.O. (Fn.33), S. 210.

Bildungsansatz bekannt.⁷² Das heißt, auch das Verständnis des Rechts auf Bildung von Kindern mit Behinderung nach der VN-Kinderrechtskonvention steht im Einklang mit dem der BRK.

5. Wie verhält sich das Recht auf Bildung nach der BRK zum Völkergewohnheitsrecht bzw. den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen?

Der Anspruch auf inklusive Bildung könnte sich neben dem Vertragsrecht nach der BRK auch aus dem (a) Völkergewohnheitsrecht sowie (b) aus den Allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts ergeben.

(a) Völkergewohnheitsrecht

Ein Individualanspruch aus Völkergewohnheitsrecht existiert nur dann, wenn gemäß Art. 38 Abs. 1 lit b des Statuts des Internationalen Gerichtshofes (IGH-Statut) eine wiederholte, gefestigte oder regelmäßige, einheitliche Rechtsanwendung international zu verzeichnen ist und die Subjekte dieser Rechtsanwendung überzeugt sind, dazu verpflichtet zu sein.⁷³ Ein völkergewohnheitsrechtlicher Anspruch auf Zugang zu Bildung kann allerdings bestenfalls im Hinblick auf den Zugang zu kostenloser Beschulung auf der Primarebene bejaht werden. Hingegen ist eine (überwiegend verbreitete) Rechtsauffassung, die Kinder mit Behinderung als berechtigt ansieht, in der Regel gemeinsam mit Kindern ohne Behinderung zu lernen, weltweit noch nicht nachzuweisen, noch ist derzeit eine entsprechende Staatenpraxis zu beobachten. Ebenfalls fragwürdig ist die völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots, welches man als Grundlage für individuellen Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderung nehmen könnte. Ein Blick in die Völkerrechtsliteratur zeigt, dass die völkerrechtliche Anerkennung von Diskriminierungsverboten nur bezüglich bestimmter Kriterien, wie zum Beispiel ethnische Zugehörigkeit, zu verzeichnen ist.⁷⁴ Die bloße Existenz von Art. 24 in Verbindung mit Art. 5 BRK jedenfalls deutet nicht auf ein bestehendes Völkergewohnheitsrecht hin und kann das bestehende Völkergewohnheitsrecht auch nicht unmittelbar beeinflussen. Immerhin hat sich infolge zahlreicher Resolutionen, Deklarationen und sonstigen Konferenzdokumenten international zunehmend eine

⁷² Allgemeine Bemerkung Nr. 9, § 66 (UN-Dokument CRC/C/GC/9 vom 27. Februar 2006).

⁷³ Vgl. Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Auflage 2007, S. 67 ff.

⁷⁴ Ipsen, a.a.O. (Fn. 70), § 48 Rn. 15 ff.

Verfestigung der Rechtsüberzeugung entwickelt, dass Diskriminierung in jeder Form unzulässig ist.⁷⁵

(b) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Eine weitere Frage ist die nach der Möglichkeit eines Rückgriffs auf einen Allgemeinen Rechtsgrundsatz gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. c des IGH-Statuts. Von einem Allgemeinen Rechtsgrundsatz kann gesprochen werden, wenn ihn das innerstaatliche Recht der Nationen übereinstimmend als grundlegend vorsieht und er auf die völkerrechtliche Ebene übertragbar ist.⁷⁶ In der Praxis geht es dabei meist um prozedurale allgemeine Verfahrensgrundsätze, die dem Privatrecht entstammen bzw. mit Fragen der Haftungsverteilung, Vertragsbindung oder des Eigentums zu tun haben. Das materiellrechtliche Verbot, aufgrund eines bestimmten Merkmals zu diskriminieren, kann nicht dazu gezählt werden, auch wenn es auf dem Papier in zahlreichen Verfassungen der Welt genannt ist und ein Teil der Literatur inzwischen weitergeht und das allgemeine Diskriminierungsverbot als einen solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz erachtet. Es ist folglich vorrangig auf völkervertragsrechtliche Bindung abzustellen.

6. Wann beginnt die Einklagbarkeit des völkerrechtlichen Individualanspruchs?

Wie oben festgestellt wurde, unterliegt der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang von Schülerinnen und Schülern zu Regelschulen in seiner Achtungs- und Schutzdimension sowie seiner Erfüllungsdimension bezüglich aller Schulebenen nicht dem Vorbehalt der Progressivität, d.h. der nur schrittweisen Umsetzung in innerstaatliches Recht, und ist deshalb insoweit unmittelbar einklagbar. Darüber hinaus können die Betroffenen trotz der ansonsten nur schrittweise zu verwirklichenden Erfüllungsdimension zumindest auch unmittelbar verlangen, dass die im Einzelfall zuständige Behörde zeitnah die jeweils erforderlichen Erfüllungsmaßnahmen ergreift.

Für die Frage der Einklagbarkeit eines völkervertraglichen Anspruchs bedarf es im Übrigen der Bestimmung, ob die jeweils zugrunde liegende Norm als selbstvollziehende oder nicht-selbstvollziehende Bestimmung („*self-executing*“ bzw. „*non-self-executing obligation*“) anzusehen ist.

⁷⁵ Kälin/Künzli, a.a.O. (Fn. 32), S. 393.

⁷⁶ Vgl. dazu Ipsen, a.a.O. (Fn. 70), § 17; Graf Vitzthum (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 73), S. 71 f.

Allgemein bedarf es zur innerstaatlichen Geltung eines völkerrechtlichen Vertrages nach dualistischem Verständnis einer legislativen Umsetzung (Transformation) in das innerstaatliche Recht. Die Besonderheit bei nicht-selbstvollziehenden Verpflichtungen besteht darin, dass sich die vertragliche Verpflichtung ausschließlich an den Vertragsstaat richtet. Diesem bleibt es vorbehalten, wie er die völkerrechtlich eingegangene Verpflichtung innerstaatlich umsetzt. Enthält der völkerrechtliche Vertrag jedoch so genannte selbstvollziehende Bestimmungen, etwa die Formulierung „jeder hat das Recht auf Meinungsfreiheit“, so vermittelt das Transformationsgesetz bereits einen unmittelbaren Rechtsanspruch der Bevölkerung, ohne dass es erst noch einer gesetzlichen bundesstaatlichen Regelung bedürfte.⁷⁷ Dies betrifft allerdings nur die Ebene des Völkerrechts und des innerstaatlichen Bundesrechts, nicht jedoch die Frage, welche Konsequenzen sich daraus für das Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht ergeben.

Dafür, dass der Anspruch bei innerstaatlichen Schulbehörden bzw. vor innerstaatlichen Gerichten praktisch geltend gemacht werden kann, sind vor diesem Hintergrund die folgenden Grundvoraussetzungen einzuhalten: die BRK muss völkerrechtlich ordnungsgemäß in Kraft getreten und sie muss von der Bundesrepublik Deutschland wirksam gezeichnet und ratifiziert worden sein.

Völkerrechtlich ist die BRK infolge der 20. Ratifizierung am 3. Mai 2008 gemäß Art. 45 Abs.1 BRK in Kraft getreten.

Die Ratifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland ist nur dann rechtmäßig erfolgt, wenn der Bund zum Abschluss und zur Ratifizierung des Vertrages befugt war. Im Hinblick auf die Vertragsabschlusskompetenz ist vorliegend problematisch, dass der Inhalt des Vertrages mit dem Recht auf Bildung auch eine Materie umfasst, die nach der innerstaatlichen Verfassungsordnung Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung der Bundesländer ist.

Für die Zuständigkeit des Bundes spricht Art. 32 GG, dessen Ziel es ist, ein nach außen hin einheitliches Auftreten der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten. Art. 32 GG lautet:

⁷⁷ Da die Bundesrepublik Deutschland dem dualistischen Völkerrechtsverständnis folgt, wird in aller Regel auch bei Verträgen, die nur einzelne selbstvollziehende Bestimmungen enthalten, der Bundesgesetzgeber den gesamten Vertrag in einem Zustimmungsgesetz innerstaatlich und anschließend völkerrechtlich ratifizieren.

„(1) Die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten ist Sache des Bundes.

(2) Vor dem Abschlusse eines Vertrages, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt, ist das Land rechtzeitig zu hören.

(3) Soweit die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen.“

Eine ausdrückliche Regelung enthält dieser Artikel zwar nicht, jedoch erklärt sich nur so die Formulierung des dritten Absatzes, der besagt, dass die Länder in bestimmten Fällen auch dazu berechtigt sind, Verträge abzuschließen, im Regelfall aber der Bund diese Aufgabe wahrnimmt. Bei Art. 32 GG handelt es sich gewissermaßen um eine Umkehrung des in Art. 30 GG verankerten Grundsatzes der Länderzuständigkeit im Zweifelsfall. Um jedoch die Kohärenz des Verfassungssystems aufrechtzuerhalten, darf die Berufung auf Art. 32 GG nicht dazu führen, dass die zwingenden Regelungen der gesetzgeberischen Zuständigkeit unterwandert werden. Es wird daher ungeachtet der obigen Ausführungen einerseits die Auffassung vertreten, dass der Bund bei Materien ausschließlicher Gesetzgebung nicht befugt ist, völkerrechtliche Verträge abzuschließen.⁷⁸ Diese Auffassung würdigt jedoch Art. 32 GG nicht ausreichend und führt in bestimmten Bereichen zu völkerrechtlicher Handlungsunfähigkeit des Bundes, ohne Rücksicht darauf, dass es im Interesse der Bundesrepublik als Teil der internationalen Staatengemeinschaft liegt, sich gerade in diesem Bereich einzubringen und grundlegende Übereinkommen mit anderen Staaten zu treffen. Vorzugswürdig ist deshalb die so genannte zentralistische Ansicht, derzufolge – gestützt auf das 1957 zwischen Bund und Ländern geschlossene, wenn auch rechtlich unverbindliche, so genannte Lindauer Abkommen – die Einholung der vorherigen Zustimmung der Länder notwendig ist. Dieser Zustimmungsvorbehalt wird in der Praxis durch Einschaltung der Ständigen Vertragskommission der Länder gesichert.⁷⁹ Die Kommission hat bereits im Februar 2007 gegenüber der Bundesregierung erklärt, dass die Bundesländer keine Bedenken gegen die Zeichnung der Konvention geäußert haben.⁸⁰ Die Bundesländer haben im Laufe des Ratifikationsprozesses sogar ihre Zustimmung erklärt, was gemäß Lindauer Abkommen noch als „rechtzeitig“ gelten muss. Der Vertragsabschluss ist folglich rechtmäßig und wirksam erfolgt.

⁷⁸ Vgl. zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge insgesamt: Graf Vitzthum (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 73), S. 110ff.

⁷⁹ Zu dieser Kommission siehe Christian Bucker/Malte Köster, Die Ständige Vertragskommission der Länder, JuS 2005, S. 976 ff.

⁸⁰ Siehe Latham & Watkins, a.a.O. (Fn. 48), S. 24.

Von der Vertragsabschlusskompetenz zu trennen ist die Ratifizierungs- bzw. Transformationskompetenz. Der Bundestag hat am 4. Dezember 2008 ein Transformationsgesetz beschlossen und damit den Bundespräsidenten zur Ratifizierung bei den Vereinten Nationen ermächtigt. Hierfür ist Art. 59 GG die einschlägige Verfassungsnorm. Danach kann Art. 24 BRK in allen seinen Teilen zum jetzigen Zeitpunkt innerstaatliche Geltung nur dann für sich beanspruchen, wenn der Bund beim Erlass des Transformationsgesetzes mit der entsprechenden Gesetzeskompetenz ausgestattet war. Für den Bereich der Schulbildung haben, wie oben im Rahmen der Vertragsabschlusskompetenz bereits erwähnt, die Länder die Gesetzgebungskompetenz – Art. 30 GG. Bisher ist kein Landesgesetzgeber aufgrund der BRK gesetzgeberisch tätig geworden und, wie die Studie von Poscher u.a. zeigt, stimmt keines der Landesschulgesetze mit den Vorgaben der BRK überein.⁸¹ Daraus folgt, dass der Anspruch auf Zugang zu Regelschulen nach Art. 24 BRK nicht als ausdrücklicher Teil des Landesschulrechts anzusehen ist, d.h. eine einfachgesetzliche Geltendmachung ist (noch) nicht möglich.

An dieser Einschätzung ändert auch die Tatsache nichts, dass die Länder – vertreten durch den Bundesrat – dem Transformationsgesetz zugestimmt haben, wie sich aus BT-Drucksache 16/11197 ergibt. Diese Zustimmung kann nur so gedeutet werden, dass die Bundesländer damit einverstanden waren, dass die BRK als Bundesrecht Geltung erlangen sollte, soweit bundesrechtliche Kompetenzen reichen, etwa für den Bereich weiterführender Berufsbildung. Auf ihre ausschließliche Kompetenz für die allgemeine Schulbildung im Rahmen der Kulturhoheit hingegen haben die Bundesländer jedoch ersichtlich nicht zugunsten des Bundes verzichten wollen.

Des Weiteren bedeutet Gesetzgebungskompetenz stets, dass das Landesparlament und nicht die Landesregierung tätig wird. Eine Zustimmungserklärung im Bundesrat allein kann das formale legislative Verfahren eines Landesparlaments nicht ersetzen, denn im Bundesrat wirken Vertreter der Landesregierungen, nicht aber der Landesparlamente, am Gesetzgebungsverfahren des Bundes mit. Im Bereich der allgemeinen Schulbildung ist die individualschützende Dimension des Art. 24 BRK daher erst noch durch die Länderparlamente in Form eines Schulgesetzes oder dessen Änderung umzusetzen.⁸² Der sich aus dem durch Art. 20 Abs. 1 GG normierten Bundesstaatsprinzip ergebende Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verpflichtet die Länder gleichwohl dazu,

⁸¹ Siehe Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer, a.a.O. (Fn.62), S. 68 ff.

⁸² Im Übrigen ist die BRK am 26. März 2009 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.

dies zeitnah zu tun. Anderenfalls würde ein völkerrechtswidriger Zustand – namentlich der derzeit bestehende Verstoß gegen Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt – aufrechterhalten, den der Bund vor den anderen Vertragsstaaten zu verantworten hat. Eine konkrete zeitliche Vorgabe enthält die BRK allerdings nicht. Gleichwohl ist an eine Analogie zu europarechtlichen Normierungen und damit an einen relativ kurzen Zeitraum zu denken und somit ein relativ kurzer Zeitraum zu beachten, wobei üblicherweise ein Zeitrahmen von bis zu zwei Jahren Umsetzungsfrist, äußerstenfalls innerhalb einer Legislaturperiode akzeptabel erscheint

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt selbstvollziehende Bestandteile enthält, die jedenfalls für den Bereich des Bundesrechts unmittelbare Wirkung entfalten können. So hat sich zum Beispiel das Berufsbildungsrecht (grundlegend sind hier das Berufsbildungsgesetz und die Handwerksordnung) ggf. der BRK anzupassen. Hieraus folgt jedoch nicht, dass für den Bereich des Landesrechts die selbstvollziehende Wirkung der oben genannten Artikel ebenfalls unmittelbar zum Tragen kommt. Vielmehr bedarf es hierzu aufgrund der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für die allgemeine Schulbildung erst noch einer landesschulgesetzlichen besonderen Regelung. Unter Umständen kann eine solche Regelung aber entbehrlich sein, wenn die landesschulrechtliche Regelung so ausgelegt werden kann, dass Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt eingehalten wird.

7. Wie wirkt sich die BRK auf die Auslegung des Grundgesetzes aus? Völkerrechtskonforme Auslegung der Art. 3 Abs. 3 S. 2, 6 Abs. 2 und 7 Abs. 1 GG?

Bevor jedoch der Einfluss der BRK auf das bestehende Landesschulrecht beleuchtet wird, ist es sinnvoll zunächst zu analysieren, ob und inwieweit die BRK Vorschriften des Grundgesetzes beeinflusst.

(a) Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Eine sofortige Geltendmachung vor einer ausdrücklichen landesrechtlichen Umsetzung könnte sich aus der verfassungsrechtlichen Norm des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergeben. Dies allerdings nur dann, wenn aus diesem Gleichheitsrecht ein subjektiver, einklagbarer Anspruch abgeleitet werden kann. Grundsätzlich verpflichtet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG den Träger staatlicher Gewalt von nachteiliger Ungleichbehandlung aufgrund von Behinderung abzusehen und ungerechtfertigter Benachteiligung entgegenzuwirken. Zu

kurz würde es greifen, diese Verpflichtung lediglich als objektive Staatszielbestimmung zu verstehen. Gerech wird man Art. 3 Abs 3 Satz 2 GG hingegen nur, wenn er auch effektiven, individuellen Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderung bietet, zunächst unabhängig davon, ob diese subjektiv-rechtliche Komponente ein Leistungs- oder ein Abwehrrecht begründet. Für den vorliegenden Fall der allgemeinen Schulbildung kann Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nur bedeuten, dass die Versagung der Zulassung zu einer Regelschule aufgrund einer Behinderung den Tatbestand einer das betroffene Schulkind benachteiligenden Ungleichbehandlung erfüllt. Der Staat und damit die jeweils zuständige Schulbehörde sind verfassungsrechtlich verpflichtet, es Kindern mit Behinderung in gleicher Weise wie Kindern ohne Behinderung zu ermöglichen, sich nach ihren individuellen Fähigkeiten optimal zu einer selbstbewussten und selbst bestimmt in einer von gegenseitigem Respekt geprägten Gesellschaft lebenden Person zu entwickeln. Wie die rechtlichen Neuerungen der vergangenen zwei Jahrzehnte, sei es im innerstaatlichen Recht oder im Völkerrecht, dokumentieren, hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass eine derartige Chancengleichheit im Zweifel am besten mit gemeinsamer Unterrichtung aller Kinder erreicht werden kann. Die Zuweisung in ein Sonder- oder Förderschulsystem ist mithin im Zweifelsfall als für die betroffenen Kinder nachteilig einzustufen. Kinder mit Behinderung haben gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG das Recht, diesen diskriminierenden Grundrechtseingriff abzuwehren. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1997, wonach eine nachteilige Sonderschulzuweisung noch durch besondere Förderung kompensiert werden konnte, entspricht nicht mehr den Zielen der inzwischen ratifizierten BRK, die ja vom Modell der inklusiven Regelschule ausgeht.

Zu klären bleibt in diesem Zusammenhang die Tragweite des Diskriminierungsschutzes. Ist die Diskriminierung durch die bloße Zulassung zu der örtlichen Regelschule behoben oder liegt nur dann keine Diskriminierung vor, wenn auch der Lehrbetrieb so ausgerichtet wird, dass eine optimale Förderung aller Kinder möglich ist? Folgt man der letzteren Variante, kommt man um die Bejahung einer staatlichen Leistungspflicht nicht herum. Die jeweilige Schulbehörde hat dann in organisatorischer, logistischer und personaler Hinsicht dafür zu sorgen, dass die jeweils zu besuchende Schule den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird, sei es durch Anpassung des Lehrplans, Bereitstellung barrierefreien Lernmaterials oder Abordnung sonderpädagogischer Lehrkräfte. Das Bundesverfassungsgericht geht in seinem Urteil vom 8. Oktober 1997 vom grundsätzlichen Bestehen staatlicher Leistungspflichten aus, lässt jedoch offen, ob sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein dieser staatlichen

Leistungspflicht entsprechender subjektiver Leistungsanspruch ergibt. Jedenfalls schränkt das Gericht den Diskriminierungsschutz insgesamt dadurch ein, dass es die Herstellung von Chancengleichheit einem staatlichen Einschätzungsspielraum inklusive des Vorbehalts des tatsächlich Machbaren und des finanziell Vertretbaren unterstellt (siehe bereits oben). Fraglich ist, ob diese Auffassung des Gerichts in Anbetracht der zwischenzeitlich ratifizierten BRK noch haltbar ist, oder ob insbesondere Art. 24 BRK nunmehr eine andere Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gebietet.⁸³ Wie oben erarbeitet, legt die BRK rechtsverbindlich fest, dass auf dem gesamten Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland die allgemeine Schulbildung nur dann diskriminierungsfrei stattfindet, wenn der Schulbetrieb dem Inklusionsansatz folgt. Entscheidend ist hierbei, inwieweit diese völkerrechtliche Vorgabe die Interpretation des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG beeinflusst. Normen des GG sind nach bestimmten Kriterien bzw. Grundsätzen auszulegen. Einer dieser Grundsätze ist das Prinzip der optimalen Wirksamkeit einer Verfassungsnorm.⁸⁴ Im Lichte der Wertentscheidung der BRK kann Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG das durch ihn in der deutschen Rechtsordnung verankerte Verbot der Ungleichbehandlung optimal verwirklichen, wenn er Kindern mit Behinderung den Anspruch auf inklusiven Schulunterricht an Regelschulen vermittelt. Mit der Gewährung eines subjektiven Anspruchs, der regelmäßig die Zuweisung an eine Sonderschule untersagt und nur ausnahmsweise aufgrund schwerwiegender Umstände im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Sonderzuweisung gestattet, entfaltet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG seine Wirkung am stärksten.⁸⁵

Des Weiteren ist bei der Auslegung der Grundgesetznormen das bestehende Völkerrecht, insbesondere auch dessen Vertragsrecht zu berücksichtigen. Diverse Vorschriften des GG, so zum Beispiel die Art. 24, 25 und 9 Abs. 2 GG, bringen zum Ausdruck, dass das GG insgesamt völkerrechtsfreundlich zu verstehen ist.⁸⁶ Seine Regelungen sollen den von ihm verfassten Staat in die Völkerrechtsordnung eingliedern⁸⁷, zu der unter anderem auch das Völkervertragsrecht gehört.⁸⁸ Dies spricht ebenfalls dafür, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nunmehr im Sinne der BRK zu verstehen und anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass diese Verfassungsnorm angesichts der BRK nunmehr die einzelne Person berechtigt, vom Staat angemessene Vorkehrungen einzufordern, die einen reibungslosen Schulalltag und

⁸³ So Degener, a.a.O. (Fn. 48), S. 217.

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 103, 142 ff.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 103, 153.

⁸⁶ Zur Völkerrechtsfreundlichkeit vgl. Jarass/ Pieroth, a.a.O. (Fn. 68), Art. 25, Rn. 4.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 75, 17.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 111, 328.

bestmögliche Förderung realisieren. Dass die Herstellung von Gleichbehandlung dem Staat neben der Achtungspflicht gegenüber dem Bürger auch aktive Maßnahmen abverlangt, ist insofern nicht neu, sondern bereits fester Bestandteil der verschiedenen Gleichbehandlungsgebote des Art. 3 GG. Als Beispiel seien nur positive Diskriminierung („affirmative action“) im Hinblick auf Frauen oder eben auch Menschen mit Behinderung genannt.⁸⁹

Unabhängig von der Frage, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG einen subjektiven Zugangsanspruch enthält, setzt die Verfassungsnorm nunmehr einen Maßstab für landesrechtliche Schulgesetze, an dem diese sich messen lassen müssen. D.h. konkret, dass die zuständigen Entscheidungsträger im Schulbereich die Vorgaben des Art. 3 GG bei der (ermessensfehlerfreien) Anwendung des Schulrechts zu berücksichtigen haben. Gleiches gilt für die gerichtliche Überprüfung der Behördenentscheidungen, mit der Folge, dass die im Einzelfall strittige Schulrechtsnorm entweder verfassungskonform auszulegen oder aber dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorzulegen ist.

(b) Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG

Weiterhin zu prüfen ist, ob eine unmittelbare Geltendmachung des Anspruchs auf Zugang zu diskriminierungsfreier, inklusiver Beschulung aufgrund der völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 6 Abs. 2 GG in Frage kommt. Nach dieser Verfassungsnorm haben die Eltern eines Kindes das Recht (und die Pflicht), Entscheidungen über den Bildungsweg ihres Kindes in dessen Interesse gewissermaßen treuhänderisch zu treffen. Fraglich ist, ob dieses Recht einen subjektiv-rechtlichen Anspruch (des Kindes) auf Zugang zum Regelschulsystem im Sinne eines Rechts auf Bildung umfasst. Die völkerrechtliche Auslegung im Lichte der BRK legt dies nahe, jedoch ist zu beachten, dass sich das in Art. 6 Abs. 2 GG enthaltene Elternrecht in jedem Fall nur auf die Entscheidung über das ‚ob‘ des einzuschlagenden Bildungswegs erstreckt, nicht aber auf die Ausgestaltung der einzelnen Bildungszweige und der konkreten Bildungsinhalte.⁹⁰ Letzteres liegt gemäß Art. 7 Abs. 1 GG in erster Linie in den Händen des Staates, wodurch das Vorliegen eines Anspruchs zumindest bezüglich der Bereitstellung von Fördermaßnahmen oder auch der Anpassung des Schulbetriebs Zweifeln begegnet. Hier ist die Frage, ob die BRK möglicherweise auch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag des Art. 7 Abs. 1 GG in eine neue, völkerrechtskonforme Richtung

⁸⁹ Anstatt des Begriffs *affirmative action* wird teilweise *positive action* oder auch *temporary special measures* verwendet, vgl. hierzu Olivier De Schutter, Positive Action. In: Schiek/Waddington/Bell, a.a.O. (Fn. 32), S. 757 ff.

⁹⁰ Vgl. Maunz-Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Band II, Art. 6 Rn. 117.

lenkt. Grundsätzlich ist höchstrichterlich anerkannt, dass der Staat befugt ist, Ausbildungsgänge und Unterrichtsziele festzulegen.⁹¹ Ebenfalls ist er berechtigt, Bildungsinhalte zu bestimmen und Aufnahmeentscheidungen von Schulleitungen zu koordinieren.⁹² Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit Art. 7 Abs. 1 GG den Staat in Anbetracht der BRK und auch der Regelung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dazu berechtigt, die Handlungsfreiheit und den Diskriminierungsschutz von Schülern/innen mit Behinderung sowie das Recht ihrer Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG einzuschränken. Auch hier stellt sich erneut die Frage, ob die landesrechtliche Regelung einer weiten Sonderschulzuweisungskompetenz einen legitimen Zweck verfolgt, wenn verfassungs- und völkerrechtliche Grundaussagen das gemeinsame Lernen aller Kinder in allgemeinen, inklusiven Schulen fordern. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der staatliche Bildungsauftrag bereits aufgrund der Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG die weitgehende Einbeziehung bzw. Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen umfasst und dieser Einbeziehungs- bzw. Gleichbehandlungsauftrag nunmehr durch die Vorgaben der BRK auf inklusive Beschulung konkretisiert wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Auftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG gemäß der föderalen Zuständigkeitsverteilung sowohl die Landesverwaltung als auch die Landesgesetzgebung betrifft, mit der Konsequenz, dass schulgesetzliche Regelungen und Behördenentscheidungen nur dann mit Art. 7 Abs. 1 GG in Einklang stehen, wenn sie dem inklusiven Ansatz folgen.

8. Wie wirkt sich die BRK auf die Auslegung des Schulrechts aus? Völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts?

Im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Zugangsanspruchs vor ausdrücklicher Umsetzung der BRK auf Landesebene stellt sich letztendlich die Frage, ob der Zugang zur Regelschule bereits mithilfe der bestehenden schulrechtlichen Normen rechtlich durchgesetzt werden kann. Da bislang keines der 16 Landesschulgesetze eine gänzlich der BRK entsprechende Regelung der allgemeinen Schulbildung ausdrücklich vorsieht, stellt sich die Frage, ob der Inhalt der Landesgesetze durch das Inkrafttreten der BRK nunmehr anders zu interpretieren ist. Wie auch das Grundgesetz so sind auch die einfachen Gesetze (erst recht) völkerrechtskonform auszulegen. Dies allerdings nur dann, wenn das jeweils betreffende Gesetz eine Auslegung zulässt. Ausgangspunkt für die Auslegung von Gesetzen ist der objektiviert Wille des Gesetzgebers. Dieser ist im

⁹¹ Vgl. BVerfGE 52, 236 oder auch BVerwGE 79, 300.

⁹² Siehe Jarass/Pieroth, a.a.O. (Fn. 68), Art. 7 Rn. 3; VerfGH NW, OVG 43, 270 ff.

Wesentlichen mithilfe von Gesetzeswortlaut, Gesetzessystematik, Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck zu ermitteln. Die Auslegung darf jedoch weder zu einem dem gewählten Wortlaut entgegen gesetzten Wortsinn noch zu einer grundlegenden Neufassung des normativen Gehalts, noch zu einer wesentlichen Zielverfehlung des Gesetzes führen.⁹³

Da die Landesschulgesetzgebung im Hinblick auf die Einbeziehung bzw. Unterrichtung von Schülern/innen mit Behinderung uneinheitlich ist, werden sich auch die Auslegungsmöglichkeiten unterscheiden. Dies soll anhand der Länderbeispiele Baden-Württemberg (a), Nordrhein-Westfalen (b) und Hamburg (c) verdeutlicht werden.

(a) Baden-Württemberg

Im Falle des Baden-württembergischen Schulgesetzes scheint eine völkerrechtskonforme Auslegung hin zu einem Anspruch auf inklusive Regelbeschulung ausgeschlossen.⁹⁴ In § 15 Abs. 4 des Schulgesetzes (SchG BaWü) heißt es wörtlich:

„Die Förderung behinderter Schüler ist auch Aufgabe in den anderen Schularten. Behinderte Schüler werden in allgemeinen Schulen unterrichtet, wenn sie aufgrund der gegebenen Verhältnisse dem jeweiligen gemeinsamen Bildungsgang in diesen Schulen folgen können. Die allgemeinen Schulen werden hierbei von den Sonderschulen unterstützt.“

Daraus folgt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Förderung in erster Linie an gesonderten Förderschulen stattfinden soll, ein klarer Widerspruch gegen den Inklusionsansatz der BRK.⁹⁵ Der oben zitierte Satz des § 15 SchG BaWü könnte mittels teleologischer Reduktion durch (gedankliche) Streichung des Wortes „auch“ in Einklang mit dem Völkerrecht zu bringen sein. Jedoch würde dies § 15 SchG BaWü in seiner Gesamtheit und Zielrichtung, die ein Bekenntnis des Baden-württembergischen Schulrechts zu segregierter Beschulung zum Ausdruck bringen soll, wesentlich widersprechen. Vom Grundsatz her geht die Regelung davon aus, dass Schüler/innen mit Förderbedarf in Sonderschulen unterrichtet werden. Zudem enthält § 15 Abs. 4 SchG BaWü eine ausdrückliche Absage an zieldifferenten gemeinsamen Unterricht, indem er fordert, dass Schüler/innen mit Behinderung nur dann Zugang zur allgemeinen Schule

⁹³ vgl. BVerfGE 11, 126 ff; Jarass/Pieroth, a.a.O. (Fn. 68), Einleitung Rn. 5 ff.

⁹⁴ Der vollständige Gesetzestext ist nachzulesen unter www.landesrecht-bw.de

⁹⁵ Vgl. Poscher/Rux/Langer, a.a.O. (Fn. 62), S. 72.

haben, wenn sie dem dortigen Unterricht folgen können. Auch dies widerspricht dem Inklusionsansatz der BRK grundlegend, lässt aber ebenfalls keine völkerrechtskonforme Auslegung zu. Folglich kann der oben herausgearbeitete Anspruch auf inklusive Beschulung nicht aufgrund des Landesschulrechts geltend gemacht werden. Dazu bedarf es im Falle Baden-Württembergs einer Gesetzesänderung.

(b) Nordrhein-Westfalen

Im Unterschied zu Baden-Württemberg nennt das Landesschulgesetz von Nordrhein-Westfalen ausdrücklich und an erster Stelle die allgemeinen Schulen als Orte, an denen sonderpädagogische Förderung stattfinden soll, vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 SchulG NRW. Es fällt auf, dass diese Vorschrift die Möglichkeit vorsieht, an allgemeinen Schulen gemeinsamen Unterricht und integrative Lerngruppen einzurichten. Diese beiden Ansätze werden in den Absätzen 7 und 8 der Norm konkretisiert. Dabei fällt zunächst auf, dass integrative Lerngruppen gemäß Absatz 8 im Sinne inklusiver Unterrichtung nach der BRK gemeint sind. § 20 Abs. 8 S.2 SchulG NRW lautet wörtlich:

„In Integrativen Lerngruppen lernen Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf in der Regel nach anderen Unterrichtsvorgaben als denen der allgemeinen Schule.“

Diese Formulierung steht mit der BRK grundsätzlich in Einklang, insbesondere wenn man § 20 Abs.1 SchulG NRW BRK-konform dergestalt auslegt, dass die anderen in den Nummern 2 bis 4 genannten Orte sonderpädagogischer Förderung nur im Ausnahmefall zum Tragen kommen.

Problematisch im Hinblick auf die Absätze 7 und 8 ist, dass die Einrichtung gemeinsamen Unterrichts und integrativer Lerngruppen in das Ermessen der Schulaufsichtsbehörde und des Schulträgers gestellt und von der vorhandenen sächlichen und personellen Ausstattung abhängig gemacht wird. Dies widerspricht insofern der BRK, als diese davon ausgeht, dass der zuständige Gesetzgeber das gemeinsame inklusive Lernen an Regelschulen als für das gesamte Schulsystem mit allen erforderlichen ‚angemessenen Vorkehrungen‘ verbindlich vorgibt. Grundsätzlich wäre hier eine Ermessensreduzierung auf Null mittels völkerrechtskonformer Auslegung denkbar, mit der Folge, dass die beteiligten Behörden im Sinne intendierten Ermessens verpflichtet sind, gemeinsamen inklusiven Unterricht an Regelschulen zu ermöglichen, und die einschlägigen Schulen jeweils auszustatten sind. Ob eine solche Reduzierung

jedoch dem (bisherigen) Willen des Schulgesetzgebers entspricht, ist zumindest zweifelhaft.

Im Ergebnis kann der Zugangsanspruch auch im Falle Nordrhein-Westfalens nicht uneingeschränkt auf das Landesschulgesetz gestützt werden.

(c) Hamburg

Das Hamburgische Schulgesetz (HmbSG) liefert ein Beispiel eines weitgehend BRK-konformen Schulgesetzes.⁹⁶ Aus mehreren Vorschriften dieses Gesetzes wird deutlich, dass das Hamburgische Schulsystem dem inklusiven Bildungsansatz folgt. Bereits in § 1 werden die Koordinaten abgesteckt:

*„¹ Jeder junge Mensch hat das Recht auf eine seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprechende Bildung und Erziehung und ist gehalten, sich nach seinen Möglichkeiten zu bilden. ² Dies gilt ungeachtet seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen oder **einer Behinderung**. ³ Das Recht auf schulische Bildung und Erziehung wird durch ein Schulwesen gewährleistet, das nach Maßgabe dieses Gesetzes einzurichten und zu unterhalten ist. ⁴ Aus dem Recht auf schulische Bildung ergeben sich **individuelle Ansprüche**, wenn sie nach Voraussetzungen und Inhalt in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes bestimmt sind.“*

§ 3 Abs. 1 HmbSG legt den Grundsatz, dass alle Kinder und Jugendliche gemeinsam lernen, ausdrücklich fest. Absatz 3 dieser Vorschrift regelt, dass der Schulunterricht auf Ausgleich von Benachteiligungen, die Verwirklichung von Chancengleichheit sowie auf die individuellen Fähigkeiten und Begabungen auszurichten ist, und bekennt sich damit zum inklusiven, zieldifferenten Unterrichtsansatz. § 12 des Gesetzes untermauert das Bekenntnis zur Inklusion, indem er insbesondere in Absatz 2 Satz 1 anordnet, dass „sonderpädagogische Förderung durch Einrichtungen erfolgt grundsätzlich als individuelle Integrationsmaßnahme in der allgemeinen Schule“, d.h. selbst wenn eine besondere Fördereinrichtung eingeschaltet wird, soll dies im Zweifel nicht zum Verlassen der Allgemeinen Schule führen.

⁹⁶ Vgl. Poscher/Rux/Langer, a.a.O. (Fn. 62), S. 86 ff.

Sieht man den Ressourcenvorbehalt im Lichte der BRK, muss man zu einer restriktiven Anwendung dieses Vorbehalts gelangen. Hierbei wird in der Praxis die unterschiedliche Ausgangslage von Flächenländern und Stadtstaaten berücksichtigt werden müssen. Stadtstaaten gelingt es im Zweifel weitaus leichter, wohnortnahen inklusiven Unterricht für sämtliche Kinder zu organisieren. Daher sind an die Ermessensentscheidungen der dortigen Behörden, wenn es um die Entscheidung einer inklusiven Regelbeschulung geht, besonders strenge Anforderungen zu stellen.

Die idealtypische, exemplarische Gegenüberstellung dreier verschiedener landesschulrechtlicher Regelungen macht vor allem die nach wie vor bestehende rechtliche Uneinheitlichkeit der schulrechtlichen Landschaft in der Bundesrepublik Deutschland deutlich. Unterschiedliche politische Motivationslagen haben hier zu unterschiedlicher Behandlung des Interesses von Menschen mit Behinderung an schulischer Bildung geführt.

Festzuhalten bleibt daher im Ergebnis, dass auch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts – wenn sie überhaupt möglich ist – nicht in allen Fällen eine sachgerechte Lösung für die anspruchsberechtigten Personen verspricht. Vor diesem Hintergrund ist eine ausdrückliche und klare landesgesetzliche Neuregelung im Interesse der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit für die betroffenen Menschen mit Behinderung anzuraten, zumal sich in der Praxis sehr häufig jegliche rechtliche Ungewissheit zu Lasten dieser Menschen auswirkt. Die BRK liefert für eine solche Klarstellung einen einheitlichen Orientierungsrahmen.

C. Fragenkomplex II

Wie ist die BRK innerstaatlich umzusetzen? Welche konkreten Auswirkungen hat die Konvention auf das deutsche Schulsystem? Welche Staatenpflichten ergeben sich aus der BRK im Hinblick auf das Recht auf Bildung? Wie schnell ist die BRK umzusetzen?

Aufgrund der Tatsache, dass die Länder dem Vertragsschluss und der Ratifikation durch den Bund zugestimmt haben und nunmehr die BRK als verbindlichen Maßstab für die Regelung behinderungsrelevanter Fragen anerkennen müssen, haben die Länder bei der schulrechtlichen Umsetzung des Zugangsanspruchs für Kinder mit Behinderung die Kriterien des Art. 24 BRK grundsätzlich zu berücksichtigen.

Recht auf inklusive Bildung: Abgrenzung zu integrativer Bildung

Insbesondere fordert Art. 24 BRK die Ausrichtung der Schulsysteme am Grundsatz inklusiver Bildung. Art. 24 Abs. 1 Satz 2 BRK fordert ein „integratives (inklusives) Bildungssystem auf allen Ebenen“.⁹⁷ In diesem Zusammenhang fällt bei einem Blick in das Transformationsgesetz auf, dass die dort enthaltene deutsche Fassung des Konventionstextes den Begriff ‚integrative Bildung‘ verwendet. Diese Übersetzung geht auf eine offizielle Absprache der Bundesregierung mit den Regierungen der Vertragsstaaten Österreich, Schweiz und Liechtenstein zurück.⁹⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Begriffe ‚integrativ‘ und ‚inklusiv‘ in der pädagogischen Fachterminologie für unterschiedliche Unterrichtskonzepte im Hinblick auf die Einbindung von Kindern mit Behinderung stehen.⁹⁹ Knapp zusammengefasst wird beim integrativen Ansatz eine Anpassungsleistung des Kindes mit Behinderung an den laufenden Lehr- und Lernbetrieb verlangt, ggf. mithilfe sonderpädagogischer Unterstützung. Dem entgegengesetzt fordert der inklusive Ansatz die Anpassung des Schulbetriebs an die jeweiligen Bedürfnisse der Mitschüler mit Behinderung. Die obige Analyse des Inhalts der BRK hat deutlich hervorgehoben, dass die Konvention dem inklusiven Ansatz folgt, d.h. die Vertragsstaaten verpflichtet, gemäß Art. 4 Abs. 5 BRK in ihrem gesamten Hoheitsgebiet inklusive Schulbildung zu gewährleisten und nur in eng eingegrenzten Ausnahmefällen auf separate Unterrichtung an Sonderschulen zurückzugreifen.

⁹⁷ Die englische Originalversion lautet: „an inclusive education system at all levels“.

⁹⁸ Interessanterweise hat Belgien wohl wegen seiner deutschen Sprachgemeinschaft den Begriff „inklusiv“ verwendet.

⁹⁹ Zu diesen beiden Konzepten siehe u.a. Vernor Munoz, Report of the Special Rapporteur on the right to education – Mission to Germany (UN-Dokument A/HRC/4/29/Add.3 vom 27. März 2007); ders., Report of the Special Rapporteur on the Right to education - The right to education of persons with disabilities (UN-Dokument A/HRC/4/29 vom 19. Februar 2007).

Rechtlich stellt sich nun die Frage, ob die deutsche Übersetzung die innerstaatliche Geltung der BRK beeinflusst.¹⁰⁰ Eine Auslegung des Begriffs ‚integrativ‘, die dahin geht, dass der Bundesgesetzgeber damit inhaltlich ‚inklusiv‘ meint, scheidet aus. Wird der Begriff ‚integrativ‘ im Bereich Bildung bzw. Pädagogik verwendet, steht er für einen ganz konkret definierten Inhalt (siehe oben). Der inklusive Bildungsansatz lässt sich darunter nicht subsumieren.

Infolge dessen muss geklärt werden, ob die abweichende deutsche Übersetzung des Transformationsgesetzes rechtliche Wirkung nach sich zieht. Ist dies der Fall, wäre das Gesetz nur dann völkerrechtskonform, wenn es einen von der Bundesregierung offiziell angemeldeten Vorbehalt oder eine Interpretationserklärung widerspiegelte. Wie sich unter anderem aus dem Sitzungsprotokoll des Bundestages vom 4. Dezember 2008 ergibt, hat die Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage in dieser Hinsicht das Vorliegen jeglicher, die innerstaatliche Anwendung der BRK einschränkender Vorbehalte oder Erklärungen klar verneint.¹⁰¹

In einer parallel zum Gesetzesbeschluss am 4. Dezember 2008 beschlossenen Entschließung hat der Bundestag festgestellt, dass die BRK nach seinem Verständnis ein inklusives Bildungssystem verlangt.¹⁰² Der gesetzgeberische Wille des Bundestags ist also eindeutig gerichtet auf den Begriff ‚inklusiv‘ und nicht ‚integrativ‘. Demnach entspricht das Transformationsgesetz zwar wortwörtlich nicht der englischen Originalfassung der Konvention, durch die Klarstellung in der oben genannten Entschließung des Bundestags wird jedoch der Inklusionsbegriff der englischen Originalfassung Bestandteil der bundesrechtlichen Regelung. Die Bundesländer haben sich bei der Anpassung ihrer Landesschulgesetze daran zu orientieren.

Recht auf angemessene Vorkehrungen: Reichweite und Verhältnis zum Ressourcenvorbehalt

Die weiteren Anforderungen für eine diskriminierungsfreie Schulbildung führen in erster Linie Art. 24 Abs. 2 und Abs. 3 BRK näher aus. Nach Abs. 2 bezieht sich der Anspruch auf inklusive, d.h. diskriminierungsfreie Schulbildung insbesondere auf die Primar- und Sekundarstufe und hat auch für Kinder mit Behinderung dort stattzufinden, wo diese hauptsächlich ihr Lebensumfeld haben. Angemessene Vorkehrungen sind zu treffen, die ein

¹⁰⁰ Vgl. hierzu Valentin Aichele, a.a.O. (Fn. 13), S. 11 f.; Grundlegend Meinhard Hilf, *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge. Eine Untersuchung zum Völkerrecht und zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1973, S. 187 ff.

¹⁰¹ Siehe Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/193 vom 4. Dezember 2008, 193. Sitzung, S. 20958 ff.

¹⁰² Deutscher Bundestag, BT-Drucksache 16/11234 vom 3. Dezember 2008.

effektives Lernen ermöglichen. Dazu gehört unter anderem die Bereitstellung sonderpädagogischer Unterstützungsmaßnahmen. Abs. 3 konkretisiert die Staatenpflicht dahingehend, dass die Kommunikation zwischen Schülern und Lehrern sowie zwischen den Schülern untereinander barrierefrei zu gewährleisten ist.

In diesem Zusammenhang ließe sich argumentieren, dass die oben erwähnten Anforderungen realistischerweise nicht Teil eines unmittelbaren Zugangsanspruchs sein können, da es den jeweils zuständigen Schulbehörden in der Praxis nicht möglich sein wird, das Schulsystem unmittelbar flächendeckend anzupassen (vgl. bereits oben). Dies spräche dafür, dass Art. 24 BRK gerade nicht als subjektiv-rechtliche Norm konzipiert ist, sondern doch dem Grundsatz der progressiven Implementierung unterliegt. Für die flächendeckende Anpassung kompletter Schulsysteme mag dies auch zutreffen. Beim Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Bildung geht es jedoch um Einzelfallkonstellationen, wie oben nachgewiesen wurde. Von der jeweils zuständigen Schulbehörde kann im Einzelfall verlangt werden, unverzüglich Kompatibilität herzustellen, zumal in allen Bundesländern die dafür erforderliche sonderpädagogische und auch sozialrechtliche Infrastruktur vorhanden und die Herstellung von Barrierefreiheit in staatlichen Einrichtungen möglich ist. Diese einzelfallbezogene Sichtweise wird insbesondere durch die in Art. 2 BRK aufgeführten Begriffsdefinitionen untermauert. Die Versagung angemessener Vorkehrungen wird dort ausdrücklich als Diskriminierung bezeichnet. Die Definition des Begriffs der ‚angemessenen Vorkehrungen‘ spricht von Vorkehrungen, die in einem bestimmten Fall erforderlich sind:

*„Im Sinne dieses Übereinkommens...bedeutet "angemessene Vorkehrungen" notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die **keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung** darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können; ...“¹⁰³*

Diese amtliche Definition verdeutlicht zudem noch einmal, dass der Zugangsanspruch nach der BRK nicht grenzenlos besteht. Die Schulbehörde kann im Einzelfall in engen Grenzen sehr wohl Verhältnismäßigkeitserwägungen anstellen, muss dies jedoch im Lichte der inklusionsfreundlichen Grundaussage der BRK tun.

¹⁰³ Englische Originalversion: "Reasonable accommodation" means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, **where needed in a particular case**, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms;"

Einbeziehung der Eltern bzw. Erziehungsberechtigten

Eine weitere Ausgestaltung erhält der Zugangsanspruch durch die in Art. 5 sowie 18 Abs. 1 der VN-Kinderrechtskonvention (KRK) geschützten Elternrechte. Beide Vorschriften verpflichten den Staat, in allen seinen Entscheidungen den Grundsatz der primären Verantwortung der Erziehungsberechtigten für die Erziehung und Entwicklung des Kindes zu achten. In der deutschen Rechtsordnung ist dieses primäre Erziehungsrecht durch Artikel 6 Abs. 2 GG geschützt. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Recht, den Bildungsweg eines Kindes zu bestimmen, Teil des vorrangigen elterlichen Erziehungsrechts.¹⁰⁴ Das Wahlrecht der Eltern zwischen verschiedenen Bildungswegen und Schulformen darf nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr als notwendig begrenzt werden.¹⁰⁵ Bezogen auf die Frage nach dem Zugang zu Bildung für Kinder mit Behinderung bedeutet dies, dass die Entscheidung der Eltern für oder gegen den Besuch einer Regelschule als wesentlicher Faktor stets zu berücksichtigen ist. Auch diese Entscheidungsprärogative der Eltern ist nunmehr im Lichte der BRK zu sehen, d.h. der Entscheidung für Inklusion ist besonderes Gewicht beizumessen. Gemäß dem Grundsatz „im Zweifel für Inklusion“ darf sich die Schulbehörde nur in extremen Ausnahmefällen über den Willen der Erziehungsberechtigten hinwegsetzen. Die Versagung elterlichen Mitspracherechts würde einen rechtswidrigen staatlichen Eingriff in das völkerrechtlich und grundgesetzlich geschützte Elternrecht darstellen. Eine absolute Letztentscheidungsbefugnis der Eltern lässt sich allerdings weder aus der KRK noch aus der BRK ableiten. Gleichwohl ist die staatliche Befugnis, das Kind gegen dessen bzw. gegen den Willen seiner Sorgeberechtigten der Sonderschule zuzuweisen, abzuschaffen. Es ist etwa daran zu denken, partizipatorische Verfahren zu entwickeln, ohne deren Einschaltung automatisch die Zuweisung an eine Regelschule erfolgen würde. Die Entwicklung eines solchen Verfahrens wäre progressiv, d.h. schrittweise, zu verwirklichen.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 34, 183; 59, 379

¹⁰⁵ So z.B. BVerfG EuGRZ 2002, 289

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Fragenkomplex I: Allgemeine Fragen (“Individualschutz”)

1) Anwendungsbereich der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)

a) *Verständnis von Behinderung*¹⁰⁶

Die UN-BRK enthält keine genaue, abschließende Definition des Begriffs Behinderung, sondern legt vielmehr nur ein Verständnis von “Behinderung” dar und konkretisiert damit den persönlichen Anwendungsbereich der Konvention. Gemäß Artikel 1 Absatz 1 bezieht die UN-BRK alle Menschen ein, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit verschiedenen (einstellungs- und umweltbedingten) Barrieren am vollen und gleichberechtigten Gebrauch ihrer fundamentalen Rechte hindern. Die BRK orientiert sich demgemäß am sozialen Verständnis von Behinderung.

b) *Ausschluss von bestimmten Formen der Beeinträchtigung aus dem Anwendungsbereich der UN-BRK im Zuge der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention?*¹⁰⁷

Unabhängig von unterschiedlichen theoretischen Definitionsansätzen erfasst die Konvention auch Menschen mit Lernbehinderung. Diese haben von Maßnahmen für den Aufbau eines inklusiven Schulsystems ebenso zu profitieren wie Menschen, die auf andere Art und Weise behindert sind. Ein sachlich rechtfertigender Grund für eine Ungleichbehandlung von Lernbehinderungen ist im Lichte der Konvention nicht ersichtlich.

2) Sind in der UN-Behindertenrechtskonvention subjektive Rechtspositionen enthalten?

Die Konvention schützt politisch-bürgerliche Rechte gleichermaßen wie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Dies steht im Einklang mit dem international inzwischen allgemein anerkannten Verständnis, dass alle Menschenrechte subjektive Rechtspositionen verbürgen. Für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ist dieses Verständnis in Art. 4 Abs. 2 a.E. BRK erstmals völkervertragsrechtlich verbindlich niedergelegt.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Vgl. S. 2-6 des Gutachtens.

¹⁰⁷ Vgl. S. 6-7 des Gutachtens.

¹⁰⁸ Vgl. S. 7-14 des Gutachtens.

- 3) Welche Bedeutung hat die Praxis der UN-Fachausschüsse, um sich den Inhalt der UN-Behindertenrechtskonvention zu erschließen?

Die BRK knüpft an die in der sog. *International Bill of Rights* bereits enthaltenen Rechte an und konkretisiert diese für die Situation von Menschen mit Behinderung. Die Praxis der UN-Fachausschüsse, insbesondere deren Allgemeine Bemerkungen, spielt für das Verständnis der BRK daher eine große Rolle.¹⁰⁹ Für das Recht auf Bildung von Menschen mit Behinderung ist die Interpretation des Rechts auf Bildung nach Artikel 13 UN-Sozialpakt durch den UN-Sozialpaktausschuss dementsprechend richtungweisend. Die vier Strukturelemente Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Akzeptierbarkeit und Anpassungsfähigkeit werden nunmehr über Artikel 24 BRK für die Situation von Menschen mit Behinderung inhaltlich konkretisiert¹¹⁰.

- 4) In welchem Zusammenhang steht die UN-Behindertenrechtskonvention zum übrigen Völkerrecht, insbesondere zum Völkergewohnheitsrecht?

Die BRK gehört als menschenrechtliches Übereinkommen zum Allgemeinen Völkerrecht. Für den Bereich Bildung gestaltet sie den menschenrechtlichen *acquis* für die Situation von Menschen mit Behinderung aus und steht somit im Einklang mit den anderen internationalen Menschenrechtsverträgen, insbesondere dem Sozialpakt und der Kinderrechtskonvention.¹¹¹

Eine außerhalb der BRK bereits bestehende, völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung eines Anspruchs auf inklusive Regelbeschulung ist derzeit noch nicht nachweisbar.¹¹² Gleiches gilt für ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderung im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Völkerrechts.

- 5) Welche Ziele und Grundsätze sind bei der Auslegung der Rechte der UN-Behindertenrechtskonvention zur Anwendung zu bringen?

Die BRK bekräftigt allgemeine menschenrechtliche Grundsätze, die für die Auslegung der BRK, insbesondere für das Verständnis der darin erneut anerkannten Rechte eine wichtige Orientierung bieten. Dazu gehören etwa:

- der Grundsatz der Menschenwürde,

¹⁰⁹ Vgl. S. 7-14 des Gutachtens.

¹¹⁰ Vgl. S. 14-18 des Gutachtens.

¹¹¹ Vgl. S. 29-31 des Gutachtens.

¹¹² Vgl. S. 31/32 des Gutachtens.

- der Grundsatz der Selbstbestimmung,
- der Grundsatz der Gleichstellung behinderter und nicht behinderter Menschen sowie der Nichtdiskriminierung,
- der Grundsatz der sozialen Inklusion,
- der Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann,
- der Grundsatz der Anerkennung der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderung,
- der Grundsatz der besten Interessen des Kindes (so genanntes “Kindeswohl”).

6) Welches sind die Schranken, die für die Rechte für die UN-Behindertenrechtskonvention gelten?¹¹³

Menschenrechte gelten nicht schrankenlos. Als Schranken kommen im Allgemeinen die Menschenrechte Dritter und anderes kollidierendes Völkerrecht in Frage. Der Grundsatz des Kindeswohls scheidet als Schranke des Rechts auf Bildung nach Art. 24 BRK in Verbindung mit Art. 13 Sozialpakt aus. Vielmehr findet das Kindeswohl in Art. 24 BRK gerade seinen Ausdruck. Eine Beschränkung aufgrund des kollidierenden Rechts Dritter auf Bildung ist nach dem Geiste der Konvention sehr restriktiv zu handhaben. Der Ressourcenvorbehalt kommt nur in Ausnahmefällen als Schranke in Betracht.¹¹⁴

Jede Einschränkung des Rechts auf Bildung von Menschen mit Behinderung ist, sofern sie überhaupt zulässig ist, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Bei jeder Einschränkung des Rechts auf Bildung trifft den Staat die Beweislast hinsichtlich Zweckmäßigkeit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Schranke.

7) Welche Bedeutung hat das Prinzip der progressiven Realisierung von Rechten/Staatenpflichten?

Durch Art. 4 Abs. 2 a.E. erkennt die BRK ausdrücklich an, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, d.h. auch das Recht auf Bildung von Menschen mit Behinderung, zu ihrer Verwirklichung nicht in jeder Hinsicht dem sog. Progressivitätsgrundsatz unterliegen¹¹⁵

¹¹³ Vgl. S. 23-29 des Gutachtens.

¹¹⁴ Vgl. S. 24 ff. des Gutachtens

¹¹⁵ Vgl. S. 12 des Gutachtens.

Die unmittelbare Geltung des Rechts auf Bildung von Menschen mit Behinderung orientiert sich gemäß der Allgemeinen Bemerkung Nr. 3 des Sozialpaktausschusses am Kerngehalt zum Zwecke der Grundversorgung sowie dem Verbot der Diskriminierung.¹¹⁶

Insbesondere der Schutz vor Diskriminierung ist unmittelbar, d.h. als Anspruch des Einzelnen, gewährleistet; hier legt die BRK einen Achtungsanspruch gegenüber dem Staat fest, mit der Folge, dass die Verwehrung des Zugangs zu inklusivem Unterricht an der Regelschule im Einzelfall („Mikroebene“) grundsätzlich als diskriminierender staatlicher Eingriff zu werten ist.¹¹⁷

Bedeutung erlangt der Progressivitätsgrundsatz (in Verbindung mit dem Finanzierungsvorbehalt) hingegen auf der „Makroebene“, wenn es um die umfassende strukturelle Anpassung des Schulsystems geht.¹¹⁸

- 8) Unter welchen Voraussetzungen ist eine Bestimmung der UN-Behindertenrechtskonvention geeignet, um sie auf dem Gerichtswege in Deutschland einzuklagen?

Materielle Voraussetzung für die Einklagbarkeit einer völkerrechtlichen Bestimmung ist, dass diese dazu geeignet und hinreichend bestimmt ist. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Der nationale Rechtsanwender hat dabei die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zur Anwendung zu bringen.

Formell ist die BRK nach einstimmiger Zustimmung der Länder im Bundesrat als einheitliches Bundesgesetz in Kraft getreten. Für den Bereich der Schule muss nun zeitnah durch die Länderparlamente die Umsetzung in den einschlägigen Ländergesetzen erfolgen und die landesrechtliche Einklagbarkeit geschaffen werden.

Zusätzlich ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der optimalen Wirksamkeit einer Verfassungsnorm einklagbare Ansprüche aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 und Art. 6 Abs. 2 GG.¹¹⁹

- 9) Kann die UN-Behindertenrechtskonvention für die Auslegung des nationalen Rechts, insbesondere des Schulrechts der Bundesländer herangezogen werden?

¹¹⁶ Vgl. S. 17-22 des Gutachtens.

¹¹⁷ Vgl. S. 22 des Gutachtens.

¹¹⁸ Vgl. S. 28 des Gutachtens.

¹¹⁹ Vgl. S. 35-40 des Gutachtens.

Aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Europäischen Menschenrechtskonvention kann abgeleitet werden, dass die Bestimmungen der UN-BRK bei der Anwendung von Landesrecht zu berücksichtigen sind, etwa bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Nach der ständigen Rechtsprechung ist es erforderlich, die Bedeutung und die Tragweite der einschlägigen Bestimmung im Einzelfall zu berücksichtigen.

Im Lichte des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit erkennt zudem das Grundgesetz die völkerrechtskonforme Auslegung seiner Rechtsbegriffe an; demgemäß strahlt die BRK auch auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein.¹²⁰ Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG sind nach Inkrafttreten der BRK nunmehr ebenfalls im Sinne einer inklusiven Regelbeschulung zu verstehen.¹²¹

Fragenkomplex II: Konkrete Bedeutung der BRK für das deutsche Bildungssystem

- 1) Ergibt sich aus der UN-Behindertenrechtskonvention ein Recht für das Kind auf Aufnahme in die Regelschule?

Das in der BRK anerkannte Recht steht für eine individuelle Rechtsposition mit dem Inhalt, dass im Sinne der BRK Kinder mit Behinderung einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zum System der Regelschule haben. Wesentlich für den inhaltlichen Umfang dieses Rechts ist, dass dem Kind nicht nur ein Zugangsanspruch zusteht, sondern auch ein Recht darauf, dass die angemessenen Vorkehrungen getroffen werden, um den Anspruch wirksam zu entfalten.

- 2) Was sind angemessene Vorkehrungen? Welche Bedeutung haben sie für das Recht auf Bildung?¹²²

Angemessene Vorkehrungen sind notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden müssen, um dem Kind ein effektives Lernen zu ermöglichen und um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können, siehe Artikel 2 Abs. 4 BRK.¹²³

¹²⁰ Vgl. S. 36-39 des Gutachtens.

¹²¹ Vgl. S. 39-41 des Gutachtens.

¹²² Vgl. S. 47/48 des Gutachtens.

¹²³ Vgl. S. 47/48 des Gutachtens.

Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zur Regelschule gemäß Artikel 13 Sozialpakt in Verbindung Artikel 24 BRK beinhaltet dementsprechend auch eine Erfüllungspflicht des Staates, im Einzelfall die Verhältnisse in dem Umfang anzupassen, wie es für eine inklusive Beschulung im Einzelfall erforderlich ist.

- 3) Welche menschenrechtlichen Anforderungen an die Bildungsqualität können von der UN-Behindertenrechtskonvention abgeleitet werden?

Bildung muss für den Einzelnen in zumutbarer Entfernung vom Wohnort verfügbar, diskriminierungsfrei zugänglich und vom Bildungsinhalt und von den Bildungsmethoden her akzeptabel sein.¹²⁴

Nach Artikel 24 Absatz 1 BRK dient das Recht auf Bildung dazu, die menschlichen Möglichkeiten sowie das Bewusstsein der Würde und das Selbstwertgefühl des Menschen voll zur Entfaltung zu bringen und die Achtung vor den Menschenrechten, den Grundfreiheiten und der menschlichen Vielfalt zu stärken; es soll Menschen mit Behinderungen ermöglichen, ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung zu bringen.

- 4) Welche Anforderungen bestehen in Bezug auf die aktive staatliche Umsetzung des Rechts auf Bildung nach der BRK?

Es gilt die Zielvorgabe des Artikels 24 Absatz 1 UN-BRK, ein inklusives Bildungssystem aufzubauen. Inklusiv heißt: alle Kinder unabhängig von der Form und dem Grad der Beeinträchtigung (Mehrfachbehinderungen, Autismus etc.).

Kurze Zeit nach dem Inkrafttreten sind (auf der „Makroebene“) von Seiten der Vertragsstaaten zügig zielgerichtete und wirksame Maßnahmen zu ergreifen (vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 3 des Sozialpaktausschusses). Grundsätze, die in Bezug auf alle Umsetzungsmaßnahmen zum Tragen kommen sollten, sind: Nichtdiskriminierung, Transparenz und Partizipation. Über den Grundsatz der Bundestreue sowie aufgrund der im Wege des Ratifizierungsprozesses erklärten Zustimmung zur BRK sind die Länder hier ebenfalls zur zügigen Anpassung ihrer Schulsysteme verpflichtet.

¹²⁴ Vgl. S. 14-18 des Gutachtens.

- 5) Welchen Inhalt hat das Recht auf inklusive Bildung, das in das Schulrecht der Länder umgesetzt werden muss?

Das Recht auf inklusive Beschulung fordert die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Zugang zum Regelschulsystem – inklusive angemessener Vorkehrungen (auch “sonderpädagogische Förderung”, zieldifferenter Unterricht etc.), – der nur unter Nachweis unzumutbarer Belastung (für den Schulträger bzw. Mitschüler/innen) eingeschränkt werden kann. Entgegen häufiger Praxis ist der Regelschule ein grundsätzlicher Vorrang einzuräumen.

- 6) Welche Bedeutung hat der so genannte Ressourcenvorbehalt konkret für die Landesschulbehörden?

Der Staat muss grundsätzlich nichts tun, was er nicht zu leisten imstande ist. Vor diesem Hintergrund ist allerdings der Ressourcenbegriff weit zu verstehen. Der Staat hat also sämtliche seiner Ressourcenkapazitäten zu berücksichtigen, inklusive etwaiger Umschichtungen.

- 7) In welchem Verhältnis steht das Konzept der angemessenen Vorkehrungen zum Prinzip der progressiven Realisierung?

Die flächendeckende Gewährleistung angemessener Vorkehrungen macht einen gesetzlichen und institutionellen Rahmen erforderlich, der schrittweise, innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens, etwa bis zu zwei Jahren oder zumindest innerhalb einer Legislaturperiode, aufgebaut werden muss.

- 8) Welche Bedeutung hat die Übersetzung der BRK der Bundesregierung, insbesondere in Bezug auf die Übersetzung “integratives Bildungssystem”?

Die BRK ist allein in den so genannten authentischen Sprachfassungen, zu denen die deutsche nicht gehört, rechtlich verbindlich. Der deutsche Begriff „integrativ“ entspricht nicht den Vorgaben der BRK, die durchgehend von „*inclusive*“ („inklusive“) spricht; der Bundesgesetzgeber hat sich im Rahmen des Transformationsprozesses auch klar zum weitergehenden Begriff der Inklusion bekannt, trotz der ungenauen Übersetzung des Begriffs „inclusion“ in der englischen Sprachfassung der BRK durch das deutsche Wort „Integration“.

Impressum

Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lernen -
Landesarbeitsgemeinschaft NRW e.V.
Benninghofer Straße 114
44269 Dortmund
Tel. (0231) 72 8 10 11
Fax (0231) 81 00 41
Email info@gemeinsam-leben-nrw.de
www.gemeinsam-leben-nrw.de

Sozialverband Deutschland e.V.
Stralauer Straße 63
10179 Berlin
Tel. (030) 72 62 22 - 0
Fax (030) 72 62 22 - 311
Email kontakt@sovd.de
www.sovd.de

Stand
Januar 2010

Druck
Maxroi Graphics GmbH, Görlitz

Copyright © 2010 LAG Gemeinsam Leben,
Gemeinsam Lernen NRW
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das
Recht der Vervielfältigung und Verbreitung.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner
Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein
anderes Verfahren) ohne schriftliche
Genehmigung des Verbandes reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer
Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder
verbreitet werden.

