

**VÖLKERRECHTLICHE FRAGEN DES
INKLUSIVEN UNTERRICHTS IN DEUTSCHLAND
IM ZUSAMMENHANG MIT DEM
INKRAFTTRETEN DES ÜBEREINKOMMENS DER
VEREINTEN NATIONEN ÜBER DIE RECHTE VON MENSCHEN
MIT BEHINDERUNGEN**

Gutachten erstellt durch

LATHAM & WATKINS^{LLP}

für die

Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben – gemeinsam lernen e.V.

April 2009

ÜBERSICHT

A. Einleitung	1
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	1
C. Inhalt und Auswirkungen der Konvention	2
I. Eine Konvention speziell für Menschen mit Behinderung.....	2
II. Umsetzungspflicht: Staatenverpflichtungen oder Individualansprüche.....	3
III. Rechtlicher Gehalt des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK.....	4
1. Instrumentarium der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden.....	4
2. Menschen mit Behinderung als Begünstigte.....	5
3. Verpflichtungen aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK.....	5
a) Wortlaut.....	5
b) Eigenständiges und einheitliches Menschenrecht.....	6
c) Staatenverpflichtungen.....	7
aa) Teilhabe am Schulsystem.....	7
bb) Menschenrecht auf inklusive Bildung.....	8
(1) „inclusive“ vs. integrativ.....	8
(2) Ziele eines inklusiven Bildungssystems.....	9
(3) Grundlegende Wertentscheidung für ein inklusives Bildungssystem.....	10
cc) Unterstützungsleistungen.....	10
dd) Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote.....	11
(1) Akzessorisches Diskriminierungsverbot.....	11
(2) Verknüpfung mit Diskriminierungsverboten.....	11
ee) Zwischenergebnis Staatenverpflichtung.....	12
IV. Völkerrechtlich gewollter Individualschutz aus Art. 24 UN-BRK.....	12
1. Grundlagen des völkerrechtlichen Individualschutzes.....	12
a) Kriterien des völkerrechtlich gewollten Individualschutzes.....	12
b) Subjektives Kriterium: Kein genereller Ausschluss eines völkerrechtlich gewollten Individualschutzes.....	13
aa) Atypische Natur des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK.....	13
bb) Fakultativprotokoll.....	14
cc) Völkerrechtliche Dogmatik und Völkerrechtspraxis.....	15
2. Potentiell individualschützend gewollte Regelungen.....	16
a) Teilhabe am Schulsystem.....	16
b) Menschenrecht auf inklusive Bildung.....	16
c) Unterstützungsleistungen.....	17
d) Schranken des Menschenrechts.....	17
aa) Kindeswohl des Kindes mit Behinderung.....	17
bb) Kindeswohl anderer Kinder in derselben Schulklasse.....	18
V. Rechtlicher Gehalt des Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK.....	18
1. Wortlaut.....	18
2. Inhalt.....	18
3. Völkerrechtlich gewollter Individualanspruch.....	19
VI. Progressiver Finanzierungsvorbehalt.....	20
VII. Ergebnis.....	20
D. Innerstaatliche Wirkung der Konvention	20
I. Völkerrechtliche Verpflichtung aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK.....	20
1. Feststellung des Vertrages und Unterzeichnung durch Deutschland.....	21
2. Völkerrechtliches Inkrafttreten.....	21
II. Innerstaatliche Einbeziehung ohne Umsetzungsakt.....	21
III. Umsetzung durch Transformationsgesetz des Bundes.....	22

1.	Wirkungen des Transformationsgesetzes.....	22
2.	Notwendigkeit der Zustimmung durch Gesetz.....	22
3.	Einbeziehung des Art. 24 UN-BRK ins deutsche Recht.....	23
IV.	Umsetzungspflicht der Länder bezüglich der Konvention	23
1.	Umfang der Umsetzungspflicht	23
2.	Umsetzungsverpflichtete.....	23
3.	Ergebnis	24
E.	In Deutschland unmittelbar wirksame Individualansprüche	24
I.	Anspruch aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK	24
II.	Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK	25
III.	Anspruch aus dem gewohnheitsrechtlich verbürgten Gehalt des Menschenrechts auf Bildung in Verbindung mit der völkerrechtlichen Staatenverpflichtung aus Art. 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 UN-BRK.....	25
1.	Einwirkung der Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für inklusive Schulbildung auf das gewohnheitsrechtlich anerkannte akzessorische Diskriminierungsverbot.....	25
2.	Reichweite der Ausstrahlung des gewohnheitsrechtlich anerkannten akzessorischen Diskriminierungsverbots.....	26
a)	Geltung für gewohnheitsrechtlich anerkannten Gehalt des Rechts auf Bildung.....	26
b)	Geltung über den gewohnheitsrechtlich anerkannten Gehalt des Rechts auf Bildung hinaus ...	26
c)	Stellungnahme	27
3.	Rechtfertigung.....	27
IV.	Ergebnis.....	27
F.	Völkerrechtskonforme Auslegung des Schulrechts.....	28
I.	Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Schulrechts	28
II.	Auslegung im Lichte des völkerrechtsfreundlich ausgelegten Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG	29

A. Einleitung

Nachdem die Bundesrepublik Deutschland dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen („**UN-BRK**“ oder die „**Konvention**“) beigetreten ist, sind wir von der Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben – gemeinsam lernen e.V. gebeten worden, in einem Gutachten zu untersuchen, welche Auswirkungen die Konvention im Hinblick auf den inklusiven Unterricht für Kinder mit Behinderungen in allgemein bildenden Schulen hat.

Während Völkerrecht anerkanntermaßen in erster Linie Staatenrecht ist, entspricht es der jüngeren Entwicklung des Völkerrechts, einzelnen Menschen Rechtspositionen gegenüber Staaten vermitteln zu wollen. In der Regel vermittelt das Völkerrecht keine individuellen Rechtsansprüche, sondern bedarf innerhalb der Rechtsordnung auf Ebene der Vertragsstaaten der Umsetzung. Insofern steht Völkerrecht im Rang nicht über dem Recht der Vertragsstaaten, vielmehr legt die Verfassung des jeweiligen Vertragsstaates seinen Rang fest. Die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen stellt in der bundesstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine besondere Herausforderung dar: Während der Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Regel auf Grund der ausschließlichen Kompetenz in auswärtigen Angelegenheiten durch den Bund erfolgt, liegt für die Umsetzung der völkerrechtlich begründeten Verpflichtungen in deutsches Recht mitunter die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern.

Das Gutachten wird daher zunächst untersuchen, welche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Umsetzung der durch die Konvention völkerrechtlich begründeten Pflichten bestehen (C.). Im Hinblick auf das Transformationsgesetz des Bundes werden im Folgenden dessen innerstaatliche Wirkungen analysiert werden (D.), bevor das Gutachten sich unter dem Gesichtspunkt eines akzessorischen Diskriminierungsverbotes mit unmittelbar wirksamen Individualansprüchen aus der Konvention befasst (E.). Ungeachtet der auf Ebene der Länder ausstehenden Transformation in ihre ausschließlich Gesetzgebungskompetenz fallenden Bestimmungen der Konvention untersucht das Gutachten abschließend die Auswirkungen der völkerrechtlich wirksam begründeten Verpflichtungen auf die Auslegung des Schulrechts sowie des besonderen Gleichheitsrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (F.).

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Wir gelangen dabei zu den folgenden wesentlichen Ergebnissen:

- Bei der Umsetzung von Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK sind die Länder verpflichtet, ein inklusives Schulsystem zu schaffen. Nur ein inklusives Schulsystem entspricht dem völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Behinderungen. Das in Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK enthaltene Menschenrecht auf Bildung enthält eine grundlegende Wertentscheidung zugunsten eines inklusiven Schulsystems. Das Menschenrecht ist in etlichen Aspekten als völkerrechtlich individualschützend gewolltes Menschenrecht auf inklusive Bildung und nicht als reine Staatenverpflichtung zu verstehen und individualschützend als subjektives Recht auf inklusiven Unterricht umzusetzen.
- Die in der deutschen Übersetzung des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK gewählte Übersetzung des englischen Begriffs „*inclusive*“ als „integrativ“ ist rechtlich unbeachtlich. Für die inhaltliche Bestimmung der in Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK an ein Schulsystem zu stellenden Anforderungen ist nach völkerrechtlichen Grundsätzen auf die authentischen Sprachen der Konvention und das zum Zeitpunkt der Annahme der Konvention vorherrschende Begriffsverständnis abzustellen.

- Da Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht durch das Transformationsgesetz Bestandteil des deutschen Rechts geworden sind, sind die Länder durch ihre nach dem „Lindauer Abkommen“ vorab erteilte Zustimmung zur Begründung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Grundsatz der Bundestreue zur Umsetzung dieser Bestandteile der Konvention verpflichtet.
- Der progressive Finanzierungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK ist lediglich auf die Aspekte des Art. 24 Abs. 1 und 2 der Konvention anwendbar, die reine Staatenverpflichtungen sind. Auch im Fall reiner Staatenverpflichtungen ist es nicht ins Belieben der Vertragsstaaten gestellt, ob sie das Menschenrecht zunehmend verwirklichen. Vielmehr hat die Umsetzung so schnell und effektiv wie möglich zu erfolgen. Diese Pflicht zur Umsetzung besteht seit Inkrafttreten der Konvention, also seit dem 26. März 2009. Der progressive Finanzierungsvorbehalt greift nicht ein im Fall des Diskriminierungsverbots in Art. 5 Abs. 1 und 2 der Konvention. Es sprechen gute Gründe dafür, dass der Finanzierungsvorbehalt nicht als Schranke des Menschenrechts auf inklusive Bildung eingreift, soweit dieses völkerrechtlich individualschützend gewollt ist.
- Ungeachtet der noch nicht erfolgten Umsetzung des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK besteht ein völkergewohnheitsrechtlich anerkanntes akzessorisches Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit dem Merkmal der Behinderung. Dieses akzessorische Diskriminierungsverbot ist über Art. 25 GG Teil des einfachen Bundesrechts und geht entgegenstehenden landesrechtlichen Bestimmungen ungeachtet der innerstaatlichen Kompetenzordnung vor. Das akzessorische Diskriminierungsverbot ist im Lichte der Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für ein inklusives Bildungssystem auszulegen. In Übereinstimmung mit dieser grundlegenden Wertentscheidung gilt, dass nur ein inklusives Bildungssystem diskriminierungsfrei ist.
- Bereits vor Umsetzung der Konvention sind Behörden verpflichtet, die wirksam begründeten völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Schaffung eines Individualanspruchs auf inklusiven Unterricht bei der Auslegung des Schulrechts und bei Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen. Ermessensentscheidungen, die diesen Belang nicht berücksichtigen, sind bereits aus diesem Grund rechtswidrig.
- In demselben Sinne ist bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt das besondere Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Schaffung eines inklusiven Schulsystems auszulegen.

C. Inhalt und Auswirkungen der Konvention

Im Folgenden soll die Konvention in Hinblick auf ihren Inhalt und ihre Auswirkungen im Rahmen der innerstaatlichen Umsetzung untersucht werden. Dabei soll insbesondere auf Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 der UN-BRK eingegangen werden, um insoweit herauszuarbeiten, welche innerstaatlichen Maßnahmen diese völkerrechtlichen Normen von Vertragsstaaten fordern.

I. Eine Konvention speziell für Menschen mit Behinderung

Am 13. Dezember 2006 beschlossen die Vereinten Nationen die Konvention. Die Konvention stellt damit den ersten Menschenrechtsvertrag des 21. Jahrhunderts dar. Indem die Konvention bestehende Menschenrechte aufnimmt und deren Schutzbereich den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung anpasst, begründet sie spezielle Menschenrechte. Somit fügt sich die

Konvention in die Methode der Vereinten Nationen ein, Menschenrechte zu entwickeln.¹ Nachdem zunächst einzelne Menschenrechte definiert wurden, um universal geltende Standards zu schaffen („Standardsetting“), wurden in einem zweiten Schritt in zwei Pakten, dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966² (der „**Internationale Zivilpakt**“) und dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966³ (der „**Internationale Sozialpakt**“) Rechtsverpflichtungen für die jeweiligen Vertragsstaaten geschaffen.⁴ In der Folge wurden die Menschenrechte für von Menschenrechtsverletzungen besonders betroffene Gruppen weiter ausdifferenziert: So bestehen spezielle Pakte gegen Rassendiskriminierung⁵, gegen die Diskriminierung von Frauen⁶ und gegen die Diskriminierung von Kindern⁷ und mit der Konvention gegen die Diskriminierung Behinderter.

II. *Umsetzungspflicht: Staatenverpflichtungen oder Individualansprüche*

Völkerrecht ist in erster Linie Staatenrecht: Staaten verpflichten sich einseitig oder gegenseitig, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Völkerrechtliche Normen sind nur in Ausnahmefällen dazu bestimmt, einen Staat gegenüber den seiner Staatsgewalt Unterworfenen zu verpflichten oder diesen Personen unmittelbar einen Individualanspruch gegen den Staat zu vermitteln. Eine wichtige Ausnahme stellen insoweit die Menschenrechte dar: *Menschenrechte* sind ein Grundbestand an Rechten, die allen Menschen, die in den Vertragsstaaten leben, über Traditionen und kulturelle Eigenheiten hinweg, diskriminierungsfrei und unabhängig von der unzureichenden Umsetzung durch einen Einzelstaat bedingungslos, allein auf Grund ihres Menschseins von Geburt an zustehen sollen.⁸ Menschenrechte definieren damit einen (Mindest-) Standard, auf den sich Staaten geeinigt haben.⁹ Menschenrechte sind dabei nicht jeweils isoliert zu betrachten, sondern bilden einen Zusammenhang einander bedingender Rechte, die in ihrer Gesamtheit die Würde des Menschen schützen¹⁰ und die Autonomie der Person sichern¹¹. Dieser Zusammenhang wird häufig mit egalitär, universell und unteilbar beschrieben.¹²

Alle Menschenrechte nehmen Bezug auf Menschen, sind aber entgegen dem ersten begrifflichen Anschein nicht notwendig individualschützend ausgestaltet und als subjektive Rechte gewollt, sondern können auch als Handlungsverpflichtung des Staates gegenüber den ihm unterworfenen Menschen formuliert sein. Die Staaten können in völkerrechtlichen Verträgen daher (i) Menschenrechte ausdrücklich als individualschützend bezeichnen oder (ii) Menschenrechte im Hinblick auf dafür im Völkerrecht entwickelte Kriterien als nicht-individualschützend anlegen (sofern ein Menschenrecht nicht individualschützend angelegt oder gewollt ist, handelt es sich um eine reine *Staatenverpflichtung*). Während diese dichotomische Einordnung von Menschenrechten als individualschützend gewollte Menschenrechte oder reine Staatenverpflichtung begrifflich klar ist,

¹ Vgl. *Krennerich*, in: Sierck/Krennerich/Häußler, Handbuch der Menschenrechtsarbeit 2006/2007, S. 18f. Fundstelle: <http://www.fes.de/handbuchmensenrechte>.

² BGBl. 1973 II, S. 1553.

³ BGBl. 1973 II, S. 1569.

⁴ *Riedel/Koenig/Lorz*, Die Universalität der Menschenrechte: Philosophische Grundlagen, nationale Gewährleistungen, internationale Garantien, Berlin, 2003, S. 106 f.

⁵ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, BGBl. 1969 II, S. 961.

⁶ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl. 1985 II, S. 648.

⁷ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 II, S. 121.

⁸ *Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts (Bd. II), Berlin, 1961, Stichwort „Menschenrechte“, S. 504; *Krennerich*, in: Sierck/Krennerich/Häußler, Handbuch der Menschenrechtsarbeit 2006/2007, S. 11.

⁹ *Oberleitner*, Menschenrechtsschutz durch Staatenberichte, Frankfurt am Main/Berlin u.a., 1998, S. 24.

¹⁰ *Krennerich*, in: Sierck/Krennerich/Häußler, S. 11.

¹¹ *Mickel/Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 3. Aufl., 2005, Stichwort: Menschenrechte, Punkt 3.

¹² *Krennerich*, in: Sierck/Krennerich/Häußler, S. 11.

ist die im Einzelfall zu treffende Bestimmung in Folge gewollter oder ungewollter Unklarheiten in völkerrechtlichen Verträgen nicht einfach, sondern erfordert gegebenenfalls die Auslegung anhand völkerrechtlich anerkannter Methoden. Völkerrechtlich begründete Menschenrechte sind von einem Staat, der einen Menschenrechtsvertrag unterzeichnet, so umzusetzen, wie sie im völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen sind. Ein völkerrechtlich individualschützend gewolltes Menschenrecht ist daher individualschützend in der innerstaatlichen Rechtsordnung umzusetzen.

III. Rechtlicher Gehalt des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK

Zunächst ist der rechtliche Gehalt des Art. 24 Abs. 1 und 2 der UN-BRK zu prüfen. Die Auslegung hat dabei nach anerkannten völkerrechtlichen Methoden zu erfolgen.

1. Instrumentarium der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden

Eine völkerrechtliche Vertragsauslegung hat nach den Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969¹³ („WVK“) zu erfolgen, die unmittelbar anzuwenden sind (vgl. Art. 4 WVK), aber auch als Ausdruck allgemeiner Regeln des Völkerrechts (Völkergewohnheitsrecht) anzusehen sind¹⁴. Die völkerrechtliche Auslegung unterscheidet sich von den gängigen deutschen Methoden der Auslegung durch die Sprachproblematik im Rahmen der grammatikalischen Auslegung, eine zukunftsgerichtete Komponente bei der systematischen Auslegung und die untergeordnete Bedeutung der historischen Auslegung.

Nach Art. 31 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben („*bona fide*“-Regel)¹⁵ (i) in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen zukommenden Bedeutung (entsprechend der grammatikalischen Auslegung), (ii) in Übereinstimmung mit der ihm im Zusammenhang zukommenden Bedeutung (entsprechend der systematischen Auslegung) und (i-ii) im Lichte seines Zieles und Zweckes (entsprechend der teleologischen Auslegung) auszulegen.

Im Hinblick auf die **grammatikalische Auslegung** ist zu beachten, dass einem völkerrechtlichen Begriff in der Regel dessen gewöhnliche Bedeutung beizulegen ist (so genannte *ordinary meaning rule*). Eine von der gewöhnlichen abweichende besondere Bedeutung darf einem Begriff nur dann beigelegt werden, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies auch so beabsichtigt haben (Art. 31 Abs. 4 WVK). Ebenso ist zu beachten, dass den „authentischen Sprachen“, die ein Vertrag festlegen kann, besondere Bedeutung zukommt (Art. 33 WVK). Andere Übersetzungen haben daher im Zweifel zurückzustehen. Bei Nichtübereinstimmung der verschiedenen Sprachfassungen sind, ebenso wie bei Auslegungszweifeln, die Vorschriften des WVK heranzuziehen. Wenn im Zuge der Vorarbeiten und der diplomatischen Konferenz vorwiegend benutzte Sprache Englisch war, führt diese Regel dazu, dass in Zweifelsfällen der englischen Fassung besonderes Gewicht zukommt.¹⁶ In die **systematische Auslegung** sind nach Art. 31 Abs. 2 WVK der Vertragswortlaut samt Präambel und die Anlagen sowie weitere diesbezügliche Übereinkünfte und Urkunden einzu beziehen. Neben dem Zusammenhang sind in gleicher Weise jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen, jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Ver-

¹³ BGBl 1985 II S. 926, BGBl 1987 II, S. 757.

¹⁴ IGH, Kasikili/Sedudu Island, ICJ-Rep. 1999, S. 1045 ff., Rn. 18; v. Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 11, Rn. 11.

¹⁵ Vgl. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, Berlin, 1976, S. 61.

¹⁶ Dieser Gedanke wird zum einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG) vertreten von Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 8. Aufl., München, 2008, Rn. 26; Achilles, CISG, Art. 7 Rn. 4; Brunner, CISG, Art. 7 Rn. 5; Honsell/Melis, CISG, Art. 7, Rn. 10; MünchKommBGB/Westermann, Art. 7 CISG Rn. 7; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2 Rn. 167; Staudinger/Magnus, Art. 7 CISG Rn. 17 u. 33. Diese Sicht ist auch in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit anerkannt, vgl. OVG Bautzen, DÖV 2007, 564 (zur maßgeblichen Sprache der Welterbekonvention).

tragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, sowie das Völkergewohnheitsrecht zu berücksichtigen. Die **historische Auslegung** hat nur untergeordnete Bedeutung, wenn die systematische Auslegung bis zu diesem Punkt kein klares Ergebnis erbringt (Art. 32 WVK). Im Rahmen der historischen Auslegung wären insoweit die vorbereitenden Arbeiten und die näheren Umstände des Vertragsschlusses heranzuziehen. Dabei hat nach Art. 31 Abs. 11 WVK die Auslegung in jeder Auslegungsstufe nach **Treu und Glauben**¹⁷ zu erfolgen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Vertragsstaaten nach bestem Willen zur Vertragsumsetzung zusammenarbeiten und die Verträge nicht nur nach ihrem Buchstaben, sondern dem Geiste nach auszulegen sind.

2. Menschen mit Behinderung als Begünstigte

Die Konvention ist bestimmt, einen menschenrechtlichen Standard für Menschen mit Behinderung zu etablieren. Die Konvention hat in Art. 1 Abs. 2 daher bewusst einen offenen Begriff der Behinderung gewählt:

„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.“

Gemäß lit. e. der Präambel will die Konvention den Behinderungsbegriff nicht abschließend definieren, so dass die Vertragsstaaten Erweiterungen vornehmen können. Eine Einschränkung des durch Art. 1 Abs. 2 UN-BRK bestimmten Anwendungsbereichs ist hingegen nicht zulässig.

3. Verpflichtungen aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK

a) Wortlaut

Art. 24 Abs. 1 und 2 lautet:

„(1) 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 integratives¹⁸ Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel,

¹⁷ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, S. 61.

¹⁸ Der in der nicht durch Gesetz festgestellten deutschen Übersetzung gewählte Begriff „integrativ“ weicht von der nach dem Wortlaut der gemäß Art. 50 des Übereinkommens verbindlichen englischen („an inclusive education system“) und französischen Fassung („le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire“) ab. Der Begriff „Integration“ ist in Deutschland konzeptionell anders besetzt. Die Übersetzung des Originaltextes der Konvention mit „integrativ“ wurde daher im Vorfeld der Ratifizierung kritisiert. Diese Kritik greift auch ein vom Deutschen Bundestag anlässlich der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes beschlossener Entschließungsantrag auf, der deutlich von einem von Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention geforderten „inklusive Bildungssystem“ spricht. Insoweit heißt es: „Auch in Artikel 24 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit (Artikel 3e des Übereinkommens) zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein inklusives Bildungssystem auf allen Ebenen. Die Vertragsstaaten stellen dabei sicher, dass Menschen nicht aufgrund einer Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden. Kinder mit einer Behinderung dürfen nicht vom Besuch einer Grundschule oder einer weiterführenden Schule aufgrund ihrer Behinderung ausgeschlossen werden, sondern ihnen soll gleichberechtigt mit anderen der Zugang zu einem einbeziehenden, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht ermöglicht werden. Innerhalb des allgemeinen Bildungssystems sollen angemessene Vorkehrungen getroffen und die notwendige Unterstützung geleistet werden, um eine erfolgreiche Bildung zu erleichtern.“, vgl. Bundestagsbeschluss vom 4. Dezember 2008, abgedruckt in Nr. 2 der

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.

(2) Bei der Verwirklichung dieses Rechts stellen die Vertragsstaaten sicher, dass

a) Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden;

b) 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;

c) angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden;

d) Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems die notwendige Unterstützung geleistet wird, um ihre erfolgreiche Bildung zu erleichtern; und

e) in Übereinstimmung mit dem Ziel der vollständigen Integration wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet, angeboten werden.“

b) Eigenständiges und einheitliches Menschenrecht

An erster Stelle ist zu fragen, ob es sich der Anlage nach bei Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK um ein eigenständiges und einheitliches Menschenrecht handelt, bevor im Zusammenhang mit den in Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK enthaltenen Staatenverpflichtungen angesichts des systematischen Zusammenspiels mit einer grundlegenden Wertentscheidung für ein inklusives Schulsystem die Frage eines völkerrechtlich individualschützend gewollten Menschenrechts auf inklusive Bildung gestellt werden soll.

An der Natur eines eigenständigen Menschenrechts könnte wegen des Wortlauts des Art. 24 Abs. 1 UN-BRK gezweifelt werden. Dort heißt es, die Vertragsstaaten „*anerkennen das Recht auf Bildung*“. Der Wortlaut setzt also ein bestehendes Menschenrecht auf Bildung voraus, das im Hinblick auf Menschen mit Behinderung durch Anerkennung bekräftigt (und im Folgenden) im Hinblick auf deren Bedürfnisse spezifiziert wird. Betrachtet man ausschließlich isoliert den Wortlaut des ersten Satzes bleibt noch unklar, ob das Menschenrecht auf Bildung nur in Bezug genommen oder ob ein eigenständiges Menschenrecht neu konstituiert wird. Die systematische Auslegung unterstützt die Sicht, dass es sich bei Art. 24 Abs. 1 UN-BRK um ein eigenständiges Menschenrecht handelt. Schon in der Präambel (dort lit. c, j, r und v) wird der Charakter der Konvention als Menschenrechtsvertrag betont. Innerhalb der Konvention bekennen sich die Staaten insbesondere in den Art. 1, 2 Abs. 3 zu einer gleichberechtigten Teilhabe Behinderter an allen Menschenrechten. Zweck der Konvention ist es nach Art. 1 Abs. 1, „den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Men-

Beschlussempfehlung BT-Drucks. 16/11234. Der Begriff „integrativ“ ist daher sowohl nach dem Willen des Vertrages als auch nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers nicht zu Grunde zu legen; vgl. die weiteren Ausführungen unter C.III.3.c)aa)(1) des Gutachtens.

schenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern“. Aus Art. 1 Abs. 1 UN-BRK erklärt sich die in Art. 24 Abs. 1 Satz 1 der Konvention gewählte Formulierung („anerkennen das Recht auf Bildung“) noch deutlicher: Das Übereinkommen nimmt an anderer Stelle im Völkerrecht anerkannte Menschenrechte auf und konkretisiert sie im Hinblick auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung.¹⁹ Art. 24 Abs. 1 UN-BRK enthält damit eine menschenrechtliche Rechtsverbürgung in zwei Schritten: Zunächst wird das Menschenrecht auf Bildung auch für Menschen mit Behinderung (deklaratorisch) anerkannt und dadurch besonders betont. In einem zweiten Schritt wird dieses Menschenrecht angereichert und dadurch für Menschen mit Behinderung konkretisiert. Diese Auslegung ist auch im Hinblick auf Sinn und Zweck der Konvention zwingend: Es wäre nicht hinzunehmen, dass Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK nicht gegenüber einem Staat voll zur Geltung kommt, der nur die Konvention, nicht aber andere Verträge, in denen das Recht auf Bildung festgeschrieben wird, unterzeichnet hat. Die Einheitlichkeit des Menschenrechts ergibt sich bereits aus dem Wortlaut: Satz 2 konkretisiert und gestaltet den Schutzbereich des Rechts auf Bildung aus. Die Verknüpfung ergibt sich aus der Bezugnahme („um dieses Recht (...) zu gewährleisten“). Auch Abs. 2 nimmt Bezug auf Abs. 1.

c) Staatenverpflichtungen

Weiter enthält Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK verschiedene Staatenverpflichtungen im Hinblick auf die Ausgestaltung des Bildungssystems.

aa) Teilhabe am Schulsystem

Eine dieser Staatenverpflichtungen betrifft zunächst die Teilhabe von behinderten Kindern am Schulsystem. Dabei sind die nachfolgend genannten Aspekte maßgeblich:

- *Zugang zum Bildungssystem.* Das Recht auf Zugang zum Bildungssystem ist sowohl Staatenverpflichtung als auch völkergewohnheitsrechtlich als individualschützend anerkannt. Daher kommt es nicht auf die Frage an, ob Art. 24 Abs. 1 Satz 1 UN-BRK selbst individualschützend ausgestaltet ist.
- *Zugang zu allgemein bildenden Schulen.* In Art. 24 Abs. 2 lit. a UN-BRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, sicher zu stellen, dass „Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden“. Hier geht es also nicht mehr allein um den Zugang zu Schulen, sondern um die Eröffnung des Zugangs zu allgemein bildenden Schulen sowohl in der Primar- als auch in der Sekundarstufe.
- *Gleichberechtigter, wohnortnaher Zugang zu allgemein bildenden Schulen.* Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-BRK gebietet eine Gleichbehandlung zwischen Kindern mit und ohne Behinderung bei der räumlichen Distanz zwischen Wohnort und Schule. Dies bedeutet, dass Kinder mit Behinderung grundsätzlich keinen längeren Schulweg zurücklegen sollen als Kinder ohne Behinderung. Ziel dieser Regelung ist die Inklusion in die örtliche Gemeinschaft. Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-BRK spricht damit gegen eine Unterrichtung von behinderten Kindern an weit vom Wohnort entfernten Förderschulen und für eine Unterrichtung an einer wohnortnahen allgemein bildenden Schule.

¹⁹ So auch die Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, vgl. BT-Drucks 16/10808, S. 45.

bb) Menschenrecht auf inklusive Bildung

Art. 24 Abs. 2 der Konvention konkretisiert und gestaltet den Schutzbereich des Rechts auf Bildung, indem er ein *inklusives Bildungssystem* in den Vordergrund stellt („(...) gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen (...“). Art. 24 Abs. 2 UN-BRK enthält damit die Staatenverpflichtung, ein solches inklusives Bildungssystem aufzubauen, soweit ein solches nicht bereits existiert.

(1) „*inclusive*“ vs. integrativ

In der Konvention wird der Begriff „*inclusive*“ nicht definiert, was darauf schließen lässt, dass die Vertragsstaaten beabsichtigt haben, ihm im Sinne der *ordinary meaning rule* des Art. 31 Abs. 4 WVK die gewöhnlichen Bedeutung beizumessen. Es ist daher nicht das deutsche Begriffsverständnis zu Grunde zu legen, sondern das englische, da dieses bei den in New York stattfindenden Vertragsverhandlungen zu Grunde lag. Dem Begriff „*inclusive*“ lag bei der Vertragsverhandlung insoweit ein Begriffsverständnis zu Grunde, das etwa in Richtlinien der UNESCO folgendermaßen beschrieben wird.²⁰

“Inclusion as we know it today has its origins in special education. The development of the field of special education has involved a series of stages during which education systems have explored different ways of responding to children with disabilities, and to students who experience difficulties in learning. In some cases, special education has been provided as a supplement to general education provision, in other cases it has been entirely separate. In recent years, the appropriateness of separate systems of education has been challenged, both from a human rights perspective and from the point of view of effectiveness.

Special education practices were moved into the mainstream through an approach known as “integration”. The main challenge with integration is that “mainstreaming” had not been accompanied by changes in the organization of the ordinary school, its curriculum and teaching and learning strategies. This lack of organizational change has proved to be one of the major barriers to the implementation of inclusive education policies. Revised thinking has thus led to a re-conceptualization of “special needs”. This view implies that progress is more likely if we recognize that difficulties experienced by pupils result from the ways in which schools are currently organized and from rigid teaching methods. It has been argued that schools need to be reformed and pedagogy needs to be improved in ways that will lead them to respond positively to pupil diversity – seeing individual differences not as problems to be fixed, but as opportunities for enriching learning.”

Inklusion ist also im Kontext des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei den Vereinten Nationen vorherrschenden und in der Wissenschaft entwickelten Verständnisses ein Konzept von schulischem Unterricht von Menschen mit Behinderung, der sich von Integration unterscheidet. Anders als **Integration** spaltet Inklusion die Gesamtheit aller Schüler nicht erst in zwei Gruppen, nämlich jene mit und jene ohne Behinderung, um dann in einem zweiten Schritt besonders geeignete Kinder mit Behinderung wieder der Gruppe der Kinder ohne Behinderung hinzuzufügen, sondern begreift die Gesamtheit aller Schüler von Anfang an als Einheit. Inklusion unterscheidet nicht danach, ob ein Kind mit Behinderung dem Unterricht zielgleich (gegebenenfalls unter Erleichterungen zum individuellen Nachteilsausgleich) oder nur zieldifferent folgen kann, sondern stellt individuelle Lernrahmen zur Verfügung.²¹ Ein Inklusionskonzept setzt daher in aller Regel eine Um-

²⁰ UNESCO: Guidelines for inclusion: ensuring access to education for all, 2005, S. 9 (Fundstelle: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001402/140224e.pdf>).

²¹ Dieses Verständnis der Begriffe teilen Poscher/Langer/Rux, Gutachten zu Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, S. 21; zum wissenschaftlichen Diskurs vgl. Sander, Von der integrativen zur inklusiven Bildung – Internationaler Stand und Konsequenzen für die sonderpädagogische Förderung in Deutschland, in: Hausotter/Boppel/Meschenmoser (Hrsg.): Perspektiven Sonderpädagogischer Förderung in Deutschland. Dokumentation der Nationalen Fachtagung vom 14.-16. November 2001 in Schwerin; Middelfart (DK), European Agency etc. 2002, S. 143-164 (Fundstelle: <http://bidok.uibk.ac.at/>

organisation des Schulalltags und eine stärkere Zuwendung zur einzelnen Schülerpersönlichkeit voraus. Inklusion ist insoweit gedanklich dem *Mainstreaming* verwandt. Dieses Begriffsverständnis findet sich auch im offiziellen Handbuch der Vereinten Nationen für Abgeordnete nationaler Parlamente zur Umsetzung der Konvention wieder.²²

Diese Auslegung lässt sich auch systematisch untermauern: Der Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK enthält eine Verknüpfung mit dem Prinzip der Chancengleichheit. Chancengleichheit stellt eines der acht Ziele der Konvention dar (vgl. Art. 3 lit. e). In der Präambel wird dieses Ziel in lit. y bestärkt. In lit. f der Präambel wird zudem auf die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1993 zu „Rahmenbestimmungen für die Herstellung der Chancengleichheit für Behinderte“ Bezug genommen.²³ Dieses (nicht-verbindliche) Dokument gibt den Staaten Empfehlungen für eine neue am Ziel der Chancengleichheit ausgerichtete Behindertenpolitik und legt Standards fest. Hierdurch wurde ein „Paradigmenwechsel in der Behindertenpolitik weltweit“²⁴ eingeläutet. Die Gleichstellungsgesetzgebung, die hierdurch auch in der Bundesrepublik Deutschland ausgelöst wurde, sieht Menschen mit Behinderung daher konsequent weniger als Objekte staatlicher Wohlfahrt und Rehabilitationsleistungen, sondern in erster Linie als Menschenrechtssubjekte mit gleichen Rechten. Behinderung wird nicht mehr als medizinisches Einzelschicksal, sondern sozial auch als Behinderung durch die Mehrheitsgesellschaft verstanden. Oder in den Worten von *Degener*: „Die Tatsache, dass eine Schülerin, die einen Rollstuhl benutzt, nicht die Regelschule besucht, ist danach nicht die tragische Folge ihrer Rückenmarksverletzung, sondern eine Folge diskriminierenden Verhaltens und Entscheidungen, wie etwa der, keine Rampen zu bauen, den Unterricht nicht ins Parterre zu verlegen, die Unterrichtsform inflexibel zu gestalten etc.“²⁵

Die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1993 kannte bereits in Punkt 6 einen Vorrang des integrativen Unterrichts vor Sonderbeschulung. Allerdings wurde anerkannt, dass „in Situationen, in denen das allgemeine Schulsystem noch nicht ausreichend den Bedürfnissen aller Behinderten gerecht wird, (...) die Unterrichtung in Sonderschulen in Betracht gezogen werden“ kann. Und weiter heißt es, dass: „in einigen Fällen (die Sonderschule) derzeit als die geeignetste Bildungsform angesehen werden“ kann. Unabhängig davon wird allerdings gefordert, dass die Sonderschule Schüler auf den Eintritt in das allgemeine Schulsystem vorbereiten solle und die Staaten das Sonderschulwesen schrittweise in das Regelschulwesen integrieren sollen. Dieser ursprüngliche Ansatz der UN-Resolution wird in Art. 24 UN-BRK von einem neuen **Konzept der chancengleichen Beschulung** von Kindern mit Behinderung in einem inklusiven Schulsystem abgelöst.

(2) Ziele eines inklusiven Bildungssystems

Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK zählt die Ziele eines inklusiven Bildungssystems auf. Ein inklusives Bildungssystem soll (i) die Menschenwürde und das Selbstwertgefühl stärken, (ii) die

library/sander-inklusion.html); *Hinz*, Von der Integration zur Inklusion – terminologisches Spiel oder konzeptionelle Weiterentwicklung?, Zeitschrift für Heilpädagogik, 2002, S. 354-361 (Fundstelle: <http://bidok.uibk.ac.at/library/hinz-inklusion.html>).

²² United Nations/UN-Office of the High Commissioner for Human Rights/Inter-Parliamentary Union: From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, S. 81 ff. (Fundstelle: <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf>).

²³ Deutsche Übersetzung des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen (Fundstelle: <http://www.netzwerk-artikel-3.de/un-konv/doku/un-rahmbed.pdf>).

²⁴ So *Degener* auf dem Kongress „ Gleichstellungsgesetze jetzt!“ in Düsseldorf, 20.-21. Oktober 2000 (Fundstelle: <http://netzwerk-artikel-3.de/wsite/referat.htm>).

²⁵ *Degener*, aaO (Fn. 24).

Begabungen der Menschenrechtsträger voll zur Entfaltung bringen, und (iii) zur echten gesellschaftlichen Teilhabe befähigen. An diesen Zielen ist daher das Handeln der Vertragsstaaten gegenüber Menschen mit Behinderung zu messen.

(3) Grundlegende Wertentscheidung für ein inklusives Bildungssystem

Die Schaffung eines inklusiven Schulsystems ist im Sinne einer Staatenverpflichtung zunächst ein Handlungsauftrag an die Vertragsstaaten und nicht bestimmt individualschützende Menschenrechte zu begründen. Dogmatisch lässt sich dieser zu Völkerrecht gewordenen politischen Entscheidung für ein inklusives Schulsystem allerdings noch ein zweiter Aspekt entnehmen: Wollte man mit dem Instrumentarium der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik die Entscheidung für ein bestimmtes Schulkonzept bzw. Bildungskonzept im Zusammenhang mit einem Menschenrecht einordnen, so würde man eine solche Entscheidung als **wertentscheidende Grundsatznorm** verstehen. Wertentscheidende Grundsatznormen sind im Grundrechtsverständnis des Grundgesetzes eine objektivrechtliche Wertentscheidung der Verfassung, enthalten gleichzeitig aber ein subjektives (Abwehr-) Recht. An der Wertentscheidung hat sich im deutschen Verfassungsstaat das einfache Recht auszurichten. Auf das Völkerrecht übertragen, hat sich das deutsche Schulrecht an der völkerrechtlichen Verpflichtung messen zu lassen, wie sie im Lichte der grundlegenden Wertentscheidung für ein inklusives Bildungssystem zum Ausdruck kommt. *Alexy*²⁶ hat unter Verweis auf *Dworkin* gezeigt, dass wertentscheidende Grundsatznormen nur eine Ausprägung der allgemeinen dogmatischen Figur des Prinzips sind. Prinzipien sind Optimierungsgebote, die in unterschiedlichem Grade erfüllt sein können, d. h. Normen, die gebieten, dass ein Ziel oder ein Wert in einem möglichst hohen Maße realisiert wird. Gegenbegriff des Prinzips ist die Regel: Regeln sind Normen, die aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen, und zwar derart, dass die Rechtsfolge stets Platz greift, wenn der Tatbestand erfüllt ist. Als Wertentscheidung handelt es sich bei der Entscheidung in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für ein *inklusives* Bildungssystem also um ein **Prinzip**, das im Sinne eines Optimierungsgebots bei allen staatlichen Maßnahmen, die die Schulbildung von Menschen mit Behinderung betreffen, zu berücksichtigen ist. Anwendung findet ein Prinzip sinnvoll bei der Auslegung des Rechts und bei der Ausfüllung von Ermessensspielräumen. Die wertentscheidende Zielsetzung eines inklusiven Schulsystems mit allen seinen Aspekten ist daher bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen auch im Fall reiner Staatenverpflichtungen zwingend und vorrangig zu berücksichtigen. In dem Prozess der Abwägung unterschiedlichster Gesichtspunkte kommt Konzept und Zielen des inklusiven Schulsystems gegenüber anderen Erwägungen eine herausgehobene Bedeutung zu.

cc) Unterstützungsleistungen

Art. 24 Abs. 2 lit. c UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, die für den schulischen Erfolg von Kindern mit Behinderung erforderlichen *angemessenen Vorkehrungen* zu treffen. Der Begriff der *angemessenen Vorkehrungen* ist von den Vertragsstaaten in Art. 2 UN-BRK wie folgt definiert worden:

„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.“

Art. 24 Abs. 2 lit. d UN-BRK fordert individuelle Unterstützung im allgemeinen Bildungssystem zur Erleichterung einer erfolgreichen Bildung, wobei „erfolgreich“ sich nicht zwingend auf den Bildungsabschluss bezieht und damit nicht notwendig eine zielgleiche Förderung voraussetzt.

²⁶ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 1996, Kap. 3.

Vielmehr bedarf es der individuellen Unterstützung im Sinne einer bestmöglichen Förderung des individuellen Bildungserfolgs.

Art. 24 Abs. 2 lit. e UN-BRK verpflichtet die Staaten zur individuellen Unterstützung im Hinblick auf die vollständige Inklusion in einem Umfeld, das die bestmögliche Entwicklung gestattet. Ein Umfeld, das die bestmögliche Entwicklung gestattet, wird in der Regel eines sein, in dem das Kind und seine Eltern leben. Hieraus lässt sich – ebenso wie aus Art. 24 Abs. 2 lit. b) UN-BRK – die Anforderung nach einer gewissen Wohnortnähe der Schule entnehmen. Dieses Ziel ist eng verknüpft mit dem Ziel der sozialen Inklusion, die den Aufbau von Freundschaften und anderen lokalen Bezügen ermöglicht (vgl. Art. 19 UN-BRK, der ebenfalls eine Einbettung in die örtliche Gemeinschaft anstrebt).

dd) Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote

(1) Akzessorisches Diskriminierungsverbot

Art. 24 Abs. 1 Satz 1 UN-BRK enthält neben dem Menschenrecht auf Bildung ein **akzessorische Diskriminierungsverbot**. Akzessorische Diskriminierungsverbote sind völkerrechtlich anerkannt und stellen keine allgemeinen Gleichheitssätze dar. Vielmehr besagen sie, dass bei der Verwirklichung eines bestimmten Menschenrechts Menschen nicht ungleich behandelt werden dürfen. Das akzessorische Diskriminierungsverbot erweitert damit den Schutzbereich des jeweiligen in der Konvention verbürgten Menschenrechts um den **Schutz vor diskriminierenden Verletzungen**. Im Falle der Konvention enthält Art. 5 Abs. 1 und 2 der Konvention einen allgemeinen Gleichheitssatz und ein Diskriminierungsverbot, die insoweit als ausdrücklich geschriebenes Recht innerhalb des Konventionsregime gegenüber dem völkergewohnheitsrechtlich anerkannten akzessorischen Diskriminierungsverbot spezieller sind.

(2) Verknüpfung mit Diskriminierungsverboten

Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK enthält zudem eine besondere Verknüpfung mit dem Diskriminierungsverbot. Dort heißt es:

„Um dieses Recht ohne Diskriminierung (...) zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem.“

„Diskriminierung“ wird in Art. 2 UN-BRK legal definiert:

„Im Sinne dieses Übereinkommens (...) bedeutet „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“

Durch die mit dem Wort „um“ in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 vorgenommene Fokussierung auf das inklusive Bildungssystem haben die Vertragsstaaten eine Wertentscheidung dahingehend getroffen, dass ausschließlich ein inklusives Schulsystem als diskriminierungsfrei im Sinne der Definition des Art. 2 UN-BRK anzusehen ist. Im Umkehrschluss lässt sich dieser Entscheidung daher entnehmen, dass die Vertragsstaaten ein nicht-inklusives Schulsystem als diskriminierend ansehen. Hierdurch wirkt Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK auf die Auslegung des Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK ein.

ee) Zwischenergebnis Staatenverpflichtung

Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Schaffung eines inklusiven Schulsystems, soweit ein solches nicht bereits vorhanden ist. Ein nicht-inklusives Schulsystem wie die separierende Beschulung von Kindern mit Behinderungen in besonderen Förderschulen entspricht diesen völkerrechtlichen Vorgaben nicht und ist daher nach Maßgabe der Konvention auf ein inklusives Schulsystem umzustellen.

IV. Völkerrechtlich gewollter Individualschutz aus Art. 24 UN-BRK

Im Weiteren ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls welchen der in Art. 24 Abs. 2 beschriebenen Verpflichtungen ein völkerrechtlich gewollter Individualschutz zukommt. Die in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 UN-BRK niedergelegte Verpflichtung auf die Schaffung eines inklusiven Schulsystems enthält zumindest auf den ersten Blick keine völkerrechtlich gewollte individual-schützende Dimension. Für diese Sichtweise sprechen zunächst Formulierungen wie „gewährleisten“ oder „stellen sicher“. Diese auf eine Staatenverpflichtung hindeutenden Formulierungen sprechen daher zunächst für die Einordnung des Art. 24 UN-BRK als soziales oder kulturelles Menschenrecht ohne völkerrechtlich gewollten Individualschutz.

1. Grundlagen des völkerrechtlichen Individualschutzes

Für die Frage, ob Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK als Staatenverpflichtung oder als individualschützend gewollt sind, ist die Konvention selbst maßgeblich.²⁷

a) Kriterien des völkerrechtlich gewollten Individualschutzes

Der völkerrechtlich gewollte Individualschutz durch eine völkerrechtliche Norm bestimmt sich nach zwei Kriterien:²⁸

- **Subjektives Kriterium.** Die Vertragsparteien haben im Vertrag zum Ausdruck gebracht, dass sie individuelle Rechte begründen oder zumindest nicht ausschließen wollen. Dies kann durch eine allgemeine Klausel oder durch die Formulierung in einzelnen Menschenrechten erfolgen.
- **Objektives Kriterium.** Eine Rechtsnorm des Völkerrechts ist individualschützend, wenn sie geeignet ist, Grundlage der Entscheidung eines innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgans zu sein, ohne dass eine nähere Ausgestaltung der Norm durch den nationalen Gesetzgeber vorausgehen muss.²⁹ Diese Eigenschaft wird gängig als *self-executing* bezeichnet. Die notwendige Bestimmtheit der Norm kann entweder objektiv- oder subjektivrechtlicher Natur sein.³⁰ Als objektivrechtliche Norm verpflichtet sie zwar ein innerstaatliches Rechtsanwendungsorgan, die Norm zu beachten, ein einzelner Bürger kann diese Beachtung aber nicht selbst einfordern. Der Individualanspruch muss daher einklagbar sein. Dies ist er,

²⁷ Vgl. *Permanent Court of International Justice*, Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs zum Danziger Beamtenabkommen (1928: 17.18B).

²⁸ *Buchs*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden, 1993, S. 46 ff.

²⁹ *Lorz*, Die unmittelbare Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrrangs nach Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention im nationalen Recht, Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf, 2004, S. 440.

³⁰ *Lorz*, aaO (Fn. 29), S. 441, weist zurecht darauf hin, dass das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs von 1928 zum Danziger Beamtenabkommen (17-18 B) hier missverständlich ist, da er sich nur mit der subjektiv-rechtlichen Seite zu befassen hatte.

wenn er ein subjektives Recht verleiht, also im Sinne der Schutznormtheorie zumindest auch dem Schutz eines Privatrechtssubjekts zu dienen bestimmt ist.³¹

b) Subjektives Kriterium: Kein genereller Ausschluss eines völkerrechtlich gewollten Individualschutzes

Die Konvention enthält subjektiv keinen generellen Willen der Staaten, Individualansprüche allgemein auszuschließen. Das Gegenteil ist der Fall.

aa) Atypische Natur des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK

Gemäß Art. 4 Abs. 2 UN-BRK soll die Konvention auch subjektive Rechte enthalten, auf die sich Einzelpersonen berufen können. Art. 4 Abs. 2 UN-BRK 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.“

Art. 4 Abs. 2 UN-BRK enthält eine so genannte Verpflichtung zur progressiven Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, soweit diese einen Finanzaufwand verursachen. Dieser Passus ist zumindest für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte so zu verstehen, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit in der Regel nicht gewollt ist. Atypisch im Vergleich zu Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Sozialpakts oder zu Art. 4 UN-Kinderrechtskonvention ist allerdings der Zusatz „unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“. Dieser Passus kann in zweierlei Weise verstanden werden:

Zum einen kann er so verstanden werden, dass die unmittelbare Anwendbarkeit von Gleichheitsrechten und Freiheitsrechten gewollt ist und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte nie individualschützend sein sollen. Dies wurde lange in der Völkerrechtslehre im Hinblick auf die historische Trennung der beiden großen internationalen Pakte³² vertreten. Individualschützend waren in diesen Pakten nur die bürgerlichen und politischen Rechte angelegt. Andererseits kann die Formulierung so verstanden werden, dass auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte individualschützend sein können, soweit dies der Völkerrechtsdogmatik entspricht. Im

³¹ Lorz, aaO (Fn. 29), S. 451.

³² Ausgangspunkt beider Gruppen der Menschenrechte war die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948. Laut Präambel zielt sie auf die Schaffung einer Welt, „in der die Menschen Rede- und Glaubensfreiheit und Freiheit von Furcht und Not genießen“. Diese auf eine Rede des amerikanischen Präsidenten Franklin D. Roosevelt im Januar 1941 zurückgehende Formulierung enthält Beispiele für vier verschiedene einander ergänzende Arten von menschenrechtlichen Freiheitsrechten: politische Freiheitsrechte (Redefreiheit), geistige Freiheitsrechte (Glaubensfreiheit), Justizgrundrechte (Freiheit von Furcht) und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Freiheit von Not), vgl. *Schneider*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Reihe Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, S. 5. (Fundstelle: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de>). Die völkerrechtliche Kodifizierung der Menschenrechte litt an Differenzen zwischen den beiden Blöcken der Nachkriegsordnung nach dem zweiten Weltkrieg unter Führung der Vereinigten Staaten von Amerika bzw. der Sowjetunion. Schließlich wurden 1966 zwei UN-Menschenrechtsverträge beschlossen: der „Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ und der „Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte“. Beide Pakte wurden 1966 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet und traten 1976 in Kraft. Die Bundesrepublik Deutschland ist Mitgliedsstaat beider Menschenrechtsverträge.

Lichte der jüngeren Entwicklung des Völkerrechts erscheint diese letztere Auslegung als zutreffend: Die neuere völkerrechtliche Diskussion unterteilt im Anschluss an die so genannten „Limburg-Prinzipien“³³, das Schlusskommuniqué einer Völkerrechtstagung im Jahr 1987 und deren Fortführung bei einer Völkerrechtstagung 1997 in Maastricht³⁴, die Menschenrechte nicht mehr in einen stets individualschützenden Bestand bürgerlicher und politischer Rechte und einen grundsätzlich niemals individualschützenden Bestand wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte. Vielmehr ist anerkannt und in den Ausschüssen, die zur Überwachung der UN-Menschenrechtsverträge eingesetzt sind, ständige Praxis³⁵, dass Menschenrechte unterschiedliche Dimensionen haben, es also einer Prüfung des Individualschutzes im Einzelfall bedarf.^{36 37} Diese Entwicklung war den vertragsschließenden Staaten im Zusammenhang mit dem Abschluss der Konvention bekannt.³⁸ Daher bedarf es auch bei der Untersuchung eines Menschenrechts, das man als wirtschaftliches, soziales oder kulturelles bezeichnen könnte, einer detaillierten Untersuchung seiner Gewährleistungsdimensionen.

bb) Fakultativprotokoll

Dafür, dass die Konvention für die in ihr enthaltenen Menschenrechte einen Individualschutz beabsichtigt, spricht insbesondere das Fakultativprotokoll: Dieses enthält in Art. 1 Abs. 1 die Möglichkeit eine Individualbeschwerde für Opfer einer Verletzung der Konvention. Opfer einer Verletzung kann aber begrifflich nur sein, wem das Völkerrecht eine individuelle Rechtsposition einräumen will.

³³ The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1986.

³⁴ UN Doc. E/C.12/2000/13, 2 October 2000, The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights – Background paper submitted by the International Commission of Jurists, Prinzip Nr. 35 (Fundstelle: <http://documents-dds-ny.un.org>).

³⁵ *Schneider*, aaO (Fn. 32), S. 24.

³⁶ Vgl. UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment No. 9, Para. 10: (Fundstelle der General Comments: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.) „*It is sometimes suggested that matters involving the allocation of resources should be left to the political authorities rather than the courts. While the respective competences of the various branches of government must be respected, it is appropriate to acknowledge that courts are generally already involved in a considerable range of matters which have important resource implications. The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society.*”

³⁷ Dass die „klassische Aufteilung“ wenig sinnvoll ist, lässt sich am Beispiel des Rechts auf Bildung in der EU-Grundrechtcharta zeigen: Die Charta setzt das Recht auf Bildung ins Kapitel „Freiheit“. Es enthält klassische Freiheitsrechte (Elternrecht, Recht zur Gründung von Schulen), Gleichheitsrechte (gleicher Zugang zu Schulen), institutionelle Rechte (Betrieb eines Schulsystems), ein Leistungsrecht (unbegrenzte Teilhabe am Bildungssystem) und Abwehrrechte (Abwehr von unerwünschtem Schulgeld für Pflichtunterricht); Aufzählung nach *Bernsdorff*, in: Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006 Rn 12-17.

³⁸ Dies zeigt auch die Beratung im Ausschuss, der die UN-Behindertenrechtskonvention erarbeitet hat. Im Protokoll der abschließenden Beratung, bei der der letzte Halbsatz eingefügt wurde, heißt es: „*At earlier sessions of the Ad Hoc Committee, NHRIs made a number of interventions and lobbied delegations in order to ensure that the Convention reflected the jurisprudential gains that have been made over the past 50 years in relation to economic, social and cultural rights. As the result of the discussion of this issue, the Ad Hoc Committee eventually adopted language in article 4 which recognizes these developments.*”; vgl. Report on the Eighth Session of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention on Disability (14-25 August 2006, New York).

cc) Völkerrechtliche Dogmatik und Völkerrechtspraxis

Die Völkerrechtsdogmatik hat weithin anerkannte Ausnahmen entwickelt, in denen scheinbar als Staatenverpflichtungen formulierten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten ein individualschützender Gehalt zuerkannt wird.

Self-Executing. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sieht jede Regelung, die einem Organ eines Vertragsstaates keinen Ermessensspielraum gibt, als individualschützend an, wie etwa Art. 13 Abs. 2 lit. a des Sozialpakts zur Unentgeltlichkeit des Primarunterrichts zeigt, den der Ausschuss für *self-executing* hält.³⁹ Auch dort scheint der Wortlaut zunächst auf eine Staatenverpflichtung hinzudeuten. Art. 13 Abs. 2 lit. a des Sozialpakts verlangt jedoch unmissverständlich einen verpflichtenden und kostenfreien Primarunterricht, wodurch ein Vertragsstaat kein Umsetzungsermessen hat.

Drei Ebenen staatlicher Pflichten. Innerhalb der Vereinten Nationen werden aus allen Menschenrechten auf Grundlage der völkerrechtlichen Diskussion zu den Limburg- und Maastrichtprinzipien drei Ebenen juristischer Verbindlichkeit entwickelt. Die drei Ebenen werden mit den staatlichen Pflichten

- zur Achtung (*duty to respect*), d.h. dem **Unterlassen** von für die Verwirklichung des Menschenrechts nachteiligen Handlungen des Staates;
- zur Schutzgewährleistung (*duty to protect*), d.h. der **Abwehr** von für die Verwirklichung des Menschenrechts nachteiligen Handlungen Dritter durch den Staat; sowie
- zur **Bereitstellung** von Infrastruktur und Ressourcen durch den Staat (*duty to fulfill*)

umschrieben, wobei sowohl der *duty to respect* als auch der *duty to protect* individualschützender Charakter zuerkannt wird.

Justitier Kernbereich. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte will darüber hinaus aus jedem Menschenrechts einen justitier Kernbereich herauskristallisieren.⁴⁰ Er führt insoweit aus:

*“While the general approach of each legal system needs to be taken into account, there is no covenant right which could not, in the great majority of systems, be considered to possess at least some significant justiciable dimensions.”*⁴¹

Hierfür spricht, dass ein Mitgliedsstaat sich schließlich zu „etwas“ verpflichten wollte, als er den völkerrechtlichen Vertrag unterzeichnete. Es wird im Einzelnen indes schwer sein, solche Bereiche zu identifizieren, wofür der Ausschuss seine Interpretationshilfe für die Gerichte in Form von so genannten *general comments* anbietet. Der UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bejaht einen Individualrechtsschutz dann, wenn die Realisierung ohne finanziellen Mehraufwand des verpflichteten Staates möglich ist.⁴² Dieses Argument stellt insoweit das Spiegelbild der Verpflichtung zur progressiven Realisierung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte dar.

³⁹ UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment Nr. 3, Para. 10 und General Comment 9, Para. 10.

⁴⁰ UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment 9, Para. 10, 11.

⁴¹ UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment 9, Para. 10.

⁴² UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment Nr. 3, Para. 5; entspricht im Ergebnis Artt. 22 und 35 der Limburger-Prinzipien; *Schneider*, aaO (Fn. 32), S. 25.

2. *Potentiell individualschützend gewollte Regelungen*

a) Teilhabe am Schulsystem

Weiter ist zu prüfen, ob die Gewährleistung der Teilhabe von Kindern mit Behinderung am Schulsystem eine reine Staatenverpflichtung darstellt oder individualschützend gewollt ist. Gegen einen individuellen Anspruch eines Kindes mit Behinderung auf Zugang zur allgemein bildenden Primar- oder Sekundarschule könnte sprechen, dass Art. 24 Abs. 2 UN-BRK mit den Worten „die Vertragsstaaten stellen sicher“ eingeleitet wird. Dies ist nach allgemeiner Auffassung typischerweise ein Hinweis darauf, dass eine reine Staatenverpflichtung⁴³ gewollt ist. Die Teilhabe von Kindern mit Behinderung in der allgemein bildenden Schule liegt im Bereich der Staatenverpflichtung, der *duty to fulfill*.

- *Recht auf Zugang zur allgemein bildenden Grundschule.* Zumindest für die Grundschule könnte dies in der Bundesrepublik Deutschland jedoch anders zu beurteilen sein. Ein Individualrechtsschutz ist dann anzunehmen, wenn das zuständige staatliche Organ bei der Umsetzung keinen Ermessensspielraum hat. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es in der Primarstufe nur eine allgemeinbildende Schule, die Grundschule. In der Sekundarstufe könnte der Staat entscheiden, ob er alle Schulformen oder nur einzelne Schulformen für Kinder mit Behinderung öffnet. In der Primarstufe, zumindest in den ersten vier Jahren, hat der Staat also im Fall des Art. 24 Abs. 2 lit. a UN-BRK keinen Umsetzungsspielraum, wenn gefordert wird, dass Kinder mit Behinderung in der allgemein bildenden Schule unterrichtet werden. Daher ist ein Individualanspruch auf Zugang eines Kindes mit Behinderung zur Grundschule völkerrechtlich gewollt, weil kein Umsetzungsspielraum greift und die Verpflichtung im völkerrechtlichen Sinne *self-executing* ist.
- *Recht auf Zugang zur allgemein bildenden Sekundarschule bei Kostenneutralität.* Im Bereich des Zugangs der Kinder mit Behinderung zu einer allgemeinen Schule auf der Ebene der Sekundarstufe kann die Verpflichtung nicht im völkerrechtlichen Sinne als *self-executing* angesehen werden, da in einem gegliederten Schulsystem ein Umsetzungsspielraum besteht. Hier könnte jedoch eine zweite Ausnahme greifen, wenn die Beschulung in der allgemein bildenden Schule bei volkswirtschaftlicher Betrachtung nicht teurer ist als die Beschulung in der Förderschule. Vorliegend wird man daher differenzieren müssen: Entstehen durch die Aufnahme eines Kindes mit Behinderung in die allgemein bildende Sekundarschule keine höheren Kosten als durch die Aufnahme in die Sonderschule des vergleichbaren Jahrgangs, so will ihm das Völkerrecht in der Teilhabedimension einen justiziablen Anspruch auf Aufnahme in diese allgemein bildende Schule. Entstehen durch die Aufnahme des Kindes mit Behinderung indes Mehrkosten, so verlangt das Völkerrecht keine individualschützende Umsetzung. Die Kostenlast ist allerdings in jedem Fall gesamtstaatlich zu ermitteln. Es ist aus Sicht des Völkerrechts nicht zulässig, darauf zu verweisen, dass einzelne Kostenträger, wie Bund, Länder, Kommunen oder öffentlich-rechtliche Sozialversicherungen höhere Kosten oder Einsparungen hätten. Die Verwirklichung des Menschenrechts kann nicht von der zufälligen inneren Struktur eines Vertragsstaates abhängig sein.

b) Menschenrecht auf inklusive Bildung

Zu untersuchen ist, ob das **Menschenrecht auf inklusive Bildung** (wie es vorstehend entwickelt wurde) einen individualschützend gewollten Gehalt hat. Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK gewährt den Vertragsstaaten als zu Völkerrecht gewordene politische Entscheidung einen weiten Umsetzungsspielraum. Das Prinzip der Inklusion im Sinne einer grundlegenden Wertentscheidung

⁴³ Lorz, aaO (Fn. 29), S. 443.

für ein inklusives Bildungssystem wirkt dabei in erster Linie objektiv-rechtlich. Als Prinzip wirkt die Wertentscheidung für ein inklusives Schulsystem jedoch in alle Entscheidungen hinein, die ein Kind mit Behinderung bezüglich seiner Schulbildung betreffen. In der Dimension des Prinzips existieren mit dem bei Vertragsschluss gängigen Begriff der inklusiven Schule und den Maßgaben des Art. 24 Abs. 2 UN-BRK auch für Gerichte überprüfbare Mindeststandards. Insoweit konkretisiert sich die objektiv-rechtliche Dimension des Prinzips und wird für das Kind in wesentlichen Punkten subjektiv wirksam. Hier enthält das Recht auf inklusive Bildung also einen individual-schützend angelegten Kernbereich.

c) Unterstützungsleistungen

Art. 24 Abs. 2 lit. c UN-BRK hat individualschützenden Charakter.⁴⁴ Ausgangspunkt ist der Bedarf an einer Maßnahme, um eine gleichberechtigte Teilhabe in der Bildungseinrichtung sicher zu stellen. Wenn dieser Bedarf festgestellt ist, muss geprüft werden, ob der erforderliche Aufwand eine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellt. Da der Begriff der Belastung nicht definiert ist, muss ihm die gewöhnliche Bedeutung beigemessen werden. Denkbar ist, dass diese Belastung etwa finanzieller, personeller oder persönlicher Art sein kann. Bereits nach der Definition von „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ in Art. 2 UN-BRK wird das Versagen von angemessenen Vorkehrungen außerdem als eine Form der Diskriminierung gewertet werden müssen, die nach Art. 5 Abs. 2 (und Art. 4 Abs. 1) UN-BRK verboten ist.⁴⁵

Die Unterstützungsleistungen der Art. 24 Abs. 2 lit. d und e UN-BRK sind dagegen wegen ihrer weiten Umsetzungsspielräume als reine Staatenverpflichtungen anzusehen. Ein Anspruch kann aber bei Art. 24 Abs. 2 lit. e UN-BRK gegeben sein, wenn eine ohnehin vom Staat als Rechtsanspruch ausgestaltete Unterstützungsleistung kostenneutral auch wohnortnah erbracht werden kann.

d) Schranken des Menschenrechts

Auch soweit das Menschenrecht auf inklusive Bildung individual-schützend ausgestaltet ist, ist es nicht schrankenlos gewährleistet. Die Schranken sind durch Auslegung zu ermitteln.

aa) Kindeswohl des Kindes mit Behinderung

Eine Schranke für völkerrechtlich gewollte Individualansprüche stellt zunächst Art. 7 Abs. 2 UN-BRK dar, der das Kindeswohl zum vorrangigen Kriterium aller Kinder mit Behinderung betreffenden Maßnahmen macht. Dieses Prinzip ist nicht nur selbst unmittelbar anwendbar⁴⁶, sondern begrenzt als kollidierendes Völkerrecht im Einzelfall die Ansprüche aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK. Der Vertragsstaat muss jedoch auch beachten, dass er sich mit Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK selbst an einer völkerrechtlichen Wertentscheidung beteiligt hat, die den inklusiven Unterricht grundsätzlich für alle Kinder mit und ohne Behinderung für geeignet und damit dem Kindeswohl entsprechend verstanden hat. Art. 7 Abs. 2 UN-BRK ist im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses insoweit eine Norm, mit der die Grundsatzentscheidung für ein inklusives Bildungs-

⁴⁴ Ebenso Deutsches Institut für Menschenrechte: Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum „Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ anlässlich der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses am 24. November 2008, S. 4.

⁴⁵ So auch die Denkschrift der Bundesregierung zu der UN-Behindertenrechtskonvention (Fn. 31), S. 48 (rechts).

⁴⁶ *Lorz*, aaO (Fn. 29), S. 452.

system nur im Einzelfall korrigiert werden kann. Der Staat trägt daher die Beweislast dafür, weshalb im Einzelfall der inklusive Unterricht für ein Kind mit Behinderung nicht geeignet ist.

bb) Kindeswohl anderer Kinder in derselben Schulklasse

Art. 3 Abs. 1 Kinderrechtskonvention enthält die Schranke des Kindeswohls aus Sicht eines anderen Kindes ohne Behinderung in derselben Schulklasse. Das Kindeswohl eines solchen anderen Kindes kann eine Schranke für das Recht eines Kindes mit Behinderung darstellen, wenn das andere Kind körperlich bedroht wird oder im inklusiven Unterricht nicht mehr im Rahmen des Üblichen gefördert wird. Auch bei der Anwendung dieser Schranke ist die Wertentscheidung des Art. 24 der Konvention zu beachten: Grundsätzlich gilt die Vermutung, dass inklusiver Unterricht dem Kindeswohl aller Kinder in einer Klasse dient.

V. Rechtlicher Gehalt des Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK

1. *Wortlaut*

Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK lautet:

(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.

2. *Inhalt*

Art. 5 Abs. 1 UN-BRK enthält einen mit Art. 26 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vergleichbaren, allgemeinen Gleichheitssatz. Die Normen unterscheiden zwischen der Gleichheit vor dem Gesetz und der Gleichheit durch das Gesetz. Die Gleichheit vor dem Gesetz bezieht sich nur auf Entscheidungen der Exekutive und der Judikative, das Ermessen der Behörden der Vertragsstaaten ist zu achten.⁴⁷ Die Gleichheit durch das Gesetz richtet sich an den Gesetzgeber, der verpflichtet ist, Diskriminierungen zu unterlassen. Fehlt es an einer tragfähigen gesetzlichen Grundlage, erfolgt die Ungleichbehandlung durch das Gesetz. Mangelt es an einer im Rahmen des Gesetzes möglichen positiven Entscheidung durch Exekutive oder Judikative, liegt eine Ungleichbehandlung vor dem Gesetz vor.

Verboten ist eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte bzw. Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. In der Sonderung von Kindern mit Behinderung in Förderschulen und dem Vorenthalten von inklusivem Unterricht liegt auf den ersten Blick keine Ungleichbehandlung, da diese Kinder – anders als Kinder in allgemein bildenden Schulen – eine Behinderung als differenzierendes Merkmal aufweisen. Eine Ungleichbehandlung ist indes gegeben: Zunächst stellt eine Sonderung in Förderschulen und das Vorenthalten des inklusiven Unterrichts immer eine „Diskriminierung aufgrund einer Behinderung“ dar, die bereits in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK untersagt wird und die in Art. 5 Abs. 2 UN-BRK als „verpönte Merkmal“ genannt ist. Weiterhin ist die bereits herausgearbeitete grundlegende Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK zu beachten, nach der ein **nicht-inklusives Schulsystem grundsätzlich eine Diskriminierung** im Sinne der Konvention darstellt. Wenn schon die nicht-inklusive Beschulung als diskriminierend anzusehen ist, muss es erst Recht das Vorenthalten des Zugangs zur allgemein bildenden Schule sein, da inklusiver Unterricht notwendig nur dort statt finden kann. Diese Wertung

⁴⁷ Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, Tübingen, 2004, Rn. 300.

strahlt auf die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 UN-BRK aus, so dass hier eine Ungleichbehandlung zu bejahen ist.

Der Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 UN-BRK ist allerdings nicht schrankenlos gewährt. Diskriminierend sind nur Ungleichbehandlungen, die nicht durch vernünftige und objektive Kriterien gerechtfertigt sind oder wenn mit der Ungleichbehandlung ein legitimen Zweck im Sinne des völkerrechtlichen Vertrages erreicht werden soll.⁴⁸ Durch die Anknüpfung an die Behinderung als „verpönte Merkmal“ sind die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung indes höher. Die grundlegende Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK, wonach ein nicht-inklusives Schulsystem grundsätzlich eine Diskriminierung im Sinne der Konvention darstellt, erhöht die Anforderungen an die Rechtfertigung zusätzlich. Dies führt dazu, dass es schwer fallen dürfte, für eine Sonderung in eine Förderschule bzw. das Vorenthalten inklusiven Unterrichts einen „legitimen Zweck im Sinne der Konvention“ anzuführen. Einzig denkbarer legitimer Zweck kann daher nur das Kindeswohl des Kindes mit Behinderung bzw. das Wohl anderen Kinder in derselben Klasse sein.

Ungleichbehandlungen sind durch die Mitgliedsstaaten unmittelbar nach Inkrafttreten der Konvention zu beseitigen; finanzielle Erwägungen, wie der Vorbehalt progressiver Realisierung, dürfen bei der Beseitigung gleichheitswidriger Zustände nicht angeführt werden.⁴⁹

Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK gewährt im Sinne des Gleichbehandlungskonzepts der Konvention einem Kind mit Behinderung einen Anspruch auf Aufnahme in eine allgemein bildende Schule im inklusiven Unterricht.⁵⁰ Jede andere Auslegung des Gleichheitssatzes widerspricht der Wertung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK. Ein separierendes Schulsystem stellt damit für Kinder mit Behinderungen eine diskriminierende Ungleichbehandlung im Sinne des Art 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK dar und entspricht nicht den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Konvention. Auch hier ist indes das Ermessen der Vertragsstaaten zu beachten, im Rahmen der zwingenden Vorgaben des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK ein inklusives Schulsystem zu verwirklichen.

3. *Völkerrechtlich gewollter Individualanspruch*

Gleichheitsrechte sind stets individualschützend gewollt und entsprechend umzusetzen.⁵¹ Es handelt sich daher bei Gleichheitsrechten nicht um reine Staatenverpflichtungen. Für Gleichheitsrechte gilt auch nicht der progressive Finanzierungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK.⁵² Daher ergibt sich auch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK ein völkerrechtlich gewollter Individualanspruch auf inklusiven Unterricht, der notwendigerweise auch den Besuch weiterführender allgemein bildender Schulen umfasst. Dieser Anspruch geht über den Anspruch aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK hinaus. Vertragsstaaten haben insoweit auch Mehrkosten bei der Umsetzung des Anspruchs in Kauf zu nehmen, wenn es um den Besuch einer weiterführenden allgemein bildenden Schule geht.

⁴⁸ Nowak, CCPR-Kommentar, Art. 26. Rn. 21; UN-MRA, Entsch. v. 9. April 1987 (*Zwaan de Vries*), EuGRZ 1989, 25 Rn. 13; UN-MRA, Entsch. v. 19. Juli 1995, Mitteilung Nr. 516/1992, HRLJ 17 (1996), 13 (17) Rn. 11.5 – *Simmuek* u.a.; UN-MRA; General Comment 18 des UN-MRA v. 21. November 1989, UN-Doc CCPR/C/21/Rev 1/Add 1, Rn. 13.

⁴⁹ Denkschrift der Bundesregierung zu der UN-Behindertenrechtskonvention (Fn. 31), S. 48 (links).

⁵⁰ Darüber hinaus soll einem Kind mit Behinderung aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-Behindertenrechtskonvention auch einen Individualanspruch auf die Gewährung angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 UN-Behindertenrechtskonvention zustehen.

⁵¹ Denkschrift der Bundesregierung zu der UN-Behindertenrechtskonvention (Fn. 31), S. 45 u. 48 (links).

⁵² Denkschrift der Bundesregierung zu der UN-Behindertenrechtskonvention (Fn. 31), S. 48 (links).

VI. Progressiver Finanzierungsvorbehalt

Art. 4 Abs. 2 UN-BRK unterscheidet im Hinblick auf den progressiven Finanzierungsvorbehalt zwei Arten von Verpflichtungen, nämlich einerseits reine Staatenverpflichtungen zur schrittweisen Umsetzung (Art. 4 Abs. 2 UN-BRK a.A.) und andererseits unmittelbar anwendbare Verpflichtungen (Art. 4 Abs. 2 UN-BRK a.E.). Völkerrechtlich determinierte Individualansprüche im Bereich der Gleichheitsrechte sowie bürgerliche und politische Menschenrechte werden damit nicht vom progressiven Finanzierungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK erfasst.⁵³ Ob die in Art. 4 Abs. 2 a.E. UN-BRK enthaltene Formulierung „sofort anwendbar“ im Sinne von „völkerrechtlich individualschützend gewollt“ auszulegen ist, stellt eine weitere Frage dar. Für ein solches Verständnis würde sprechen, das „sofort anwendbar“ eine unmittelbar wirkende Verpflichtung der Vertragsstaaten bezeichnet, die als objektives Recht keinerlei Umsetzungsspielraum gewährt und daher individualschützend wirkt. Während wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte typischerweise reine Staatenverpflichtungen darstellen, sind auf Grundlage der jüngeren völkerrechtlichen Diskussion (vgl. C.III.2.a) dieses Gutachtens) auch individualschützende Wirkungen wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte denkbar und bedürfen einer Prüfung im Einzelfall. Wäre dieses den progressiven Finanzierungsvorbehalt weiter einschränkende Verständnis zutreffend, würde der Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK auf den Bereich reiner Staatenverpflichtungen beschränkt.

In jedem Fall hat die Umsetzung so schnell und effektiv wie möglich zu erfolgen. Diese Pflicht zur Umsetzung besteht seit Inkrafttreten der Konvention, also seit dem 26. März 2009.

VII. Ergebnis

Die Konvention schafft ein **Menschenrecht auf inklusive Bildung**. Die Mitgliedsstaaten haben sich verpflichtet, ein inklusives Bildungssystem einzurichten, das Kinder mit Behinderung von allgemein bildenden Schulen nicht ausschließt. Die inhaltlichen Vorgaben des Art. 24 Abs. 2 UN-BRK sind im Rahmen der Umsetzung zu beachten. Die völkerrechtliche Verpflichtung aus der Konvention fordert, dass entgegenstehende Schulgesetzgebung und Praxis von Schulbehörden und Schulen dem Menschenrecht auf inklusive Bildung anzupassen sind. Ein zwischen Kindern mit Behinderung und ohne Behinderung separierendes Schulsystem entspricht nicht den völkerrechtlichen Anforderungen der Konvention, sofern es nicht in eng umgrenzten Ausnahmefällen dem Kindeswohl besser entspricht. Neben der Pflicht zur Umstellung des Schulsystems als Staatenverpflichtung gewährt die Konvention behinderten Kindern einen völkerrechtlichen Individualanspruch auf Zugang zur allgemeinbildenden Schule und zum inklusiven Unterricht, soweit der inklusive Unterricht durch Völkerrecht determiniert ist. Dem progressiven Finanzierungsvorbehalt aus Art. 4 Abs. 2 UN-BRK kommt im Hinblick auf die völkerrechtlich angelegten Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote keine Bedeutung zu.

D. Innerstaatliche Wirkung der Konvention

Nach Inkrafttreten der Konvention ist fraglich, welche innerstaatliche Wirkung die Konvention bereits entfaltet, ohne dass die Länder bereits Maßnahmen zur Umsetzung der vorstehend beschriebenen völkerrechtlichen Verpflichtungen ergriffen haben.

I. Völkerrechtliche Verpflichtung aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK

Um innerstaatliche Wirkung entfalten zu können, muss die Konvention völkerrechtlich verbindlich geworden sein.

⁵³ Vgl. *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten zu Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, S. 33 m. Nachw. in Fn. 82.

1. Feststellung des Vertrages und Unterzeichnung durch Deutschland

Die Konvention und das Fakultativprotokoll wurden von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13. Dezember 2006 angenommen. Am 30. März 2007, dem Tag der Auslegung zur Unterzeichnung, unterzeichnete die Bundesrepublik Deutschland neben 80 weiteren Staaten die Konvention und mit weiteren 43 Staaten deren Fakultativprotokoll.

2. Völkerrechtliches Inkrafttreten

Die Konvention tritt gemäß Art. 43 Abs. 1 UN-BRK allgemein am dreißigsten Tag nach Hinterlegung der zwanzigsten Ratifikationsurkunde in Kraft. Dies war am 3. April 2008 der Fall.⁵⁴ Für die Bundesrepublik Deutschland wurde die Konvention gemäß Art. 43 Abs. 2 UN-BRK erst am dreißigsten Tag nach Hinterlegung der eigenen Ratifikationsurkunde völkerrechtlich verbindlich. Die Urkunde wurde am 24. Februar 2009 beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt. Die Konvention trat für die Bundesrepublik Deutschland damit am 26. März 2009 in Kraft. Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK ist für die Bundesrepublik Deutschland damit völkerrechtlich verbindlich geworden.

II. Innerstaatliche Einbeziehung ohne Umsetzungsakt

Das Völkerrecht überlässt es der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung, die Art und Weise der Durchführung vertraglicher Verpflichtungen nach eigenem Ermessen zu bestimmen.⁵⁵ Über die innerstaatliche Geltung einer völkerrechtlichen Regelung entscheidet daher die jeweilige (inner-)staatliche Rechtsordnung. In Staaten, die die Völkerrechtsordnung als Teil ihrer eigenen Rechtsordnung verstehen (Monismus) bedarf es keines innerstaatlichen Vollzugsakts. Nach der in Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten dualistischen Theorie bedarf es dagegen eines Umsetzungsaktes, in der Regel in Form eines Zustimmungsgesetzes bzw. Transformationsgesetzes.⁵⁶ Von diesem Grundsatz kennt das Grundgesetz nur eine Ausnahme, nämlich für *allgemeine Regeln des Völkerrechts*, d.h. das universell geltende Völkergewohnheitsrecht und die fundamentalen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts werden nach Art. 25 GG unmittelbar ohne Vollzugsakt in das deutsche Recht einbezogen. Zu prüfen ist daher, ob Art. 24 UN-BRK eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG darstellt oder enthält.⁵⁷

Völkerrechtliche Verträge können selbst kein Völkergewohnheitsrecht und damit keine allgemeine Rechtsgrundsätze darstellen. Allerdings kann ihr Inhalt (deklaratorisch) einen Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz wiedergeben. Unter allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden das universell geltende Völkergewohnheitsrecht und die fundamentalen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts verstanden.⁵⁸ Wichtigstes Kriterium für beide Formen des Völkerrechts ist eine lang andauernde große Anerkennung innerhalb der Staatenrechtsgemeinschaft. Es wurde bereits herausgearbeitet, dass das Menschenrecht auf Bildung einen völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Mindestgehalt hat. Der Inklusionsgedanke und die übrigen Regelungen des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 UN-BRK sind – wenngleich von vielen Staaten durch Ratifizierung der Konvention anerkannt – konzeptionell „neues“ Völkerrecht⁵⁹, so dass

⁵⁴ Einladung zur Pressekonferenz des Generalsekretärs der Vereinten Nationen (Fundstelle: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=469>; zum aktuellen Stand der Ratifizierung und der Vorbehalte, vgl. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=1&chapter=4&lang=en>.

⁵⁵ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, S. 430f.

⁵⁶ BverfG, NJW 2004, 3407 (3408); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 25 Rn. 4.

⁵⁷ Zur Frage der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des akzessorischen Diskriminierungsverbots vgl. E.III. dieses Gutachtens.

⁵⁸ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 25 Rn. 19 ff.

⁵⁹ *Bielefeldt*, Das Innovationspotential der UN-Behindertenrechtskonvention, Berlin, 2008, Reihe Essay des Deutschen Instituts für Menschenrechte, passim; *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und

es sich bei ihnen schon im Hinblick auf die Zeitkomponente (noch) nicht um Völkergewohnheitsrecht oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handeln kann.

III. Umsetzung durch Transformationsgesetz des Bundes

Nach Art. 59 GG erfolgt die innerstaatliche Umsetzung durch ein Transformationsgesetz des Bundes.

1. Wirkungen des Transformationsgesetzes

Das Zustimmungsgesetz des Bundes hat drei Wirkungen⁶⁰: Zum Ersten darf der Bundespräsident den Vertrag ratifizieren. Zum Zweiten übernimmt die Bundesrepublik Deutschland die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Vertrag (nicht nur für den Bund, sondern auch für die Länder). Und zum Dritten werden alle Regelungen des Vertrages als Bundesrecht in den deutschen Rechtskreis einbezogen, die in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen und „unmittelbar gelten“, d.h. nach einer Ansicht einklagbar sind oder nach anderer Ansicht subjektives oder objektives Recht darstellen (insoweit wird das Zustimmungsgesetz auch Transformationsgesetz genannt).

2. Notwendigkeit der Zustimmung durch Gesetz

Nach der dualistischen Sichtweise des Völkerrechts, der das Grundgesetz mit Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG folgt⁶¹, gelten völkerrechtliche Verträge des Bundes nicht *per se*, sondern bedürfen, zumindest dann, wenn sie politische Verträge sind oder Regelungen enthalten, die innerstaatlich nur durch Gesetz erlassen werden können, der Zustimmung des Bundesgesetzgebers, bevor sie ratifiziert, d.h. abschließend unterschrieben werden. Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG schützt insoweit die Rechte des Bundes- oder Landesgesetzgebers gegen Übergriffe durch die Regierung: Es soll verhindert werden, dass die für die Außenpolitik vorwiegend zuständige Bundesregierung durch völkerrechtliche Vereinbarungen den Gesetzgeber umgehen oder präkludieren kann. Ob Gegenstände der Gesetzgebung betroffen sind, muss durch Auslegung der einzelnen Vorschriften ermittelt werden. Dabei kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vorbehalt des Gesetzes und damit letztlich auf die Wesentlichkeitstheorie zurückgegriffen werden.⁶² Der Gesamtvertrag bedarf der Zustimmung, wenn bereits eine Regelung innerstaatlich nur als Gesetz ergehen kann. Die Konvention spricht eine Reihe von Regelungsfeldern an, die durch Gesetz geregelt werden müssen: Sie enthält z.B. in Art. 15 Abs. 1, 17 und 22 Abs. 1 Satz 1 der Konvention grundlegende grundrechtsähnliche Gewährleistungen für Menschen mit Behinderung, die nach dem Grundgesetz stets als formelles Gesetz ergehen müssten. Schon von daher bedarf es der Zustimmung durch den Gesetzgeber.

Der Deutsche Bundestag hat am 4. Dezember 2008 und der Bundesrat am 19. Dezember 2008 der Konvention und dem Fakultativprotokoll durch das „Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie

ihr Fakultativprotokoll – Ein Beitrag zur Ratifikationsdebatte, Reihe PolicyPaper des Deutschen Instituts für Menschenrechte, S. 4.

⁶⁰ Streinz, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 59 Rn. 59f.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band. I, 2. Aufl., München, 1984, S. 505; BverfG, NVwZ 2007, 2039 (2040); BVerfGE 90, 286 (357); 58, 1 (37).

⁶¹ BverfG, NJW 2004, 3407 (3408); Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 25 Rn. 4.

⁶² Streinz, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 59 Rn. 32; Sachs, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 20, Rn. 113; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VI Rn. 75 ff. (insb. 83 ff.).

zu dem Fakultativprotokoll“ zugestimmt. Das Zustimmungsgesetz wurde am 21. Dezember 2008 ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet.⁶³

3. *Einbeziehung des Art. 24 UN-BRK ins deutsche Recht*

Zu prüfen ist, ob das Transformationsgesetz die Konvention bereits wirksam in deutsches Recht einbezieht. Im Hinblick auf Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes problematisch, da der Bereich der Bildung, also Schule, Hochschule, Berufsbildung und berufliche Weiterbildung betroffen ist. Für das als Ausgangspunkt des Gutachtens interessierende allgemein bildende Schulwesen und das Förderschulwesen liegt die Gesetzgebungskompetenz allein bei den Bundesländern. Weiter besteht auch keine etwaige Sonderkompetenz des Bundes zur Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland.⁶⁴ Der Bund hat zumindest für den schulischen Bereich keine Gesetzgebungskompetenz zur Umsetzung des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK. Daher ist Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK durch das Zustimmungsgesetz nicht Bestandteil des Bundesrechts geworden.

IV. *Umsetzungspflicht der Länder bezüglich der Konvention*

Vor diesem Hintergrund eines wegen der föderalen Gliederung der Bundesrepublik Deutschland nicht eingelösten Menschenrechts auf Bildung für Menschen mit Behinderung ist zu prüfen, ob eine Pflicht zur Umsetzung der Konvention durch die Länder besteht.

1. *Umfang der Umsetzungspflicht*

Da Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK nicht Bestandteil des Bundesrechts geworden ist, ist die Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat völkerrechtlich verpflichtet, die Verpflichtungen aus der Konvention in der Weise umzusetzen, wie sie völkerrechtlich gewollt sind, sei es als Individualansprüche oder Staatenverpflichtungen. In Deutschland können Individualansprüche in der Regel nur in Gesetzesform geschaffen werden. Die Länder müssen nur dann keine Änderungen ihres jeweiligen Schulrechts vornehmen, wenn dieses bereits vollständig den völkerrechtlichen Anforderungen der Konvention entspricht. Nach Durchsicht des Schulrechts der sechzehn Länder ist dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht der Fall. Soweit das in Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK individualschützend gewollte Menschenrecht nicht bereits mit Inkrafttreten der Konvention für die Bundesrepublik Deutschland am 26. März 2009 durch Gesetz als Individualanspruch umgesetzt war, verstößt die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen.

2. *Umsetzungsverpflichtete*

Aus der Perspektive des Völkerrechts ist es gleichgültig, ob die Umsetzung in Folge der innerstaatlichen Kompetenzordnung durch den Bund oder die Länder erfolgt. Die entsprechende „Gliederstaatsklausel“ der Konvention ist insoweit nur deklaratorisch. Wäre das nicht so, könnten nur Zentralstaaten im Völkerrecht verlässliche Vertragspartner sein. Nach Art. 32 GG besitzt der Bund für die auswärtigen Beziehungen innerstaatlich die ausschließliche Zuständigkeit. Er muss daher auch gegenüber der Staatengemeinschaft völkerrechtliche Pflichtverletzungen verantworten.

Innerstaatlich ist es Aufgabe der Bundesländer, die Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK umsetzen. Die Umsetzungspflicht muss daher die Länder gegenüber dem Bund treffen. Bund und Länder haben in ihrer Staatspraxis mit Nr. 3 des „Lindauer Abkommens“ in dieser Frage eine pragmatische Vereinbarung getroffen. Beabsichtigt der Bund, eine völkerrechtliche Verpflichtung auf dem Gebiet der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder einzugehen, so soll vorab das Einverständnis

⁶³ BGBl. II 2008, S. 1419.

⁶⁴ Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 32 Rn. 17 f.

der Länder herbeigeführt werden.⁶⁵ Zur Wahrnehmung dieser Beteiligungsrechte ist eine Ständige Vertragskommission der Länder eingerichtet worden, die bereits seit 1958 tätig ist. Im Bereich von Bildung und Kultur wird die Kommission für europäische und internationale Angelegenheiten der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland⁶⁶ beteiligt.⁶⁷ Nach Auskunft der Ständigen Vertragskommission hat diese mit Schreiben vom 23. Februar 2007 dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales mitgeteilt, dass sie sich mit der Konvention und dem Fakultativprotokoll befasst habe und seitens der Länder gegen die Zeichnung des Abkommens keine Bedenken erhoben worden seien. Mit Schreiben vom 24. Juni 2008 und 30. Juli 2008 hat die Ständige Vertragskommission der Länder den Landesregierungen dann empfohlen, der gezeichneten Konvention zuzustimmen. Die internationale Kommission der Kultusministerkonferenz hat mitgeteilt, dass sie nicht befasst wurde. Hierauf kommt es allerdings nicht an, da alle Bundesländer gegenüber dem zuständigen Bundesministerium für Arbeit und Soziales ihre Zustimmung erklärt haben.

Aus dieser vorab erteilten Zustimmung werden in der Lehre unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen, die allerdings zum gleichen Ergebnis gelangen. *Nettesheim* sieht eine Obliegenheit der Länder zur Umsetzung⁶⁸, *Rojahn* und eine beachtliche Anzahl anderer Autoren dagegen eine Verpflichtung der Länder im Verhältnis zum Bund aus dem Grundsatz der Bundestreue⁶⁹. Das Bundesverfassungsgericht deutet ebenfalls an, dass Zustimmungsverfahren und Umsetzungspflicht jeweils ihren Ursprung im Grundsatz der Bundestreue haben.⁷⁰ Die Umsetzungspflicht der Länder im Hinblick auf die in der Konvention enthaltenen Verpflichtungen ist daher mit der wohl ganz vorherrschenden Auffassung als Teil der Verpflichtung zum bundestreuen Handeln anzusiedeln.

3. Ergebnis

Die Bundesrepublik Deutschland hat sich völkerrechtlich wirksam verpflichtet, die Konvention vollständig umzusetzen. Innerstaatlich sind wiederum die Bundesländer gegenüber dem Bund aus dem Grundsatz der Bundestreue zur Umsetzung des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK verpflichtet.

E. In Deutschland unmittelbar wirksame Individualansprüche

I. Anspruch aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK

Wie gezeigt, bedarf es für die innerstaatliche Geltung eines völkerrechtlichen Individualanspruches in der Bundesrepublik Deutschland eines Umsetzungsaktes. Das verabschiedete Transformationsgesetz bewirkt keine innerstaatliche Geltung des Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK im Bereich der Bildung. Aus diesem Grund kommt zum gegenwärtigen Zeitpunkt ein unmittelbarer Individualanspruch eines Kindes mit Behinderung auf inklusive Beschulung aus Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK nicht in Betracht.

⁶⁵ Hierzu hat sich der Bund auch gegenüber den ausländischen Botschaften bekannt, etwa in der Rundnote des Auswärtigen Amtes vom 17. Februar 1994 zu den „Vertragsabschlußkompetenzen von Bund und Ländern nach deutschem Staatsrecht“ (Az. 510-510.03 2/94).

⁶⁶ Zu deren Aufgaben und Zusammensetzung vgl. <http://www.kultusministerkonferenz.de/doc/aus-komm.htm#kia>.

⁶⁷ *Bücker/Köster*, Die Ständige Vertragskommission der Länder, JuS 2005, 978.

⁶⁸ *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 32 Rn. 71.

⁶⁹ *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., 2001, Art. 32, Rn. 55; *Pernice*, in: Dreyer, GG, 1998, Art. 32 Rn. 56; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., 2006, Art. 32 Rn. 8; *Zuleeg*, in: AK-GG, Art. 32 Rn. 28; *Streinz*, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 32 Rn. 38.

⁷⁰ BVerfG, NVwZ 1996, 1093 (1095) (EG-Fernsehrichtlinie).

II. Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK

Auch ein Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK scheidet an der noch ausstehenden innerstaatlichen Umsetzung der Konvention. Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK ist zwar allgemein Teil des Bundesrechts geworden. Er ist jedoch als Bundesrecht insoweit nicht auf die Schulen anwendbar, als er ein Recht auf Zugang zu allgemein bildende Schulen und auf inklusiven Unterricht gewähren soll. Denn der Bund hätte für ein entsprechendes Bundesgesetz keine Gesetzgebungskompetenz, da er dadurch in die Kernkompetenzen der Länder eingreifen würde.

III. Anspruch aus dem gewohnheitsrechtlich verbürgten Gehalt des Menschenrechts auf Bildung in Verbindung mit der völkerrechtlichen Staatenverpflichtung aus Art. 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 UN-BRK

Nachdem ein unmittelbar wirksamer Rechtsanspruch auf inklusive Bildung und Aufnahme in eine allgemein bildende Schule aus Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK wegen der ausstehenden innerstaatlichen Umsetzung der Konvention zu verneinen war, ist zu prüfen, ob ein individueller Anspruch über Art. 25 GG aus dem Völkergewohnheitsrecht zu begründen ist.

Wie bereits festgestellt, enthält der völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Kern des Menschenrechts auf Bildung ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Ein Verstoß gegen das akzessorische Diskriminierungsverbot liegt dann vor, wenn ein Recht in einer Weise gewährt wird, die diskriminierend ist bzw. wenn ein an sich zulässiger Eingriff nur auf bestimmte Gruppen beschränkt wird.⁷¹ Das gewährleistete Recht ist hier die Wahrnehmung des Rechts auf Bildung. Fraglich ist, ob das akzessorische Diskriminierungsverbot dazu führen kann, dass ein Rechtsanspruch auf inklusiven Unterricht bzw. auf Aufnahme in die allgemein bildende Schule bereits vor innerstaatlicher Umsetzung der Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK entstehen kann.

Es wurde bereits bejaht, dass Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK als allgemeiner Gleichheitssatz das Ziel gleichberechtigter und nicht-diskriminierender Teilhabe anstreben. Ein akzessorisches Diskriminierungsverbot ist insoweit nichts weiter als ein in seinem Anwendungsbereich beschränkter Gleichheitssatz. Das gewohnheitsrechtlich anerkannte Diskriminierungsverbot ist strukturell genauso aufgebaut, wie die akzessorischen Diskriminierungsverbote, die im Vertragsrecht angelegt sind. Eine Übertragung auf das gewohnheitsrechtlich anerkannte Diskriminierungsverbot ist daher grundsätzlich möglich. Es bestehen insoweit jedoch zwei Hürden: Zum einen ist der Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK abhängig von der Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für eine inklusive Schulbildung. Diese Wertentscheidung ist selbst aber kein Völkergewohnheitsrecht. Zum anderen muss die Reichweite der Ausstrahlung des akzessorischen Diskriminierungsverbots untersucht werden. Strahlt es nur auf ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannte Bereiche aus oder strahlt es soweit, wie das Recht auf Bildung eingelöst wird?

1. Einwirkung der Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für inklusive Schulbildung auf das gewohnheitsrechtlich anerkannte akzessorische Diskriminierungsverbot

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK wurde bereits im Lichte der Wertentscheidung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK ausgelegt. Fraglich ist, ob diese Auslegung auch bei Völkergewohnheitsrecht zulässig und, wenn ja, dann auch zwingend ist. Völkergewohnheitsrecht ist grundsätzlich mit denselben Methoden wie Völkervertragsrecht auszulegen.⁷² Wie Völkervertragsrecht weist es allgemeine Rechtssätze auf, die auszulegen sind und unter die dann die Subsumtion erfolgt. Völkervertragsrecht ist nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK (und im Übrigen

⁷¹ Schilling, aaO (Fn. 47), Rn. 300.

⁷² Bleckmann, Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht, ZaöRV 37 (1977), 504 (526).

auf völkergewohnheitsrechtlich-rechtlicher Grundlage) systematisch im Einklang mit dem übrigen Völkerrecht auszulegen. Nicht ausreichend ist es also, Völkervertragsrecht nur im Einklang mit Klauseln innerhalb eines Vertrages auszulegen und Widersprüche zwischen einzelnen Bestimmungen zu bereinigen. Völkervertragsrecht muss darüber hinaus im Einklang mit anderen Rechtsquellen des Völkerrechts stehen. Dies gilt umgekehrt auch für Völkergewohnheitsrecht, das zumindest im Lichte anderer Rechtssätze auszulegen ist, sofern nicht sein zwingender Gehalt berührt wird.

Legt man diese Überlegung zu Grunde, so wird deutlich, dass für Vertragsstaaten der Konvention die für sie geltendes Völkerrecht darstellende Wertung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK für die Auslegung des akzessorischen Diskriminierungsverbots als Teil des Menschenrechts auf Bildung nicht außer Betracht bleiben kann. Diese Schlussfolgerung ist auch zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwingend: Ein Vertragsstaat würde sich dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens aussetzen, wenn er einerseits mit einer Nichtumsetzung von für ihn verbindlichem Völkerrecht gegen Völkerrecht verstieße und sich andererseits diesen Verstoß bei der Auslegung von Völkergewohnheitsrecht zu Nutze machen wollte. Dabei ist er indes nur an dem festzuhalten, was das Völkerrecht in Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK im Hinblick auf die inklusive Schule als Staatenverpflichtung verbindlich vorgibt.

2. *Reichweite der Ausstrahlung des gewohnheitsrechtlich anerkannten akzessorischen Diskriminierungsverbots*

Fraglich ist, wie weit sich das gewohnheitsrechtlich anerkannte akzessorische Diskriminierungsverbot erstreckt.

a) Geltung für gewohnheitsrechtlich anerkannten Gehalt des Rechts auf Bildung

Einerseits lässt sich vertreten, das akzessorische Diskriminierungsverbot erstrecke sich nur auf Bereiche des Rechts auf Bildung, die ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt sind. Dies ist für den allgemeinen Zugang zur Schule und den kostenlosen und verpflichtenden Primarschulunterricht der Fall. Der Zugang zum Schulsystem betrifft das „ob“ des Zugangs zur Schule. Die Aufteilung auf Schularten einschließlich eines ausdifferenzierten Förderschulsystems ist jedoch eine Frage des „wie“ und damit keine Zugangsfrage. Der verpflichtende Primarschulunterricht erschöpft sich jedoch nicht im „ob“. Bei der Wahrnehmung des Unterrichts in der Primarstufe ist seinerseits das akzessorische Diskriminierungsverbot zu beachten. Da der Sekundarschulbereich nicht vom Völkergewohnheitsrecht gedeckt ist, wäre für diesen Bereich keine Verletzung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes zu bejahen.

b) Geltung über den gewohnheitsrechtlich anerkannten Gehalt des Rechts auf Bildung hinaus

Anders lässt sich wiederum vertreten, dass das akzessorische Diskriminierungsverbot alle bereits umgesetzten Verpflichtungen aus dem Bereich des Menschenrechts auf Bildung betrifft. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Recht auf Bildung nicht nur für die Primarstufe, sondern auch für die Sekundarstufe umgesetzt. Diskriminierungsschutz ist seit ihrer Gründung ein zentrales Anliegen der Vereinten Nationen.⁷³ Das akzessorische Diskriminierungsverbot ist wegen seiner besonderen Bedeutung Teil des Völkergewohnheitsrechts geworden. Der Diskriminierungsschutz durchdringt insoweit jede Verwirklichung des Menschenrechts. Es würde diesem zentralen Anliegen der Völkerrechtsgemeinschaft widersprechen, wenn beim kulturellen Recht auf Bildung die Gleichbehandlung und der Diskriminierungsschutz nach der Primarstufe endeten. Das völkergewohnheitsrechtlich anerkannte akzessorische Diskriminierungsverbot nach der Primarstufe enden zu lassen, würde unter Umständen bedeuten, dass ein Staat etwa Mädchen oder dunkelhäutigen

⁷³ Schilling, aaO (Fn. 47), Rn. 275.

Kindern den Zugang zu Sekundarschulen verweigern könnte oder von erhöhten Anforderungen abhängig machen könnte. Nach dieser Position gilt das akzessorische Diskriminierungsverbot für Primar- und Sekundarstufe gleichermaßen.

c) Stellungnahme

Einig sind beide Positionen in der Erstreckung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes auf den Primarschulbereich. Gegen die Beschränkung der ersten Position auf den Bereich der Primarschule spricht schon logisch, dass es sich bei dem kostenfreien und verpflichtenden Primarschulbesuch und bei dem akzessorischen Diskriminierungsverbot um zwei verschiedene Elemente des Gewohnheitsrechts handelt. Wären sie miteinander funktional vollkommen verschränkt, könnte das akzessorische Diskriminierungsverbot zum selbst aus zwei Elementen bestehenden „verpflichtenden und kostenfreien Primarschulunterricht“ gezogen werden.

Für die Auslegung im Sinne der zweiten Position spricht auch der Vergleich mit dem Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 26 des Internationalen Zivilpakts. Dieser ist über den Anwendungsbereich des ihn enthaltendes Paktes hinaus für Menschenrechte des Internationalen Sozialpakts anwendbar, die kein individuelles Recht begründen sollen. Soweit diese wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte durch nationale Gesetzgebung umgesetzt sind, darf ein Vertragsstaat nicht diskriminieren und muss das Gleichheitskonzept des Völkerrechts achten.⁷⁴ Das akzessorische Diskriminierungsverbot erstreckt sich daher seinem Anwendungsbereich nach auf Primar- und Sekundarstufe.

3. *Rechtfertigung*

Eine Ungleichbehandlung kann indes ebenso wie beim allgemeinen Gleichheitssatz gerechtfertigt sein. Rechtfertigungsgründe sind das Wohl des Kindes mit Behinderung oder von Kindern ohne Behinderung in derselben Klasse.

IV. Ergebnis

Dem Völkergewohnheitsrecht lässt sich durch Auslegung ein Individualanspruch auf inklusive Bildung – soweit diese durch Völkerrecht determiniert ist – und Aufnahme in eine allgemein bildende Schule sowohl in der Primar- als auch in der Sekundarschule entnehmen. Nach Art. 25 GG ist dieses Völkergewohnheitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden und Bestandteil des Bundesrechts. Nach Art. 31 GG geht Völkergewohnheitsrecht als Bestandteil des (einfachen) Bundesrechts entgegenstehenden landesrechtlichen Bestimmungen vor. Kinder mit Behinderung haben daher aus dem völkergewohnheitsrechtlichen akzessorischen Diskriminierungsverbot bereits vor Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 24 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK einen unmittelbar wirksamen Individualanspruch auf inklusiven Unterricht, soweit dieser konzeptionell völkerrechtlich determiniert ist. Hiermit ist, wie im Fall des Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK dargelegt, notwendigerweise auch der Zugang zu allgemein bildende Schulen verbunden.

⁷⁴ Broeks v. The Netherlands, Communication No. 172/1984, Views of the Human Rights Committee under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 9 April 1987, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984, 9 April 1987; Zwaan-de Vries v. The Netherlands, Communication No. 182/1984, Views of the Human Rights Committee under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 9 April 1987, UN Doc. CCPR/C/29/D/182/1984, 9 April 1987., para. 12.4; *Scheinin*, Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights, in: Asbjørn/Krause/Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht ua., 1995, S. 41 u. 44.

F. Völkerrechtskonforme Auslegung des Schulrechts

Im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung des Schulrechts ist schließlich zu prüfen, welche Auswirkung die Konvention auf die Interpretation der landesschulrechtlichen Vorschriften zum gemeinsamen Unterricht hat.

I. Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Schulrechts

Nach der in der Lehre vorherrschenden Auffassung⁷⁵ sowie der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁶ und des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁷ ist eine völkerrechtsfreundliche Auslegung deutscher Normen durch die Behörden und Gerichte vorzunehmen. Nach diesem Grundsatz sind Gesetze im Rahmen geltender methodischer Standards im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob diese Gesetze vor oder nach Entstehung der völkerrechtlichen Verpflichtung entstanden sind. Denn es ist grundsätzlich nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber im Bund oder in den Ländern, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will.⁷⁸ Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik begründen könnten, sind nach Möglichkeit zu verhindern oder zu beseitigen.⁷⁹

Diese Rechtsprechung wurde insbesondere im Hinblick auf völkerrechtliche Verträge entwickelt, die durch Transformation vollständig den Rang von Bundesrecht erhalten haben. Wie dargelegt, ist das zwar grundsätzlich für die Konvention der Fall, nicht aber für Art. 24 und Art. 5 der Konvention, soweit sie für den Schulbereich gelten und damit innerstaatlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterfallen. Die Begrenzung der neueren Rechtsprechung auf vollständig transformierte völkerrechtliche Verträge ist indes der Tatsache geschuldet, dass nur über vertragliche Verpflichtungen aus solchen Verträgen zu entscheiden war. Eine ältere Entscheidung des Bundesgerichtshofs befasst sich auch mit der Ausstrahlung eines noch nicht in Kraft getretenen internationalen Abkommens auf das deutsche Recht. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 22. Juni 1972 die Sittenwidrigkeit eines privatrechtlichen Vertrages mit einem Verstoß gegen den internationalen *ordre public* begründet und sich hierfür auf ein damals für die Bundesrepublik Deutschland noch nicht in Kraft getretenes Abkommen berufen.⁸⁰ Für die UN-Welterbekonvention, die keinerlei Transformation durch den Bundesgesetzgeber erfahren hat, wird vertreten, dass die Grundsätze der völkerrechtskonformen Auslegung zu übertragen seien und das bestehende Baurecht konform mit der Welterbekonvention auszulegen sei.⁸¹ Die Übertragung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze muss erst recht vorgenommen werden, wenn die Länder der Ratifikation ausdrücklich zugestimmt haben und eine (teilweise) Überführung des Art. 24 UN-BRK von innerstaatlichen Kompetenzverteilungen abhängt. Hier verlangt die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Grundsatz der Bundestreue, dass Landesbehörden

⁷⁵ Tomuschat, in: HStR VII, 1992, § 172 Rn. 35.

⁷⁶ BVerfG, IStR 2005, 31 (32) zum Umfang der innerstaatlichen Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR; BVerfG NJW 2004, 141 zur Auslieferung an die USA wegen Verdachts der Unterstützung von Al-Qaida.

⁷⁷ BVerwG, NVwZ 2000, 1249 (1259) zur Rücknahme erschlischer Einbürgerung; BVerwG, NVwZ 2000, 810 (812 f.) zur mündliche Verhandlung im Normenkontrollverfahren.

⁷⁸ BVerfGE 74, 358 (370).

⁷⁹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 109, 13 (23); 111, 307 (328).

⁸⁰ BGH NJW 1972, 1575 ff.

⁸¹ V. Bogdandy, Zum Status der Weltkulturerbekonvention im deutschen Rechtsraum, NVwZ 2007, 527 (530).

den, die unstreitig bestehende völkerrechtliche Verpflichtung bereits vor Umsetzung durch völkerrechtsfreundliche Auslegung des einfachen Rechts zur Geltung bringen.

Völkerrechtliche Verpflichtungen sind bei der Auslegung des Schulrechts zu beachten, unbestimmte Rechtsbegriffe werden insoweit völkerrechtlich aufgeladen. Stellen sich Alternativen bei der Auslegung, ist diejenige zu wählen, die völkerrechtskonform ist. Zum anderen ist die völkerrechtliche Verpflichtung bei der Ermessensausübung zu beachten. Verkennt eine Behörde, dass eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht und bezieht diesen Aspekt nicht in die Ausübung ihres Ermessens ein, so liegt ein Ermessensfehlgebrauch vor, der bereits für sich genommen zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führt. Das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung gilt allerdings nicht absolut, sondern entfaltet seine Wirkung nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes. Behörden und Gerichte haben sich bei ihren Entscheidungen mit völkerrechtlichen Verpflichtungen auseinanderzusetzen. Sie müssen (und dürfen) ihnen dann nicht folgen, wenn gesetzliche oder verfassungsrechtliche Vorgaben entgegenstehen. Kein Raum für die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes besteht, wenn das Gesetz weder der Auslegung zugänglich ist, noch ein dem Zweck der völkerrechtlichen Norm zugängliches Ermessen einräumt.

II. Auslegung im Lichte des völkerrechtsfreundlich ausgelegten Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass die internationalen Garantien zwar keinen verfassungsrechtlichen Grundrechtsrang haben und ihre behauptete Verletzung deshalb auch nicht zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde berechtigt, dass sie aber bei der Auslegung der deutschen Grundrechte heranzuziehen sind.⁸² Eine solche Auslegung nationaler Grundrechte im Lichte völkerrechtlicher Rechtsgarantien wird vom Bundesverfassungsgericht zum einen vorgenommen, um den individuellen Grundrechtsschutz zu optimieren, zum anderen auch, um die Bundesrepublik Deutschland insoweit vor dem Vorwurf völkerrechtswidrigen Handelns zu bewahren.⁸³ Die mit der Ratifikation der Konvention begründeten völkerrechtlichen Verpflichtungen sind daher für die Auslegung des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG heranzuziehen. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist völkerrechtsfreundlich im Lichte der Konvention auszulegen und in dieser völkerrechtsfreundlichen Auslegung durch Behörden und Verwaltungsgerichte bei der Auslegung des einfachen Landesrechts zu Grunde zu legen. In Übereinstimmung mit der grundlegenden Wertentscheidung des Art. 24 UN-BRK für ein inklusives Bildungssystem kann daher auch nur ein inklusives Bildungssystem als nicht-diskriminierend angesehen werden. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist im Lichte dieser grundlegenden Wertentscheidung für ein inklusives Bildungssystem auszulegen. Ein Grundrechtsverständnis das den separierenden Unterricht von Kindern mit und ohne Behinderung als grundsätzlich mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar ansieht, wäre mit dieser völkerrechtsfreundlichen Auslegung nicht mehr vereinbar.

⁸² BVerfGE 31, 58 (67); 74, 358 (370); 83, 119 (128); 98, 169 (206).

⁸³ Klein, Schutz der Grund- und Menschenrechte durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, LKV 2003, 74 (75).