

Grund- und menschenrechtlicher Rahmen für eine diskriminierungsfreie Teilhabe junger Menschen in der Gesellschaft

Robert Uerpmann-Wittzack^{*}

1. Einleitung

Wie ein junger Mensch an der Gesellschaft teilhaben kann, hängt in Deutschland von vielen Faktoren ab, die er nicht beeinflussen kann. Stammt er aus einer Familie mit hohem sozioökonomischem Status, kann er mit 20 Jahren mit 79-prozentiger Wahrscheinlichkeit studieren, weil er das Abitur bestanden hat. Bei jungen Menschen mit niedrigem sozioökonomischem Status liegt die Wahrscheinlichkeit bei 31 %, also weit unter der Hälfte.¹

Schon beim Übergang auf das Gymnasium sind Kinder aus sozioökonomisch starken Familien im Vorteil:

- Ihre Leistungen sind besser,
- sie erhalten bei gleicher Leistung bessere Noten,
- sie erhalten bei gleichen Noten häufiger eine Gymnasialempfehlung und
- sie werden bei gleicher Empfehlung von ihren Eltern häufiger auf das Gymnasium geschickt.²

Sind ihre Leistungen besser, ist das ein objektives Kriterium, das aber offenbar nicht auf angeborenen Fähigkeiten beruht. Es bestehen vielmehr umweltbedingte Barrieren, die es Kindern aus sozial schwachen Familien

* Ich danke Frau Dipl.-Jur. Katharina Lange und Herrn stud. iur. Jonas Lohrenz für wertvolle vorbereitende Recherchen.

1 Autor:innengruppe *Bildungsberichterstattung*, Bildung in Deutschland 2022, 2022, S. 161; zur Abhängigkeit von Bildungsweg und -erfolg vom Bildungsstand und dem Einkommen der Eltern s. auch *Hanschmann*, Ganztagschulprogramme zwischen Chancengleichheit, Recht auf Bildung und Elternrecht, RdJB 71, 2023, S. 208-210; *Röhner*, Sozioökonomische Diskriminierung, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 11 Rn. 2.

2 *Maaz*, Soziale Ungleichheiten. Der Übergang von der Grundschule als Hürde, pe-DOCS, 2020, S. 3 f.; s. auch Autor:innengruppe *Bildungsberichterstattung*, Bildung in Deutschland 2024, 2024, S. 137 f.

erschweren, ihr angeborenes Potenzial in derselben Weise zu entfalten. Werden hingegen gleiche Leistungen ungleich bewertet, nehmen die Lehrkräfte die gleichen Leistungen offenbar in Abhängigkeit vom sozioökonomischen Status verzerrt wahr. Hier stoßen Kinder aus sozial schwachen Familien auf Barrieren in den Köpfen der Lehrkräfte.

Der sozioökonomische Status, der Teilhabechancen stark beeinflusst, hängt wiederum von anderen Faktoren ab. So steigt die Gefahr, dass ein junger Mensch in einer sozialen, bildungsbezogenen und/oder finanziellen Risikolage aufwächst, bei einem Migrationshintergrund stark an. Insgesamt wuchsen 2022 31 % der Kinder und Jugendlichen in einer sozialen, bildungsbezogenen und/oder finanziellen Risikolage auf. Unter den Kindern und Jugendlichen ohne Einwanderungsgeschichte³ waren es 20 %, mit Einwanderungsgeschichte hingegen 60 %, also dreimal so viele.⁴

Blickt man auf die Berichte der UN-Expertenausschüsse zur Überwachung verschiedener Menschenrechtsabkommen, bestätigt sich das Bild. So beanstandete der UN-Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung⁵ 2015 eine Benachteiligung von Nichtmuttersprachlern, Sinti und Roma, als Schwarze beschriebenen Menschen sowie Muslimen im dreigliedrigen deutschen Schulsystem, die zur gesellschaftlichen Segregation führe.⁶ Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte beklagt Kinderarmut⁷ und den Umstand, dass viele Kinder ohne Frühstück zur Schule gingen.⁸ Die Segregation von Kindern mit Behinderung im Schul-

3 Zum Begriff *Autor:innengruppe Bildungsberichterstattung*, Bildung in Deutschland 2024, 2024, S. VIII: Eine Einwanderungsgeschichte liegt nur vor, wenn die Person selbst oder beide Elternteile im Ausland geboren wurden.

4 *Autor:innengruppe Bildungsberichterstattung*, Bildung in Deutschland 2024, 2024, S. 48.

5 Zur Begrifflichkeit *Barskanmaz*, Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn., 1-4; *Angst*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Einf. I.1 Rn. 15-17.

6 *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 2015, CERD/C/DEU/CO/19-22, Rn. 13.

7 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 2018, E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 50 f.

8 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 2018, E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 52 f.

system⁹ beanstandet er ebenso wie die Hindernisse beim Schulzugang für Flüchtlinge und Asylsuchende.¹⁰

Sucht man im Grundgesetz nach Antworten auf diese Probleme, stößt man auf einen weitgehend blinden Fleck. Die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG könnten gewisse Antworten liefern, spielen aber in der Rechtspraxis kaum eine Rolle. Probleme, die mit dem sozioökonomischen Status junger Menschen und ihrer Eltern zu tun haben, werden vielmehr dem Sozialstaatsprinzip und damit dem politischen Ermessen der Gesetzgebung überantwortet. Im internationalen Menschenrechtsschutz sieht die Lage ein wenig besser aus. Über einzelne sinnvolle Ansätze kommt aber auch der internationale Menschenrechtschutz nicht hinaus. Ein umfassendes Konzept zur Teilhabeermöglichung findet sich lediglich im Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention; BRK) vom 13.12.2006.

Im Folgenden werden die blinden Flecken des deutschen Verfassungsrechts (3.) ebenso beleuchtet wie die unterschiedlichen Ansätze im internationalen Menschenrechtsschutz (4.). Während die Behindertenrechtskonvention Potenzial für den Umgang mit Kindern mit Behinderungen birgt, fällt die Bilanz für andere benachteiligte Gruppen wie Kinder aus sozial schwachen Familien und solchen mit Migrationshintergrund zu mager aus, um es bei einer Bestandsaufnahme bewenden zu lassen. Daher soll das Konzept der BRK in einem letzten Hauptteil als Blaupause verwandt werden, um ein allgemeines grund- und menschenrechtliches Konzept zum Umgang mit Kindern zu entwickeln, die aufgrund ihres tatsächlichen oder vermeintlichen Andersseins an der vollen Teilhabe in der Gesellschaft gehindert werden (5.).

Vor der rechtlichen Bestandsaufnahme erscheint es jedoch sachgerecht, die begrifflichen Grundlagen des Themas näher zu entfalten (2.). Dazu wird aufgezeigt, wie sich das Konzept der diskriminierungsfreien Teilhabe

9 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 2018, E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 60 lit. b, 61 lit. b; s. auch Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Germany, 2022, Rn. 35 lit. b, 36 lit. b.

10 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 2018, E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 60 lit. c, 61 lit. c; s. auch Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Germany, 2022, Rn. 39 lit. b, d, 40 lit. c, g, h.

zum Begriff der Inklusion verhält, der 2021 im Mittelpunkt des 3. Forums Kinder- und Jugendhilferecht stand.¹¹

2. Diskriminierungsfreie Teilhabe als Inklusion

Dieser Beitrag hat diskriminierungsfreie Teilhabe junger Menschen an der Gesellschaft zum Gegenstand. Junger Mensch ist gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII, wer noch nicht 27 Jahre alt ist. Im vorliegenden Beitrag sollen Minderjährige, also Kinder und Jugendliche i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII, im Vordergrund stehen. Die Erweiterung um junge Volljährige i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII gestattet es jedoch, auch Berufsausbildung und Studium mit in den Blick zu nehmen.

Es geht in diesem Beitrag nicht nur um Bildungschancen, sondern um Teilhabe in der Gesellschaft in allen ihre Facetten. Dazu gehören beispielsweise auch Sport und Freizeit. Der Kinobesuch wird ebenso erfasst wie die Möglichkeit, im Urlaub oder mit einem Freiwilligendienst die Welt zu erkunden. Auch die Teilhabe von Kindern und Jugendlichen an den sie betreffenden Verfahren¹² ist ein Aspekt der umfassenden Teilhabe in der Gesellschaft.

Teilhabe meint Partizipation im Sinne eines Dabeiseins und Mitmachenkönnens. Das bedeutet nicht, dass jede im Sportverein sein, ein Instrument spielen und einen Masterabschluss erwerben müsste. Entscheidend ist die Möglichkeit, dabei zu sein und etwas tun zu können. Insofern geht es um Chancengleichheit. Dabei erscheinen gewisse Differenzierungen unproblematisch. Was eine macht, hängt nicht nur von ihren Neigungen und Interessen ab, sondern es darf auch von ihren Fähigkeiten abhängig gemacht werden. Problematisch ist es hingegen, wenn die Teilhabechancen junger Menschen von gruppenbezogenen Eigenschaften oder Zuschreibungen abhängig gemacht werden, auf die sie keinen Einfluss haben, wenn also Personen diskriminiert werden. In diesem Sinne geht es im Folgenden nicht um gleiche, sondern um diskriminierungsfreie Teilhabe.

Die Diskriminierungsgründe können vielfältig sein. Der sozioökonomische Status der Familie, ein Migrationshintergrund und eine Behinderung

11 Dort noch beschränkt auf die Inklusion von Kindern mit Behinderungen; dazu Scheiwe/Schröer/Wapler/Wrase (Hrsg.), Inklusion und die Rechte junger Menschen. Eine rechtskreisübergreifende Aufgabe, 2023.

12 Dazu Veit, Kinderrechte im Grundgesetz, JZ 2023, S. 11, 16.

wurden bereits angesprochen. Als weitere Kriterien nennt Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG namentlich Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache und Religion. Rasse kann aus heutiger Sicht nur als soziales Konstrukt verstanden werden.¹³ Mit Abstammung, Rasse, Sprache und Religion werden Kriterien genannt, die ethnische Gruppen konstituieren,¹⁴ wobei die Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe mit einem Migrationshintergrund zusammenfallen kann, aber keineswegs muss.

Geht es um diskriminierungsfreie gesellschaftliche Teilhabe, kommt auch der Vergleich mit Erwachsenen in den Blick. Gleichheit mit Erwachsenen ist allerdings in vielfacher Hinsicht weder möglich noch erstrebenswert. Die Existenz von Kitas und die Schulpflicht zeigen vielmehr exemplarisch, dass es vielfach falsch wäre, Kinder wie Erwachsene zu behandeln. Andererseits kann es auch nicht richtig sein, eine „Kindergesellschaft“ zu konstruieren, die strikt von der Erwachsenengesellschaft getrennt wäre. Vielmehr müssen Kinder, ihrem Alters- und Entwicklungsstand entsprechend, fortschreitend in das Erwachsenenleben integriert werden. Man könnte insofern von einer „progressiven Inklusion“¹⁵ sprechen. Die Frage, welche Teilhabemöglichkeiten Kinder und Jugendliche im Vergleich zu Erwachsenen haben müssen, unterscheidet sich deutlich von den Fragen gleicher Teilhabe unterschiedlicher junger Menschen gleicher Altersstufe. Das könnte dafür sprechen, die Teilhabe an der Erwachsenengesellschaft eher freiheitsrechtlich zu erfassen als mit den Mitteln der Gleichheitsrechte. Jedenfalls führen derartige Erwägungen über den vorliegenden Beitrag hinaus. Hier soll es allein um die diskriminierungsfreie Teilhabe im Vergleich zu anderen jungen Menschen des entsprechenden Alters gehen.

Das Ziel diskriminierungsfreier Teilhabe ist eng mit dem Konzept der Inklusion verbunden. Inklusiv ist eine Gesellschaft, die sich dergestalt öffnet, dass alle unabhängig von ihren persönlichen Merkmalen gleichermaßen teilhaben können. An einer inklusiven Gesellschaft können also alle

13 Barskanmaz, Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn. 5 ff., 57; Dederer, „Rasse“ als Verfassungsbegriff, in: Hilgendorf/Hochmayr/Malolepszy/Długosz-Jóźwiak (Hrsg.), Festschrift für Jan C. Joerden zum 70. Geburtstag, 2023, S. 849, 862; s. auch Gragl, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 1 Rn. 21 zur Position des Ausschusses gegen rassistische Diskriminierung.

14 S. Uerpmann-Wittzack, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 24.

15 So im migrationsrechtlichen Zusammenhang und mit einem anderen Inklusionsverständnis Farahat, Progressive Inklusion, 2014, S. 76 ff.

diskriminierungsfrei teilhaben. Inklusion ist abzugrenzen von Exklusion, Segregation und Integration.¹⁶ Das lässt sich am Beispiel des Schulwesens veranschaulichen. Werden geflüchtete Kinder gar nicht beschult, solange sie in einer Erstaufnahmeeinrichtung leben,¹⁷ ist dies Exklusion: die Kinder werden ausgeschlossen. Werden sie in besonderen Flüchtlingsklassen unterrichtet, handelt es sich um Segregation: die Kinder werden unterrichtet, aber abgesondert. Zusätzlicher Sprachunterricht wäre hingegen eine Maßnahme der Integration. Integrationsmaßnahmen setzen bei dem einzelnen jungen Menschen an und sollen ihn befähigen, an der Gesellschaft teilzuhaben. So befähigt Sprachunterricht dazu, in einem deutschsprachigen Umfeld zu bestehen. Inklusion würde hingegen bei der Gesellschaft ansetzen und beispielsweise ein mehrsprachiges Umfeld schaffen, das Menschen ohne gute Deutschkenntnisse Teilhabe ermöglicht.

Das Konzept der Inklusion ist zunächst vor allem in Hinblick auf Menschen mit Behinderungen entwickelt worden.¹⁸ Es lässt sich aber ohne Weiteres im Sinne eines: „leave no one behind“¹⁹, für den Umgang mit anderen benachteiligten Gruppen verallgemeinern, was zunehmend getan wird. Besonders deutlich kommt das in den Zielen der Vereinten Nationen für eine nachhaltige Entwicklung, den sog. *Sustainable Development Goals*, zum Ausdruck, denen ein umfassendes Konzept der Inklusion zugrunde liegt.²⁰

Ein paar abschließende Beispiele mögen die Weite des Teilhabebegriffs verdeutlichen: Wird ein Kind wegen einer körperlichen Beeinträchtigung vom Schulsport befreit, ist dies Exklusion aufgrund einer Behinderung. Teilhabe würde bedeuten, dass das Kind trotz seiner Beeinträchtigung am Sportunterricht teilnehmen kann. Kann ein Kind aus finanziellen Gründen

16 Aus der Perspektive des Behindertenrechts *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 4, 2018, CRPD/C/GC4, Rn. II; die Allgemeinen Bemerkungen des Behindertenrechtsausschusses sind in deutscher Übersetzung abrufbar unter: https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/UN_BRK/Allgemeine_Kommentare/allgemeine_kommentare_node.html.

17 Zur diesbezüglichen Kritik des UN-Kinderrechtsausschusses s. Fn. 10.

18 Im Überblick *Wansing*, Was bedeutet Inklusion?, in: Degener/Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 43 ff.; *dies.*, Der Inklusionsbegriff in der Behindertenrechtskonvention, in: Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention, 2012, S. 93 ff.

19 S. *Vereinte Nationen*, Generalversammlung, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolution v. 25.9.2015, A/RES/70/1, Präambel sowie Rn. 4, 26, 48, 72 in jeweils unterschiedlichen Formulierungsvarianten.

20 O. Fn. 19, *passim*.

nicht an einer Klassenreise teilnehmen, wird es aus sozialen Gründen exkludiert. Kann es nicht teilnehmen, weil muslimische Eltern fürchten, dass ihre Tochter dort unangemessenen Kontakt zu Jungen hat, beruht die Exklusion auf der Religion bzw. ethnischen Zugehörigkeit.

3. Der verfassungsrechtliche Status quo

De lege lata schützt das Grundgesetz vor allem vor unmittelbarer staatlicher Diskriminierung. Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG greifen insoweit die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG ein. Wirksam wird dieser Schutz vor allem dort, wo der Staat bestimmte Personengruppen explizit von staatlichen Leistungen oder Angeboten ausschließt.

Das zeigen mehrere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Beschränkung des Bezuges von Kinder- und Erziehungsgeld.²¹ So hatte das Bundesverfassungsgericht 2012 über ein bayerisches Landeserziehungsgeld zu entscheiden, das nur Deutschen, Unionsbürgern und Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums gezahlt wurde. Das Gericht maß die Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit an Art. 3 Abs. 1 GG und verlangte einen hinreichenden Differenzierungsgrund.²² Dabei legte es einen relativ strengen Prüfungsmaßstab an, weil die Staatangehörigkeit regelmäßig von der Staatsangehörigkeit der Eltern oder vom Geburtsort abhänge, die die betroffenen Personen nicht beeinflussen können.²³ Ausgehend von dem Ziel des Landeserziehungsgeldes, einen Anreiz zur Einschränkung der Berufstätigkeit zugunsten der Kinderbetreuung zu setzen, beanstandete das Bundesverfassungsgericht den Ausschluss der Beschwerdeführerin, die in Bayern rechtmäßig berufstätig war.²⁴

Hingegen verpflichtet das Grundgesetz den Staat in seiner traditionellen Lesart kaum, gegen faktische Ungleichheit einzuschreiten. Das zeigt sich vor allem im Bereich der sozialen Ungleichheit. Der Umgang mit faktischer

21 *BVerfGE* 111, S. 160, 169 ff.; 111, S. 176, 184 ff.; 130, S. 240, 252 ff.; 132, S. 72, Rn. 20 ff.; dazu auch *Kingreen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Rn. 592 (Stand der Bearbeitung: 2020).

22 *BVerfGE* 130, S. 240, 252 f.

23 *BVerfGE* 130, S. 240, 255.

24 *BVerfGE* 130, S. 240, 256 f.

Ungleichheit wird weitgehend dem Sozialstaatsprinzip zugewiesen.²⁵ Damit ist ein weiter legislativer Einschätzungsspielraum verbunden. Individualrechte lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip nicht ableiten. Der Umgang mit faktischer Ungleichheit wird also letztlich der Politik zugewiesen.

Das erstaunt, wenn man bedenkt, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG die Diskriminierung wegen „Heimat und Herkunft“ verbietet. Es ist anerkannt, dass „Herkunft“ in Abgrenzung zur Heimat die soziale Herkunft im Sinne des Hineingeborens in eine soziale Klasse oder Schicht meint,²⁶ in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Herkunft“ meint also die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht.²⁷ Damit wird zwar nicht jede soziale Benachteiligung erfasst, wohl aber schlechte sozioökonomische Ausgangsbedingungen, die auf der Geburt beruhen. Das Diskriminierungsverbot wird mit sozialer Durchlässigkeit und dem Abbau von Standesprivilegien in Verbindung gebracht.²⁸ Der Schritt, daraus eine Verpflichtung herzuleiten, Kindern unabhängig von ihrem Elternhaus gleiche Bildungs- und Karrierechancen zu eröffnen, steht jedoch aus. Schutzpflichten leitet aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bislang kaum jemand ab.²⁹ Hier zeigt sich das liberale Gleichheitsverständnis des deutschen Verfassungsrechts. Art. 3 GG fordert seit 1949 Rechtsgleichheit ein. Faktische Gleichheit strebt Art. 3 GG in seiner traditionellen Lesart

25 S. etwa *BVerfGE* 134, S. 1, Rn. 40 ff. zur Einführung und Gestaltung von Studiengebühren, die das Gericht an „Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip“ misst; dazu noch unten bei Fn. 34 ff.

26 Grundlegend *BVerfGE* 9, S. 124, 129; s. auch *BVerfGE* 23, S. 258, 262; 48, S. 281, 287f.: „ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung“; *Röhner*, Sozioökonomische Diskriminierung, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 11 Rn. 40 f.; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 59; aus geschichtlicher Perspektive *Sachs*, Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des Alten Reiches bis zum Grundgesetz, *Der Staat* 23 (1984), S. 459, 559-564; enger hingegen *Baer*, Das Kategorieproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: *Mangold/Payandeh*, *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 5 Rn. 66 mit einer Beschränkung auf den Adel.

27 *BVerfGE* 9, S. 124, 129.

28 *Baer/Markard*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), v. *Mangoldt/Klein/Starck*, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 3 Rn. 503; *Kischl*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 58. Edition 2024, Art. 3 Rn. 227.

29 Zu den wenigen Ausnahmen gehört *Gärditz*, Adressaten des Antidiskriminierungsrechts: *Staat* und *Private*, in: *Mangold/Payandeh*, *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 4 Rn. 51 m. w. Nachw.

nicht an. Vielmehr kann individuelle Rechtsgleichheit „spannungsfrei neben materieller Ungleichheit gedacht werden“, wie es *Sigrid Boysen* formuliert.³⁰ Eine gewisse Bitterkeit schwingt mit, wenn *Thorsten Kingreen* in seiner Kommentierung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG von „neofeudalistische[n] Strukturen“ spricht, „die in einem sozial geschichteten Schulsystem maßgeblich etwa über Bildungsbiografien von Menschen entscheiden“.³¹ Das Merkmal der „Herkunft“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erweist sich damit als schlummernde Norm.³²

Interessant ist, dass Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG das Ziel der sozialen Inklusion im Schulwesen ausdrücklich thematisiert. Dort wird der Anspruch auf Genehmigung einer Privatschule davon abhängig gemacht, dass „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus einen Anspruch privater Schulträger auf finanzielle Förderung abgeleitet, weil eine sozial inklusive Schule allein durch Schulgeld nicht zu finanzieren sei.³³ Dass es tatsächlich zu einer sozioökonomischen Durchmischung kommt, gewährleistet die staatliche Finanzierung freilich nicht.

In seinem Beschluss zu Bremer Studiengebühren hat das Bundesverfassungsgericht auch für den Hochschulbereich ein Recht auf gleiche Teilhabe entwickelt, das prohibitiven und sozial unverträglichen Studiengebühren entgegensteht.³⁴ Danach darf der Hochschulzugang wie der Zugang zum Schulwesen „nicht von den Besitzverhältnissen der Eltern abhängig“ gemacht werden.³⁵ Abgeleitet wird dieses Teilhaberecht aber nicht aus dem strikten Diskriminierungsverbot wegen der sozialen Herkunft nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, sondern aus einer Kombination der Berufsfreiheit und des allgemeinen Gleichheitssatzes mit dem Sozialstaatsprinzip.³⁶ Die Verankerung im allgemeinen Gleichheitssatz und im Sozialstaatsprinzip gestattet

30 Boysen, Verfassungsrechtliche Konzeptionen sozialer Ungleichheit – Ungleichbehandlung oder Antidiskriminierung, in: Kersten/Rixen/Vogel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit*, Gesellschaft der Unterschiede 63, 2021, S. 53, 57.

31 Kingreen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 3 Rn. 544 (Stand der Bearbeitung: 2020).

32 S. auch Kingreen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 3 Rn. 545 (Stand der Bearbeitung: 2020); Boysen, in: Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), v. Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Aufl. 2021, Bd. 1, Art. 3 Rn. 185.

33 BVerfGE 75, S. 40, 63 ff.

34 BVerfGE 134, S. 1, 13 ff.

35 BVerfGE 134, S. 1, 15.

36 BVerfGE 134, S. 1, 14.

dem Bundesverfassungsgericht die Aussage, dass die Verfassung nicht „den Ausgleich jeglicher sozialen, insbesondere ökonomischen, Ungleichheit“ gebiete, die ihre Ursache „auch in der familiären, sozialen oder individuellen Herkunft der Ausbildungswilligen“ haben könne.³⁷ Obwohl das Bundesverfassungsgericht die soziale Herkunft ausdrücklich nennt, übergeht es das diesbezügliche Diskriminierungsverbot. Das gestattet es ihm, der Gesetzgebung einen großen Handlungsspielraum einzuräumen, wo Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine strenge Kontrolle geböte.³⁸

In seinem Beschluss zu den Schulschließungen während der Covid-19-Pandemie hat das Bundesverfassungsgericht 2021 einen ganz ähnlichen Weg für die Gewährleistung gleicher Teilhabe an schulischen Bildungsangeboten gewählt. Es geht vom staatlichen Bildungsauftrag des Art. 7 Abs. 1 GG aus, der über Art. 2 Abs. 1 GG subjektiviert wird.³⁹ Dabei wird das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht mehr rein abwehrrechtlich gedacht, sondern es mutiert zu einer positiven Verpflichtung, indem der Staat angehalten wird, junge Menschen im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 GG bei der Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu unterstützen und zu fördern.⁴⁰ Freilich betont das Bundesverfassungsgericht den großen Gestaltungsspielraum des Staates bei der Umsetzung seines Bildungsauftrags.⁴¹ Jenseits eines unverzichtbaren Mindeststandards leitet es aus Art. 3 Abs. 1 GG ein Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Bildungsleistungen ab.⁴² Dieses Teilhaberecht greift aber nur im Rahmen des vom Staat zur Verfügung Gestellten; indem es willkürliche oder diskriminierende Zugangentscheidungen verbietet,⁴³ ist es abwehrrechtlicher Natur. Die pandemiebedingten Schulschließungen werden schließlich als Eingriff in das Recht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG qualifiziert, so dass das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsschutz letztlich auf der klassischen, abwehrrechtlichen Ebene verortet.⁴⁴ Dass Kinder „aus sozial benachteiligten Familien“⁴⁵ besonders betroffen waren,

37 *BVerfGE* 134, S. 1, 14 f.

38 S. auch *Röhner*, Sozioökonomische Diskriminierung, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 11 Rn. 68.

39 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 44 ff.

40 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 47 f.

41 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 54 ff.

42 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 59.

43 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 60.

44 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 61 ff., 72 ff.

45 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 145.

wird nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und eher beiläufig erwähnt.⁴⁶ Zwar referiert das Gericht die Erkenntnis, dass das

„Ausmaß der durch den Wegfall des Präsenzunterrichts entstehenden Defizite (...) wesentlich zum einen von der individuellen Betroffenheit, persönlichen Resilienz und den persönlichen Ressourcen der Schülerinnen und Schüler und zum anderen von Umfang und Qualität unterstützender und begleitender Maßnahmen“

abhängt.⁴⁷ Dass damit aber strukturell Kinder aus sozioökonomisch schwachen Familien benachteiligt werden, weil sie zu Hause weniger gute Unterstützung und Begleitung erhalten, bleibt ein blinder Fleck. Folgerichtig wird Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausgeblendet.⁴⁸

Zaghafte Ansätze, faktische Ungleichheiten zu berücksichtigen, zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Ist ein Kind beispielsweise blind, kann es nicht lesen, was an die Tafel geschrieben wird. Würde man dem Kind wegen dieser Behinderung den Zugang zum Schulunterricht verwehren, würde der Anspruch auf Gleichbehandlung, den Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG seit 1994 eigens normiert, weitgehend leerlaufen. Nichtdiskriminierung bedeutet in diesem Fall also, dass der Staat den Unterricht umgestalten oder andere Vorkehrungen treffen muss, damit das Kind trotz seiner Blindheit am Schulunterricht teilnehmen kann. Formale Gleichbehandlung reicht hier nicht aus, sondern der Staat muss zumindest bis zu einem gewissen Grad materielle Gleichheit herstellen. In seiner Leitentscheidung zur dort sog. integrativen Beschulung hat das Bundesverfassungsgericht 1996 gefragt, ob „der Besuch der allgemeinen Schule durch einen vertretbaren Einsatz von sonderpädagogischer Förderung ermöglicht werden könnte“⁴⁹ und festgestellt, dass „staatliche Maßnahmen zum Ausgleich einer Behinderung nur nach Maßgabe des finanziell, personell, sachlich und organisatorisch Möglichen verlangt und gewährt werden können“⁵⁰ Damit wird die Leistungsdimension des Diskriminierungsverbots beim Umgang mit Behinderungen grundsätzlich anerkannt. Der

46 S. auch noch *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 162.

47 *BVerfGE* 159, S. 355, Rn. 149.

48 Zum Fehlen einer gleichheits- und antidiskriminierungsrechtlichen Perspektive auch Röhner, Sozioökonomische Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 11 Rn. 66.

49 *BVerfGE* 96, S. 288, 307.

50 *BVerfGE* 96, S. 288, 308.

UN-Behindertenrechtsausschuss spricht in diesem Zusammenhang vom „Dilemma der Differenz“⁵¹. Während bei anderen Merkmalen wie der Hautfarbe praktisch jede Differenzierung auf Vorurteilen oder bestenfalls auf Typisierungen⁵² beruht, führen Beeinträchtigungen, die Behinderungen begründen, zu einer faktischen Ungleichheit. Daher reicht hier eine formale Gleichbehandlung nicht aus, sondern es müssen je nach Zusammenhang Maßnahmen zum Abbau oder zum Ausgleich faktischer Ungleichheit getroffen werden.

Das Beispiel des Behindertenrechts zeigt, dass auch das deutsche Verfassungsrecht durchaus offen ist für eine Entwicklung hin zur Schaffung materieller Gleichheit. Die Ansätze sind jedoch äußerst schwach ausgeprägt. Die bislang diskutierten Entwürfe zur Aufnahme eines Kindergrundrechts in das Grundgesetz⁵³ würden daran nichts ändern.

4. Ansätze im internationalen Menschenrechtsschutz

Im internationalen Menschenrechtsschutz sind Vorgaben zur diskriminierungsfreien Teilhabe junger Menschen an der Gesellschaft je nach Sachbereich sehr unterschiedlich ausgeprägt. Während die UN-Behindertenrechtskonvention seit 2006 ein umfassendes Konzept zur Verwirklichung diskriminierungsfreier Teilhabe von Menschen und damit auch Kindern mit Behinderungen entwirft, ist sozioökonomische Gleichheit im internationalen Menschenrechtsschutz fast ebenso unterbelichtet wie in Deutsch-

51 Behindertenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, 2018, CRPD/C/GC/6, Rn. 10: „dilemma of difference“.

52 Z.B. wenn gezielt Menschen mit schwarzer Hautfarbe auf Drogen kontrolliert werden mit der Begründung, dass Schwarze statistisch häufiger als Drogendealer in Erscheinung treten würden; dies zu Unrecht für zulässig haltend *Kischl*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 58. Edition 2024, Art. 3 Rn. 223d, der in seiner Argumentation übersieht, dass Personen, die allein wegen ihrer Hautfarbe kontrolliert werden, obwohl sie mit Drogenkriminalität nichts zu tun haben, in keiner Weise durch ihr eigenes Verhalten für die Kontrolle verantwortlich sind, so dass der „Grund für die Stigmatisierung“ entgegen der Annahme von *Kischl* nicht „im gesetzeswidrigen Verhalten der betroffenen Personen selbst begründet“ ist; dagegen auch *Magen*, Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 3 Rn. 27.

53 Dazu *Veit*, JZ 2023, S. 11, 16 f.

land. *Tilmann Altwicker* spricht von einem „Schattendasein“.⁵⁴ Auch der internationale Menschenrechtsschutz ist damit der Tradition westlichen liberalen Denkens verhaftet.⁵⁵

Zwischen diesen Extremen steht die diskriminierungsfreie Teilhabe von Angehörigen ethnischer Minderheiten. Hier sieht das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; ICERD) seit 1966 ein recht umfassendes Schutzsystem vor, das allerdings, anders als die BRK, nicht über einen weit zu verstehenden Antidiskriminierungsansatz hinausgeht. Zudem hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) seit 2007 eine Rechtsprechung zur strukturellen Diskriminierung von Roma-Kindern im Bildungswesen entwickelt.

Im Folgenden soll zunächst der Diskriminierungsschutz vorgestellt werden, wie er sich nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem im Umgang mit ethnischer Diskriminierung herausgebildet hat. Danach ist auf einzelne Ansätze der Teilhabeermöglichung durch Abbau von Barrieren einzugehen, bevor in einem dritten Schritt das umfassende BRK-Konzept der Teilhabeermöglichung umrissen wird.

4.1 Diskriminierungsschutz

Ein völkerrechtlicher Antidiskriminierungsansatz zeigt sich exemplarisch beim Kampf gegen ethnische Diskriminierung unter dem Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung. Dem Übereinkommen liegt ein weiter Rassismusbegriff zugrunde, der jede Form der ethnischen Diskriminierung umfasst. So versteht Art. 1 ICERD unter Rassendiskriminierung

„jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigem Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“

54 *Altwicker*, Social justice and the judicial interpretation of international equal protection law, *Leiden Journal of International Law* 35, 2022, S. 221, 222: „shadow existence“; „indifference“; s. auch S. 232: „marginal role“.

55 *Altwicker*, *Leiden Journal of International Law* 35, 2022, S. 221, 228.

Damit werden insbesondere ethnische Minderheiten geschützt,⁵⁶ und zwar auch solche, die erst kürzlich eingewandert sind. Eine Diskriminierung wegen der Hautfarbe wird ebenso erfasst wie eine Diskriminierung aufgrund eines tatsächlichen oder vermeintlichen Migrationshintergrundes.

Das ICERD verbietet in seinem Art. 2 vor allem Diskriminierungen durch den Staat und seine Einrichtungen und enthält damit ein Abwehrrecht gegen staatliche Diskriminierung. Hinzu kommt die positive Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD, ethnische Diskriminierung durch Private zu verbieten und beenden. So dürfte es Deutschland beispielsweise nicht akzeptieren, wenn ein Sportverein junge Menschen wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit ausschließt. Darüber hinaus statuiert Art. 7 ICERD die positive Verpflichtung, Maßnahmen zur Überwindung von Vorurteilen zu treffen. Unterricht und Erziehung werden dabei eigens als Foren der Bewusstseinsbildung angesprochen.

Das Verbot einer staatlichen Diskriminierung aus ethnischen Gründen findet sich zudem in den allgemeinen universellen und regionalen Menschenrechtsabkommen. So enthalten Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) vom 19.12.1966, Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) vom 19.12.1966, Art. 2 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK) vom 20.11.1989 und Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4.11.1950 ähnliche Kataloge mit unzulässigen Anknüpfungskriterien wie Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 1 ICERD.

Besonders interessant ist das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) daraus ein Verbot der strukturellen Diskriminierung von Roma-Kindern im Schulwesen abgeleitet hat. Bahnbrechend war das Urteil der Großen Kammer vom 13.11.2007 in der Sache D.H. u.a./Tschechien. Wie das ICERD wertete der Gerichtshof ethnische Diskriminierung als Rassendiskriminierung.⁵⁷ Damit betonte er den Schweregrad einer solchen Diskriminierung und stellte fest, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund ethnischer Kriterien grundsätzlich nicht zu rechtfertigen ist. Im konkreten Fall waren die tsche-

56 S. auch *Barskanmaz*, Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn. 35.

57 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 176 – D.H. u.a./Tschechien; bestätigend EGMR, Urt. v. 30.3.2023 – 24408/16, Rn. 46 – Szolcsán/Ungarn.

chischen Vorschriften über die Zuweisung an Sonderschulen neutral gefasst, so dass keine direkte Diskriminierung von Roma-Kindern festgestellt werden konnte. Statistisch zeigte sich jedoch ein dramatisches Ungleichgewicht: Zum fraglichen Zeitpunkt lag der Anteil von Roma-Kinder in der tschechischen Stadt Ostrava in Sonderschulen bei 56 %, an allgemeinen Schulen hingegen lediglich bei 2,26 %; während 1,8 % der Nicht-Roma-Kinder auf Sonderschulen gingen, lag der Anteil bei Roma-Kindern bei 50,3 %.⁵⁸ Das dramatische statistische Missverhältnis begründete nach Ansicht des EGMR die Vermutung einer indirekten Diskriminierung.⁵⁹ Diese Vermutung konnte der beklagte Staat nicht widerlegen. Dabei thematisierte der EGMR nicht nur die problematische Segregation von Roma-Kindern,⁶⁰ sondern äußerte auch massive Bedenken gegenüber den verwendeten Einschulungstests.⁶¹

Schon in der Sache D.H. u.a./Tschechien hat der EGMR betont, dass die Stellung der Roma als historisch benachteiligte und verletzliche Minderheit besondere Schutzmaßnahmen erfordere.⁶² Diesen Aspekt hat eine Kammer des EGMR 2013 in der Sache Horváth und Kiss/Ungarn weiter vertieft. Auch dort ging es um die weit überproportionale Zuweisung von Roma-Kindern an Sonderschulen. Die Kammer sah eine positive Verpflichtung des Staates, eine Geschichte der ethnischen Segregation in Sonderschulen zu beenden, und beanstandete, dass es dem Staat nicht gelungen war, Roma-Kindern bei der Integration in allgemeine Schulen zu helfen und bei ihnen die Fähigkeiten zu entwickeln, die ein Leben in der Mehrheitsgesellschaft ermöglicht hätten.⁶³ Der EGMR geht nicht so weit, Inklusion im Sinne eines Wandels der Mehrheitsgesellschaft und des allgemeinen Schulsystems zu fordern. Er verlangt jedoch Integration im Sinne einer Befähigung von Roma-Kindern, am allgemeinen Schulsystem und dadurch am Leben in der Mehrheitsgesellschaft teilzuhaben.

Auf einer ähnlichen Linie liegt das Urteil der Großen Kammer in der Sache Oršuš u.a./Kroatien. Dort ging es darum, dass viele Roma-Kindern wegen mangelnder Beherrschung der kroatischen Sprache in Nur-Roma-

58 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 190 – D.H. u.a./Tschechien.

59 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 193-195 – D.H. u.a./Tschechien.

60 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 198 – D.H. u.a./Tschechien.

61 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 199 ff. – D.H. u.a./Tschechien.

62 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 182 – D.H. u.a./Tschechien.

63 EGMR, Urt. v. 29.1.2013 – II1146/11, Rn. 104, 127 – Horváth und Kiss/Ungarn; ähnlich EGMR, Urt. v. 31.5.2022 – 73548/17, 45521/19, Rn. 84 – X u.a./Albanien; s. auch Altwicker, Leiden Journal of International Law 35, 2022, S. 221, 241.

Klassen mit einem deutlich niedrigeren Leistungsniveau unterrichtet, also segregiert wurden. Der EGMR hätte eine spezielle Sprachförderung in Spezialklassen akzeptiert, wenn die Kinder dadurch auf den Unterricht in gemischten Klassen vorbereitet worden wären.⁶⁴ Eine solche Integration fand aber nicht statt.⁶⁵ Angesichts der hohen Schulabrecherquote postulierte die Große Kammer eine ausgeprägte positive Verpflichtung: Der Staat hätte bei der Roma-Bevölkerung Bewusstsein für die Bedeutung von Bildung erzeugen müssen und er hätte Kindern, die Schwierigkeiten mit dem Lernstoff haben, Hilfe zukommen lassen müssen. Dazu wäre es erforderlich gewesen, Sozialdienste aktiv und strukturiert einzubinden.⁶⁶ Der EGMR fordert also explizit Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe.

Zumindest für den Teilbereich der Roma-Diskriminierung akzeptiert der EGMR somit das Konzept der mittelbaren Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit und fordert explizit positive Integrationsmaßnahmen zur Überwindung bestehender Benachteiligung.

Dagegen wird Diskriminierung aufgrund des sozioökonomischen Hintergrundes jenseits dieses Teilbereichs im internationalen Menschenrechtschutz fast nicht thematisiert. Zwar verbietet Art. 2 Abs. 1 KRK ebenso wie Art. 2 Abs. 2 IPwskR, Art. 26 Satz 2 IPbpR und Art. 14 EMRK auch die Diskriminierung wegen der „sozialen Herkunft“ und des „Vermögens“. Praktische Folgen hat das aber kaum.⁶⁷ Bezeichnenderweise spricht der Standardkommentar zur UN-Kinderrechtskonvention von *Stefanie Schmahl* die beiden Merkmale nicht einmal an.⁶⁸

4.2 Teilhabeermöglichung durch Abbau von Barrieren

Erste Ansätze eines Rechts auf inklusive Bildung finden sich bereits im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus dem Jahr 1966. In Art. 13 Abs. 1 Satz 1 IPwskR erkennen die Vertragsstaaten „das Recht eines jeden auf Bildung an“. Bildung, so heißt es in Art. 13 Abs. 1

64 EGMR (GK), Urt. v. 16.3.2010 – 15766/03, Rn. 157 – Oršuš u.a./Kroatien; s. auch EGMR, Urt. v. 30.3.2023 – 24408/16, Rn. 57 – Szolcsán/Ungarn.

65 EGMR (GK), Urt. v. 16.3.2010 – 15766/03, Rn. 172 ff. – Oršuš u.a./Kroatien.

66 EGMR (GK), Urt. v. 16.3.2010 – 15766/03, Rn. 177 – Oršuš u.a./Kroatien.

67 Altwicker, Leiden Journal of International Law 35, 2022, S. 221, 235-237; s. auch Schmahl, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 13, die hervorhebt, dass die KRK keine eigenständige Antidiskriminierungspolitik betreibe.

68 Schmahl, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 15 ff.

Satz 3 IPwskR weiter, müsse „es jedermann ermöglichen (...), eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen“. Es geht also um Bildung für alle, wenn auch nicht unbedingt um gleiche Bildung oder gleiche Bildungschancen für alle. Ausgeformt wird das Recht auf Bildung unter anderem durch die Festlegungen, dass Grundschulbildung „allen unentgeltlich zugänglich sein muss“ (Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR) und dass weiterführende Schulbildung „auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und für jeden zugänglich gemacht werden“ muss (Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR).⁶⁹ Zumindest vom Wortlaut her geht das zwar nicht über das hinaus, was in Deutschland ohnehin weitgehend selbstverständlich ist. Durch den Schulgeldbann wird aber ausdrücklich die Beseitigung einer Zugangsbarriere thematisiert.

Bemerkenswert ist, dass der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WskRA) in einer sog. Allgemeinen Bemerkung zu Art. 13 IPwskR schon vor 25 Jahren ein Konzept inklusiver Bildung entworfen hat, das den Abbau von Barrieren einschließt und über einen Nichtdiskriminierungsansatz hinausgeht. Dieses Konzept umfasst vier Elemente, die im Englischen alle mit A beginnen: Verfügbarkeit (*availability*), Zugänglichkeit (*accessibility*), Annehmbarkeit (*acceptability*) und Anpassungsfähigkeit (*adaptability*).⁷⁰

Verfügbarkeit, die in Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR ausdrücklich genannt wird, meint dabei, dass Bildungseinrichtungen und -programme in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen müssen.⁷¹ Zugänglichkeit bedeutet, dass jeder teilhaben können muss. Für den WskRA umfasst die Zugänglichkeit ein Diskriminierungsverbot ebenso wie die physische und die wirtschaftliche Zugänglichkeit. Während er bei der physischen Zugänglichkeit vor allem daran denkt, dass Bildungseinrichtungen auch im ländlichen Raum erreichbar sein müssen, ist das Element der wirtschaftlichen Zugänglichkeit eng mit dem Ziel der Kostenfreiheit verknüpft. Auch wenn das moderne Konzept der Barrieren, die Menschen am Zugang hindern, nicht

69 Ähnlich nun auch Art. 28 Abs. 1 lit. a, b KRK.

70 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13 (1999), E/C.12/1999/10, Rn. 6; s. dazu auch *Zinsmeister*, Behinderung als Diskriminierungs-kategorie, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 9 Rn. 120.

71 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10, Rn. 6 lit. a.

angesprochen wird, liegt es der Entfaltung des Zugänglichkeitspostulats implizit zugrunde.⁷²

Die Forderung nach Annehmbarkeit knüpft an die Erwartungen der Kinder und ggf. Eltern an.⁷³ Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich das Kruzifix in bayerischen Klassenzimmern ebenso diskutieren wie französische Bekleidungsverbote, die speziell muslimische Schülerinnen treffen.

Anpassungsfähigkeit bedeutet für den Ausschuss Flexibilität sowohl in zeitlicher Hinsicht mit Blick auf sich verändernde gesellschaftliche Rahmenbedingungen als auch in Hinblick auf die Bedürfnisse einzelner Schüler:innen mit ihren jeweils unterschiedlichen sozialen und kulturellen Hintergründen.⁷⁴ Anpassungsfähigkeit bedeutet also beispielsweise auch, dass das Bildungswesen auch Kindern gerecht werden muss, die nicht perfekt Deutsch sprechen oder die beim Bildungserwerb keine elterliche Unterstützung erhalten. Der Inklusionsbegriff war dem WskRA 1999 noch fremd, doch kommt der Inklusionsgedanke gerade bei der geforderten Anpassungsfähigkeit besonders gut zum Ausdruck: Der Ausschuss erwartet nicht, dass sich Schüler:innen mit Migrationshintergrund oder aus sozial schwachen, bildungsfernen Haushalten anpassen. Vielmehr hat der Staat die Bildung anzupassen.

Ohne Inklusion beim Namen zu nennen, skizziert der WskRA in seiner Allgemeinen Bemerkung wesentliche Elemente eines inklusiven Schulsystems. Der Gleichheitsaspekt bleibt allerdings noch schwach ausgeprägt. Zwar müssen alle unabhängig von ihrem persönlichen Hintergrund gute, für sie passende Bildungsangebote erhalten. Das bedeutet aber weder gleiche Bildung noch gleiche Bildungschancen für alle. Vielmehr bleiben unterschiedliche Bildungssysteme für unterschiedliche Gruppen jedenfalls dann möglich, wenn sie als gleichwertig angesehen werden.⁷⁵

72 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10, Rn. 6 lit. b.

73 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10, Rn. 6 lit. c.

74 *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10, Rn. 6 lit. d.

75 S. auch *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 13, 1999, E/C.12/1999/10, Rn. 33.

4.3 Umfassendes Konzept der Teilhabeermöglichung in der BRK

Die BRK ist das einzige internationale Vertragswerk, das das Konzept der Teilhabeermöglichung bislang umfassend ausbuchstabiert hat. Daraus ergeben sich unmittelbar Maßstäbe für die diskriminierungsfreie Teilhabe von Kindern mit Behinderungen in der Gesellschaft. Zudem kann die BRK als Blaupause für den Umgang mit Benachteiligungen aus anderen Gründen wie ethnischer Zugehörigkeit oder sozialer Herkunft dienen.

Der BRK liegen eine Reihe von Grundsätzen zugrunde, die in Art. 3 BRK zusammengefasst werden. Zu ihnen gehören Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit ebenso wie die volle und wirksame Teilhabe sowie Inklusion und die Barrierefreiheit. Dem Ganzen liegt das Ideal frei verantwortlicher Menschen zugrunde.

Wie das ICERD wendet sich die BRK zunächst gegen Diskriminierungen. Dementsprechend ist das erste Einzelrecht, das die BRK nach den Eingangsartikeln in Art. 5 verbürgt, ein allgemeines Diskriminierungsverbot, wobei die Vertragsstaaten gemäß Art. 5 Abs. 2 BRK auch private Diskriminierung wegen einer Behinderung verbieten müssen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung durchzieht zudem die weiteren Verbürgungen der Konvention. Immer wieder heißt es, dass Rechte und Freiheiten Menschen mit Behinderungen „gleichberechtigt mit anderen“ zustehen.⁷⁶

Anders als das ICERD beschränkt sich die BRK jedoch nicht auf den Kampf gegen Diskriminierungen. Vielmehr greift sie die ganze Breite an Menschenrechten auf und buchstabiert sie spezifisch für Menschen mit Behinderungen aus.⁷⁷ In Fortführung der Rechte des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte fordert sie dabei für Menschen mit Behinderungen die effektive Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ein. So verbürgt beispielsweise Art. 29 BRK die Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben und Art. 30 BRK die Teilhabe am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freizeit und Sport. Ein Leitgedanke der BRK ist die Inklusion, auch wenn dies in der deutschen BRK-Über-

⁷⁶ S. z.B. Art. 12 Abs. 2 BRK zur rechtlichen Handlungsfähigkeit und Art. 13 Abs. 1 BRK zum Zugang zur Justiz; Art. 29 zur Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben sowie Art. 30 Abs. 1, 4 und 5 BRK zur Teilhabe am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freizeit und Sport.

⁷⁷ Degen, Die UN-Behindertenrechtskonvention, Vereinte Nationen 2010, S. 57, 58, spricht von einer „Hybridfassung“ aus Antidiskriminierungskonvention und umfassender inhaltlicher Konvention.

setzung, die im Bundesgesetzblatt veröffentlicht ist,⁷⁸ leider nicht richtig zum Ausdruck kommt.⁷⁹ So fordert Art. 24 BRK ein inklusives Bildungssystem und Art. 27 BRK die Möglichkeit, auf einem inklusiven Arbeitsmarkt Arbeit zu finden. Ziel ist es also, den Arbeitsmarkt so umzugestalten, dass er für Menschen mit Behinderungen offen ist. Das deutsche System, Menschen mit Behinderungen in Werkstätten für behinderte Menschen zu segregieren, steht dazu in einem Spannungsverhältnis.⁸⁰

Großen Wert legt die BRK auf den Abbau von Zugangsbarrieren. Zu den Schlüsselbestimmungen der Konvention gehört Art. 9, der die Staaten verpflichtet, effektiv auf einen Abbau von Barrieren hinzuarbeiten. Während es dort um den Abbau umweltbedingter Barrieren geht, thematisiert Art. 8 Barrieren in den Köpfen, denen mit Maßnahmen der Bewusstseinsbildung begegnet werden soll.

Der Abbau von Barrieren ist eine sog. Ex-ante-Verpflichtung:⁸¹ Einrichtungen wie Schulen oder der öffentliche Personennahverkehr sind unabhängig davon barrierefrei zu gestalten, ob eine konkrete Person dies verlangt. Es geht also darum, die Umwelt so umzugestalten, dass sie inklusiv wird und alle teilhaben können. Solange dieser Umbau nicht abgeschlossen ist, bedarf es angemessener Vorkehrungen im Einzelfall als sog. Ex-nunc-Verpflichtungen.⁸² Ein Zug kann barrierefrei betreten werden, wenn sich Bahnsteig und Wagenboden auf derselben Höhe befinden und sie nicht

78 BGBL. 2008 II, S. 1420 ff.

79 Zur Kritik an der Übersetzung *Wansing*, Was bedeutet Inklusion?, in: Degener/Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 43 (45); speziell zu Art. 24 BRK *Siehr/Wrase*, Das Recht aus inklusiver Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK, RdJB 62, 2014, S. 161, 163.

80 Zur Frage, ob das Werkstättensystem abgeschafft oder nur reformiert werden muss, s. differenzierend *Welti/Nachtschatt*, Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit nach Art. 27 UN-Behindertenrechtskonvention, in: *Wansing/Welti/Schäfers* (Hrsg.), Das Recht auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen, 2018, S. 55, 82 ff. Während der Behindertenrechtsausschuss in seinen Abschließenden Bemerkungen zum ersten deutschen Staatenbericht 2015 noch eine Exit-Strategie gefordert hatte (CRPD/C/DEU/CO/1, Rn. 49 f.), hat er die Kritik in seinen Abschließenden Bemerkungen zum verbundenen zweiten und dritten deutschen Staatenbericht 2023 zurückhaltender und differenzierter formuliert (CRPD/C/DEU/CO/2-3, Rn. 59, 62 lit. a).

81 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 2, 2014, CRPD/C/GC/2, Rn. 25; General Comment No. 6, 2018, Rn. 24 lit. a; *Degener*, Angemessene Vorkehrungen, in: *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 15 Rn. 20 f.

82 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 2, 2014, CRPD/C/GC/2, Rn. 26; General Comment No. 6, 2018, Rn. 24 lit. b.

durch einen erheblichen Spalt getrennt sind. Sind beim Einstieg Stufen zu überwinden, kann eine angemessene Vorkehrung darin bestehen, dass Rollstuhlfahrer nach Anmeldung mit einem mobilen Lift in den Wagen gehoben werden.

Die BRK verknüpft das Konzept der Zugangsverschaffung durch angemessene Vorkehrungen mit dem Diskriminierungsverbot. Werden angemessene Vorkehrungen versagt, stellt dies gemäß Art. 2 Abs. 3 BRK eine Diskriminierung dar, die nach Art. 5 BRK verboten ist. Damit wandelt sich das Diskriminierungsverbot von der rein negativen Verpflichtung zu einer positiven Pflicht: Der Staat muss angemessene Vorkehrungen treffen, also aktiv werden, um den Einzelnen nicht zu diskriminieren.

Hinter diesen Regelungen steht ein Menschenbild, das dem des Grundgesetzes nicht unähnlich ist. Zu den Grundsätzen der BRK gehört gemäß Art. 3 lit. a „die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit“. Das lässt nicht nur an die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG denken, sondern auch an die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG und an das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit Ausprägungen wie der Privatautonomie, das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verortet wird. Während aber Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG traditionell abwehrrechtlich gedacht werden, ist die BRK auf Freiheitsermöglichung ausgerichtet: Der Staat muss die Voraussetzungen schaffen und gewährleisten, dass Kinder und andere Menschen mit Behinderung effektiv am Leben in der Gesellschaft teilhaben und ihre Fähigkeiten ungehindert entfalten können. Das führt zurück zu den Grundsätzen der vollen und wirksamen Teilhabe und der Chancengleichheit.

Schließlich ist die BRK durch eine starke Verfahrensdimension geprägt, die ihre besondere Durchschlagskraft erklärt.⁸³ Getreu dem Grundsatz: „Nichts über uns ohne uns“⁸⁴, verlangt sie Verfahrensteilhabe auch über den Einzelfall hinaus. Gemäß Art. 4 Abs. 3 BRK muss Deutschland nicht nur in Gesetzgebungsverfahren, sondern bei allen Entscheidungsprozessen in Fragen, die Menschen mit Behinderungen betreffen, Verbände von Menschen mit Behinderungen effektiv einbeziehen.

83 Dazu auch *Uerpmann-Witzack*, The Committee on the Rights of Persons with Disabilities – The Role of National Human Rights Institutions: A Comment, JHRP 14, 2022, S. 128 ff.

84 S. etwa *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 7, 2018, CRPD/C/GC/7, Rn. 4: „nothing about us without us“.

Insgesamt setzt die BRK auf das Ingangsetzen von Prozessen. Beispielsweise ist der Weg zu einer barrierefreien Umwelt weit und in Art. 9 BRK nicht im Einzelnen vorgegeben. Daher verpflichtet Art. 9 Abs. 2 lit. a BRK Deutschland als Vertragsstaat, Mindeststandards und Leitlinien für die Schaffung von Barrierefreiheit auszuarbeiten, zu erlassen und ihre Anwendung zu überwachen.⁸⁵ Der UN-Behindertenrechtsausschuss erwartet, dass entsprechende Pläne konkrete Ziele sowie Umsetzungsfristen enthalten und die notwendigen Mittel bereitstellen.⁸⁶ Auf diese Weise werden die allgemeinen Vorgaben der BRK sukzessive konkretisiert und es entsteht eine Selbstverpflichtung, an der sich der Staat messen lassen muss.

5. Lehren aus der BRK: Ein umfassendes Konzept der Teilhabeermöglichung

Der BRK geht es nur um die gleiche Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Ihre Konzepte lassen sich jedoch für die diskriminierungsfreie Teilhabe aller jungen Menschen verallgemeinern. In Anlehnung an den Behindertenbegriff der BRK ist dafür (1.) von einem barrierebezogenen Konzept der Benachteiligung auszugehen. Darauf aufbauend können (2.) vier Schutzdimensionen identifiziert werden: (a) die generelle Beseitigung von Barrieren, (b) ergänzende Maßnahmen der Teilhabeermöglichung im Einzelfall, (c) ein umfassendes Diskriminierungsverbot sowie (d) eine Verfahrensdimension.

⁸⁵ Dazu *Uerpman-Wittzack*, Völkerrechtliche Grundlagen, in: Matthias Knauff (Hrsg.), Barrierefreier ÖPNV, Schriften zum Verkehrsmarktrecht 9, 2023, S. 11, 19.

⁸⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No., 2014, CRPD/C/GC/2, Rn. 33; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Views v. 26.8.2022 – 56/2018, CRPD/C/27/D/56/2018, Rn. 10.9 – Henley/Australien; s. auch *Uerpman-Wittzack*, Völkerrechtliche Grundlagen, in: Knauff (Hrsg.), Barrierefreier ÖPNV, Schriften zum Verkehrsmarktrecht 9, 2023, S. 11, 19.

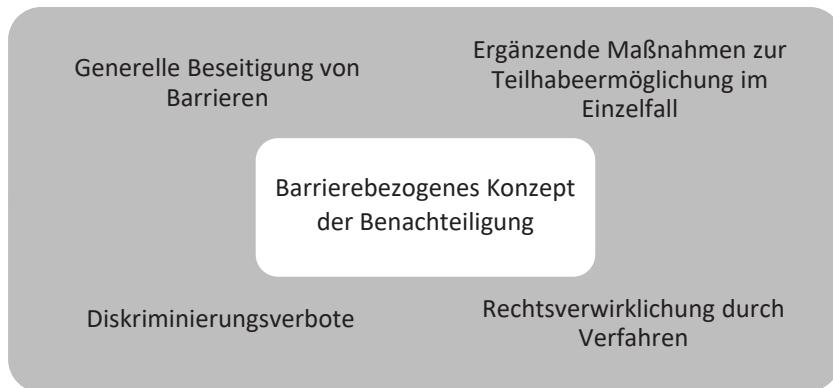


Abbildung: Umfassendes Konzept der Teilhabeermöglichung

5.1 Ein barrierebezogenes Konzept der Benachteiligung

Die BRK verwendet in Art. 1 Abs. 2 einen zweigliedrigen Begriff der Behinderung. Eine Behinderung entsteht danach aus der Wechselwirkung zwischen einer körperlichen, psychischen, intellektuellen oder Sinnesbeeinträchtigung und einstellungs- oder umweltbedingten Barrieren, die den Menschen aufgrund der Beeinträchtigung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe in der Gesellschaft hindern.⁸⁷ Der Begriff kombiniert also das medizinische Element der Beeinträchtigung mit dem sozialen Element der Barrieren. Nach diesem Verständnis sind Menschen nicht behindert, sondern sie werden durch ihre Umwelt behindert.⁸⁸

Dieses Konzept lässt sich erweitern, wenn man den medizinisch geprägten Begriff der Beeinträchtigung durch das weiter gefasste Element des „Andersseins“ ersetzt.⁸⁹ Es geht dann um Benachteiligungen junger Menschen, die aus der Wechselwirkung zwischen einem tatsächlichen oder zu-

⁸⁷ S. auch die BRK-Präambel lit. e sowie *Zinsmeister*, Behinderung als Diskriminierungskategorie, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 9 Rn. 16 ff.

⁸⁸ *Wapler*, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78, 2019, S. 53, 73.

⁸⁹ So in Ansätzen auch *Janda*, Prävention verankern: Verfassungsrechtliche Konsequenzen aus dem Verbot der Benachteiligung aufgrund sozialer Herkunft, 2021, S. 60, die auf Zugangsbarrieren für „Familien mit abweichendem Hintergrund“ abstellt; zur Verallgemeinerungsfähigkeit auch *Wapler*, VVDStRL 78, 2019, S. 53, 73.

geschriebenen „Anderssein“ und umwelt- oder einstellungsbedingten Barrieren entstehen.

Das Kriterium des Andersseins erscheint zunächst beliebig, weil jeder Mensch irgendwie anders ist als andere. Problematisch wird das Anderssein, wenn sich eine Person tatsächlich oder vermeintlich von Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft oder der das System prägenden Gruppe unterscheidet und deshalb auf Barrieren trifft, die ihre Teilhabe beschränken. So wird ein geringes Familieneinkommen relevant, wenn eine Klassenreise hohe Kosten verursacht, die die Eltern nicht tragen können mit der Folge, dass das Kind nicht mitreisen kann. Für die Beibehaltung des Kriteriums des Andersseins spricht der gleichheitsrechtliche Ansatz. Ohne ein Anderssein würde sich der Anspruch auf gleiche Teilhabe in den Anspruch eines jeden auf individuelle Teilhabemaximierung wandeln.

Mit dem Kriterium des Andersseins bleibt das Konzept der Benachteiligung gleichheitsrechtlicher Natur. Über das behinderungsrechtliche Merkmal der Beeinträchtigung hinaus erstreckt es sich jedoch auch auf andere objektiv vorhandene oder zugeschriebene Merkmale. Soziale Merkmale wie Armut und Bildungsgrad der Eltern werden ebenso umfasst wie ein Migrationshintergrund, ethnische Merkmale wie Sprache, Physionomie und Religion oder auch Geschlecht sowie die sexuelle Identität oder Orientierung. Relevant ist jedes Anderssein, das in Verbindung mit umwelt- oder einstellungsbedingten Barrieren zu einer Benachteiligung führt. Dabei ist die Art der Barrieren je nach Art des Andersseins unterschiedlich. Während junge Menschen wegen ihrer Hautfarbe nahezu⁹⁰ ausschließlich auf einstellungsbedingte Barrieren treffen, führt mangelnde Beherrschung der deutschen Sprache jedenfalls auch zu massiven umweltbedingten Barrieren in- und außerhalb des Bildungswesens.

Um Barrieren geht es auch, wenn ein Kind aus einem nicht-akademischen Elternhaus trotz guter Leistungen in der Grundschule keine Gymnasialempfehlung erhält⁹¹ und der Lehrer dies damit begründet, dass dem Kind die am Gymnasium nötige Unterstützung bei den Hausaufgaben fehlt. Hängt der schulische Erfolg tatsächlich von der elterlichen Unterstützung bei den Hausaufgaben ab, handelt es sich um eine umweltbedingte Barriere. Unterschätzt der Lehrer hingegen die Fähigkeit des Kindes, auch ohne

90 Ausnahmsweise läge eine umweltbedingte Barriere vor, wenn ein Kind wegen seiner Hautfarbe leichter einen Sonnenbrand bekäme und deshalb nicht in derselben Weise an Aktivitäten im Freien teilnehmen könnte.

91 Dazu oben Fn. 2.

elterliche Unterstützung am Gymnasium zu reüssieren, ist die Nichtempfehlung als einstellungsbedingte Barriere zu qualifizieren. In beiden Fällen wird das Kind wegen seines nicht akademischen Elternhauses in seiner Bildungskarriere „behindert“.

Auf den ersten Blick besteht ein großer Unterschied zwischen objektiv vorhandenen Unterschieden wie etwa einer Beeinträchtigung der Sinnesorgane Auge und Ohr und lediglich zugeschriebenen Unterschieden beispielsweise aufgrund der Hautfarbe oder Physiognomie. Die Abgrenzung ist aber weniger klar als sie zunächst scheint. So beruht die Stigmatisierung von HIV-positiven Personen vorrangig auf Vorurteilen, also auf Zuschreibungen, und nicht auf einer objektiv bestehenden Gefahr der Virusübertragung.⁹² Auch bei Lernbehinderungen geht es vielfach weniger um körperlich-geistige Eigenschaften einer Person als um Zuschreibungen. So thematisierte der EGMR in der Sache D.H. u.a./Tschechien Testverfahren, bei denen tatsächliche oder vermeintliche Probleme mit der Landessprache oder kulturelle Unterschiede zu einer Einstufung als lernbehindert führten.⁹³ Auch in Deutschland wird von fehlenden Deutschkenntnissen bei Kindern mit Migrationshintergrund im schulischen Kontext offenbar vielfach auf eine Lernbehinderung geschlossen.⁹⁴ Hinter scheinbar objektiven Kriterien können damit ohne Weiteres gesellschaftliche Zuschreibungen stehen.⁹⁵

5.2 Schutzdimensionen

Aufbauend auf diesem weiten, zweigliedrigen Konzept der Benachteiligung lassen sich in Anlehnung an die Konzepte der BRK vier Schutzdimensionen identifizieren, um jungen Menschen trotz Andersseins die gleiche, volle Teilhabe in der Gesellschaft zu ermöglichen.

92 S. BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, Rn. 73 ff.

93 EGMR (GK), NVwZ 2008, S. 533, Rn. 200 – D.H. u.a./Tschechien; zum Problem tendenziöser, verzerrender Testverfahren s. auch EGMR, Urt. v. 29.1.2013 – II/146/II, Rn. II/6 ff. – Horváth und Kiss/Ungarn.

94 Geißler, Die meritokratische Illusion – oder warum Reformen beim Bildungssystem ansetzen müssen, in: Haller/Niggemann, Der Mythos vom Niedergang der Intelligenz, 2012, S. 193, 202, 205 f.; Geißler, Die Sozialstruktur Deutschlands, 7. Aufl. 2014, S. 302; s. auch Autor:innengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2022, 2022, S. II/7.

95 S. auch Behindertenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 1, 2014, CRPD/C/GC/1, Rn. 13 f. mit einer Grundsatzkritik am Konzept der geistigen Fähigkeit als Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit.

5.2.1 Generelle Beseitigung von Barrieren

Zunächst geht es darum, einstellungs- und umweltbedingte Teilhaberbarrieren zu beseitigen.

Einstellungsbedingte Barrieren sind Vorurteile und Stereotype, die dazu führen, dass junge Menschen wegen eines Andersseins benachteiligt werden. Ihnen ist durch Aufklärung und Bewusstseinsbildung entgegenzutreten. Es kann sich um gesamtgesellschaftliche Vorurteile und Stereotype handeln, um solche bei Lehrkräften oder anderen Bezugspersonen und auch solche bei anderen Kindern. Dementsprechend kommen allgemeine und besondere Maßnahmen der Bewusstseinsbildung in Betracht. So adressieren verschiedene internationale Menschenrechtspakte mit der Vorgabe von Bildungszielen auch den Kampf gegen Vorurteile und Stereotype. Beispielsweise muss die Bildung nach Art. 13 Abs. 1 Satz 3 IPwskR „Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern“. Gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. d KRK muss die Bildung darauf gerichtet sein,

„das Kind auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft im Geist der Verständigung, des Friedens, der Toleranz, der Gleichberechtigung der Geschlechter und der Freundschaft zwischen allen Völkern und ethnischen, nationalen und religiösen Gruppen sowie zu Ureinwohnern“

vorzubereiten. Diese Bildungsziele sollen weit über die Schulzeit hinauswirken. Sie haben aber auch für das Schulleben selbst Bedeutung, indem sie Vorurteilen und Stereotypen gegenüber Mitschüler:innen vorbeugen.⁹⁶

Tatsächlich lassen sich Vorurteile durch Maßnahmen der Bewusstseinsbildung anscheinend nur schwer abbauen.⁹⁷ Relativ Erfolg versprechend sind offenbar Kontakte zwischen unterschiedlichen Gruppen.⁹⁸ Das spricht dafür, dass ein inklusiver Unterricht, bei dem Kinder mit unterschiedlichen Hintergründen in einer Klasse interagieren, am ehesten geeignet ist, um einstellungsbedingte Barrieren abzubauen.

⁹⁶ Schmahl, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 28/29 Rn. 23 spricht von einem „indirekte[n] Diskriminierungsverbot“.

⁹⁷ Im Überblick Magen, Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 3 Rn. 63 ff.

⁹⁸ Magen, Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 3 Rn. 68 f.

Zu den umweltbedingten Barrieren, die der Teilhabe entgegenstehen können, zählen etwa Sprachschwierigkeiten. Wer nicht hinreichend Deutsch spricht, wird in einer deutschsprachigen Gymnasialklasse keine Chance haben. Abhilfe versprechen eine schnelle, effektive Förderung des Spracherwerbs und/oder die Schaffung eines mehrsprachigen Umfeldes. Komplex formulierte mathematische Textaufgaben können für Personen mit eingeschränkter sprachlicher Kompetenz eine Barriere darstellen, die nichts mit der mathematischen Kompetenz der Person zu tun hat. Eine andere Form der Aufgabenstellung kann diese Barriere beseitigen.

Viele Barrieren lassen sich durch Technik abbauen. Das gilt beispielsweise für sprachliche Barrieren, wenn ein Smartphone oder Tablet im Unterricht digital Übersetzungen, Erläuterungen oder andere Hilfen bereitstellt. Gleichzeitig kann Technik neue Barrieren schaffen, wenn sie nicht allen gleichermaßen zur Verfügung steht. So perpetuiert eine Software sprachliche Barrieren, wenn sie nur in einer Sprache zur Verfügung steht und keine Übersetzungsfunktion enthält. Hier hilft ein sog. universelles Design. Art. 2 Abs. 5 BRK definiert dies als „ein Design von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von allen Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können“. Im behinderungsrechtlichen Zusammenhang bedeutet universelles Design beispielsweise, dass geschriebene Texte nicht nur auf dem Display angezeigt werden, sondern auch eine Audioausgabe möglich sein muss. Im Kontext von Migration und Mehrsprachigkeit bedeutet universelles Design das Angebot unterschiedlicher Sprachfassungen und Übersetzungsfunktionen. Nicht alle Barrieren lassen sich freilich durch universelles Design beseitigen. Können Kinder und Jugendliche im Unterricht digitale Geräte einsetzen, die sie sich selbst beschaffen müssen, werden junge Menschen aus wohlhabenden Familien bevorzugt. Es entsteht ein „digitaler Graben“, der hier soziale Gründe hat. Eine inklusive Schule müsste also die benötigte digitale Infrastruktur für alle bereitstellen oder zumindest für diejenigen, die nicht ohnehin darüber verfügen. Welche Exklusionsgefahren insoweit bestehen, hat die Covid-19-Pandemie gezeigt, in der Schulunterricht über Wochen auf digitale Formate umgestellt wurde. Während die einen über ein eigenes Zimmer mit Computer und leistungsfähigem Internetanschluss verfügten, hatten andere weder die technischen noch die räumlichen Voraussetzungen, um sinnvoll am Onlineunterricht teilzunehmen.

Die Verpflichtung zur Barrierefreiheit ist sowohl negativer als auch positiver Natur. Es handelt sich insoweit um eine negative Verpflichtung, als

keine neuen Barrieren geschaffen werden dürfen. Im Vordergrund steht jedoch die positive Verpflichtung, Barrieren abzubauen und bestehende Systeme so umzubauen, dass sie barrierefrei werden. Das kostet Zeit und regelmäßig auch Geld. In den Kategorien des internationalen Menschenrechtsschutzes handelt es sich um eine Verpflichtung, die progressiv zu verwirklichen ist. Gemäß Art. 2 Abs. 1 IPwskR muss der Staat „unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen (...) treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen“ zur vollen Erfüllung einer solchen Verpflichtung zu gelangen. Ganz ähnlich formuliert Art. 4 Abs. 2 BRK. Die Schwierigkeiten liegen darin festzustellen, wieviel in welcher Zeit möglich ist und wie die Prioritäten richtig zu setzen sind. Hier greift die Verfahrensdimension ein, die als viertes Element zu behandeln sein wird.

Der Abbau von Barrieren ist eng mit dem Konzept der Inklusion verknüpft. Eine barrierefreie Gesellschaft ist inklusiv, weil alle ohne Weiteres gleichermaßen teilhaben können. Der Abbau von Barrieren ermöglicht gleiche Teilhabe trotz Andersseins. Demgegenüber ist ein Schulsystem, das auf Bildungsinput der Eltern als Unterstützung setzt, nicht inklusiv. Es grenzt Kinder aus einem bildungsfernen Elternhaus ebenso aus wie solche mit Migrationshintergrund, deren Eltern kein oder kaum Deutsch sprechen und das schulische Lernen daher nicht unterstützen können. Ein System ist vielmehr inklusiv, wenn es in der Lage ist, menschliche Differenz in ihrer ganzen Breite in den Blick zu nehmen, anstatt lediglich auf einen bestimmten Typ von Menschen ausgerichtet zu sein; ein inklusives System kann damit die individuellen Bedürfnisse aller jungen Menschen gleichermaßen adressieren.⁹⁹ So ist ein Sportverein inklusiv, wenn er junge Menschen unabhängig vom elterlichen Einkommen, von der Muttersprache, einem möglichen Migrationshintergrund¹⁰⁰ oder einer Behinderung beim gemeinsamen Sport vereint.

Ein Vorteil der Inklusion ist, dass sie Gruppen auflöst. Unterschiede wie körperliche Beeinträchtigung, Migrationshintergrund, nicht-akademisches Elternhaus oder geringes Familieneinkommen bleiben zwar bestehen. Sie spielen aber in einem inklusiven Bildungswesen und in einer inklusiven

99 So in Hinblick auf die inklusive Beschulung von Kindern mit Behinderung *de Beco, The right to inclusive education: Why is there so much opposition to its implementation?*, International Journal of the Law in Context 14, 2018, S. 396, 403.

100 Dazu differenzierend *Burrmann, Sportvereine als Orte lokaler Zugehörigkeit für Jugendliche mit Migrationshintergrund?*, RdJB 67, 2019, S. 331 ff.

Gesellschaft keine entscheidende Rolle mehr, weil sie der Teilhabe nicht mehr entgegenstehen. Damit erübrigt sich auch eine Vorzugsbehandlung bestimmter Gruppen, die gleichheitsrechtlich ihrerseits problematisch sein und im schlimmsten Fall eine unerwünschte Gruppenbildung perpetuieren und vertiefen könnte.¹⁰¹

5.2.2 Ergänzende Maßnahmen zur Teilhabeermöglichung im Einzelfall

Inklusion ist bislang nur partiell verwirklicht. Eine vollständig barrierefreie Gesellschaft mag sogar utopisch sein. Damit bedarf es ergänzender Maßnahmen, die im Einzelfall Teilhabe ermöglichen. Ein Beispiel ist die spezielle Sprachförderung, die Nicht-Muttersprachlern die Teilhabe am deutschsprachigen Unterricht ermöglicht. Als Integrationsmaßnahme vermittelt die Sprachförderung die Fähigkeiten, die für die Teilhabe am Unterricht erforderlich sind. Sie passt also die jungen Menschen an die Anforderungen des deutschsprachigen Unterrichts an. Ebenso lässt sich von einer Habilitationsmaßnahme sprechen, weil sie die jungen Menschen zur Teilnahme am deutschsprachigen Unterricht befähigt.

Die BRK adressiert ergänzende Maßnahmen zur Teilhabeverwirklichung im Einzelfall mit dem Konzept der angemessenen Vorkehrungen i.S.v. Art. 2 Abs. 4 BRK. Danach handelt es sich um

„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“.

¹⁰¹ Zu diesem Problem *Baer*, Das Kategorieproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 5 Rn. 57-60, 72; *Besson*, The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child, *The International Journal of Children's Rights* 13, 2005, S. 433, 452; *dies./Kleber*, in: *Tobin* (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary, 2019, Art. 2, S. 41, 64-66; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 14.

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Definition über die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen hinaus auf jedes Anderssein zu erstrecken.¹⁰² Damit ergibt sich die folgende, übergreifende Definition:

Angemessene Vorkehrungen sind 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 junge Menschen trotz ihres tatsächlichen oder vermeintlichen Andersseins gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können.

Zu den angemessenen Vorkehrungen gehört auch der sog. Nachteilsausgleich, der Menschen mit Behinderungen an der Schule und Hochschule bei Bedarf beispielsweise in Form einer Schreibzeitverlängerung gewährt werden kann.¹⁰³ Auch das Konzept des Nachteilsausgleichs lässt sich verallgemeinern. So handelt es sich um einen Nachteilsausgleich bzw. eine angemessene Vorkehrung, wenn jemandem, der in der deutschen Sprache unsicher ist, die Benutzung eines Wörterbuchs gestattet wird oder wenn Kindern aus sozial schwachen Familien ein Tablet gestellt wird.

Während Barrieren nach dem oben zu 5.2.1 Gesagten an sich ex ante und unabhängig vom Einzelfall abgebaut werden sollen, handelt es sich bei angemessenen Vorkehrungen um eine Ex-nunc-Maßnahme, die getroffen wird, wenn ein junger Mensch im Einzelfall einen entsprechenden Bedarf hat. Dürfen alle Schüler:innen nach ihrer Wahl ein- oder mehrsprachige Wörterbücher verwenden, wird ex ante eine Barriere abgebaut. Wird hingegen einer Schülerin mit nicht-deutscher Muttersprache der Gebrauch eines Wörterbuchs gestattet, handelt es sich um eine angemessene Vorkehrung. Ebenso steht die Ausstattung einer gesamten Klasse oder Schule mit Tablets als generelle Maßnahme der Bewilligung eines Tablets bei geringem Einkommen der Eltern als Einzelfallmaßnahme gegenüber.

Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind solche ergänzenden Maßnahmen, wenn sie nicht unterschiedslos allen Menschen der entsprechenden Altersstufe und ihren Eltern offenstehen, sondern in ihren Tatbestands-

102 Zu verschiedenen Ansätzen, das Konzept über das Behindertenrecht hinaus auf den Umgang mit Religionen und andere Bereiche zu erstrecken *Degener, Angemessene Vorkehrungen*, in: *Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 15 Rn. 5, 49.

103 Dazu *Ennuschat*, Nachteilsausgleiche als prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule, *RdJB* 67, 2019, S. 431 ff.

voraussetzungen an bestimmte Gefahrenlagen oder Defizite anknüpfen. Sie haben möglicherweise Inklusion zum Ziel, sind aber selbst nicht inklusiv, sondern beschränken sich auf entsprechend Bedürftige.

5.2.3 Diskriminierungsverbote

Diskriminierungen entstehen, wenn junge Menschen aufgrund von Vorurteilen und Stereotypen, also aufgrund von einstellungsbedingten Barrieren, oder aber aufgrund von umweltbedingten Barrieren wie sprachlichen Hürden an der vollen Teilhabe in der Gesellschaft gehindert werden. Bei perfekter Inklusion müssten Diskriminierungsverbote mithin grundsätzlich überflüssig sein, weil eine vollständig barrierefreie und damit inklusive Gesellschaft nicht mehr diskriminiert. Solange jedoch perfekte Inklusion allenfalls ein weit entferntes Ziel ist, sind Diskriminierungsverbote ein etabliertes Mittel, um gleiche Teilhabe zu ermöglichen.

Unmittelbare staatliche Diskriminierungen sind schon *de lege lata* auch in Deutschland nach Art. 3 GG weitgehend verboten. Dieser negative, abwehrrechtliche Schutz vor Diskriminierungen ist relativ gut ausgebaut.

Dass der Staat vor privater Diskriminierung schützen muss, wird vor allem im Bereich der ethnischen Diskriminierung zunehmend anerkannt. Während Bewusstseinsbildung durch das Ausräumen von Vorurteilen und Stereotypen Diskriminierung beispielsweise in Form von Mobbing schon im Vorfeld verhüten soll, greift eine staatliche Pflicht zum Schutz vor privater Diskriminierung in dem Moment ein, in dem ein junger Mensch diskriminiert wird. Der Diskriminierung kann dann beispielsweise je nach Zusammenhang durch strafrechtliche, disziplinarrechtliche oder auch erzieherische Maßnahmen begegnet werden.

Stark unterentwickelt ist die Wahrnehmung mittelbarer, struktureller Diskriminierung. Dass die Karrierechancen von Kindern aus sozial schwachen, nicht-akademischen Elternhäusern und/oder solchen mit Migrationshintergrund stark eingeschränkt sind, wird in Deutschland bislang praktisch nicht als rechtliches Diskriminierungsproblem thematisiert.¹⁰⁴ Dass ein solcher Ansatz durchaus möglich wäre, zeigt die Rechtsprechung des EGMR zur Segregation von Roma-Kindern im Schulwesen.¹⁰⁵ Allerdings ist durch ein Urteil, wie es der EGMR gefällt hat, zunächst nur das Problem benannt. Konkrete Rechtsfolgen, die die Diskriminierung effektiv

104 S. oben zu 3.

105 S. oben zu 4.l.

beseitigen würden, lassen sich daraus kaum ableiten. Vielmehr sind dafür grundlegende strukturelle Maßnahmen erforderlich, bei deren Auswahl erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Ein Gericht kann Derartiges nicht anordnen, sondern allenfalls von den politischen Organen einfordern. Notwendig ist der unter 5.2.1 bereits angesprochene systematische Abbau von Barrieren.

Während der notwendige generelle Abbau von Barrieren den gerichtlichen Antidiskriminierungsschutz überfordert, lassen sich die unter 5.2.2 behandelten ergänzenden Maßnahmen zur Teilhabeermöglichung im Einzelfall durchaus einklagen. Im Behindertenrecht ist mittlerweile anerkannt, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen eine unzulässige Diskriminierung darstellt. So hat der EGMR die entsprechende Diskriminierungsdefinition in Art. 2 Abs. 3 BRK mittlerweile auf das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK übertragen.¹⁰⁶ In Deutschland sollte es kein Problem darstellen, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG entsprechend zu interpretieren.¹⁰⁷ Weitet man das Konzept der angemessenen Vorkehrungen auf alle Arten der Benachteiligung wegen eines vermeintlichen oder tatsächlichen Andersseins aus, wie es oben zu 5.2.2 vorgeschlagen wurde, folgt daraus, dass jede Versagung angemessener Vorkehrungen zum Ausgleich eines Andersseins über Gleichheitsrechte subjektiviert werden kann, wobei im deutschen Recht je nach Konstellation Art. 3 Abs. 2, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig wäre. So könnte beispielsweise vor Gericht gestritten werden, in welchen Fächern und unter welchen individuellen Umständen im Unterricht und bei Prüfungen der Gebrauch eines Wörterbuchs gestattet werden muss.¹⁰⁸

5.2.4 Rechtsverwirklichung durch Verfahren

Grundlegende Änderungen werden sich, wie gesehen, nur durch den Abbau von Barrieren erreichen lassen. Das ist ein langwieriger Prozess, in

106 Grundlegend EGMR, NZS 2017, S. 299, Rn. 65 – Çam/Türkei, mit Anmerkung Uerpmann-Wittzack, S. 301f.; s. auch EGMR, Urt. v. 31.5.2022 – 23077/19, Rn. 59 – Arnar Helgi Lárusson/Island.

107 S. Degener, Angemessene Vorkehrungen, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 15 Rn. 58 f. sowie Baer/Markard, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 3 Rn. 543 und das Bekenntnis zur BRK-konformen Auslegung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG in BVerfGE 160, S. 79, Rn. 102 – Triage.

108 Dazu schon oben zu 5.2.2.

dem politische Entscheidungen getroffen werden müssen. Welche Prioritäten gesetzt werden, lässt sich ebenso wenig gerichtlich festlegen wie der Umfang an Mitteln, die insgesamt und für einzelne Projekte bereitgestellt werden. Insofern erscheint es durchaus konsequent, dass sich der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg geweigert hat, unmittelbar aus Art. 9 BRK einen Anspruch auf barrierefreien Zugang zu einem Rathaus abzuleiten.¹⁰⁹ Soll der Abbau von Barrieren unter diesen Umständen nicht faktisch ins Belieben der Politik gestellt werden, bedarf es einer Verfahrensdimension, die trotz politischer Gestaltungsspielräume eine rechtliche Kontrolle ermöglicht.

Diese Verfahrensdimension hat der UN-Behindertenrechtsausschuss für den Abbau von Barrieren entfaltet.¹¹⁰ Danach sind die politischen Organe rechtlich zur Planung verpflichtet. Sie müssen Barrieren identifizieren und ihren Abbau planen. Dafür müssen sie Prioritäten und Fristen festlegen und sie müssen für die erforderlichen personellen und finanziellen Mittel sorgen. Stellen sie gar keinen Plan auf oder bleibt der Plan ungenau, lässt sich relativ einfach ein Rechtsverstoß feststellen. Stellen sie einen hinreichenden Plan auf, konkretisiert dieser Plan die allgemeine Verpflichtung zum Barriereabbau mit der Folge, dass der jeweilige Plan zum rechtlichen Maßstab wird. Werden die Planungsziele nicht fristgerecht verwirklicht, ist die durch den Plan konkretisierte Verpflichtung zum Barriereabbau grundsätzlich verletzt, was gerichtlich festgestellt werden kann.

Für den Behindertenrechtsausschuss ist es essentiell, dass die Betroffenen, also Menschen mit Behinderungen, über ihre Verbände in die Planung mit einbezogen werden.¹¹¹ Dahinter steht der Gedanke, dass Menschen mit Behinderung aufgrund ihrer Erfahrungen sozusagen „Experten in eigener Sache“ sind.¹¹² Deshalb betont der Ausschuss den Unterschied zwischen Verbänden für und Verbänden von Menschen mit Behinderung.¹¹³ Einzuzeichnen sind gemäß Art. 4 Abs. 3 BRK die Betroffenen selbst über die Verbände, die sie gegründet haben und denen sie angehören. Das wird

¹⁰⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.2.2022 – 1 S 3107/21, Rn. 13 ff. (juris).

¹¹⁰ Oben Fn. 86.

¹¹¹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 7, 2018, CRPD/C/GC/7, Rn. 1ff.

¹¹² S. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 7, 2018, CRPD/C/GC/7, Rn. 9 sowie Trenk-Hinterberger, Vorgaben des Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention aus rechtlicher Sicht, NLMR 2015, S. 91, 92.

¹¹³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 7, 2018, CRPD/C/GC/7, Rn. 13.

man nur eingeschränkt auf den Abbau von Barrieren für junge Menschen übertragen können. Je jünger diese Menschen sind, desto weniger können sie ihre Interessen autonom vertreten und desto mehr sind sie auf die Vertretung ihrer Interessen durch ihre Eltern oder andere Personen angewiesen. Wie groß die Unterschiede sind, zeigt schon ein Vergleich der beiden UN-Fachausschüsse. Während der UN-Behindertenrechtsausschuss überwiegend mit Menschen mit Behinderungen besetzt ist,¹¹⁴ sind im UN-Kinderrechtsausschuss keine Kinder oder Jugendlichen vertreten.

Es erscheint damit durchaus sinnvoll, auch beim Abbau von TeilhabebARRIEREN für junge Menschen auf eine Verbändebeteiligung zu setzen, doch wird es dabei je nach betroffener Altersgruppe insbesondere auch um Elternverbände gehen. Es kommt hinzu, dass viele der benachteiligten Gruppen wie etwa sozial schwache Eltern, Eltern ohne höheren Bildungsabschluss und Eltern mit Migrationshintergrund einen relativ schwachen Organisationsgrad haben dürften, so dass sie sich schlecht in Planungsprozesse einbringen können.

Wie wichtig die Verfahrensdimension zur Lösung struktureller Probleme ist, zeigt auch die Rechtsprechung des EGMR. Dort sind positive Verpflichtungen wesentlich stärker ausgeprägt als in der deutschen Grundrechtsdogmatik. Sie umfassen über die in Deutschland geläufige Schutzpflichtdimension hinaus eine Verfahrensdimension.¹¹⁵ Diese Verfahrensdimension hat der EGMR nicht zuletzt für den Umgang mit Kindesmissbrauch, häuslicher Gewalt und Menschenhandel entfaltet. Obwohl es sich jeweils um Individualbeschwerden handelt, betont der EGMR den strukturellen Charakter der zugrunde liegenden Probleme.¹¹⁶ Zum Umgang mit derartigen Problemen hat er in mehreren Entscheidungen eine dreistufige Verpflichtung entworfen:¹¹⁷ Zunächst muss der Staat einen rechtlichen Rahmen für den Umgang mit dem Problem struktureller Gewalt schaffen. Ergeben sich konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung, muss er Schutzmaßnahmen

114 S. Degener, Behindertenrechtskonvention: 4. bis 6. Tagung 2010/2011, Vereinte Nationen 2012, S. 232, 233, derzu folge 2011 16 von 18 Mitgliedern mit einer Behinderung lebten.

115 Dazu Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 19 Rn. 2, 10-12.

116 Zur häuslichen Gewalt: EGMR, Urt. v. 9.6.2009 – 33401/02, Rn. 132 – Opuz/Türkei; Urt. v. 9.7.2019 – 41261/17, Rn. 71 – Volodina/Russland.

117 Zu häuslicher Gewalt EGMR, Urt. v. 9.7.2019 – 41261/17, Rn. 77 ff. – Volodina/Russland; zu Kindesmissbrauch EGMR (GK), Urt. v. 2.2.2021 – 22457/16, Rn. 178 ff. – X u.a./Bulgarien; zu Menschenhandel: EGMR (GK), Urt. v. 25.6.2020 – 60561/14, Rn. 306 – S.M./Kroatien.

ergreifen. Ist es zur Gewalt kommen, muss der Staat effektive Ermittlungen durchführen.

Man wird diese Rechtsprechung, die für den Umgang mit struktureller Gewalt durch Private entwickelt wurde, nicht unmittelbar auf den Abbau von Teilhabefähigkeiten übertragen können. Die EGMR-Rechtsprechung schärft jedoch den Blick dafür, dass man strukturellen Problemen nicht hinreichend begegnen kann, wenn man in der Tradition des deutschen Individualrechtsschutzes allein auf den Einzelfall schaut. Vielmehr ist der Staat in der Pflicht, strukturellen Problemen mit strukturellen Maßnahmen zu begegnen. Das gilt auch für die Beseitigung struktureller Barrieren für die gleiche Teilhabe junger Menschen an der Gesellschaft.

6. Schluss

Das hier entwickelte Gesamtkonzept ist in großen Teilen noch kein geltendes Recht. Es ist ein Angebot für die Rechtsentwicklung. Zukünftige Gesetzgebung kann sich ebenso daran orientieren wie die gerichtliche Rechtsfortbildung. Engagierten Gruppen obliegt es, dafür zu werben. Fruchtbare Ansätze finden sich nicht zuletzt im Grundgesetz. Kombiniert man die Bekenntnisse zur Menschenwürde und zur freien Entfaltung der Persönlichkeit der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG sowie die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG mit einer zeitgemäßen Theorie positiver Verpflichtungen, lässt sich viel erreichen. Dann ist der Staat gehalten, aktiv die Voraussetzungen für eine diskriminierungsfreie Teilhabe junger Menschen an der Gesellschaft zu schaffen. Im Triage-Beschluss hat sich das Bundesverfassungsgericht immerhin für eine BRK-konforme Auslegung des deutschen Antidiskriminierungsrechts ausgesprochen. Wörtlich heißt es dort: „Die Konvention behandelt den Anspruch auf Gleichbehandlung und das Schutzgebot gegen die Benachteiligung wegen einer Behinderung, die auch in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG enthalten sind. Das Grundgesetz lässt sich ohne weiteres entsprechend auslegen.“¹¹⁸ Damit ist die Tür für ein materielles, inklusives Gleichheitsverständnis geöffnet. Das lässt hoffen, auch wenn das zwischenzeitlich ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts

118 BVerfGE 160, S. 79, Rn. 102 – Triage.

zum Zeugnisvermerk bei Legasthenie den Eindruck erwecken könnte, als sei ihm das moderne Antidiskriminierungsrecht fremd.¹¹⁹

7. Literaturverzeichnis

- Altwicker, Tilmann* (2022): Social justice and the judicial interpretation of international equal protection law. *Leiden Journal of International Law* 35, S. 221
- Angst, Doris/Lantschner, Emma* (Hrsg.) (2020): ICERD. Baden-Baden: Nomos
- Autor:innengruppe Bildungsberichterstattung* (2022): Bildung in Deutschland 2022. Bielefeld: wbv Publikation
- Autor:innengruppe Bildungsberichterstattung* (2024): Bildung in Deutschland 2024. Bielefeld: wbv Publikation
- Baer, Susanne* (2022): Das Kategorieproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, § 5, S. 223
- Barskanmaz, Cengiz* (2022): Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: Mangold, Anna/Payandeh Mehrdad (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, § 7, S. 303
- Besson, Samantha* (2005): The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child. *The International Journal of Children's Rights* 13, S. 433
- Boysen, Sigrid* (2021): Verfassungsrechtliche Konzeptionen sozialer Ungleichheit – Ungleichbehandlung oder Antidiskriminierung, in: Kersten, Jens/Rixen, Stephan/Vogel, Berthold (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit*, Gesellschaft der Unterschiede 63. Bielefeld: transcript Verlag, S. 53
- Burrmann, Ulrike* (2019): Sportvereine als Orte lokaler Zugehörigkeit für Jugendliche mit Migrationshintergrund?, *RdJB* 67, S. 331
- de Beco, Gauthier* (2018): The right to inclusive education – Why is there so much opposition to its implementation? *International Journal of the Law in Context* 14, S. 396
- Dederer, Hans-Georg* (2023): „Rasse“ als Verfassungsbegriff, in: Hilgendorf, Eric/Hochmayr, Gudrun/Małolepszy, Maciej/Dlugosz-Jóźwiak, Joanna (Hrsg.), *Festschrift für Jan C. Joerden zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, S. 849
- Degener, Theresia* (2010): Die UN-Behindertenrechtskonvention, Vereinte Nationen 2010, S. 57
- Degener, Theresia* (2012): Behindertenrechtskonvention – 4. bis 6. Tagung 2010/2011. Vereinte Nationen, S. 232

¹¹⁹ BVerfG, Urt. v. 22.11.2023 – 1 BvR 2577/15 u.a., NJW 2024, 424; zur Kritik *Uerpmann-Wittzack*, Chancengleichheit im Bildungswesen nach dem Legasthenie-Urteil des BVerfG, *RdJB* 71 (2023), S. 281 ff.

- Degener, Theresia* (2022): Angemessene Vorkehrungen, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, § 15, S. 645
- Ennuschat, Jörg* (2019): Nachteilsausgleiche als prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule. RdJB 67, S. 431
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.) (2024): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz. 58. Edition. München: C.H. Beck
- Farahat, Anuscheh* (2014): Progressive Inklusion, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 246. Berlin: Springer
- Gärditz, Klaus Ferdinand* (2022): Adressaten des Antidiskriminierungsrechts: Staat und Private, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, § 4, S. 171
- Geißler, Rainer* (2012): Die meritokratische Illusion – oder warum Reformen beim Bildungssystem ansetzen müssen, in: Haller, Michael/Niggemann, Martin (Hrsg.), Der Mythos vom Niedergang der Intelligenz, S. 193
- Geißler, Rainer* (2014): Die Sozialstruktur Deutschlands. 7. Aufl. Wiesbaden: Springer
- Grabenwarter Christoph/Pabel, Katharina* (2021): Europäische Menschenrechtskonvention. 7. Aufl. München: C.H. Beck
- Hanschmann, Felix* (2023): Ganztagschulprogramme zwischen Chancengleichheit, Recht auf Bildung und Elternrecht. RdJB 71, S. 208
- Janda, Constanze* (2021): Prävention verankern – Verfassungsrechtliche Konsequenzen aus dem Verbot der Benachteiligung aufgrund sozialer Herkunft. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (2023): Bonner Kommentar zum Grundgesetz. 220. Aktualisierung. Heidelberg: C.F. Müller
- Maaz, Kai* (2020): Soziale Ungleichheiten – Der Übergang von der Grundschule als Hürde. peDOCS, <https://doi.org/10.25656/01:22923>
- Magen, Stefan* (2022): Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, § 3, S. 125
- Huber, Peter M./Voskuhle, Andreas* (Hrsg.) (2018): v. Mangoldt/Klein/Starck – Grundgesetz. 7. Aufl. München: C.H. Beck
- Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.) (2021): v. Münch/Kunig – Grundgesetz-Kommentar. 7. Aufl. München: C.H. Beck
- Röhner, Cara* (2022): Sozioökonomische Diskriminierung, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, § 11, S. 475
- Sachs, Michael* (1984): Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des Alten Reiches bis zum Grundgesetz. Der Staat 23, S. 459
- Schmahl, Stefanie* (2017): Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos

- Scheiwe, Kirsten/Schröer, Wolfgang/Wapler, Friederike/Wrase, Michael* (Hrsg.) (2023): Inklusion und die Rechte junger Menschen. Eine rechtskreisübergreifende Aufgabe. Beiträge zum 3. Forum Kinder- und Jugendhilferecht, Schriften zum Familien- und Sozialrecht, Bd. 5, Baden-Baden: Nomos
- Siehr, Angelika/Wrase, Michael* (2014): Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK. *RdJB* 62, S. 161
- Tobin, John* (Hrsg.) (2019): *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press
- Trenk-Hinterberger, Peter* (2015): Vorgaben des Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention aus rechtlicher Sicht. *NLMR*, S. 91
- Uerpman-Wittzack, Robert* (2013): Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. V. Heidelberg: C.F. Müller, § 128, S. 1057
- Uerpman-Wittzack, Robert* (2017): Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – Çam/Türkei. *NZS*, S. 301
- Uerpman-Wittzack, Robert* (2022): The Committee on the Rights of Persons with Disabilities – The Role of National Human Rights Institutions: A Comment, *Journal of Human Rights Practice* (JHRP) 14, S. 128
- Uerpman-Wittzack, Robert* (2023): Chancengleichheit im Bildungswesen nach dem Legasthenie-Urteil des BVerfG. *RdJB* 71, S. 281
- Uerpman-Wittzack, Robert* (2023): Völkerrechtliche Grundlagen, in: Knauff, Matthias (Hrsg.), *Barrierefreier ÖPNV*, Schriften zum Verkehrsmarktrecht 9. Baden-Baden: Nomos, S. 11
- Veit, Barbara* (2023): Kinderrechte im Grundgesetz. *JZ*, S. 11
- Wansing, Gudrun* (2012): Der Inklusionsbegriff in der Behindertenrechtskonvention, in: Welke, Antje (Hrsg.), *UN-Behindertenrechtskonvention*. Berlin: Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., S. 93
- Wansing, Gudrun* (2015): Was bedeutet Inklusion?, in: Degener, Theresia/Diehl, Elke (Hrsg.), *Handbuch Behindertenrechtskonvention*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, S. 43
- Wapler, Friederike* (2019): Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, *VVDStRL* 78, S. 53
- Welti, Felix/Nachtschatt, Eva* (2018): Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit nach Art. 27 UN-Behindertenrechtskonvention, in: Wansing, Gudrun/Welti, Felix/Schäfers, Markus (Hrsg.), *Das Recht auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen*. Baden-Baden: Nomos, S. 55
- Zinsmeister, Julia* (2022): Behinderung als Diskriminierungskategorie, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, § 9, S. 387