

Angelika Siehr/Michael Wrase

## Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

### 1 Einleitung

Nach Art. 24 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (Behindertenrechtskonvention [BRK]) erkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung an und verpflichten sich, ein inklusives Schulsystem zu gewährleisten, in welchem Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderung gemeinsam unterrichtet werden.<sup>1</sup> Die BRK trat international bereits am 3. Mai 2008 – also ungewöhnlich schnell – in Kraft.<sup>2</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hat sowohl die BRK als auch das Fakultativprotokoll zur BRK durch Gesetz vom 21.12.2008 ohne Vorbehalt ratifiziert.<sup>3</sup> Die aus der BRK resultierenden Verpflichtungen werden die Struktur des deutschen Schulsystems, das bis heute von einem ausdifferenzierten Sonderschulwesen geprägt ist, grundlegend verändern, denn Art. 24 beinhaltet ein Recht, das sich nicht im bestehenden Schulsystem realisieren lässt, sondern dessen Veränderung verlangt. Aufgrund des von Bundestag und Bundesrat verabschiedeten Zustimmungsgesetzes (vgl. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) gilt die BRK innerstaatlich im Rang einfachen Bundesrechts.<sup>4</sup> Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gesetzgebungskompetenz für das – damit reformbedürftig gewordene<sup>5</sup> – Schulrecht bekanntlich bei den Ländern liegt.<sup>6</sup> Die Landesgesetzgeber haben zum Teil auch bereits Kurs in Richtung auf die Umsetzung des Rechts auf inklusive Schulbildung aus Art. 24 BRK genommen. Das deutsche Schulsystem steht insoweit aber noch vor großen Herausforderungen, die aus dem komplexen Ineinandergreifen verfassungs-, völker- und einfachrechtlicher Vorgaben<sup>7</sup> in Kombination mit dem deutschen Bildungsföderalismus auf

1 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), UN GA Res. 61/106 of 13 December 2006; s. die zwischen Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz abgestimmte deutsche Übersetzung in: BGBl. II 2008, 1419. Alle nachfolgenden wörtlichen Zitate aus der BRK beziehen sich auf diesen Text.

2 Dazu und für weitere Einzelheiten *Degener, T.*, Die UN-Menschenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, S. 200.

3 BGBl. II 2008, 1419, 1453. Dazu auch *Masuch, P.*, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt, C./Mausch, P./Villiger, M. (Hg.), Grundrechte und Solidarität – Festschrift für Renate Jaeger, 2010, S. 245 m. w. N.; s. dort auch zum Zeitpunkt des innerstaatlichen Inkrafttretens am 26. März 2009.

4 Zum Streit, ob sie damit i. S. d. Vollzugslehre als völkerrechtliche Norm zum Bestandteil deutschen Rechts wird (so die neuere Rspr. des BVerfG) oder i. S. d. älteren Transformationstheorie in bundesdeutsches Recht überführt wird (so noch die obersten Bundesgerichte), v. *Bernstorff, J.*, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht, RdJB 2011, S. 203 (204 f.) m. w. N.

5 Die Reformbedürftigkeit ergibt sich schon vor dem Hintergrund des Art. 31 GG. Die Pflichten der Länder zur Umsetzung des Art. 24 BRK folgen aber auch aus dem Lindauer Abkommen, das umgekehrt auch vorsieht, dass immer dann, wenn es um Materien geht, in denen die Länder die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz besitzen, vor der Ratifikation ihre Zustimmung erforderlich ist; siehe auch v. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 207, 209.

6 Zu dieser Problematik eingehend v. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 204 ff.

7 Vgl. *Masuch* (Anm. 3), S. 246.

der einen Seite und den Bremswirkungen der institutionellen Barrieren eines tradierten Sonderschulwesens auf der anderen Seite erwachsen.

Die völkerrechtskonforme Umsetzung der BRK im Schulbereich wird zudem dadurch erschwert, dass man sich hinsichtlich der Reichweite des Rechts aus Art. 24 BRK keineswegs einig ist: So ist insbesondere strittig, ob zu seiner Umsetzung lediglich im Sinne des Progressionsvorbehalts des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BRK „Maßnahmen zu treffen [sind], um nach und nach die volle Verwirklichung“ dieses Rechts zu erreichen oder ob Art. 24 BRK den Betroffenen ein einklagbares subjektiv-öffentliches Recht auf inklusive Beschulung gewährt<sup>8</sup> bzw. spiegelbildlich betrachtet, ob eine Sonderschulzuweisung im Einzelfall einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darstellen könnte.

Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden. Art und Ausmaß der Probleme, vor welche die (weitere) Umsetzung des Art. 24 BRK das deutsche Schulsystem stellt, werden vor allem durch die rechtliche und faktische Ausgangslage bestimmt. Daher soll zunächst vor dem Hintergrund der normativen Vorgaben der BRK und neueren bildungswissenschaftlichen Erkenntnissen die Entwicklung des segregierten Schulsystems in Deutschland näher beleuchtet werden (2). Es folgt ein Vergleich mit der so anders verlaufenen Entwicklung des US-amerikanischen Schulsystems (3). Sodann soll die hinter Art. 24 BRK stehende Konzeption diskriminierungsfreier Teilhabe eingehender analysiert (4) und im nächsten Schritt auf die oben skizzierten Fragen im Einzelnen eingegangen werden (5). Dem schließt sich eine zusammenfassende Bewertung an (6).

## 2 Das Recht auf inklusive Schulbildung nach Art. 24 BRK als Herausforderung für die tradierte Segregation im deutsche Schulsystem

### 2.1 Normative Vorgaben des Art. 24 BRK für das deutsche Schulrecht

Die BRK folgt der Idee des *tailoring of existing rights*; d. h. sie knüpft unmittelbar an jene Rechte an, die in der (allerdings nicht rechtsverbindlichen) Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 und dann vor allem in den beiden UN-Menschenrechtspakten von 1966, also dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) und dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt), bereits anerkannt worden sind, und schneidet sie auf die besondere Situation von Menschen mit Behinderungen zu.<sup>9</sup>

Art. 24 Abs. 1 S. 1 BRK rekurriert dementsprechend auf das in Art. 13 des UN-Sozialpaktes (und zuvor schon in Art. 26 AEMR) verankerte Recht auf Bildung<sup>10</sup> und rückt es nun explizit in

8 Ablehnend VGH Kassel, NVwZ-RR, S. 602 ff.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.9.2010 – 2 ME 278/10, juris; i. E. auch *Krajewski, M.*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, S. 120 (123 f.). Für ein subjektiv-öffentliches Recht *Riedel, E.*, Gutachten zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, Dortmund/Berlin 2010, S. 7 ff.; *Riedel, E./Arend, J.-M.*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346 f.; v. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 209 ff.; *Masuch* (Anm. 3), S. 262 f.

9 *V. Bernstorff, J.*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), S. 1041 (1046).

10 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN GA Res. 2200A (XXI) of 16 December 1966; dt. auch als UN-Sozialpakt bezeichnet. Siehe zu dem dort in Art. 13 verankerten Recht auf Bildung *Po-*

„den Kontext von Behinderung“.<sup>11</sup> Zentraler Bestandteil des Rechts aus Art. 24 BRK ist der dort festgeschriebene Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang und gleichberechtigte Teilhabe im Bildungsbereich: Menschen mit Behinderungen dürfen gemäß Art. 24 Abs. 2 BRK nicht aufgrund ihrer Behinderung „vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden“ (lit. a); sie haben vielmehr ein Recht auf „Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen“ (lit. b), mit dem Ziel, sie „zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen“ (Abs. 1 lit. c).

Es fällt allerdings auf, dass die amtliche deutsche Übersetzung, die neben der englischen und französischen Vertragsfassung Grundlage des Zustimmungsgesetzes war, die Begriffe „integrativ[...]“ bzw. „Integration“ verwendet, während die authentische englische Fassung der BRK von „inclusive education“ (lit. b) bzw. von „inclusion“ (lit. e) spricht.<sup>12</sup> Nach Art. 50 BRK ist jedoch nur der Wortlaut der arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Vertragsfassung verbindlich. Da die Vertragsparteien auch nichts anderes vereinbart haben, gilt der Wortlaut der deutschen Übersetzung nach Art. 33 Abs. 2 WVK völkerrechtlich somit nicht als authentisch,<sup>13</sup> sprich: er ist rechtlich nicht maßgeblich.<sup>14</sup> Demnach ist davon auszugehen, dass der BRK das Konzept der ‚Inklusion‘ zugrunde liegt, ein Ergebnis,<sup>15</sup> das – nach heftiger Kritik an der amtlichen Übersetzung, u. a. seitens der Behindertenverbände – im Übrigen auch durch eine darauf reagierende Entschließung des Deutschen Bundestages bekräftigt wird.<sup>16</sup> Somit ist im deutschen Schulsystem, ungeachtet des Wortlauts der amtlichen Übersetzung des Art. 24 BRK, eine ‚inklusive‘ Beschulung zu gewährleisten.

‚Inklusion‘ wird soziologisch als Einschließung bzw. die Mitgliedschaft von Personen in sozialen Systemen aufgefasst, wobei eine größtmögliche soziale Teilhabe angestrebt wird.<sup>17</sup> Gegenbegriff ist die ‚Exklusion‘ (Ausschließung), die nach Art. 2 Abs. 3 BRK die Vermutung einer Diskriminierung begründet. Bildungswissenschaftlich bezeichnet man als ‚Integration‘ die Unterrichtung von Kindern mit Behinderung an Regelschulen,<sup>18</sup> während das Konzept der ‚Inklusion‘ darüber hinausgreifend die Notwendigkeit einer strukturellen Anpassung des Schulsystems an die unterschiedlichen Bedürfnisse von Kindern mit und ohne Behinderungen hervorhebt und

*scher, R./Rux, J./Langer, T., Das Recht auf Bildung, Baden-Baden 2009, S. 35 ff. (sowie allgem. zum Recht auf Bildung im Völkerrecht, ebd., pass.).*

11 *Degener, T., Das Recht auf inklusive Bildung als Menschenrecht, KJ 2012, S. 405 (406); vgl. auch dies. (Anm. 2), S. 200 ff.*

12 Siehe Gesetz zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll [...], BGBl. 2008 II, 1419–1457 (s. a. Anm. 1).

13 Vgl. nur *Faber, A./Roth, V., Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, S. 1193, 1195 m. w. N.*

14 Das gilt jedenfalls dann, wenn man sich der Vollzugslehre des BVerfG anschließt (s. o. Anm. 4), deren Konsequenz gerade auch darin besteht, dass die Auslegung völkerrechtlicher Verträge dann weiterhin völkerrechtlichen Regeln folgt, siehe dazu *v. Bernstorff (Anm. 4), S. 205*. Schon mit Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist dies sicher der richtige Weg, da nur so übereinstimmende Auslegungsergebnisse der Vertragsstaaten zu erzielen sind.

15 Dieses Ergebnis wird auch durch die Genese, den historischen Kontext sowie die systematische und teleologische Auslegungsmethode gestützt, s. dazu ausführlich *Poscher, R./Rux, J./Langer, T., Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008, S. 26 ff.*

16 BT-Drucks. 17/4862 (17/6155, 17/6154): Entschließungsantrag für eine umfassende Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention – Nationaler Aktionsplan als Leitlinie.

17 Vgl. *Stichweh, R., Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie, Bielefeld 2005.*

18 Insofern war die Integrationspädagogik Vorreiterin für einen gemeinsamen Unterricht behinderter und nicht behinderter Kinder.

damit den Aspekt der „systemischen Veränderung im Schulwesen“<sup>19</sup> in das Blickfeld rückt:<sup>20</sup> Der Unterricht soll möglichst weitgehend gemeinsam, d. h. im selben Klassenraum unter Beteiligung aller Schüler, stattfinden und die Möglichkeit differenter Unterrichts- und Lernziele eröffnen.<sup>21</sup> Dies kann etwa im Rahmen eines Co-Teaching von regulären Klassen- und Fachlehrern sowie von Lehrkräften mit sonderpädagogischer Ausbildung geschehen, die sich im Unterricht speziell um die Belange der behinderten Schülerinnen und Schüler kümmern. Zieldifferentes Lernen bedeutet dann, dass die Schüler ihren Möglichkeiten und ihrem Leistungsstand entsprechend innerhalb eines gemeinsamen Lehrplans auch unterschiedliche Aufgaben bearbeiten, wobei eine Zielangleichung angestrebt werden sollte, soweit dies pädagogisch möglich ist.<sup>22</sup>

Um das Recht auf Zugang zu einem inklusiven Bildungssystem zu verwirklichen, müssen nach Art. 24 Abs. 2 BRK „angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden“ (lit. c) sowie die „notwendige Unterstützung geleistet“ (lit. d) bzw. „in Übereinstimmung mit dem Ziel der vollständigen Integration wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet, angeboten werden“ (lit. e). Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 BRK bedeuten „angemessene Vorkehrungen“ notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung [engl.: *undue burden*] darstellen [...]“. Dies kann von der Schaffung eines barrierefreien Zugangs zum Klassenraum, etwa durch Einbau eines Treppenlifts, über die Bereitstellung von Unterrichtsmaterialien in Brailleschrift (vgl. auch Art. 24 Abs. 3 lit. a) bis zum Anspruch auf individuelle Unterstützung durch Schulhelfer oder sog. Integrationslotsen im Rahmen der Eingliederungshilfe nach § 35a ff. SGB VIII bzw. § 54 ff. SGB XII reichen.<sup>23</sup> Art. 24 Abs. 2 lit. d und lit. e BRK stellen zudem sicher, dass Kindern mit einer Behinderung der Anspruch auf die notwendige sonderpädagogische Förderung, die sie im segregierten Schulsystem an der Förderschule erhalten, nicht verloren geht, sondern auch in den Regelschulen erhalten bleibt.<sup>24</sup>

## 2.2 Aktueller Stand und historische Entwicklung des segregierten Schulsystems in Deutschland im Spiegel bildungswissenschaftlicher Kritik

Die skizzierte völkerrechtliche Verpflichtung zu inklusiver Beschulung nach Art. 24 BRK kontrastiert scharf mit der innerstaatlichen Entwicklung in Deutschland, die in allen Bundesländern ein besonders ausgeprägtes Sonder- und Förderschulwesen hervorgebracht hat. Zwar erhalten Schülerinnen und Schüler mit Behinderungen in fast allen entwickelten Bildungssystemen besondere

19 Poscher/Rux/Langer (Anm. 15), S. 24 f.

20 Vgl. Hinz, A., Von der Integration zur Inklusion – terminologisches Spiel oder konzeptionelle Weiterentwicklung? Zeitschrift für Heilpädagogik 53 (2002), S. 354 ff.

21 Vgl. Moser, V./Demmer-Dieckmann, I., in: Moser, V. (Hg.), Die inklusive Schule – Standards für die Umsetzung, Stuttgart 2012, S. 153.

22 Zum Ganzen siehe Heimlich, U., Schulische Organisationsformen sonderpädagogischer Förderung auf dem Weg zur Inklusion, in: Heimlich, U./Kahlert, J. (Hg.), Inklusion in Schule und Unterricht, Stuttgart 2012, S. 80 (98 ff.).

23 Hierbei stellen sich schwierige Fragen des Zusammenwirkens zwischen Sozial- und Schulrecht; ausführlich Wahrendorf, V., in: Grube, C./Wahrendorf, V., SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 54 SGB XII, Rn. 33 ff., 40; Bieritz-Harder, R., in: LPK-SGB XII, 9. Aufl. 2012, Rn. 53 ff.; Meysen, T., in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 35a Rn. 42 f.; aus der aktuellen Rspr. etwa OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.04.2012 – 7 B 1154/12 –, juris: Streit zwischen der Schule und dem Landkreis über die Notwendigkeit einer Schulbegleitung darf nicht zulasten des Kindes gehen.

24 Umgekehrt darf das Recht auf inklusive Beschulung auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Sozialhilfeträger trotz der Möglichkeit einer inklusiven Beschulung auf die Förderschule verweist, um etwaige Mehrkosten zu vermeiden; so zutreffend LSG Bad.-Württ., Beschluss vom 7.11.2012 – L 7 SO 4186/12 ER-B.

Unterstützung. In vielen Ländern – wie etwa Kanada, den Vereinigten Staaten, Italien oder den skandinavischen Ländern – ist allerdings schon heute eine Förderung innerhalb der Regelschulen üblich. Gleichwohl ist auch die segregierte Beschulung im internationalen Vergleich weiter stark verbreitet.<sup>25</sup> Doch fällt in Deutschland nicht nur die Quote der Förderschüler besonders hoch aus (sie wird im europäischen Vergleich nur noch von Belgien überboten!),<sup>26</sup> sondern das System ist auch besonders ausdifferenziert: Es gibt Förderschulen für die Förderschwerpunkte Lernen, Sprache, emotionale und soziale Entwicklung, Hören und Kommunikation, Sehen, geistige Entwicklung und körperliche und motorische Entwicklung.<sup>27</sup> Ca. 40 Prozent der Förderschüler besuchen eine Schule für ‚Lernbehinderte‘; in diesem Fall beruht die Sonderschulzuweisung hauptsächlich auf der Diagnose einer dauerhaft deutlich negativen Abweichung der Schulleistungen von den Durchschnittsleistungen Gleichaltriger.<sup>28</sup> Im Schuljahr 2012/13 wurden bundesweit 355.000 Schülerinnen und Schüler an Sonder- und Förderschulen, also segregiert, unterrichtet. Die Zahl der Förderschüler hat zwar nach Inkrafttreten der BRK im Jahr 2009 absolut betrachtet abgenommen, wobei die Entwicklung in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich verläuft. Frappierend ist jedoch, dass die Quote der Förderschüler im Verhältnis zur Gesamtschülerzahl mit aktuell 4,8 Prozent nach den offiziellen Angaben der Kultusministerkonferenz seit rund 10 Jahren nahezu stabil geblieben ist.<sup>29</sup>

Die segregierte Beschulung von Kindern mit speziellen Förderbedarfen ist in Deutschland Folge einer historischen Entwicklung, durch die institutionelle Pfadabhängigkeiten begründet worden sind und die sich daher gegenüber Veränderungen als besonders persistent erweist.<sup>30</sup> Sie hat ihren Ausgangspunkt in der Einrichtung und flächendeckenden Ausdehnung des Hilfsschulwesens Anfang des 20. Jahrhunderts, durch die ehemals als nicht ‚bildsam‘ angesehene Kinder in das staatliche Schulsystem integriert wurden. Die Aufgabe der Hilfsschulen war es, die Volksschulen von den ‚schwach begabten‘ Schülern zu entlasten und ihnen an den Hilfsschulen besonderen Schutz und Fürsorge angegedeihen zu lassen.<sup>31</sup> Während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft wurde das Hilfsschulwesen dann zur Erfassung von behinderten und benachteiligten Kindern und Personen genutzt, um sie im Rahmen sog. Maßnahmen zur ‚Rassenhygiene‘ zu elimi-

25 Vgl. *Richardson, J. W./Powell, J. G.*, Comparing Special Education, Stanford, California 2011, S. 215 ff.; zu den europäischen Inklusionsquoten 2011/12 *Preuss-Lausitz, U.*, Inklusionsentwicklung in Deutschland unter Aspekten der Gerechtigkeit, Effektivität und Schulentwicklung, Vorlage für die Sitzung der Expertenkommission Inklusion der Deutschen UNESCO-Kommission am 11.3.2013 in Berlin, 2013.

26 Siehe European Agency for Development in Special Needs Education (Hg.), Country Data Report 2012, Brüssel 2012; vgl. auch *Powell, J. W./Pfahl, L.*, Sonderpädagogische Fördersysteme, in: Bauer, U./Bittlingmayer, U. H./Scherr, A. (Hg.), Handbuch Bildungs- und Erziehungssoziologie, 2012, S. 721 (725 f.); *Preuss-Lausitz* (Anm. 25).

27 Vgl. nur § 50 Abs. 3 S. 2 HessSchG; § 12 SchulG R-P; § 13 Abs. 1 S. 2 SchulG Sachsen; § 45 Abs. 2 SchulG S-H.

28 ‚Lernbehinderung‘ stellt – ebenso wie die Kategorie ‚emotionale und soziale Entwicklung‘ – eine besonders problematische Art der Behinderungsklassifizierung dar, da sie nicht auf der Diagnose einer körperlich-seelischen Beeinträchtigung beruht. Vielmehr basiert ihre Feststellung auf einer Verbindung von kognitions-, entwicklungs- und sozialpsychologischen Elementen. Insofern verwundert es nicht, dass in dieser Gruppe Jungen und Kinder aus sozial schwachen Familien bzw. mit Migrationshintergrund deutlich überrepräsentiert sind; ausführlich *Pfahl, L.*, Techniken der Behinderung. Der deutsche Lernbehinderungsdiskurs, die Sonderschule und ihre Auswirkungen auf Bildungsbiografien, Bielefeld 2011; *Kottmann, B.*, Selektion in die Sonderschule. Das Verfahren zur Feststellung von sonderpädagogischem Förderbedarf als Gegenstand empirischer Forschung, Bad Heilbrunn 2006.

29 Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, Dokumentation Nr. 202 – Februar 2014, Sonderpädagogische Förderung in Schulen 2003 bis 2012, Berlin, XVII, abrufbar unter: [http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation\\_SoPaeFoe\\_2012.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation_SoPaeFoe_2012.pdf) (letzter Abruf aller Internetquellen Mai 2014).

30 Ausführlich *Powell, J. W.*, Barriers to Inclusion, 2011, S. 151 ff.

31 *Powell/Pfahl* (Anm. 26), S. 724; eingehend *Pfahl, L.*, Die Legitimation der Sonderschule im Lernbehinderungsdiskurs in Deutschland, WZB Discussion Paper SP I 2008-504, 2008, S. 15 ff.

nieren.<sup>32</sup> Nach 1945 kam es in allen Bundesländern erneut zu einem kontinuierlichen Ausbau des Sonderschulwesens, der eine „weltweit nahezu einzigartige Ausdifferenzierung der sonderpädagogischen Fördersysteme“<sup>33</sup> in der Bundesrepublik mit sich brachte.<sup>34</sup> Dies und die Etablierung der Sonder- und Heilpädagogik als eigenständiger Studiengang hat zu einem Legitimationsdiskurs geführt, der die besondere individuelle Förderung der Kinder und das Konzept der Förderschule als „Schonraum“<sup>35</sup> in den Vordergrund stellte. Zugleich wurde die Sonderschule mit der funktionalen Entlastung der allgemeinen Schulen gerechtfertigt, die der pädagogischen Verantwortung für besonders betreuungsintensive Schülergruppen nicht gerecht werden könnten.<sup>36</sup> Erst gegen erhebliche Widerstände hat sich seit den 1970er Jahren langsam ein Perspektivenwechsel hin zu einer integrativen bzw. inklusiven Pädagogik vollzogen.<sup>37</sup>

Die Kritik an der segregierten Beschulung ist zwar nicht neu, aber mittlerweile wissenschaftlich untermauert. Über 75 Prozent der Schülerinnen und Schüler verlassen die Förderschulen ohne qualifizierenden Abschluss.<sup>38</sup> Sie bilden damit den harten Kern der Gruppe von Schulabgängern, die auf dem regulären Arbeitsmarkt in der Regel keine Chance haben und damit letztlich ihr Leben lang auf soziale Fürsorge und staatliche Unterstützungsleistungen angewiesen bleiben.<sup>39</sup> Die bislang vorliegenden Einzelstudien sowie internationale Vergleiche zeigen demgegenüber eindeutig, dass Schüler mit Förderbedarf, die in einem inklusiven Bildungssystem unterrichtet wurden, bessere Lernerfolge erzielen und auch später deutlich bessere Arbeitsmarktchancen haben.<sup>40</sup> Inzwischen sind durch die Erkenntnisse der Bildungsforschung auch die Zusammenhänge, die zu diesen Ergebnissen führen, also insbesondere die negativen Effekte der Segregation und des an den Förderschulen verfolgten „Schonraum“-Konzepts, gut belegt: Die gesonderte Beschulung bewirkt eine weitgehende soziale Ausgrenzung aus der ‚normalen‘ Gesellschaft mit anderen Kindern und Jugendlichen. Die reduzierten curricularen Anforderungen, die sich nicht (mehr) am Lernniveau nicht-behinderter Schüler orientieren, führen mitunter sogar zu einer klaren intellektuellen Unterforderung.<sup>41</sup> Die Schüler geraten in eine Abwärtsspirale aus sozialer Ausgrenzung und reduziertem Anforderungsniveau, die ihre spezifischen Problemlagen weiter verstärken. Als besonders wirkmächtig erweist sich zudem die soziale Stigmatisierung, die mit dem Besuch der För-

32 Vgl. *Ellger-Rüttgardt, S. L.*, Geschichte der Sonderpädagogik, München 2008, S. 242 ff.

33 *Powell/Pfahl* (Anm. 26), S. 725.

34 Eingehend *Ellger-Rüttgardt* (Anm. 32), S. 298 ff.

35 Kritisch etwa *Feuser, G.*, Behinderte Kinder und Jugendliche: Zwischen Aussonderung und Integration, Darmstadt 2005; *Heimlich* (Anm. 22), S. 88 f.

36 Ausführlich *Pfahl* (Anm. 31), S. 29 ff.

37 Die Debatte über integrative Schulformen kam Anfang der 1970er Jahre auf und fand einen wesentlichen Niederschlag in den Bildungsratsempfehlungen 1973, die bereits eine „weitestmögliche gemeinsame Unterrichtung von Behinderten und Nichtbehinderten“ empfahl; siehe *Ellger-Rüttgardt* (Anm. 32), 307 ff.; vgl. auch *Preuss-Lausitz, U.*, Fördern ohne Sonderschule. Konzepte und Erfahrungen zur integrativen Förderung in der Regelschule, Weinheim/Basel 1981.

38 Vgl. Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, Dokumentation Nr. 196 – Februar 2012, Sonderpädagogische Förderung in Schulen 2001 bis 2010, 45 f., online abrufbar unter [www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation\\_SoPaeFoe\\_2010.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation_SoPaeFoe_2010.pdf).

39 *Allmendinger* hat hierfür den Begriff der „Bildungsarmut“ geprägt; vgl. *Allmendinger, J.*, Bildungsarmut: Zur Verschränkung von Bildungs- und Sozialpolitik, *Soziale Welt* 50 (1999), S. 40 ff.; *Allmendinger, J./Leibfried, S.*, Education and the Welfare State: The Four Worlds of Competence Production, *Journal of European Social Policy*, Vol. 13 (2003), S. 65 ff.; *Solga, H.*, Bildungsarmut und Ausbildungslosigkeit, in: Becker, R. (Hg.) *Lehrbuch der Bildungssoziologie*, 2011, S. 411 (415 ff.).

40 Für Nachweise siehe *Klemm, K./Preuss-Lausitz, U.*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen. Empfehlungen zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Bereich der allgemeinen Schulen, 2011, S. 36 ff.

41 Siehe die Nachweise bei *Heimlich* (Anm. 22), S. 84 f.

derschule einhergeht.<sup>42</sup> Förderschüler werden zu ‚Objekten‘ reduzierter Erwartungen, die von der Gesellschaft bereits aufgrund des Labels ‚Förderschüler‘ als leistungsschwach und hilfsbedürftig etikettiert werden. Sie eignen sich diese Etikettierung als Teil ihrer Identität an und festigen damit ihre hilfsbedürftigen Subjektrollen,<sup>43</sup> anstatt vorhandene Potentiale im Zusammenleben mit nicht-behinderten Menschen nutzen zu lernen.

Diese Erkenntnisse über die diskriminierenden Wirkungen segregierter Beschulung liegen der Gewährleistung des Art. 24 BRK zugrunde und stellen die Basis für den durch die BRK normativ vorgegebenen Paradigmenwechsel im Sinne des Inklusionsmodells dar.<sup>44</sup>

### 3 Im Vergleich: Die Entwicklung des US-amerikanischen Schulsystems

Ein Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika zeigt, wie eine stärker integrative bzw. inklusive Beschulung durch rechtliche Vorgaben umgesetzt werden kann. Auch wenn sich das dort entwickelte Modell gewiss nicht eins zu eins auf das bundesdeutsche Schulsystem übertragen lässt, erweitern vergleichende Betrachtungen doch den Horizont und können dazu beitragen, Alternativen zu überkommenen Denkmustern zu entwickeln.

Der entscheidende Veränderungsimpuls ging in den USA in den 1970er Jahren von der durch die US-Behindertenbewegung initiierten *rights revolution* aus.<sup>45</sup> Die Behindertenrechtsbewegung baute dabei auf den Erfolgen der Bürgerrechtsbewegung (*civil rights movement*), insbesondere im Kampf gegen die Rassendiskriminierung und für Frauenrechte, auf. Sie verfolgte eine dezidiert rechtebezogene Strategie, d. h. die Betroffenen wurden dabei unterstützt, in Gerichtsverfahren individuelle Rechte auf Gleichbehandlung mit nicht-behinderten Menschen einzuklagen.<sup>46</sup>

Der Durchbruch für ein integratives Schulsystem gelang in den Jahren 1972 und 1973 mit zwei Entscheidungen von Bundesbezirksgerichten (*federal district courts*).<sup>47</sup> Im Fall *Pennsylvania Association for Retarded Children (PARC) v. Commonwealth of Pennsylvania*<sup>48</sup> wurde der Grundsatz bestätigt, dass kein Kind aufgrund einer Behinderung vom öffentlichen Schulsystem ausgeschlossen werden dürfe, der Schulträger vielmehr ein Ausbildungsangebot für jedes Kind entsprechend seiner Bedürfnisse und Fähigkeiten („appropriate to the child’s capacity“) zur Verfügung zu stellen habe. In *Mills v. Board of Education* entschied das Bezirksgericht von Columbia, dass allen Kindern mit Behinderungen ein Recht auf gleichen Zugang zum Schulsystem zu gewährleisten sei und sich die Schulbehörde nicht darauf berufen könne, dass für die notwendige sonderpädagogische Förderung kein ausreichendes Budget zur Verfügung stehe.<sup>49</sup> Diese Entschei-

42 Vgl. Heimlich (Anm. 22), S. 109 f.

43 Ausführlich Pfahl (Anm. 28), S. 239 ff.

44 Vgl. Degener (Anm. 2) S. 205; Poscher/Rux/Langer (Anm. 15), S. 25 ff.

45 Instruktiv aus rechtssoziologischer Perspektive Epp, C. R., *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago 1998.

46 Ausführlich Fleischer, D./Zames, F., *The Disability Rights Movement*, Philadelphia 1984, S. 71 ff.; Bagenstos, S. R., *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement*, New Haven/London 2009, S. 13 ff.

47 Zusammenfassend Osgood, R. L., *The History of Inclusion in the United States*, Washington D.C. 2005, S. 101 f.

48 334 F. Supp. 1257 (1971).

49 *Mills v. Board of Education*, 348 F. Supp. 866, 876 (1972): “If sufficient funds are not available to finance all of the services and programs that are needed and desirable in the system then the available funds must be expended equitably in such a manner that no child is entirely excluded from a publicly supported education consistent with his needs and ability to benefit therefrom.”

dungen wurden in der Folge von den Bundesgerichten in einer Vielzahl von Verfahren bestätigt. Sie wurden damit zur Grundlage einer neuen Bundesgesetzgebung, welche die Rechte von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Schulen fest schrieb.<sup>50</sup> Alle genannten Entscheidungen sowie der Bundesgesetzgeber beriefen sich dabei auf das Epoche machende Grundsatzurteil des *U.S. Supreme Court* in der Rechtssache *Brown v. Board of Education of Topeka* aus dem Jahr 1954, in der das Gericht die Rassentrennung an den US-amerikanischen Schulen als einen Verstoß gegen die *due process clause* des *14th Amendment* gebrandmarkt und dabei in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung des *separate but equal* festgestellt hatte, dass getrennte Schuleinrichtungen bereits als solche diskriminierend seien.<sup>51</sup> Die Behindertenrechtsbewegung hatte sich von Anfang an darauf berufen, dass dies auch für die gemeinsame Beschulung von Kindern mit und ohne Behinderung gelten müsse, was in der Folge zunächst von der Rechtsprechung der Bezirksgerichte und schließlich auch vom Bundesgesetzgeber anerkannt wurde.<sup>52</sup>

Im Jahr 1975 erließ der Kongress den *Education of All Handicapped Children Act (EAHCA)*<sup>53</sup>, der ein Recht von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung auf einen gleichberechtigten Zugang zum Schulsystem unter Berücksichtigung ihrer individuellen pädagogischen Bedürfnisse auf Bundesebene verankerte (sog. *mainstreaming*<sup>54</sup>); im Jahr 1990 wurde er durch den *Individuals with Disabilities Education Act (IDEA)* abgelöst.<sup>55</sup> Kerngewährleistungen der gesetzlichen Vorschriften ist u. a., dass für jeden Schüler mit einer Behinderung ein individuelles Förderprogramm entwickelt werden muss.<sup>56</sup> Dabei ist das Verfahren an dem Ziel einer „möglichst wenig eingeschränkten Lernumgebung“ (*least restrictive environment*) ausgerichtet.<sup>57</sup> Das bedeutet, dass das Kind möglichst gemeinsam mit nicht-behinderten Kindern zu unterrichten ist. Ist dies mit vertretbarem Aufwand nicht möglich, dann ist ein ganzes Kontinuum von gegenüber einer vollständigen Segregation weniger einschneidenden Maßnahmen zu prüfen, die von einem (nur) zeitweiligen gemeinsamen Unterricht bis hin zur Beschulung in einer speziellen Förderklasse in einer allgemeinen Schule reichen.<sup>58</sup> Entscheidend ist, dass das Verfahren von Anfang an daran ausgerichtet sein muss, eine inklusive oder zumindest integrative Beschulung zu ermöglichen. Dies wird von den Gerichten im Streitfall nachgeprüft.<sup>59</sup> Vergleichbar etwa der bundesdeutschen Verwaltungsrechtsprechung zum Ermessens- oder Beurteilungsspielraum kontrollieren die Gerichte zwar nicht die pädagogischen Erwägungen als solche. Sie prüfen aber u. a., ob die Verfahrensrechte der Kinder mit Behinderungen und ihrer Eltern gewährleistet wurden und ob die speziellen Bedarfe der be-

50 Dazu *Powell, J.*, Schulische Integration als Bürgerrecht in den USA, in: Becker/Graser (Hg.), Perspektiven der schulischen Integration von Kindern mit Behinderung, 2004, S. 112 ff.

51 347 U.S. 483, 496 (1954).

52 So entstanden in den 1960er Jahren eine Vielzahl von Studien und Kommentaren, die die separate Beschulung von Kindern mit Behinderung in Frage stellten; dazu *Osgood* (Anm. 47), S. 78 ff. Ein grundlegender Artikel stammt von *Dunn, L. M.*, Special education for the mildly retarded: Is much of it justifiable?, *Exceptional Children* Vol. 34 (1968), S. 5 ff.

53 Vorangegangen war der Rehabilitation Act (RA) von 1973, der bereits die Grundsätze der *reasonable accomodation* und des *least restrictive environment* enthielt; vgl. *Degener, T.*, Verfassungsrechtliche Probleme der Behindertendiskriminierung in Deutschland, KJ 2000, S. 425 (430).

54 Zum Konzept siehe *Osgood* (Anm. 47), S. 106 ff.

55 Public Law 101-476.

56 IDEA § 614 (d).

57 IDEA § 612 (a) (5).

58 Vgl. *Osgood* (Anm. 47), S. 117 ff.

59 Vgl. *Yell, M. L.*, *Journal of Special Education* Vol. 28 (1995), 389 ff.; zu den *landmark decisions* siehe auch *Fleischer/Zames* (Anm. 46), S. 190 ff.

troffenen Kinder sorgfältig ermittelt und alle denkbaren Möglichkeiten und Alternativen für die inklusive Beschulung in Betracht gezogen wurden.<sup>60</sup>

Dementsprechend werden in den USA heute nur 5 Prozent aller Schülerinnen und Schüler mit Behinderungen an gesonderten Einrichtungen außerhalb der allgemeinen Schulen unterrichtet,<sup>61</sup> während es in Deutschland noch immer über 80 Prozent<sup>62</sup> sind.

## 4 Konzeption des Rechts auf diskriminierungsfreie Teilhabe nach der BRK

### 4.1 Menschenrechtlicher Paradigmenwechsel im Umgang mit Behinderung

Das Recht auf inklusive Bildung nach Art. 24 BRK und die sich daraus ergebenden Anforderungen an das deutsche Schulsystem lassen sich nur unter Beachtung des Gesamtkontextes, der Konzeption und Systematik der Behindertenrechtskonvention richtig verstehen. Die mittlerweile weltweit von 158 Staaten unterzeichnete und von 139 Staaten ratifizierte Konvention<sup>63</sup> beinhaltet nicht weniger als einen menschenrechtlichen Paradigmenwechsel im Umgang mit Behinderung, der weitreichende institutionelle Änderungen mit sich bringt.<sup>64</sup> Wurde Behinderung im internationalen Diskurs bis in die 1990er Jahre und in weiten Teilen auch heute noch überwiegend als biologisch-medizinisches Schicksal verstanden, so statuiert die BRK einen rechtebezogenen Ansatz, der den Blick auch auf diskriminierende Umweltbedingungen und Strukturen lenkt, die Menschen mit körperlichen oder psychischen Beeinträchtigungen in ihrer Selbstbestimmung und gesellschaftlichen Teilhabe behindern.<sup>65</sup> Dies spiegelt sich vor allem in dem der BRK zugrunde liegenden Verständnis von Behinderung wider. An der Schwierigkeit, eine angemessene Definition von Behinderung zu finden, drohte die Konvention bis zur letzten Verhandlungsrunde zu scheitern.<sup>66</sup> Letztlich verzichtete man „in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt“ (vgl. lit. e der Präambel) auf eine ausdrückliche Legaldefinition von Behinderung in der BRK und einigte sich auf ein weites und entwicklungsoffenes Verständnis von Behinderung: Nach Art. 1 BRK zählen zu den Menschen mit Behinderungen

„Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“<sup>67</sup>

60 Ausführlich zu dieser Rechtsprechung *Yell* (Anm. 59), S. 392 ff. m. w. N.

61 Siehe *Powell* (Anm. 25), S. 199.

62 Genaue Angaben zur Segregations- bzw. Integrationsquote sind schwierig. Nach der Statistik der KMK (Anm. 29) beträgt der Anteil der an Förderschulen unterrichteten Kinder und Jugendlichen im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Schüler mit diagnostiziertem sonderpädagogischen Förderbedarf bundesweit 70 Prozent. Allerdings ist diese verhältnismäßige Verbesserung vor allem darauf zurückzuführen, dass der Anteil der Schüler mit festgestelltem sonderpädagogischen Förderbedarf insgesamt gestiegen ist. Realistisch dürfte danach weiterhin eine (Segregations-)Quote von etwa 80 Prozent sein; vgl. *Powell/Pfahl* (Anm. 26), S. 726.

63 Zum aktuellen Ratifikationsstand siehe unter <http://www.un.org/disabilities>.

64 *Degener* (Anm. 2), S. 200 f.

65 Eingehend *Degener, T.*, Antidiskriminierungsrecht für Behinderte: Ein globaler Überblick, *ZaöRV* 65 (2005), S. 887 ff.

66 Siehe *v. Bernstorff* (Anm. 9), S. 1047.

67 Art. 1 Abs. 2 BRK spricht in der englischen Originalfassung von „long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others“.

Die BRK verwirft damit unmissverständlich den medizinisch-defizitbezogenen Ansatz, der Menschen mit Behinderungen zu Objekten von Fürsorge- und Rehabilitationsmaßnahmen gemacht hat,<sup>68</sup> zugunsten des sog. Sozialmodells, wonach Behinderung auch als eine soziale Konstruktion betrachtet wird.<sup>69</sup> Entscheidend ist also nicht allein oder primär die gesundheitliche Beeinträchtigung als solche, sondern es sind die damit verbundenen Wirkungen, die von der sozialen Umwelt ausgehen. An diesem zweistufigen Modell wird erkennbar, wie eng der Begriff der Behinderung an das materielle (oder: substantielle) Verständnis von Gleichberechtigung geknüpft ist, das der Konvention zugrunde liegt.<sup>70</sup>

Die Konsequenz des Perspektivenwechsels liegt vor allem darin, dass die – auch juristische – Verantwortung der Gesellschaft für die Überwindung der sozialen Ausgrenzung sichtbar gemacht wird. Menschen mit Behinderung werden nicht länger als reine Fürsorgeobjekte betrachtet, denen besondere staatliche Leistungen zuteil werden sollen, um ihnen ein Leben am Rande der ‚normalen‘ Gesellschaft zu ermöglichen. Vielmehr wird ihr Recht auf gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe, ja auf möglichst vollständige soziale Inklusion, hervorgehoben. Die in Art. 3 lit. a-e BRK festgelegten Leitgrundsätze der Konvention – Achtung von Würde und Autonomie, Nichtdiskriminierung, soziale Teilhabe, Achtung und Wertschätzung menschlicher Vielfalt und Chancengleichheit – bringen dies deutlich zum Ausdruck.

#### 4.2 Diskriminierungsverbot als zentrale Gewährleistung der BRK und seine Konkretisierung in Art. 24 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 BRK

Die BRK hat die oben (2.1) schon angesprochene Regelungstechnik des *tailoring of existing rights*, die sich hier u. a. in der impliziten Bezugnahme des Art. 24 BRK auf das Menschenrecht auf Bildung aus Art. 13 des UN-Sozialpakts<sup>71</sup> zeigt, mit der Kinderrechtskonvention von 1989 gemein. Anders als die Anti-Rassismus-Konvention von 1965 und die Frauenrechtskonvention (CEDAW) von 1979, die hauptsächlich als spezielle Antidiskriminierungspakte ausgestaltet sind, verfolgt die BRK einen ganzheitlichen Ansatz, der neben dem Diskriminierungsverbot als rechtlichem „Herzstück der Konvention“<sup>72</sup> auch die bekannte Trias der *duties to respect, protect and fulfill*, also Förder-, Schutz- und Leistungs- bzw. Gewährleistungspflichten, umfasst.<sup>73</sup>

Die zentrale Gewährleistung der Konvention ist das in Art. 5 Abs. 2 BRK enthaltene Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderung.<sup>74</sup> Dieses Verbot wird in verschiedenen speziellen Konventionsrechten konkretisiert.<sup>75</sup> Es umfasst, wie im Menschenrechtsschutz heute allgemein anerkannt, sowohl unmittelbare als auch mittelbare, d. h. faktische Diskriminierungen.<sup>76</sup> Eine Dis-

68 Dazu Degener (Anm. 65), S. 907 ff.

69 Vgl. v. Bernstorff (Anm. 9), S. 1041.

70 Vgl. auch Bielefeldt, H., Zum Innovationspotential der UN-Behindertenrechtskonvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2009, S. 5 ff.

71 Zu Art. 13 UN-Sozialpakt eingehend Beiter, K. D., The Protection of the Right to Education by International Law, Boston 2006, sowie Poscher/Rux/Langer (Anm. 10), S. 35 ff.

72 Degener (Anm. 2), S. 205.

73 Degener (Anm. 2), S. 203.

74 Degener (Anm. 2), S. 205.

75 Vgl. etwa Welti, F., Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatlich Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, Diskussionsbeitrag Nr. 9/2012, S. 2.

76 Vgl. nur de Schutter, O., International Human Rights Law, Cambridge u. a. 2010, S. 625 ff. Im Vergleich zu anderen Diskriminierungsmerkmalen ist allerdings die Frage der Vergleichsgruppenbildung umstritten; vgl. hierzu Rothfritz,

kriminierung aufgrund von Behinderung bedeutet nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 BRK (in der englischen Originalfassung)

„any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.“

Damit werden als unmittelbare Diskriminierungsformen Unterscheidungen, Ausschließungen und Beschränkungen genannt. Diese sind darauf zu prüfen, ob sie zum Ziel oder (unintendiert) zur Folge haben, dass sie den Genuss oder die Ausübung von Rechten beeinträchtigen oder vereiteln. Das Besondere gegenüber anderen Benachteiligungsverboten besteht darin, dass eine Diskriminierung nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 BRK auch dann vorliegt, wenn „angemessene Vorkehrungen“ (*reasonable accommodation*),<sup>77</sup> also „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen“ (vgl. Art. 2 BRK), versagt werden. Nach dem materiellen Gleichheitsverständnis, das der Konvention zugrunde liegt, kann auch das Unterlassen erforderlicher und zumutbarer struktureller Anpassungsleistungen eine Diskriminierung darstellen.<sup>78</sup>

Das Recht auf Zugang zu einem inklusiven Schulsystem, wie es vor allem in Art. 24 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BRK verankert ist, stellt sich vor diesem Hintergrund, trotz der Bezugnahme des Art. 24 Abs. 1 S. 1 auf das bereits in Art. 13 UN-Sozialpakt anerkannte Recht auf Bildung, nicht nur als ein soziales Recht dar, sondern auch – und sogar primär – als Konkretisierung des Diskriminierungsverbots nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 BRK.<sup>79</sup> So nimmt Art. 24 Abs. 1 S. 2 BRK zur Begründung des Rechts auf die Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems ausdrücklich auf das Diskriminierungsverbot Bezug und Art. 24 Abs. 2 lit. a und lit. b konkretisieren dies dahingehend, dass die Vertragsstaaten sicherzustellen haben, dass „Menschen mit Behinderung nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden“ bzw. „gleichberechtigt [...] Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben“. Dass hierfür nach Art. 24 Abs. 2 lit. c BRK „angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden“ müssen, stellt eine unmittelbare Anknüpfung an das diskriminierungsrechtliche Konzept der *reasonable accommodation* in Art. 2 BRK dar.<sup>80</sup> Bewusst wird in der authentischen englischen Fassung eben auch der Begriff *inclusion* als Gegenbegriff zur *exclusion*, bzw. deutsch: „Ausschließung“, verwendet, die gemäß Art. 2 BRK „eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ begründet. Nach Wortlaut und Systematik der BRK ist daher kaum zu bezweifeln, dass das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Zugang zum allgemeinen Schulsystem und ihr Anspruch auf einen inklusiven hochwertigen Unterricht unter den in Art. 24 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BRK genannten Bedingungen einem diskriminierungsrechtlichen Ansatz folgt. Dies wird auch durch einen Blick

L. P., Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, Frankfurt am Main 2010, S. 209 ff.

77 Das Konzept der *reasonable accommodation* stammt ebenfalls aus dem US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht zugunsten Behinderter und wurde erstmals im Rehabilitation Act von 1973 verwendet; hierzu Russo, C. J./Osborne Jr., A. G., United States, in: Russo, C. J. (Hg.), *The Legal Rights of Students with Disabilities. International Perspectives*, Lanham u. a. 2011, S. 211, 213 f. Vgl. auch Aichele, V./Althoff, N., Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke, A. (Hg.), *UN-Behindertenrechtskonvention*, 2012, 104 ff.

78 Ausführlich hierzu sowie zur Abgrenzung gegenüber „positiven Maßnahmen“ Degener (Anm. 65), S. 914 ff.

79 So die ganz h. M., siehe nur Riedel/Arend (Anm. 8), S. 1348 f.; v. Bernstorff (Anm. 4), S. 214 f.; Welti (Anm. 75), S. 2; Masuch (Anm. 3), S. 261 f.; eingehend Degener (Anm. 11), S. 411 ff.

80 Siehe auch oben unter 4.1.

auf die Entstehungsgeschichte untermauert.<sup>81</sup> Die ungerechtfertigte Ausschließung vom allgemeinen Schulsystem, insbesondere die Zuweisung an eine Förderschule, stellt danach eine Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen im Sinne der BRK dar.

## 5 Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland nach Inkrafttreten der BRK

### 5.1 Recht auf inklusive Beschulung aus Art. 24 BRK

#### 5.1.1 Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 24 BRK

Der mit dem Zustimmungsgesetz für die BRK verbundene Rechtsanwendungsbefehl löst zunächst einmal Vertragspflichten für die Bundesregierung und für die Landesgesetzgeber aus, die nach dem Lindauer Abkommen und nach dem Grundsatz der Bundestreue verpflichtet sind, Art. 24 BRK in ihren Schulgesetzen umzusetzen.<sup>82</sup> Die Geltendmachung eines Rechts auf inklusive Beschulung aus Art. 24 BRK durch den Einzelnen setzt hingegen voraus, dass diese Norm innerstaatlich auch unmittelbar anwendbar (*self-executing*) ist. An der grundsätzlichen Anwendbarkeit der BRK bestehen mit Blick auf den aus dem Zustimmungsgesetz resultierenden Rechtsanwendungsbefehl keine Zweifel; die früher vertretene Ansicht, wonach ausschließlich diejenigen Normen eines völkerrechtlichen Vertrages, die *self-executing* seien, in die deutsche Rechtsordnung überführt werden, wird heute kaum noch vertreten.<sup>83</sup> Unstreitig ist auch, dass die Normen der BRK – wie andere im Rang einfachen Bundesrechts geltende menschenrechtliche Verträge (namentlich die EMRK!) auch – bei der Auslegung anderer Rechtsnormen (auch des Grundgesetzes) zu berücksichtigen sind.<sup>84</sup> Darauf wird im Rahmen der Prüfung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (unter 5.2.2) noch einmal zurückzukommen sein. Die Frage, die vorliegend zu klären ist, ist jedoch allein die, ob Art. 24 BRK als *self-executing* – und damit als unmittelbar anwendbar – angesehen werden kann, was nur dann der Fall wäre, wenn die Norm nach Wortlaut, Zweck und Inhalt „geeignet und hinreichend bestimmt“ ist, um im konkreten Fall rechtliche Wirkungen entfalten zu können.<sup>85</sup>

Bei den Rechten des UN-Sozialpaktes wurden insoweit in der Vergangenheit Zweifel geäußert; es handele sich hier um Rechte mit bloß programmatischem Charakter. Angesichts des Umstandes, dass Art. 24 BRK sich implizit auf das Recht auf Bildung aus Art. 13 des UN-Sozialpaktes bezieht, könnte eine solche Wertung auch auf Art. 24 BRK durchschlagen. Wie *Riedel* und *Arend* aber überzeugend dargelegt haben, ist diese Auffassung zu den sozialen Rechten nach heutigem Stand in dieser Pauschalität nicht mehr haltbar: Die inzwischen herrschende Ansicht spricht zumindest den Kernbereichen der einzelnen Sozialpaktrechte einen subjektiv-rechtlichen bzw. unmittelbar justiziablen Gehalt zu.<sup>86</sup> Wirkmächtiges Sprachrohr dieser inzwischen herrschenden Ansicht ist insbesondere der Sozialpaktausschuss. Dieser hat bereits in seinem *General Comment No. 3* aus

81 Vgl. nur die Stellungnahmen der Staatenvertreter in der Sitzung des Ad-Hoc-Ausschusses vom 24.1.2006, die vom „principle of non-discrimination as a right to inclusive education“ ausgehen; <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>.

82 Dazu *Degener* (Anm. 2), S. 217; v. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 207.

83 V. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 209 m. w. N.

84 So BVerfGE 128, 282 (306), bezogen auf die BRK; allgemein dazu v. *Bernstorff* (Anm. 4), S. 209 f.

85 Siehe BVerfGE 29, 348 (360); BVerfG, Beschluss v. 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01 u. a., NJW 2007, S. 499 (501) m. w. N.; *Siehr, A.*, Teilhaberechte, in: *Bultmann, P./Grigoleit, K./Gusy, C. u. a. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht. Institute, Kontexte, System – Festschrift für Ulrich Battis*, 2014, S. 615 (627) m. w. N.

86 *Riedel* (Anm. 8), S. 8 f. m. w. N.; *Riedel/Arend* (Anm. 8), S. 1347 f.

dem Jahr 1990 deutlich gemacht, dass vor allem bei der Anwendung einzelner Paktrechte in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Paktes davon auszugehen sei, dass der Kerngehalt (*core content*) eines Rechts betroffen, es insoweit folglich auch unmittelbar anwendbar sei.<sup>87</sup>

Da oben bereits dargelegt wurde, dass Art. 24 BRK primär eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbots nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 BRK darstellt, muss somit prinzipiell auch von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 24 BRK ausgegangen werden. Denn in der Konsequenz der oben beschriebenen Regelungstechnik des *tailoring of existing rights* liegt es, dass alles, was im Blick auf menschenrechtliche Bestimmungen, auf die die BRK Bezug nimmt, völkerrechtlich bereits anerkannt wurde, in gleicher Weise für die entsprechenden – eben nur auf die Situation von Menschen mit Behinderungen zugeschnittenen – Rechte aus der BRK gilt. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Diskriminierungsvorschriften des Übereinkommens hat die Bundesregierung im Übrigen in ihrer Denkschrift, die dem Entwurf des Ratifikationsgesetzes beigelegt war, ausdrücklich akzeptiert;<sup>88</sup> sie wurde nunmehr auch vom Bundessozialgericht in einer Entscheidung zum Gesundheitsrecht bestätigt.<sup>89</sup> Dies muss entsprechend der Systematik der Konvention auch für solche Rechte der Konvention gelten, die sich, wie Art. 24 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 BRK, als (hinreichend bestimmte) Konkretisierungen des Diskriminierungsverbots darstellen.<sup>90</sup>

### 5.1.2 Kurze Anmerkung zur Umsetzung des Art. 24 BRK in den Ländern

Ob sich allerdings ein konkreter Rechtsstreit auf der Grundlage des Art. 24 BRK entscheiden lässt, hängt auch von der im jeweiligen Fall zu entscheidenden Frage ab, denn nicht für alle Fallgestaltungen werden sich dieser Norm hinreichend konkrete Vorgaben entnehmen lassen.<sup>91</sup> Auch wenn die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 24 BRK also grundsätzlich zu bejahen ist, kann diese Norm erst dann ihre volle Wirkung entfalten, wenn sie in den Schulgesetzen der Länder in angemessener Weise umgesetzt wird. Obwohl eine ganze Reihe von Schulgesetzen heute zumindest formal einen Vorrang der integrativen bzw. inklusiven Beschulung an der Regelschule vorsehen<sup>92</sup> und/oder die Wahl der Schulform den Eltern überlassen<sup>93</sup>, sind sowohl die rechtlichen Vorgaben in den Schulgesetzen als auch die Umsetzungspraktiken in den Ländern sehr unterschiedlich.<sup>94</sup> Zudem enthalten fast alle schulrechtlichen Regelungen Ressourcenvorbe-

87 UN-Sozialpaktausschuss, General Comment Nr. 3. v. 14.12.1990, UN-Dok. E/1991/23, Ziff. 5. Für weitere Einzelheiten s. Riedel/Arend, a. a. O. Zur unmittelbaren Wirkung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote auch *Degener* (Anm. 2), S. 217 m. w. N.

88 BT-Drucks. 16/10808, S. 45, 48.

89 BSGE 110, 194 (202).

90 Vgl. Riedel/Arend (Anm. 8), S. 1348 f.; v. Bernstorff (Anm. 4), S. 214 f.; Welti (Anm. 75), S. 2.

91 Vor allem v. Bernstorff (Anm. 4), S. 212, betont, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Menschenrechtsnorm nicht abstrakt bestimmt werden könne, sondern sich aus dem Verhältnis zwischen konkreter Formulierung des relevanten menschenrechtlichen Normbestandteils und dem jeweiligen Lebenssachverhalt ergebe.

92 So Art. 41 Abs. 5 BayEUG; § 36 Abs. 2 S. 3 SchulG Bln; § 3 Abs. 4 BbgSchulG; § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 5 BremSchulG; § 12 Abs. 1 HessSchG; § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 NiederschG; § 5 Abs. 2 SchulG SH; § 1 Abs. 2 ThürFG. § 2 Abs. 5 des zum 1.8.2014 in Kraft getretenen neuen SchulG NRW (GV. NRW 2013, 613) spricht explizit von „inklusive[r] Bildung“.

93 Art. 41 Abs. 1 S. 3 BayEUG; § 36 Abs. 4 SchulG Bln; § 30 Abs. 2 BbgSchulG; § 70a Abs. 2 BremSchulG; § 54 Abs. 1 S. 2 HessSchG; § 34 Abs. 5 S. 1 SchulG M-V; § 4 Abs. 1 i. V. m. § 59 Abs. 1 S. 1 NiederschG; § 20 Abs. 2 S. 2 SchulG NRW n.F. (seit 1.8.2014); § 6 Integrations-VO Saar; § 1 Abs. 3a SchulG S-A.

94 Bislang hat nur Hamburg explizit einen Rechtsanspruch von Kindern/Jugendlichen mit Behinderungen auf Unterricht an einer Regelschule statuiert, s. § 12 Abs. 1 HmbSG; dazu eingehend Pörksen, A., Exklusion/Integration/Inklusion. Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihre Umsetzung in Hamburg, in: Institut f. Bildungsforschung u. Bildungsrecht e.V. (Hg.), *Selektion und Gerechtigkeit in der Schule*, Baden-Baden 2012, S. 21 (25 f.).

halte, die dem Wunsch von Kindern mit Behinderung auf Besuch einer Regelschule nahezu einschränkunglos entgegengehalten werden können, wenn die Schule nicht bereits über eine entsprechende personelle und sachliche Ausstattung verfügt oder hierfür schon entsprechende finanzielle Mittel bereitgestellt worden sind.<sup>95</sup> Auf die Frage, ob dies mit der BRK vereinbar ist oder man sich insoweit sogar auf den damit in engem Zusammenhang stehenden Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK berufen kann, wird (unter 5.3) noch zurückzukommen sein, da dies den Anspruch aus Art. 24 BRK ebenso betrifft wie den im Folgenden (unter 5.2) zu untersuchenden Anspruch aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

Zur Umsetzung des Art. 24 BRK gehören auch die schulrechtlichen Regelungen zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs. Doch auch diese sind sehr heterogen und – wie die offiziellen Statistiken der Kultusministerkonferenz zeigen<sup>96</sup> – letztlich auch nicht ausreichend, um in der Praxis den Vorrang der Regel- gegenüber der Sonderbeschulung in ausreichendem Maße durchzusetzen. Die Pflicht zur Erstellung eines individuellen Förderplans mit dem Ziel der inklusiven Beschulung ist bisher nur in wenigen Bundesländern rechtlich verankert.<sup>97</sup> Auf die Darstellung weiterer Einzelheiten muss an dieser Stelle verzichtet werden.<sup>98</sup> Doch bleibt anzumerken, dass es sich als nachteilig erweist, dass es bis heute an einem umfassenden, auch an qualitativen Standards orientierten Monitoring fehlt, um die Implementation des Art. 24 BRK in den Ländern genauer zu erfassen, zu bewerten und auch vergleichbar zu machen.

## 5.2 Sonder- bzw. Förderschulzuweisung als Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot?

Der im Zuge der Verfassungsreform 1994 in Art. 3 Abs. 3 GG eingefügte Satz 2 bestimmt, dass niemand „wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ darf. Ob die Zuweisung an eine Sonder- oder Förderschule aufgrund der Behinderung des Schulkinds als eine Benachteiligung im Sinne dieses Grundrechts anzusehen ist, wurde von Anfang an kontrovers diskutiert. Nachdem sich zunächst im juristischen Schrifttum die Ansicht durchzusetzen schien, die den diskriminierenden Charakter der Sonderschulzuweisung bejahte,<sup>99</sup> wurde dies durch einen folgenreichen Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Oktober 1997 weitgehend verneint.<sup>100</sup> Mit seiner Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht maßgeblich dazu beigetragen, das Sonderschulwesen in der Bundesrepublik in seinem Bestand zu festigen. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, ist mit der innerstaatlichen Geltung der BRK, die auch bei Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu berücksichtigen ist, nicht nur eine andere Rechtslage entstanden, sondern

95 Vorbehalt bereits vorhandener räumlicher Ausstattung sowie sachlicher und personeller Mittel: Art. 41 Abs. 5 BayEUG; § 37 Abs. 3 S. 1 SchulG Bln; § 34 Abs. 5 S. 2, 1. Alt. SchulG M-V; § 23 Abs. 4 S. 2 NiederschG; § 4 Abs. 1 S. 2 SchoG Saar; § 4 Abs. 1 SchlVO Sa; § 5 Abs. 2 SchulG SH; § 1 Abs. 2 S. 2 ThürFG. Vorbehalt nach Maßgabe vorhandener Finanzierungsmöglichkeiten oder Haushaltsmittel: § 29 Abs. 2 BbgSchulG; § 49 Abs. 2 HessSchG; § 3 Abs. 5 S. 1 SchulG R-P; § 1 Abs. 3a SchulG S-A.

96 Siehe dazu oben unter 2.2.

97 Siehe § 12 Abs. 4 HmbSchG; § 10 UPädVO Bremen; vgl. auch § 49 Abs. 2 S. 2, § 51 Abs. 1 S. 2, § 54 Abs. 3 HessSchG.

98 Dazu ausführlich *van den Hövel* in diesem Heft.

99 Vgl. nur *Sachs, M.*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2, RdJB 1996, S. 154 (168); *Jürgens, A./Jürgens, G.*, Sonderschulzuweisung als verbotene Benachteiligung Behinderter, NJW 1997, S. 1052 f.; *Jürgens, A.*, Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz DVBl. 1997, S. 410 (411); a.A. etwa *Engelken, K.*, Vom Umgang mit Benachteiligungen DVBl. 1997, S. 762 f.; *Dirnaichner, U.*, Bayerisches Schulrecht – Keine Benachteiligung Behinderter, BayVBl. 1997, S. 545 (549 f.).

100 BVerfGE 96, 288.

es haben sich zwischenzeitlich aufgrund der Erkenntnisse der Bildungsforschung auch die rechtstatsächlichen Prämissen, die dem Beschluss zugrunde lagen, als unzutreffend erwiesen.

### 5.2.1 *Der Sonderschulbeschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1997*

In seinem Beschluss von 1997 stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst fest, dass es sich bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht um ein absolutes Differenzierungsverbot handele und begründet dies damit, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber bewusst davon abgesehen habe, das Merkmal ‚Behinderung‘ in den Katalog der Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufzunehmen.<sup>101</sup> Dies ist mit Blick auf die Entstehungsgeschichte wenig überzeugend. Vielmehr ging es bei der Verfassungsreform ersichtlich darum, das Merkmal ‚Behinderung‘ vom Bevorzugungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG – etwa mit Blick auf positive Maßnahmen der Rehabilitation und Eingliederung – auszunehmen, nicht aber das Diskriminierungsverbot abzuschwächen.<sup>102</sup> Das Bundesverfassungsgericht folgert hingegen aus dem „besonderen Merkmal der Behinderung“, welches es – im Einklang mit dem damaligen Schwerbehindertenrecht – primär medizinisch-defektorientiert interpretiert, dass von einer Benachteiligung nur gesprochen werden könne, wenn eine behinderungsbezogene Ungleichbehandlung einen Nachteil für den Behinderten bewirke. Von einem Nachteil sei auszugehen, wenn ein „Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt [...] nicht durch auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme kompensiert wird.“<sup>103</sup> Wann ein Ausschluss durch Fördermaßnahmen so weit kompensiert ist, dass er nicht mehr nachteilig wirkt, lässt sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht generell und abstrakt festlegen; dies müsse vielmehr auf der Grundlage von „Wertungen, wissenschaftlichen Erkenntnissen und prognostischen Einschätzungen“ im Einzelfall bestimmt werden.<sup>104</sup> So habe der Staat für behinderte Kinder und Jugendliche „schulische Einrichtungen bereitzuhalten, die ihnen eine sachgerechte schulische Erziehung, Bildung und Ausbildung ermöglichen“.<sup>105</sup>

Zwar erkennt das Gericht bereits in seinem damaligen Beschluss an, dass eine inklusive Beschulung von der pädagogischen Wissenschaft wie von maßgeblichen Gremien „überwiegend positiv beurteilt und als verstärkt realisierungswürdige Alternative zur Erziehung und Unterrichtung in Sonder- und Förderschulen befürwortet“ werde.<sup>106</sup> Es sieht sogar, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt wird, wenn „die Sonderschulüberweisung erfolgt, obgleich der Besuch der allgemeinen Schule durch einen vertretbaren Einsatz von sonderpädagogischer Förderung ermöglicht werden könnte.“<sup>107</sup> Es rückt die mögliche sonderpädagogische Förderung allerdings in eine rein leistungsrechtliche Perspektive und stellt sie damit unter einen generellen Ressourcenvorbehalt: Ein verfassungsrechtliches Recht auf Unterrichtung an der Regelschule soll danach nur dann ausnahmsweise bestehen, wenn die benötigte personelle und sachliche Ausstattung dort bereits zur Verfügung stehe und weder organisatorische Schwierigkeiten auftreten noch schutzwürdige Belange Dritter berührt werden. – Mit anderen Worten: Ein justitiables Recht wird nur in jenem seltenen Ausnahmefall bejaht, in dem der Schüler es am wenigsten benötigt, da alles bereits in seinem Sinne ge-

101 BVerfGE 96, 288 (302).

102 Siehe BT-Drucks. 12/6323, S. 12.

103 BVerfGE 96, 288 (303).

104 BVerfGE 96, 288 (303).

105 BVerfGE 96, 288 (304).

106 BVerfGE 96, 288 (304 f.).

107 BVerfGE 96, 288 (307); dazu *Degener* (Anm. 2), S. 217 f.

regelt ist. Zugleich sanktioniert das Gericht den Fortbestand der Sonderschule „als eigenständige Schulform im gegliederten Schulwesen“, die „zu Recht nicht in Frage gestellt“ werde.<sup>108</sup>

Spätestens hier wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht 1997 noch von anderen tatsächlichen Prämissen und rechtlichen Wertungen ausging, als sie heute der BRK zugrunde liegen: Es verkennt einerseits die nachteiligen Effekte der segregierten Beschulung,<sup>109</sup> gelangt andererseits zu anderen Ergebnissen als dies heute unter Geltung der BRK der Fall wäre. Denn, wie oben gezeigt wurde, stellen die Zuweisung an eine Förderschule ebenso wie das Unterlassen „angemessene[r] Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen“ (Art. 24 Abs. 2 lit. c BRK) nach der BRK grundsätzlich eine Diskriminierung dar; zugleich ist die leistungsrechtliche Perspektive vor dem Hintergrund des prinzipiellen Differenzierungsverbots der teilhaberechtlichen Perspektive gewichen. Das Ergebnis, zu dem der Erste Senat seinerzeit gelangt ist, erscheint, wie *Degener* zusammenfasst, aus heutiger Sicht „paradox: Gerade die Sondereinrichtungen, die wesentlich zur Isolation und Aussonderung behinderter Menschen beitragen, werden als Kompensationsmaßnahmen zur Vermeidung einer Benachteiligung gewertet.“<sup>110</sup>

### 5.2.2 Förderschulzuweisung als Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Wie der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug vom März 2011 festgestellt hat, sind Inhalt und Reichweite der Grundrechte nunmehr unter Berücksichtigung der BRK zu bestimmen.<sup>111</sup> Dies muss auch für die Frage gelten, ob die Zuweisung an eine Sonder- bzw. Förderschule grundsätzlich eine Benachteiligung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darstellt.

Schließt man sich der im Schrifttum stark vertretenen Meinung an, wonach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Gleichklang mit den anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 als absolutes Differenzierungsverbot zu verstehen ist, so ergibt sich die in einer Förderschulzuweisung liegende Ungleichbehandlung bereits daraus, dass das betroffene Kind unmittelbar und ausdrücklich ‚wegen‘ seiner Behinderung an eine Förder- anstelle der Regelschule überwiesen wird.<sup>112</sup> Und für diese Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 spricht nicht nur die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers,<sup>113</sup> sondern heute auch der Umstand, dass die Verfassungsnorm im Lichte der BRK auszulegen ist. Die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Sonderschulbeschluss angestellte Überlegung, dass die Nachteile einer gesonderten Beschulung durch die Vorteile der dort vorhandenen sonderpädagogischen Förderung kompensiert werden könnten, lassen sich unter der Geltung des Vorrangs der inklusiven Beschulung nach Art. 24 Abs. 1, Abs. 2 BRK nicht mehr aufrechterhalten,<sup>114</sup> denn diese

108 BVerfGE 96, 288 (305).

109 Dazu ausführlich oben unter 2.2; vgl. auch *Reichenbach, P.*, Der Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule, Berlin 2001, S. 175 ff.

110 *Degener* (Anm. 53), S. 428.

111 BVerfGE 128, 282 (306); vgl. auch BSGE 110, 194 (202 f.): Das Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 BRK entspreche jedenfalls für die Leistungsbestimmung in der GKV „im Wesentlichen dem Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG“.

112 So *Heun, W.* in: Dreier, H. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 138; *Osterloh, L.* in: Sachs, M. (Hg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 312; *Brosius-Gersdorf, F.*, in: Dreier, H. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 65; *Lehnert, J.*, Die Anwendung des Benachteiligungsverbots auf das Schulrecht der Länder unter besonderer Berücksichtigung eines Anspruchs Behinderter auf Regelbeschulung, Frankfurt am Main 2000, S. 121 ff.; siehe auch die Nachweise oben in Anm. 99.

113 Siehe BT-Drucks. 12/6323; dazu schon oben unter 5.2.1.

114 Siehe oben unter 2.2.

Förderung kann eben auch an den Regelschulen geleistet werden, während umgekehrt eine separate Beschulung schon aufgrund ihrer ausgrenzenden Wirkung eine Benachteiligung darstellt.<sup>115</sup>

### 5.2.3 Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Im Einklang mit dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte<sup>116</sup> des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fordert die herrschende Meinung im Schrifttum analog zu den speziellen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG für die Rechtfertigung eines Nachteils ‚zwingende Gründe‘, die in der mit der Behinderung verbundenen Funktionsbeeinträchtigung selbst liegen müssen.<sup>117</sup> Anders als das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 1997 angenommen hat, kann solch ein zwingender Grund mit Blick auf eine gesonderte Beschulung jedoch nicht (mehr) in der Notwendigkeit sonderpädagogischer Förderung gesehen werden.<sup>118</sup> Das bedeutet, dass ein (partieller) Ausschluss eines behinderten Kindes aus dem Regelschulsystem und die Überweisung an eine spezielle Einrichtung nur noch in Ausnahmefällen aufgrund eines zwingenden Grundes gerechtfertigt werden kann. Für solche Ausnahmefälle treffen den Schulträger Begründungslasten. Es muss deutlich werden, dass alle pädagogisch sinnvollen und vertretbaren Möglichkeiten einer gemeinsamen Beschulung in Betracht gezogen worden sind.<sup>119</sup>

Auch die Rechte der nicht-behinderten Schüler auf freie Entfaltung im Unterricht aus Art. 2 Abs. 1 GG<sup>120</sup> können nur in Ausnahmekonstellationen als kollidierende Verfassungsrechtspositionen<sup>121</sup> eine Förderschulzuweisung rechtfertigen. Vielmehr geht die BRK in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Bildungsforschung davon aus, dass ein gemeinsames Lernen von Kindern mit und ohne Behinderungen die nicht-behinderten Kinder nicht in ihrem Lernfortschritt beeinträchtigen muss, sondern prinzipiell für beide Seiten förderlich ist – für die nicht-behinderten Kinder auch im Sinne des Kontakts und selbstverständlichen Umgangs mit Menschen, die eine Beeinträchtigung haben. Die Wertschätzung von Heterogenität wird als ein Gewinn für alle angesehen.<sup>122</sup> Allerdings setzt dies voraus, dass der Staat seinen Pflichten nachkommt und in angemessenem Umfang die in personeller und sachlicher Hinsicht erforderlichen Ressourcen bereitstellt. Sofern dies – wie in der Praxis gelegentlich moniert wird – nicht oder nicht in ausreichendem Maße geschieht, kann es natürlich zu einer Überforderung von Lehrkräften und Schülern kommen, was im Ergebnis zu qualitativ unbefriedigendem inklusivem Unterricht führen kann. In diesen Fällen ist allerdings der Staat an seine Pflichten zu erinnern; es wäre fatal, wenn stattdessen unter Missachtung der BRK die Rechte der Schülerinnen und Schüler mit Förderbedarf eingeschränkt wür-

115 Sehr kritisch auch *Degener* (Anm. 53), S. 432: „Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Sonderschul-Entscheidung die vor über 100 Jahren entwickelte US-amerikanische »separat but equal«-Doktrin ins deutsche Behindertenrecht übernommen und damit den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz für Behinderte faktisch entwertet.“

116 Vgl. BT-Drucks. 12/6323, S. 12.

117 *Osterloh* (Anm. 112), Rn. 314; *Boysen, S.*, in: v. Münch, I./Kunig, P. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 200; *Davy, U.*, Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. 49, Wiesbaden 2002, S. 29.

118 Hierzu ausführlich oben unter 2.1 und 4.2.

119 Dazu eingehend *Riedel* (Anm. 8), S. 25 f.

120 BVerfGE 45, 400 (417); 59, 360 (382); grundlegend *Stein, E.*, Recht des Kinds auf Selbstentfaltung in der Schule, Neuwied 1967.

121 St. Rspr., vgl. BVerfGE 84, 212 (228); 93, 1 (21); 108, 282 (297); *Dreier, H.*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 139 ff.

122 Dazu eingehend *Bielefeldt* (Anm. 70).

den. Auf die Frage, inwieweit dies durch einen Ressourcenvorbehalt begrenzt werden kann, wird unten (5.3) noch einmal zurückzukommen sein.

Im Einzelfall kann es auch trotz ausreichender Ausstattung der Regelschule zu einer Beeinträchtigung des Unterrichtsgeschehens durch die Aufnahme eines behinderten Kindes kommen, etwa wenn dieses durch wiederkehrende unkontrollierbare Aggressionen oder ständiges Schreien die gesamte Aufmerksamkeit des Lehrpersonals auf sich zieht.<sup>123</sup> Aber auch hier ist zunächst zu prüfen, ob ein solches Problem nicht im Rahmen des Regelschulverhältnisses – zum Beispiel durch eine interventionsbezogene, zeitweilige gesonderte Betreuung – gelöst werden kann.<sup>124</sup> Nur wenn eine unzumutbare Beeinträchtigung der anderen Schüler vorliegt, können deren kollidierende Rechtspositionen eine gesonderte Beschulung dieses Kindes rechtfertigen.

Prinzipiell könnte sich eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG auch aus Art. 7 Abs. 1 GG als kollidierender Verfassungsnorm ergeben. Danach steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates, d. h. diesem steht eine umfassende Gestaltungsbefugnis zu, die sich jedenfalls auf die Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens erstreckt.<sup>125</sup> Hieraus ergeben sich die Pflicht und das Recht des Staates, die Voraussetzungen für den Zugang zu den jeweiligen Schulformen sowie den Übergang zu den einzelnen Bildungswegen in eigener Verantwortung festzulegen.<sup>126</sup> Erfasst werden also grundsätzlich auch die Gestaltungsentscheidungen bezüglich der Organisation und Ausgestaltung der angemessenen sonderpädagogischen Förderung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung sowie der dafür eingesetzten Ressourcen.<sup>127</sup> Allerdings ist schon im Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes davon auszugehen, dass sich mit der Ratifikation der BRK die Vorstellung verbunden hat, dass von dieser durch Art. 7 Abs. 1 GG gegebenen Gestaltungsmacht künftig in dem durch die BRK vorgezeichneten Rahmen Gebrauch gemacht werden soll.

#### 5.2.4 Verhältnismäßigkeit, insbesondere Grundrechtsschutz durch Verfahren

Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung kommt im Übrigen im Rahmen der Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG nur insoweit in Betracht, als dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.<sup>128</sup> Somit ist zunächst danach zu fragen, ob die Separation eines Schülers im Vergleich zur inklusiven Förderung überhaupt geeignet ist, die Fördersituation für den Schüler zu verbessern.<sup>129</sup> Sodann ist zu prüfen, ob ein mildereres, aber ebenso effektives Mittel in Betracht kommt, ob die benötigte Förderung also nicht mit vertretbarem Aufwand auch im Rahmen der Regelbeschulung geleistet werden könnte. Dies setzt aber voraus, dass – nicht anders als im US-amerikanischen Bildungssystem – der sonderpädagogische Förderbedarf des Kindes zunächst genau ermittelt wird, d. h. dass ein individueller Förderplan für das Kind erstellt wird, der

123 Vgl. auch *Poscher/Rux/Langer* (Anm. 15), S. 36. Siehe dazu auch *Riedel* (Anm. 8), S. 26 f.

124 Schließlich sind Kinder in Fördereinrichtungen nicht etwa Schüler ‚zweiter Klasse‘: Würde das Kind an der Förderschule die anderen Kinder ebenso durch ständiges Schreien stören, so wäre die gesonderte Beschulung somit keine vorzugswürdige Alternative; so zu Recht *Riedel* (Anm. 8), S. 25 f.

125 BVerfGE 34, 165 (182); 47, 46 (80); 59, 360 (377); ausführlich *Brosius-Gersdorf* (Anm. 112), Rn. 44.

126 Grdl. BVerfGE 34, 165 (182) – Förderstufe.

127 Vgl. auch *Reichenbach* (Anm. 109), S. 259 ff.

128 Vgl. nur *Jarass, H. D.*, in: *Jarass, H. D./Pieroth, B.*, Grundgesetz-Kommentar, 12. Aufl. 2012, Vorb. vor Art. 1 Rn. 52 m. w. N.

129 In dem oben skizzierten Sonderfall eines ‚nachhaltig störenden Kindes‘ ginge es hingegen auch um die Rechte von Mitschülern; diese Konstellation wäre dann im Sinne praktischer Konkordanz zu lösen.

am Ziel einer inklusiven Beschulung ausgerichtet ist. Infolgedessen rückt nun die verfahrens- und organisationsrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes in den Vordergrund.<sup>130</sup> Hieraus lassen sich unter Berücksichtigung der Vorgaben der BRK als Auslegungshilfe<sup>131</sup> verfassungsrechtliche Anforderungen für das landesrechtlich geregelte<sup>132</sup> Verfahren zur Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs und die Entscheidung über den Förderort herleiten.<sup>133</sup> Diese sollen im Folgenden kurz skizziert werden:

(1) Der individuelle sonderpädagogische Förderbedarf des Kindes muss im Rahmen eines validen diagnostischen Verfahrens ermittelt werden, um auf dieser Grundlage den Unterstützungsbedarf nach Art. 24 Abs. 2 lit. c bis e BRK bestimmen zu können.

(2) Das Verfahren muss im Gesetz klar am Ziel einer möglichst inklusiven Beschulung an der Regelschule ausgerichtet sein. Die Notwendigkeit der hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung ergibt sich dabei aus dem Wesentlichkeitsprinzip, da unmittelbar Grundrechtspositionen – Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – berührt sind.<sup>134</sup> Demgegenüber genügt es, wie gezeigt wurde, nicht, die separate Beschulung als gleichwertige Alternative gegenüber der inklusiven Beschulung zuzulassen oder die Wahl der Beschulungsform ohne Vorrang der Regelbeschulung den Eltern zu überantworten.<sup>135</sup> Denn das Kindeswohl spricht in der Regel für eine inklusive Beschulung. Daher kann Art. 6 Abs. 2 GG als ‚fremdnütziges Grundrecht‘ den Sorgeberechtigten kein Recht auf eine separierte Beschulung ihrer Kinder einräumen,<sup>136</sup> sondern lediglich ein Mitspracherecht, das darauf zielt zu ermitteln, ob das Kindeswohl im Einzelfall ausnahmsweise etwas anderes gebietet.

(3) Auf der Grundlage des festgestellten Unterstützungsbedarfs ist zu prüfen, wie die notwendige Förderung im Rahmen der inklusiven Regelbeschulung umgesetzt werden kann. Das Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass dem Recht des Kindes auf inklusiven Unterricht möglichst weitgehend entsprochen wird, wobei neben der Einrichtung von Inklusionsklassen in einer in zumutbarer Entfernung erreichbaren Regelschule auch an Maßnahmen der Einzelintegration zu

130 Vgl. nur BVerfGE 35, 79 (120 ff.); 53, 30 (59 f., 69 ff.); 57, 295 (320); 83, 130 (147 ff.); 84, 34 (45 f.); 84, 59 (72 f.); weitere Nachweise bei Dreier (Anm. 121), Rn. 105 ff.

131 BVerfGE 128, 282 (306).

132 Siehe Art. 41 BayEUG; §§ 24, 28 BayVSO; § 36 Abs. 3 SchulG Bln; §§ 31 ff. SopädVO Bln; § 50 Abs. 2 BbgSchulG, §§ 4 f. BbgSopV; § 35 Abs. 3 BremSchulG, §§ 12 ff. UPädVO Bremen; § 12 Abs. 3, 4 HmbSG, §§ 12 ff. AO-SF HBG; § 54 Abs. 2–7 HessSchG, § 9 VOSB Hessen; § 34 Abs. 2, 4 SchulG M-V, §§ 5 ff. FöSoVO M-V; § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NSchG, §§ 2 ff. VO FestSopädUnt Nds; § 19 Abs. 5–8 SchulG NRW n.F. (seit 1.8.2014); §§ 11 f. SoSchO R-P; § 4 Abs. 2 SchoG Saar, § 6 Abs. 1, 2 SchulpflichtG Saar; § 13 SOFS Sachsen, §§ 2 ff. SchlVO Sachsen; § 39 Abs. 2 SchulG S-A, §§ 3 ff. SPädFördVO ST 2013 S-A; § 5 ThürSoFöO.

133 Vgl. auch Osterloh (Anm. 112), Rn. 317.

134 Vgl. speziell zum Gesetzesvorbehalt im Schulbereich: BVerfGE 34, 165 (192 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 ff.); 108, 282 (307 ff.); st. Rspr.

135 Ein Wahlrecht der Eltern bezüglich der Bildungsinstitution wurde in den Verhandlungen zur BRK ausführlich diskutiert und schließlich verworfen; siehe *Faber/Roth* (Anm. 13), S. 1195; *Degener* (Anm. 2), S. 214 f. Diese Entscheidung der BRK für das Ziel eines „vollständig“ inklusiven Bildungssystems (Art. 24 Abs. 2 lit. e BRK: „goal of full inclusion“) wird auch durch bildungssoziologische Erkenntnisse untermauert. Danach sind es in der Regel die Eltern aus bildungsnahen Schichten, die für ihre Kinder günstige Bildungsentscheidungen treffen (vgl. *Helbig, M./Gresch, C., Soziale Spaltung am Ende der Grundschule, WZBrief Bildung 26, Berlin 2013*). Sozial schwächere und weniger gebildete Eltern sind hingegen eher bereit, ihre Kinder auf eine Förderschule zu schicken. Im Blick auf Kinder mit Behinderung im Bereich Lernen, emotionale/soziale Entwicklung und Sprache, die oft aus einem sozial benachteiligten (Familien-)Umfeld kommen, würde dies jedoch dem *telos* des Art. 24 BRK zuwider laufen: a. A. *Faber/Roth* (Anm. 13), S. 1197 f.

136 So auch *Brosius-Gersdorf* (Anm. 112), Rn. 66: „Ein Wunsch der Eltern nach Sonderbeschulung dient in der Regel nicht dem Kindeswohl, so dass sich die Eltern auf Art. 6 Abs. 2 GG nicht berufen können“.

denken ist.<sup>137</sup> Dies ergibt sich notwendig aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, wonach eine segregierte Beschulung erst dann und nur insoweit in Betracht gezogen werden kann, als alle vertretbaren Möglichkeiten der inklusiven Beschulung unter Bereitstellung der notwendigen sonderpädagogischen Förderung durch „angemessene Vorkehrungen“ in der Regelschule ausgeschöpft sind. In diesem Rahmen ist auch sicherzustellen, dass das Schulkind den erforderlichen Nachteilsausgleich im Rahmen der Erhebung und Bewertung von Schulleistungen erhält.<sup>138</sup>

(4) Die Eltern des betroffenen Kindes haben in allen Verfahrensschritten nach Art. 6 Abs. 2 GG ein Recht auf Information und Anhörung.<sup>139</sup>

### 5.3 Geltung des Progressions- bzw. Ressourcenvorbehalts?

Sowohl im Blick auf die positive Formulierung eines Anspruchs auf Teilhabe am inklusiven Schulsystem aus Art. 24 BRK als auch bezogen auf die Frage, ob eine Zuweisung an eine Förderschule eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (i. V. m. Art. 24 BRK) darstellt, die der Schulträger abstellen muss, steht die Frage nach den (finanziellen) Grenzen eines solchen Anspruchs im Raum. Bezogen auf Art. 24 BRK konkretisiert sie sich dahingehend, ob der Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK Anwendung findet, mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG geht es hingegen ganz allgemein um die Geltendmachung eines Ressourcenvorbehalts (auf den natürlich auch der völkerrechtliche Progressionsvorbehalt inzident verweist).

Nach der heutigen Rechtslage kann der sowohl völker- als auch verfassungsrechtlich begründete Anspruch auf inklusive Beschulung an der Regelschule, anders als das Bundesverfassungsgericht 1997 in seinem Sonderschulbeschluss noch annahm, nicht (mehr) durch den allgemeinen Vorbehalt begrenzt werden, dass die notwendigen personellen und sachlichen Mittel bereits vorab vorhanden sein müssten.<sup>140</sup> Denn die Bundesrepublik hat sich mit der Ratifikation der BRK dazu verpflichtet, ein inklusives Bildungssystem zu gewährleisten sowie bestehende Diskriminierungen zu beseitigen. Sie kann sich insoweit insbesondere auch nicht auf den Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK berufen, der hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte bestimmt, dass jeder Vertragsstaat sich (lediglich) verpflichtet, „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen [...]“. Dies ergibt sich aus der in Art. 4 Abs. 2 letzter Halbsatz BRK enthaltenen Schranken-Schranke des Progressionsvorbehalts: „unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“. Und „sofort anwendbar“ sind vor allem das als Kernstück der BRK geltende Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 BRK und seine Konkretisierung in Art. 24 BRK, da völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten generell eine individualschützende und unmittelbare Wirkung zugeschrieben wird.<sup>141</sup> Dafür spricht aber auch die Formulierung in Art. 5 Abs. 2 BRK, wonach die Vertragsstaaten „jede Diskriminierung aufgrund von

137 Als eine der wenigen positiven Beispiele in den Landesschulgesetzen sei die Vorschrift § 12 Abs. 4 HmbSG genannt, die die Erstellung eines individuellen Förderplans ausdrücklich verlangt; vgl. auch § 10 UPädVO Bremen.

138 Hierzu *Poscher/Rux/Langer* (Anm. 15), S. 62 ff.; eingehend *Langenfeld, C.*, Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen, RdJB 2007, S. 211 ff.

139 Vgl. BVerfGE 47, 46 (76); 59, 360 (381 f.); vgl. *Brosius-Gersdorf* (Anm. 112), Rn. 63.

140 So auch *Brosius-Gersdorf* (Anm. 112), Rn. 65 f. Zum Sonderschulbeschluss (BVerfGE 96, 288) eingehend oben unter 5.2.1.

141 Siehe *Degener* (Anm. 2), S. 217 m. w. N. Siehe dazu auch schon oben unter 5.1.1.

Behinderung“ zu „verbieten“ haben, ihnen insoweit also nicht etwa nur ‚Bemühenspflichten‘ auferlegt werden, sondern eine vom Vertragsstaat unmittelbar umzusetzende Pflicht statuiert wird. In diesem Zusammenhang gewinnt somit die obige Feststellung an Bedeutung, dass das Recht auf inklusive Beschulung zwar auch ein soziales Recht ist, in erster Linie jedoch als Konkretisierung des Diskriminierungsverbots gelten muss:<sup>142</sup> Wäre es lediglich ein soziales Recht, so würde der Progressionsvorbehalt greifen, vorliegend tritt der Charakter als soziales Recht jedoch hinter den sofort umzusetzenden Schutz vor Diskriminierungen zurück.

Die sich daraus ergebenden Pflichten zur Bereitstellung der erforderlichen Mittel treffen das schulaufsichtsführende Land, das für Personalkosten eintreten muss, ebenso wie die kommunalen Schulträger, die insbesondere für die sachliche Ausstattung und die notwendigen schulorganisatorischen Maßnahmen zuständig sind.<sup>143</sup> Unterstützend sind die sozial- und rehabilitationsrechtlichen Leistungsträger in der Verantwortung, nach Maßgabe von SGB VIII und XII die notwendigen und angemessenen Eingliederungshilfeleistungen wie Integrations- und Schulhelfer zu gewähren.<sup>144</sup> Damit sind komplexe rechtliche Zuständigkeitsfragen verbunden, die im Rahmen dieses Beitrags nicht näher behandelt werden können.<sup>145</sup>

Aus dem Umstand, dass auch ein Unterlassen „angemessener Vorkehrungen“ als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gilt,<sup>146</sup> folgt jedenfalls auch, dass die notwendigen Transformationskosten, die mit der Umstellung des segregierten auf ein inklusives Schulsystem verbunden sind (wie etwa Fortbildung der Lehrkräfte, schulorganisatorische und bauliche Maßnahmen), nicht generell gegen den Anspruch des einzelnen Kindes auf inklusive Beschulung ins Feld geführt werden können. Der Finanzierungs- und Ressourcenvorbehalt greift somit erst dann, wenn die notwendigen Aufwendungen für das Land bzw. den Schulträger – auch unter Berücksichtigung des Ziels der Inklusion – eine unverhältnismäßige oder unbillige finanzielle Belastung (*undue burden*) im Sinne des Art. 2 BRK darstellen. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass die bislang an den Förderschulen bereit gestellten Mittel im Sinne des Ausbaus eines inklusiven Schulsystems umzuschichten sind, andererseits in der Übergangsphase aufgrund der Umstellung vorübergehend auch die erwähnten zusätzlichen Transformationskosten anfallen können, die aber mittel- und langfristig wieder entfallen.<sup>147</sup> Eine Grenze für den individuellen Anspruch auf inklusive Beschulung ergibt sich demnach erst dort, wo durch eine inklusive Förderung im Vergleich mit der Zuweisung zu einer Förderschule auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte ungleich höhere Kosten für die öffentliche Hand entstehen würden. Denn bei Überschreiten dieser Grenze würde das Recht des Kindes auf diskriminierungsfreie Teilhabe am allgemeinen Schulsystem rechtsdogmatisch in einen Leistungsanspruch umschlagen.<sup>148</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche unverhältnismäßige Belastung liegt allerdings beim Schulträger.<sup>149</sup>

142 Siehe oben unter 4.2.

143 Ausführlich zur kommunalen Schulträgerschaft *Avenarius, H./Füssel, H.-P.*, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 197 ff.

144 Siehe die Nachweise oben unter 2.1, Fn. 23.

145 Zu den kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung siehe *van den Hövel* in diesem Heft.

146 Siehe dazu oben unter 4.2, s. a. Anm. 83.

147 Gutachten zu dieser Frage kommen zu dem Ergebnis, dass das inklusive Schulsystem auf Dauer sogar kostengünstiger, zumindest aber kostenneutral sei; siehe etwa European Agency for Development in Special Needs Education (Hg.), Finanzierung der sonderpädagogischen Förderung, Middelfard/Dänemark 1999; *Klemm, K.*, Zusätzliche Ausgaben für ein inklusives Schulsystem in Deutschland, Bertelsmann-Stiftung, Gütersloh 2012.

148 Bei der Zubilligung von Leistungsansprüchen ist man – jenseits der aus der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) folgenden Gewährleistung des Existenzminimums – aber zu Recht sehr zurückhaltend, da anderenfalls der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unzumutbar eingeschränkt und in seine Budgethoheit eingegriffen würde. Dazu *Siehr* (Anm. 85), S. 628 ff.

149 Vgl. auch *Riedel* (Anm. 8), S. 28 f.

## 6 Zusammenfassende Bewertung

Es hat sich gezeigt, dass sich der Anspruch auf Teilhabe am inklusiven Schulsystem aus Art. 24 BRK und der Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (i. V. m. Art. 24 BRK) als zwei Seiten derselben Medaille darstellen, denn die verbotene Diskriminierung durch (ungerechtfertigte) Zuweisung an eine Förderschule kann in diesem Fall nur durch die Zuweisung des betroffenen Schülers an die Regelschule beseitigt werden. Der Umstand, dass der Anspruch auf inklusive Beschulung aus Art. 24 BRK auch verfassungsrechtlich über Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (i. V. m. Art. 24 BRK) durchgesetzt werden kann, entschärft die eingangs aufgeworfene – und im Ergebnis auch zu bejahende – (Streit-)Frage, ob der Einzelne auch unmittelbar aus Art. 24 BRK ein subjektiv-öffentliches Recht auf inklusive Beschulung herleiten kann. Denn in jedem Fall ist dank der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes die an sich nur im Rang einfachen Bundesrechts geltende BRK auch bei Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu berücksichtigen. Im Ergebnis finden damit sowohl die der BRK zugrundeliegende Prämisse, wonach eine segregierende Beschulung für Menschen mit Behinderungen grundsätzlich eine Benachteiligung darstellt, als auch die entsprechenden rechtlichen Wertungen Eingang in die verfassungsrechtliche Prüfung.

Zu den maßgeblichen rechtlichen Wertungen zählt insbesondere auch, dass die Ausgrenzung aus dem allgemeinen Schulsystem ebenso wie das Unterlassen „angemessener Vorkehrungen“ für eine inklusive Beschulung eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung bedeutet. Wichtig ist hier zudem, dass Behinderung nach der BRK – und insofern jetzt auch bei der verfassungsrechtlichen Prüfung – zumindest *auch* als soziales Konstrukt begriffen wird mit der Folge, dass den insoweit relevanten umweltbedingten Barrieren durch einen rechtebezogenen Ansatz zu begegnen ist. Grundrechtsdogmatisch betrachtet führt das dazu, dass das Recht auf inklusive Beschulung – anders als das Bundesverfassungsgericht noch in seinem Sonderschulbeschluss von 1997 angenommen hat – ungeachtet der nun in der Regelschule zu leistenden sonderpädagogischen Förderung als Teilhabe- und nicht als Leistungsrecht zu qualifizieren ist. Das Recht auf Teilhabe (das aber faktisch im Schulbetrieb eine fortgesetzte Erbringung staatlicher ‚Leistungen‘ voraussetzt) und ein Diskriminierungsverbot, das auch das Unterlassen von notwendiger sonderpädagogischer Förderung in der Regelschule verbietet, konvergieren somit im Ergebnis. Erst dann, wenn die erforderlichen Fördermaßnahmen zu einer unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastung des Leistungsträgers (*undue burden*) führen würden, greift der sog. Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK bzw. der allgemeine Ressourcenvorbehalt. An diesen völker- und verfassungsrechtlichen Maßstäben wird sich die Umsetzung des Rechts auf inklusive Beschulung im Schulrecht der Bundesländer messen lassen müssen.

*Verf.: Prof. Dr. Angelika Siehr, LL.M. (Yale), Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsphilosophie und Bildungsrecht, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld, E-Mail: angelika.siehr@uni-bielefeld.de.*

*Dr. Michael Wrase, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Projektgruppe der Präsidentin, Reichpietschufer 50, 10785 Berlin, E-Mail: michael.wrase@wzb.eu.*