

„Gibt es ein Recht auf eine Schule für alle?“

Aktualisierte und erweiterte Fassung des Vortrags vom 8.5.2009 auf der Tagung „Alle verschieden – mit gleichen Rechten und willkommen. Gemeinsame Bildung für Alle von Anfang an“ des Vereins zur Förderung des gemeinsamen Lebens und Lernens von behinderten und nichtbehinderten Menschen in Saarbrücken (Stand: April 2010)

Vorbemerkung

Nach der schriftlichen Abfassung des Vortrags ist im November 2009 ein bedeutsames Urteil des Verwaltungsgerichtshofs in Kassel¹ ergangen, und im Januar 2010 hat Prof. Dr. Eibe Riedel ein eingehendes Rechtsgutachten zur Behindertenrechtskonvention² vorgelegt.. Der Vortrag vom 8.5.2009 liefert zwar nach wie vor eine gute Basis, sich in die schwierigen Rechtsfragen einzulesen; es erschien aber angebracht, im Blick auf diese neuen Beiträge an entsprechender Stelle Ergänzungen einzufügen und manches auch neu zu fassen.

Teilhabe - ein Menschenrecht
Die Menschenrechte als Entwicklungsprojekt
Die Kernregelungen der Behindertenrechtskonvention
Die Staatenpflichten
„inclusive education system“
Einsatz aller verfügbaren Mittel
Uneingeschränktes Diskriminierungsverbot
Vorrang des Kindeswohls
Geltung des Völkerrechts in Bund und Ländern
Das Urteil – Das Gutachten
Konsequenzen aus der UN-Kinderrechtskonvention
Individualansprüche durch Völkergewohnheitsrecht -
„self-executing-treaty-provisions“ -
Individualansprüche durch individualschützendes
Völkervertragsrecht
Die Rechte nach Artikel 24 BRK
Völkerrecht und Ansprüche aus dem Grundgesetz
Diskrepanzen zwischen System und Individualrecht
Die „verfügbaren Mittel“ als Umsetzungshindernis?
Auf den Menschen kommt es an

„Gemeinsame Bildung für Alle von Anfang an“ ist die Variation eines großen Themas. Das Thema heißt: „Recht auf Teilhabe“. Nun gibt es viele bedeutsame Rechte; wie aber hat es das Recht auf Teilhabe geschafft, in die Höhen der Menschenrechte aufzusteigen?

Teilhabe - ein Menschenrecht

Zur Erklärung ziehe ich einen originellen Buchtitel heran: „*Wer bin ich - und wenn ja, wie viele?*“. Richard David Precht ist es hier gelungen, eine uns allen geläufige Alltagserfahrung in verblüffende Worte zu fassen, die Erfahrung nämlich, dass wir Beziehungswesen sind, die in der Vielfalt der Beziehungen, in denen wir leben, ganz unterschiedliche Züge annehmen. Wir erleben uns auch noch im Erwachsenenalter als Kind unserer Eltern. Wiederum anders sind wir selbst als Eltern oder als Großeltern. Vor allem in der Partnerschaft lernen wir unterschiedlichste Seiten von uns kennen, diese und jene. Ebenso in Geselligkeit und Beruf usw. Da erfahren wir mehr über uns als nur, dass wir

¹ Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009, 7 B 2763/09

Normen: Art 24 UNBehRÜbk, Art 25 GG, Art 32 Abs 1 GG, Art 59 Abs 2 S 1 GG, Art 70 Abs 1 GG

² Prof. Dr. Eibe Riedel, Gutachten zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, hrsg. von der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lerne NRW und dem Sozialverband Deutschland e.V., Januar 2010

jeweils unterschiedliche *Rollen* spielen – wir erleben im Spiegel des Anderen reale Seiten unseres eigenen Wesens.

Martin Buber (Elemente des Zwischenmenschlichen) hat dies als existenzielle Grunderfahrung beschrieben:

„Der Mensch ist nicht in seiner Isolierung, sondern in der Vollständigkeit der Beziehung zwischen Mensch und Mensch anthropologisch existent. Erst die Wechselwirkung ermöglicht hier ein zulängliches Bild des Menschen....Dass jeder Mensch in sich die Bestimmung trägt, das rechte Menschsein auf seine besondere, ihm allein eigentümliche Art zu erlangen“, kann man als den „eingeborenen Sonderzweck“ jedes Menschen fassen. Aber „irreführend ist, ... nur von der Individuation allein zu sprechen. Diese bedeutet nur das personhafte Gepräge aller Verwirklichung des Menschseins...Erst in zwei Menschen... erst da stellt sich die Herrlichkeit des Wesens Mensch zulänglich dar“.

Teilhabe in der Beziehung zu anderen Menschen ist deshalb ein Wesensmerkmal unserer Individualität. Die äußere Erscheinung, in der wir uns entgegentreten, täuscht; erst wenn wir den menschlichen Umkreis und die Vielfalt der Beziehungen, an denen wir teilhaben, hinzu nehmen, haben wir den Menschen in der Vollständigkeit seiner Existenz vor uns.

Wenn die *Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945* vom „Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit“ spricht, müssen wir dieses umfassende Menschenverständnis zu Grunde zu legen. Würde verlangt wechselseitige Anerkennung als Individualität, wie sie in der zwischenmenschlichen Beziehung lebt. Deshalb ist Teilhabe an diesen Beziehungen *Menschenrecht* und deren Behinderung *Menschenrechtsverstoß*.

Substanziell ist dies mit dem Recht auf Selbstbestimmung verbunden „einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen“, wie die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) betont. Immer ist es dem Menschen selbst vorbehalten, ob und wie er von seinen Rechten Gebrauch macht. Die zwangsweise ‚Beglückung‘ durch Gemeinschaft (z.B. die Zwangsehe) ist ebenso ein Menschenrechtsverstoß wie die zwangsweise Ausgliederung (z.B. die Ausbürgerung).

Die Menschenrechte als Entwicklungsprojekt

Diesen Rückbezug des Teilhaberechts auf die UN-Charta von 1945 gilt es im Auge zu behalten, wenn man auf die Menschenrechtsentwicklung seither blickt. Es folgten die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* vom 10.12.1948 und dann weitere Ausformulierungen von Menschenrechten, die sich vor diesem Hintergrund sämtlich als Konkretisierungen der von Anbeginn geltenden Menschenrechte verstehen lassen - insbesondere die *Internationalen Pakte über bürgerliche und politische sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* von 1966, Antidiskriminierungsübereinkommen, die *UN-Kinderrechtskonvention* von 1989 und dann 2006 die *UN-Behindertenrechtskonvention*. Die UN-Behindertenrechtskonvention ist unter diesem Gesichtspunkt kein „neues Recht“, sondern eben eine Verdeutlichung seit langem grundlegender Menschenrechte – Ausformulierungen freilich für den besonderen Personenkreis von Menschen mit Behinderungen, weil die Tragweite der Menschenrechte hier präzisierungsbedürftig war. So fügt sich die UN-Behindertenrechtskonvention in das sich entwickelnde System der Menschenrechte ein, das auch weiterhin in Bewegung bleiben und notwendige Präzisierungen erhalten wird.

Die Kernregelungen der Behindertenrechtskonvention

Die ‚systemische‘ Verbindung der Menschenrechtspakte untereinander erkennt man – abgesehen von der Bezugnahme in der Präambel – an den zahlreichen inhaltlichen Gemeinsamkeiten. Die Pakte von 1966 und insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention haben bis in Einzelformulierungen hinein deutliche Spuren in der UN-Behindertenrechtskonvention hinterlassen. Daher kann auch bei der rechtlichen Interpretation auf die früheren Übereinkommen zurückgegriffen werden.

Im Folgenden sollen die Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention, die die Teilhabe im Bildungswesen betreffen, in den Mittelpunkt rücken. Von besonderer Bedeutung sind hier

Art. 1 mit dem grundsätzlichen Recht auf Teilhabe an der Gesellschaft,

Art. 3 als Rückbezug auf die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde und Autonomie,
Art. 4 mit seinen zahlreichen Allgemeinen Verpflichtungen und dem besonderen Hinweis in
Abs. 1 e auf Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung und
in

Abs. 2 auf die Verpflichtung jedes Vertragsstaats, die wirtschaftlichen, sozialen und
kulturellen Rechte unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel zu verwirklichen,

Art. 5 mit dem Recht auf Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung,

Art. 7 Abs. 2 durch (wortgleiche) Übernahme des Vorrangs der Kinderinteressen aus der UN-
Kinderrechtskonvention
und vor allem

Art. 24,

Abs. 1 mit der Anerkennung des Rechts auf Bildung und der Pflicht zur Gewährleistung eines
inklusionen Bildungssystems auf allen Ebenen,

Abs. 1a mit der Verpflichtung, die Würde des Menschen nicht nur *objektiv* zu achten, sondern
zugleich dafür Sorge zu tragen, dass sich „das Bewusstsein der Würde“ und das
„Selbstwertgefühl“ *auch subjektiv* im einzelnen Menschen empfindungsmäßig voll entfalten
kann,

Abs. 1b durch Achtung der menschlichen Vielfalt und deren Entfaltung („*Diversity-Ansatz*“)

Abs. 1c dem Recht auf „wirkliche“ Teilhabe an einer freien Gesellschaft,

Abs. 2 a durch das Verbot des Ausschlusses von Menschen mit Behinderung vom
allgemeinen Bildungssystem,

Abs. 2 b Gewährleistung des Zugangs zu inklusivem Unterricht,

Abs. 2 c Gestellung angemessener Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen,

Abs. 2 d notwendige Unterstützung innerhalb des allgemeinen Bildungssystems und

Abs. 2 e wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das
die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet.

Sieht man in diesen Regelungen Präzisierungen substantiell bereits gegebener Menschenrechte, so
muss es nicht verwundern, dass wir diese Substanz auch bereits in der UN-Kinderrechtskonvention
vorfinden. Dort heißt es in Art. 23:

*„Die Vertragsstaaten erkennen an, dass ein geistig oder körperlich behindertes Kind ein
erfülltes und menschenwürdiges Leben unter Bedingungen führen soll, welche die Würde des
Kindes wahren, seine Selbständigkeit fördern und seine aktive Teilnahme am Leben der
Gemeinschaft erleichtern.“*

Gerade im Bildungsbereich stützen sich die Konventionen gegenseitig. Die Behindertenrechtskon-
vention kann als weiterführende Interpretation der Kinderrechtskonvention verstanden werden.

Umgekehrt ist die Kinderrechtskonvention eine wesentliche Grundlegung für die Behindertenrechts-
konvention im Verständnis des Kindes als eigenständige Persönlichkeit mit den Rechten auf Schutz,
Förderung und Partizipation.

Bei dieser umfänglichen Verankerung des Rechts auf Teilhabe erscheinen kaum Zweifel möglich, das
Recht auf eine Schule für alle ohne Rücksicht auf Art oder Grad einer Behinderung sei umfassend ge-
regelt und klar ausgesprochen. Doch das Völkerrecht hat seine Eigentümlichkeiten. Nicht selten wird
es im gesellschaftlichen Diskurs und in der praktischen Politik eher als inhaltliches Programm denn als
verbindliches Recht gesehen. Am 24.3.2009 hat die SPD-Fraktion im Landtag von Nordrhein-West-
falen einen Antrag zur inklusiven Bildung eingebracht mit vielen interessanten Ansätzen; aber die
Bezugnahme auf die UN-Behindertenrechtskonvention beschränkt sich im Ergebnis auf die Feststel-
lung: „Notwendig ist deshalb eine Neuorientierung in der sonderpädagogischen Förderung, die die
gegenwärtige integrative Phase als Übergangsphase zu einem vollständig inklusiven Bildungssystems
des gemeinsamen Lernens bis zum Ende der Pflichtschulzeit betrachtet.“ – eine eher politische als
rechtliche Zukunftsperspektive (Drucks. 14/8879). Von da her ist es nur verständlich, dass das Ge-
wicht völkerrechtlicher Übereinkommen im allgemeinen Rechtsbewusstsein, wenn man vom Kreis der
besonders Interessierten absieht, fast keine Rolle spielt.

Die Staatenpflichten

Das hängt vornehmlich damit zusammen, dass völkerrechtliche Übereinkommen nicht Gesetzgebung in dem uns geläufigen Sinne sind, sondern *Vertragsrecht*. Verträge gelten nun einmal zunächst ausschließlich unter den Vertragsschließenden. Völkerrechtliche Verträge begründen deshalb in erster Linie *Staatenpflichten der Vertragsstaaten untereinander*. Darauf stellen auch die in den Übereinkommen vorgesehenen Sanktionen oder – wie in der UN-Kinderrechtskonvention und der UN-Behindertenrechtskonvention – die Berichtspflichten und Dialogverfahren gegenüber den Ausschüssen der Vereinten Nationen in Genf ab.

Der Inhalt der übernommenen Staatenpflichten wird gewöhnlich durch drei Grundbegriffe charakterisiert: die Pflichten *to respect*, *to protect* und *to fulfill* – also die *Achtung* vor den Menschenrechten und das Unterlassen entgegenstehenden staatlichen Handelns, die *Abwehr* menschenrechtswidrigen Verhaltens Dritter sowie die *Entwicklung* einer konventionskonformen gesellschaftlichen Infrastruktur.

„inclusive education system“

In diese Systematik lassen sich die nach der Behindertenrechtskonvention übernommenen Staatenpflichten einordnen, allem voran die Anerkennung des Rechts jedes Kindes auf Teilhabe am allgemeinen Schulwesen unabhängig vom Vorliegen einer Behinderung. Flankiert wird dieses Recht durch das Verbot der Diskriminierung durch Ausschluss vom allgemeinen Unterricht aufgrund einer Behinderung. In dieser unmittelbaren Verknüpfung des Diskriminierungsverbots mit der Gewährleistung inklusiver Bildung liegt eine Grundwertentscheidung, die die ganze Konvention durchzieht: Die Verweigerung inklusiver Bildung betrachtet die Konvention als *gleichbedeutend* mit Diskriminierung. Folgerichtig verlangt sie den Aufbau eines *inklusive Bildungssystems* als notwendige Vorkehrung, um im Bildungswesen diskriminierungsfreie Verhältnisse zu schaffen. Das ist mehr als „Integration“. Verschleiert wird dies, wenn die Bundesregierung in ihrer nichtamtlichen Arbeitsfassung der Konvention „inclusive education system“ mit „integrativ“ übersetzt. Zutreffend heißt es in dem SPD-Antrag: „Ein solches inklusives Bildungssystem unterscheidet sich von einem integrativen System. Die integrative Pädagogik strebt die Eingliederung der aussortierten Schülerinnen und Schüler an. Eine inklusive Pädagogik hingegen sortiert erst gar nicht aus. Inklusion bedeutet, dass Strukturen und Didaktik von vornherein auf die Unterschiedlichkeit der Schülerinnen und Schüler und individuelles Fördern und Fordern ausgerichtet sind.“ Das Urteil des VGH Kassel und das Gutachten von Riedel bestätigen diese Sicht.

Die hier zum Ausdruck kommenden Verpflichtungen enthalten zwei rechtlich deutlich zu unterscheidende Positionen. Zum einen geht es offensichtlich um Bildung – also ein Recht, das zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zählt. Die Konvention spricht hier eine *duty to fulfill* aus. Zugleich aber enthält Art. 24 BRK im Kern auch das Gebot der Nichtdiskriminierung. Dieses Menschenrecht zählt zu den bürgerlichen und politischen Rechten. Diesen Rechten entspricht die *duty to respect* und *to protect*.

Die Unterscheidung ist folgenreich. Die *duty to fulfill* führt zu einem verpflichtenden Optimierungsgebot, die Umsetzung schrittweise weiter zu treiben. Darüber ist dem UN-Ausschuss zu berichten. Wenn Art. 35 ausführt, darzustellen habe jeder Vertragsstaat „die Maßnahmen, die er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Übereinkommen getroffen hat, und über die dabei erzielten Fortschritte“, unterstreicht dies den Pflichtencharakter; insoweit ist es irreführend, wenn der VGH Kassel nur von „Programmsätzen“ spricht. Richtig ist aber, dass diese Umschreibung der Berichtspflicht Ausdruck des beträchtlichen politischen Ermessens, das den Vertragsstaaten im Einzelnen bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen zusteht.

Einsatz aller verfügbaren Mittel

Gerade bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten, und dazu zählt das Recht auf Bildung, scheint eine weitere Regelung die praktische Bedeutung der staatlichen Verpflichtungen weiter zu relativieren. Art. 4 bindet die Umsetzung der Konvention hier nämlich an die Bedingung der Finanzierbarkeit. Wenn dabei die Rede davon ist, diese Rechte seien unter „Ausschöpfung der verfügbaren Mittel“ zu verwirklichen, meint dies allerdings keineswegs die Bindung an den üblichen

Haushaltsvorbehalt, der die Leistungen auf das im Haushaltsplan vorgesehene Volumen begrenzt. Es verpflichtet die Vertragsstaaten vielmehr, wie der UN-Ausschuss in seinen *General Comments* klarstellt, zu einer umfassenden Überprüfung seines gesamten Ausgabeverhaltens und der dabei vorgenommenen Prioritätssetzungen. Sicherlich verbleiben auch hier weiteste politische Gestaltungsspielräume, und der Ausschuss wird es vermeiden, das souveräne Haushaltsrecht der Staaten in Frage zu stellen. Allein die Tatsache, dass die Staaten hier Rede und Antwort stehen müssen, bewirkt aber, dass die getroffenen Haushaltsentscheidungen offen gelegt und diskutierbar werden.

Uneingeschränktes Diskriminierungsverbot

Bei den bürgerlichen und politischen Rechten gilt, wie auch Riedel betont, diese Einschränkung nicht. Soweit Art. 24 – ich möchte in Anlehnung an das Grundgesetz sagen – den Wesensgehalt der Diskriminierung betrifft, kann dem der Umsetzungsvorbehalt des Art. 4 BRK nicht entgegengehalten werden. Allerdings kennt die Rechtsprechung auch hier eine gewisse Einschränkung, indem auch die (unbedingt geltenden) Menschenrechte nicht ohne jede Rücksicht auf Leistbarkeit eingefordert werden können. Es gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit mit der Folge, dass die Verwirklichung der Menschenrechte nicht völlig außer Verhältnis zu den erforderlichen Aufwendungen stehen darf. Aus dem Vergleich mit der Regelung des Art. 4 BRK zu den WSK-Rechten geht aber hervor, dass hier wesentlich höhere Anforderungen an die Leistbarkeit zu stellen sind und jedenfalls dem Staat die Beweislast zufällt, die notwendigen Mittel nicht aufbringen zu können.

Vorrang des Kindeswohls

Dabei fällt eine weitere Grundentscheidung der Behindertenrechtskonvention ins Gewicht. Sowohl nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention als auch nach Art. 7 der Behindertenrechtskonvention (übereinstimmend auch mit Art. 24 der EU-Grundrechtecharta) ist stets das *Wohl des Kindes mit Vorrang* zu berücksichtigen. Dies verlangt von allen Entscheidungsträgern eine konkrete Abwägung der vorliegenden Interessen mit denen der Kinder. Über die übliche Abwägung unterschiedlicher Belange geht dies hinaus, denn die Kinderinteressen sind nicht gleichrangig in diesem Abwägungsprozess zu berücksichtigen; ihnen ist vielmehr in nachprüfbarer Weise *Vorrang* einzuräumen. Das muss nicht heißen, dass sich die Belange der Kinder in jedem Fall durchsetzen – dann muss sich aber in einer Gesamtbetrachtung ergeben, dass andere Interessen in der Summe von so großem Gewicht sind, dass sie überwiegen, obwohl die Kinderinteressen mit Vorrang berücksichtigt wurden.

So kann deutlich werden, dass die Staatenverpflichtungen bei aller Ermessensfreiheit keineswegs bloßes Programm sind, sondern fest umrissene Rechtspflichten. Staatenverpflichtungen sind *objektives* Recht und als solches verbindlich.

Geltung des Völkerrechts in Bund und Ländern

Behält man in Erinnerung, dass dies *zwischenstaatliche* Verpflichtungen der Vertragsstaaten untereinander sind, so wird klar, dass damit noch nicht gesagt ist, dass diese Pflichten auch *innerstaatliche* Geltung besitzen. Das deutsche Grundgesetz folgt in Art. 59 Abs. 2 bei dieser Frage einer ‚dualistischen‘ Sichtweise, die Völkerrecht als Regelung der *Außenbeziehungen* und nationales Recht als *innerstaatliches* Ordnungsgefüge auseinander hält. Es macht vom Grundsatz her die innerstaatliche Geltung von einer *Transformation* des Völkerrechts in nationales Recht abhängig. Dafür genügte also nicht, dass die Behindertenrechtskonvention am 13.12.2006 von den Vereinten Nationen angenommen, am 3. 4.2008 nach Hinterlegung der 20. Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen als Völkerrecht gültig und schließlich nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland am 26.3.2009 auch für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich wurde. Es bedurfte zusätzlich eines *Zustimmungsgesetzes*, das der Deutsche Bundestag am 4.12.2008 beschloss, und dem der Bundesrat dann am 19.12.2008 zugestimmt hat. Danach gilt nun die UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland als Bundesrecht und verpflichtet die staatlichen Organe zu deren Einhaltung.

Da allerdings wirft Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention eine Zusatzfrage auf. Denn infolge unserer föderalen Gliederung in Bund und Länder kann ein vom Bund beschlossenes Transformationsgesetz im Rahmen der gegebenen Zuständigkeitsverteilung auch nur den Bund selbst binden. Gerade das Bildungswesen ist aber Ländersache. Auch wenn die BRK in Art. 4 zum Ausdruck bringt, dass die

Bestimmungen dieses Übereinkommens „ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates“ gelten sollen, so unterstreicht dies nur den möglichen Konflikt, dass der Bund nach *außen* Verpflichtungen eingeht und verantwortlich umsetzen soll, für die er *innen* gar nicht zuständig ist. Denn diese vom Bund ausgehandelte Bestimmung kann die originäre Zuständigkeit der Länder nicht aushebeln; die Länder selbst müssen tätig werden.

Dies ist ein Dilemma nicht nur im Zusammenhang mit der Behindertenrechtskonvention. Es betrifft alle Gesetzgebungsgegenstände, für die die Länder ausschließlich zuständig sind. Sie selbst müssen zustimmen, andernfalls fehlt dem Bund bereits die „Vertragsabschlusskompetenz“, einen die Länder belastenden Völkerrechtsvertrag abzuschließen. Da der Bundesrat als „Länderkammer“ – formal gesehen – ein Gesetzgebungsorgan des Bundes ist, kann dessen Beteiligung nicht ausreichen, auch wenn sich die Länder nach Zustimmung im Bundesrat sicher den Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens gefallen lassen müssten, wenn sie im Bundesrat zustimmen, sich dann aber weigern, ihren Anteil an der Umsetzung zu übernehmen. Um hier Streit zu vermeiden, ist seit langem durch das sog. „Lindauer Abkommen“ vom 14. 11.1957 Vorsorge getroffen, dass die Länder bei Angelegenheiten ausschließlicher Länderzuständigkeit rechtzeitig in den Zustimmungsprozess einbezogen werden. Damit ist der völkerrechtliche Vertragsabschluss sanktioniert – nun, so die völkerrechtliche Lehre, muss auch auf Länderebene folgen, was beim Bund bereits geschehen ist: die Transformation durch den Landesgesetzgeber.

Das Urteil – Das Gutachten

Dieser Punkt wird im Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs eingehend behandelt – und festgestellt: „Die Vertragsbestimmungen in Art. 24 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen - BRK - besitzen derzeit keine innerstaatliche Geltung, soweit sie den Bereich des öffentlichen Schulwesens betreffen. Das Vertragsgesetz des Bundes vom 21. Dezember 2008 hat für den Bereich des öffentlichen Schulwesens keine Umsetzung der Bestimmungen in Art. 24 BRK in innerstaatliches Recht bewirkt, weil dem Bund insoweit die an die Gesetzgebungszuständigkeit anknüpfende Transformationskompetenz fehlt. Eine gesonderte Umsetzung der das öffentliche Schulwesen betreffenden Zielvorgaben in Art. 24 BRK ist vom hessischen Gesetzgeber bislang nicht vorgenommen worden...“ Immerhin entnimmt das Gericht der Konvention die Verpflichtung, diese Umsetzung in angemessener Frist vorzunehmen und nennt dafür einen sehr konkreten Zeitraum, nämlich zwei Jahre, die am 26. März 2011 enden.

Tatsächlich ist der Landesgesetzgeber bisher in keinem der Bundesländer tätig geworden ist. Die Schlussfolgerung müsste folglich lauten: in keinem Bundesland sind bisher wirksame Staatenverpflichtungen aus Art. 24 BRK entstanden. Für das Gericht ist damit allen weiteren Erwägungen, wie ein Recht auf Inklusion entstanden sein könnte, der Boden entzogen. Selbst den Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots lässt es nicht gelten: Die Zuweisung eines Schülers mit sonderpädagogischem Förderbedarf an eine Förderschule sei „nicht zwingend eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung“.

Dem widerspricht das Gutachten von Riedel. Ausführlich begründet er, dass die UN-Behindertenrechtskonvention gerade der entscheidende Schritt sei, heute anders als früher über Diskriminierung zu denken. In der Tat: die ganze Konvention, zumal der Bildungsartikel, ist von der grundlegenden Wertentscheidung durchzogen, dass die Ausgrenzung eines Menschen mit Behinderung aus dem Gemeinschaftsleben grundsätzlich eine Diskriminierung darstellt. Grundsätzlich heißt: nicht ausnahmslos. Aber das Vorliegen einer Ausnahme bedarf einer allein am Wohl des behinderten Menschen ausgerichteten Begründung. Im Falle einer Entscheidung über den Schulbesuch trägt demnach stets die Behörde die Beweislast, dass eine Ausnahme tatsächlich vorliegt – mit anderen Worten: *im Zweifel* liegt eine Diskriminierung vor!

In dem entscheidenden Punkt der innerstaatlichen Geltung teilt Riedel dagegen die Auffassung, dass Art. 24 BRK „erst noch durch die Länderparlamente in Form eines Schulgesetzes oder dessen Änderung umzusetzen“ sei. Damit sieht auch er bisher keine Möglichkeit, einen Anspruch auf Inklusion klageweise durchzusetzen.

Konsequenzen aus der UN-Kinderrechtskonvention

Sowohl in dem Urteil als auch bei Riedel bleibt indessen ein wichtiger Punkt unbeachtet. Das nach der UN-Behindertenrechtskonvention erst noch umzusetzende Recht auf Bildung, das Recht auf Teilhabe und das Verbot der Diskriminierung sind völkerrechtlich und innerstaatlich nämlich seit nunmehr fast 20 Jahren in Deutschland geltendes Recht. Alle - das Recht auf Bildung, die Teilhaberechte ebenso wie das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung - sind in den Art. 2, 23 und 28 der UN-Kinderrechtskonvention bereits enthalten. Beim Recht auf Bildung wird über die klare Aussage des Art. 2 KRK hinaus noch einmal ausdrücklich betont, das dieses Recht „ohne jede Diskriminierung“ zu verwirklichen sei. Deutschland hat die Konvention am 5.4.1992 in Kraft gesetzt. Die Geltung der Konvention in den Ländern hat die Kultusministerkonferenz in ihrem Beschluss vom 3.3.2006 unterstrichen: „Die Kultusministerkonferenz bekennt sich ausdrücklich zu der Kinderrechtskonvention und dem darin festgeschriebenen Recht des Kindes auf Bildung...“. In Nordrhein-Westfalen beruhte dies auf einem einstimmigen Parlamentsbeschluss, den der Ministerpräsident am 24.04.1993 - GV.NW 1993 Nr.20 S.202 – bekannt gemacht hat.

Selbst wenn man die Transformation der *UN-Behindertenrechtskonvention* kritisch sieht, sind die dort genannten Rechte nach der *UN-Kinderrechtskonvention* deshalb längst als Landesrecht gültig – jedenfalls in Nordrhein-Westfalen ist das über jeden Zweifel erhaben. Mag die Behindertenrechtskonvention vorerst (bis zum 26.3.2011) als Basis landesrechtlicher Staatenverpflichtungen ausfallen, so beruhen diese Pflichten doch eindeutig auf der Kinderrechtskonvention. Dabei kann die Behindertenrechtskonvention, auch wenn sie landesrechtlich noch nicht in Kraft gesetzt ist, doch ein entscheidendes Licht auf das völkerrechtliche Verständnis der entsprechenden Bestimmungen der Kinderrechtskonvention werfen; sie kann gewissermaßen als Auslegungshilfe für die Kinderrechtskonvention dienen, insbesondere in der Frage, was unter einer Diskriminierung wegen Behinderung zu verstehen ist.

Danach ist festzuhalten, dass die Länder im Sinne der *duty to respect* schon heute zur Anerkennung des Bildungsrechts ohne jede Diskriminierung verpflichtet sind, und der *duty to protect* entsprechend müssen sie jeder Diskriminierung aufgrund einer Behinderung entgegenreten. Allein die Verpflichtung, das *Bildungssystem als Ganzes* zu einem „inkluisiven Bildungssystem“ fortzuentwickeln, wird man nur aus der Behindertenrechtskonvention ableiten können – bis März 2011 allerdings muss Entscheidendes passiert sein.

Umso wichtiger wird die Frage, ob aus der Behindertenrechtskonvention allein oder durch die Verbindung mit der Kinderrechtskonvention *bereits gegenwärtig* Individualansprüche auf Teilhabe am allgemeinen Schulwesen, sprich Zugang zu einer „Regelschule“, begründet werden können - ob dem *objektiven* Recht also auch *subjektive* Rechte entsprechen.

Individualansprüche durch Völkergewohnheitsrecht

Ansprüche aus den Bestimmungen des Völkerrechts können nämlich nicht nur durch Transformation entstehen. Es gibt von diesem Grundsatz gewichtige Ausnahmen. So besagt Art. 25 des Grundgesetzes, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ohne Umsetzungsakt Bestandteil des Bundesrechts sind und „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“ erzeugen. Danach könnte man annehmen, dass die Rechte aus der UN-Behindertenrechtskonvention dem Kind individuell und einklagbar zustehen, wenn sie denn zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen würden. Zu diesen Regeln gehört neben den *allgemeinen Rechtsgrundsätzen* wie etwa dem, dass Verträge einzuhalten sind, vor allem das *Völkergewohnheitsrecht*. Es entsteht, wenn universelle Rechtsüberzeugungen über lange Zeit, wenn auch nicht lückenlos, doch so verbreitet und beständig geübt wurden, dass sie wie ‚gesetztes Recht‘ angesehen werden können. Die Achtung der Menschenwürde zählt dazu ebenso wie das in aller Welt anerkannte Verbot der Diskriminierung, auch wenn nur zu oft im praktischen Leben der Völker dagegen verstoßen wird.

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die UN-Behindertenrechtskonvention, könnte allein schon aus der Tatsache, dass sie erst 2006 beschlossen wurde, gefolgert werden, dass es sich nicht um Gewohnheitsrecht handeln könne. Doch Menschenwürde und Diskriminierungsverbot zeigen, dass Verträge nicht notwendig konstitutiv für bestimmte Rechte sein müssen, sondern dass sie einfach auch („deklaratorisch“) lange in Geltung befindliches Recht wiedergeben können. Zumal wir diese Rechte

schon in der Kinderrechtskonvention finden, ist dies hinsichtlich der Menschenwürde und des Nichtdiskriminierungsgebotes sicherlich der Fall, auch wenn wir nur langsam begriffen haben und noch weiter dazu lernen müssen, was das für Menschen mit Behinderungen bedeutet.

Allerdings kann eingewendet werden, dass der Nichtdiskriminierungsgrundsatz bisher stets nur in Verbindung mit bestimmten Lebenssachverhalten – wie beispielsweise der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – anerkannt wurde. Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots nach Art. 5 BRK ist daher von Bedeutung, dass die Konvention eine konkrete Verbindung zum Recht auf Bildung („akzessorisches Diskriminierungsverbot“) herstellt. Umso mehr könnte man aber zweifeln, ob Diskriminierung in dieser speziellen Form bereits weltweite Rechtsüberzeugung ist. Riedel lehnt dies ausdrücklich ab, weil sich gemeinsamer Unterricht als Regelbeschulung weltweit nirgendwo nachweisen lasse. Ob das auch für die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage der Nichtdiskriminierung gilt, kann man füglich bezweifeln, auch wenn einzuräumen ist, dass dabei bisher kaum jemand an die Ausgrenzung durch Verweigerung der Teilnahme am gemeinsamen Unterricht gedacht hat.

An dieser Stelle muss indessen erneut auf die Kinderrechtskonvention verwiesen werden, die diese Rechte seit 20 kennt. Und zu Recht zitiert Riedel, dass der zuständige UN-Ausschuss der Vereinten Nationen schon 1994 feststellte: „in vielen Ländern erkennen Schulprogramme heute an, dass Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems am besten ausgebildet werden können“.

Die übliche Ablehnung eines völkergewohnheitsrechtlichen Anspruchs auf Nichtdiskriminierung durch Ausschluss vom allgemeinen Unterricht, ist danach mindestens voreilig. Es gibt m. E. gute Gründe, die Verweigerung des Zugangs zum allgemeinen Bildungswesen aufgrund einer Behinderung als Verstoß gegen das Völkergewohnheitsrecht verstehen, dem im konkreten Fall das subjektive Recht entspringt, sich gegen die damit verbundene Ausgrenzung zu wehren.

Ein *Abwehrrecht* also – aber kann das Völkergewohnheitsrecht auch *positiv* einen Anspruch auf inklusive Bildung begründen? In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die Rechte aus Art. 24 BRK **eben** kein „neues Recht“ sind. Denn substantiell sind sie letztlich Ausformungen des „alten“ Rechts auf Teilhabe jedes Menschen an der Gemeinschaft. Man sollte den Gedanken des Völkergewohnheitsrechts daher auch hier nicht vorschnell von der Hand weisen.

„self-executing-treaty-provisions“ – Das Vorranggebot des Art. 7 BRK

Eine weitere Ausnahme vom Transformationserfordernis findet sich bei völkerrechtlichen Vertragsbestimmungen, die als *self-executing* („selbst-vollziehend“) vereinbart sind. Das trifft für Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge zu, die bei objektiver Auslegung so abgefasst wurden, dass sie geeignet sind, Grundlage der Entscheidung eines innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgans zu sein, ohne dass eine nähere Ausgestaltung der Norm erforderlich ist. Dann handelt es sich um *unmittelbar anzuwendendes Recht*, auf das sich ohne besonderen Umsetzungsakt jedermann berufen kann.

In unserem Zusammenhang gilt das für das mit Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention übereinstimmende Vorranggebot in Art. 7 Abs. 2 BRK. Die Verpflichtung, das Wohl des Kindes bei allen Maßnahmen, die Kinder mit Behinderung betreffen, als vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen, enthält eine eindeutige und anwendungsfähige Verfahrensmaxime, deren Verletzung Rechtswidrigkeit, d.h. gerichtliche Anfechtbarkeit, begründet³. Und da der Bürger einen Anspruch auf ordnungsgemäßes Verwaltungshandeln hat, kann er diesen Mangel als Verfahrensrüge auch vor Gericht geltend machen. Dabei mag der Hinweis der Kinderrechtskonvention, dass dieses Verfahrenserfordernis für alle Maßnahmen gilt, „gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“, den Geltungsumfang auch der Behindertenrechtskonvention verdeutlichen.

³ Lorz, Ralph Alexander, *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Ein Rechtsgutachten*, Bd. 7 der Reihe „Die UN-Konvention umsetzen...“, hrsg. von der National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland, Berlin 2003

Für die Ausrichtung schulpolitischer, schulorganisatorischer und schulaufsichtlicher Maßnahmen und nicht zuletzt für die Prozesse bei der Schulgesetzgebung ist Art. 7 Abs. 2 BRK also eine bindende Verfahrensvorgabe. Stets ist im Rahmen der anstehenden Abwägungsprozesse schlüssig darzutun, dass das Wohl der Kinder konkret in den Vordergrund gestellt und dem beispielsweise auch fiskalische Gesichtspunkte nachgeordnet wurden.

Als Ermessensvorgabe wirkt sich hier ergänzend die übergeordnete Wertentscheidung der Konvention aus, dass diskriminierungsfreie Bildung für Kinder mit Behinderung das Recht auf das gemeinsame Leben und Lernen aller Kinder in *einer* Schule einschließt. Sie schränkt das Ermessen der Behörde ein, selbst wenn man sich zunächst nur auf die Rechte nach der Kinderrechtskonvention stützt. Dem Staat ist es verwehrt, von sich aus festzustellen, dass Inklusion für ein Kind mit Behinderung ungeeignet sei, auch wenn nicht jedes Kind dieses Recht in Anspruch nehmen wird; sein vorrangiges Interesse mag in einer frei gewählten anderen Einrichtung besser gefördert werden.

So gibt es keinen Gesichtspunkt, der dem Kindeswohl übergeordnet werden dürfte, um das Recht auf Inklusion zu verneinen. Nur wenn es um Interessen der Kinder *untereinander* geht, können Situationen eintreten, die gemeinsames Leben und Lernen verhindern. Denn das Wohl aller anderen Kinder ist mit gleichem Recht wie das von Kindern mit Behinderung zu berücksichtigen, und da kann es im Einzelfall sein, dass etwa Aggressivität oder unablässige Störung die Gemeinsamkeit aktuell sprengen – ein Problem allerdings, das nicht primär mit der Behinderung zu tun hat, sondern auch bei Kindern ohne Behinderung vorkommt.

Keinesfalls rechtfertigt die Unterschiedlichkeit der *Begabungen* die Verweigerung des Rechts auf Inklusion mit der Begründung, das Wohl ‚begabterer‘ Kinder müsse sonst hinter dem der ‚weniger begabten‘ zurückstehen. Dem *Diversity-Ansatz* entsprechend macht gerade die Anerkennung der Vielfalt von Intelligenzen den Kern der Inklusion aus. So ist es Sache der Institutionen, durch pädagogische Phantasie, durch sinnvolle Klassengrößen, ausreichendes Lehrpersonal und unterstützende Maßnahmen Wege zu finden, um auch im ‚ziendifferenten‘ Unterricht alle Kinder ihren Begabungen gemäß zu erreichen und zu fördern.

Individualansprüche durch individualschützendes Völkervertragsrecht

Führen die „*self-executing-treaty-provisions*“ hier zu *unmittelbar anzuwendendem* Verfahrensrecht, so bedeutet dies doch nicht notwendig, dass das auch Rechte auf *bestimmte Leistungen* beinhaltet, die *der Einzelne* von sich aus in Anspruch nehmen und im Klagewege einfordern könnte. Insoweit kann es bei bloßen Rechtsreflexen der objektiven Staatenverpflichtungen bleiben, ohne dass subjektive Ansprüche begründet werden. Leistungsansprüche entstehen im Allgemeinen tatsächlich erst, wenn der Staat das Völkerrecht im Wege der Transformation in konkrete Ansprüche umgesetzt hat.

Gerade im Bereich der Menschenrechte gibt es aber eine weitere gewichtige Ausnahme von diesem Transformationsprinzip, und zwar dann, wenn die Vertragsstaaten ein Übereinkommen so gestaltet haben, dass nicht nur die zwischenstaatlichen Verhältnisse geregelt werden, sondern (zugleich) die von dem Übereinkommen betroffenen einzelnen Individuen begünstigt werden sollen. Während ‚traditionelle‘ Völkerrechtsverträge sich auf die zwischenstaatliche Gegenseitigkeit beschränken, haben Menschenrechtsverträge in der Regel gerade den Sinn, die Rechtsstellung des einzelnen Menschen individualschützend zu verbessern. So erschöpft sich auch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht in der *zwischenstaatlichen* Garantie der Rechte von Menschen mit Behinderungen, sondern bezweckt den individuellen Schutz behinderter Menschen und die Verbesserung ihrer Rechtsstellung *innerhalb* der Vertragsstaaten.

Dieser individualschützende Charakter kann freilich nur dann zu unmittelbaren subjektiven Ansprüchen führen, wenn die die betreffende Bestimmung auch aus sich heraus anwendungsfähig, mithin wiederum *self-executing*, ist. Davon kann man nicht ausgehen, wenn es an hinreichender Klarheit fehlt oder Ermessensspielräume bestehen, die erst durch einen konkretisierenden Akt einer Behörde gefüllt werden müssen. Dann bedarf es zusätzlicher Umsetzungsakte, die unmittelbare Anwendbarkeit und folglich auch einen subjektiven Anspruch ausschließen.

Die Rechte nach Artikel 24 BRK

Gerade wenn man annimmt, dass Art. 24 BRK als Landesrecht noch nicht wirksam transformiert ist, muss man also fragen, ob sich in dieser Bestimmung individualschützende, unmittelbar anwendbare Regelungen finden, die ohne Transformation gelten. Dass es sich um eine individualschützende Völkerrechtsnorm handelt, begründet Riedel ausführlich. Der Ausgangspunkt ist an dieser Stelle erneut der Nichtdiskriminierungsgrundsatz in Verbindung mit der Wertentscheidung, dass nur ein inklusives Bildungssystem diskriminierungsfrei ist. Die Konvention verbindet damit die Gewährung spezifischer Leistungen, um Bildung diskriminierungsfrei zu gewährleisten.

Hier widerspricht nun der VGH Kassel ausdrücklich der Annahme, dass diese Regelungen so eindeutig gefasst seien, dass unmittelbare Anwendungsfähigkeit im Interesse des Einzelnen besteht, es sich also um unmittelbar anzuwendendes Recht handelt. Dabei werden die Absätze 1 und 2 des Art. 24 BRK jedoch sehr pauschal gleichbehandelt, obwohl es sich lohnt, die einzelnen Aspekte der Bestimmung genauer zu betrachten.

Das allgemeine **Recht auf Bildung** ist in der Tat abstrakt. Es könnte die notwendige Bestimmtheit allenfalls *ex negativo* haben, wo einem Kind *jeglicher Zugang* zur schulischen Bildung verwehrt wird, eine Fallgestaltung, die die aktuelle Debatte immerhin berührt, wenn einem Kind die „Bildungsfähigkeit“ überhaupt abgesprochen wird. Ansonsten fehlt dem Recht auf Bildung die notwendige Konkretetheit.

Auch die Gewährleistung eines **inklusive Bildungssystems** kann nicht als hinreichend bestimmt angesehen werden, um *individuelle* Ansprüche zu begründen. Sie richtet sich vornehmlich an den Staat, und es unterliegt weitem politischem Ermessen, wie und in welchen Schritten diese Verpflichtung umgesetzt wird.

Nicht anders verhält es sich mit der Verpflichtung, „**das Bewusstsein der Würde**“ und das „**Selbstwertgefühl**“ zu schützen und zu fördern. Auch dies ist eine Maßgabe eher für die zu gewährleistenden Rahmenbedingungen des Lernens und die konkrete pädagogische Arbeit, als dass daraus konkrete Leistungsansprüche folgen könnten. Ähnliches dürfte auch für die Berücksichtigung der **Begabungsvielfalt** (*Diversity-Ansatz*) gelten, eine Verpflichtung, die sich in erster Linie an das System als Ganzes richtet. Schließlich erweist sich auch das Recht auf „**wirkliche Teilhabe**“ an einer freien Gesellschaft als zu unbestimmt, auch wenn die Betonung „wirklicher“ Teilhabe die Ernsthaftigkeit der Forderung unterstreicht.

Zusammenfassend muss man sagen, dass es sich bei den in Art. 24 Abs. 1 BRK beschriebenen Rechten um *reine Staatenverpflichtungen* handelt.

Anders verhält es sich mit Absatz 2. Das **Verbot des Ausschlusses von Menschen mit Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem**, insbesondere vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen, ist eine unmissverständliche Regelung mit dem Ziel, jedem Kind mit Behinderung das gemeinsame Leben und Lernen in der Gemeinschaft auch mit Kindern ohne Behinderung auf allen Ebenen zu öffnen. Dies ist nicht anders einzulösen als - wie Abs. 2 b sagt - durch die Gewährung **gleichberechtigten Zugangs zu inklusivem Unterricht**. Daraus folgt m.E. eindeutig das einklagbare Recht jedes Kindes mit Behinderung, wie alle anderen Kinder eine „Regelschule“ zu besuchen. In Art. 24 Abs. 2 a und b BRK sind also individuelle Ansprüche enthalten, die dazu ermutigen sollten, trotz der entgegenstehenden Entscheidung des VGH in Kassel die Aufnahme eines Kindes mit Behinderung in die „Regelschule“ auch vor Gericht geltend zu machen.

Völkerrecht und Ansprüche aus dem Grundgesetz

Dies kann auch neues Licht auf die Frage werfen, ob das Grundgesetz Basis eines subjektiven Anspruchs auf Inklusion sein kann. Denn das Verbot der Diskriminierung ist dort als Verfassungsgrundsatz bereits innerstaatlich verankert. Dieser Grundsatz ist aufgrund der Verpflichtung zu völkerrechtsfreundlichem Verhalten heute im Geist der Behindertenrechtskonvention auszulegen. Im Urteil des VGH Kassel wird das Grundgesetz als Rechtsgrundlage tatsächlich auch nur zurückgewiesen, weil die Zuweisung eines Schülers mit sonderpädagogischem Förderbedarf an eine Förderschule „nicht zwin-

gend eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ sei. Gerade dazu liegen heute aber Erkenntnisse vor, die – jedenfalls im Einzelfall – dafür sprechen, dies anders zu sehen. Mit Recht führt Riedel an, dass die Abwehr unzulässiger Diskriminierung mindestens zum Anspruch auf Zulassung zur örtlichen Regelschule führen müsse. Die Ausstrahlung des Völkerrechts auf das Grundgesetz bewirkt deshalb, dass der subjektive Anspruch auf Inklusion auch grundrechtlich begründet werden kann.

Diskrepanzen zwischen System und Individualrecht

Bei der Verwirklichung dieser Rechte kann allerdings zum Problem werden, dass die konventionskonforme Umstellung des Bildungssystems den aktuellen Bedürfnissen der Kinder nachhinkt. So kann inklusiver Unterricht für einzelne Kinder gerade deshalb unzutraglich sein, weil die institutionellen Rahmenbedingungen (noch) nicht stimmen. Sowohl an einer behinderungsgerechten Ausstattung als auch an der notwendigen Qualifikation von Lehrerinnen und Lehrern kann es fehlen. Dem dann nahe liegenden Einwand gegen die Aufnahme eines Kindes, in der gegebenen Situation komme es nicht zu seinem Recht oder das Kindeswohl sei unter den herrschenden Bedingungen gefährdet, tritt aber Art. 24 Abs. 2 c entgegen. Er verlangt „angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen“. Zwar scheint die Bestimmung, indem sie auf Angemessenheit abstellt, auf den ersten Blick einen Ermessensspielraum zu beinhalten, der ihre unmittelbare Anwendungsfähigkeit ausschließt. Die Konvention selbst trifft an dieser Stelle jedoch Vorsorge, indem sie in Art. 2 durch eine spezielle Begriffsbestimmung klärt, was gemeint ist. Danach sind angemessene Vorkehrungen „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen, wenn sie in einem bestimmten Fall benötigt werden, um Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen den Genuss und die Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten“. Dies sind sämtlich zwar unbestimmte, aber doch im Wege der Auslegung ermittelbare Anforderungen, die hinreichen sollten, um die Anwendbarkeit der Norm sicherzustellen: Statt das Kind zurückzuweisen, ist die Schule verpflichtet, durch die „angemessenen Vorkehrungen“ dafür zu sorgen, dass das Recht des Kindes auf inklusive Bildung verwirklicht werden kann.

In demselben Sinne lassen sich auch Art. 24 Abs. 2 d und Abs. 2 e mit ihren Unterstützungsleistungen verstehen. Auch sie dienen dazu, Inklusion im Einzelfall praktikabel zu machen. Allerdings mag zweifelhaft sein, ob sie sich hinreichend konkretisieren lassen, um als durchsetzbarer Anspruch die Rechte des Kindes zu flankieren. Wenn Art. 24 Abs. 2 d die „notwendigen Unterstützung“ am Ziel „erfolgreicher Bildung“ ausrichtet, dürfte dies zu offen sein, um unmittelbare Anwendungsfähigkeit zu begründen. Auch Abs. 2 d – „wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet“ – dürfte allzu offen gefasst sein, um einen derartigen Anspruch zu rechtfertigen.

Im Ergebnis kann aber kein Zweifel bestehen, dass die Konvention den Konflikt zwischen der Erfüllung der Staatenpflichten und dem individuellen Recht des Kindes auf inklusiven Unterricht durch klare Ansprüche zugunsten der sofortigen Erfüllung des Rechts auf Teilhabe des Kindes entscheidet. Die erforderlichen Vorkehrungen müssen eben *im Einzelfall* getroffen werden, auch solange die *Umstellung des System als Ganzes* noch nicht erfolgt ist. Die landesweite Lehrerstellenarithmetik hat im Rahmen des *Systems* ihre Bedeutung; dem individuellen Anspruch kann sie nicht entgegengehalten werden.

Die „verfügbaren Mittel“ als Umsetzungshindernis?

Zu bedenken bleibt, ob die Bindung des Rechts auf Bildung an die „Ausschöpfung verfügbarer Mittel“ oder die Begrenzung der Menschenrechte nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Ansprüche zum Erliegen bringen können.

In der Tat kann theoretisch darauf verwiesen werden, dass die verfügbaren Mittel (auch wenn man den üblichen Haushaltsvorbehalt nicht gelten lässt) begrenzt sein können. Dann müssen die Ansprüche aber immerhin zum Erfolg führen, wenn sie keine höheren Aufwendungen verursachen als sie in einer Förderschule entstehen würden. Die behördliche Einwendung nicht verfügbarer Mittel oder unverhältnismäßig hoher Aufwendungen mag daher zutreffen, wenn etwa umfangreiche bauliche Änderungen für ein einzelnes Kind notwendig wären. Wenn aber, wie häufig, ‚nur‘ eine zusätzliche „Integrations-

hilfe“ vonnöten ist, wie sie heute von den Sozialverwaltungen vielfach bereits gewährt wird, geht dieser Einwand fehl.

Auf den Menschen kommt es an

So verschlungen die Wege auch sein mögen, im Ergebnis stellt sich heraus, dass die Pflicht der Länder, gesetzliche Vorkehrungen zu treffen, um das gesamte Bildungssystem inklusiv zu gestalten, von der UN-Behindertenrechtskonvention im Einzelfall bis zum subjektiven Recht des Kindes verdichtet wird. Ganz im Sinne des Vorranggebots des Art. 7 Abs. 2 setzt sich dieses Recht auch durch, solange das *System insgesamt* die notwendigen Änderungen noch nicht erfahren hat.

Dieser Vorrang des Kindeswohls gilt – wie es schon Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention sagt – für jede zu treffende Einzelentscheidung. Das mag sich im Hinblick auf das Wohl anderer Kinder in der konkreten Situation auch als *Begrenzung* der Inklusionsmöglichkeiten auswirken können; im Grundsatz aber ist dies eine fundamentale *Verstärkung* des Rechts des einzelnen Kindes auf Inklusion, die auch verfahrensrechtlich als Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung durchgreift.

Die Erfahrung zeigt, dass dies letztlich im Streit um das Kindeswohl endet. Zwei Fragen sind hier zu stellen: Was ist das Kindeswohl? Und: Wer bestimmt das? Folgt man der englischen Fassung der Konventionen, trifft man auf den Begriff des „*best interest*“. Daran ist ablesbar, dass die übliche Arbeitsdefinition, Kindeswohl sei unter mehreren Alternativen die „am wenigsten schädliche“, zu kurz greift. Es geht tatsächlich um ein Optimum, und zwar ausgerichtet nicht an irgendwelchen abstrakten Normen, sondern an der Individualität jedes einzelnen Kindes. Ein ganz anderer Punkt ist, wann der Staat aufgrund seines Wächteramtes nach Art. 6 Grundgesetz zum Schutz des Kindeswohl einzugreifen hat. In diesem Zusammenhang geht es in der Tat um einen engeren Kindeswohlbegriff. Der Staat ist erst - aber dann zwingend - zum Handeln aufgerufen, wo die Vernachlässigung des Kindeswohls zur Gefährdung des Kindes wird. Das staatliche Wächteramt dient der Verhütung von *Verletzungen* des Kindeswohls (BVerfGE 10, 59 [84]). Diese durchaus eingeschränkte Kompetenzzuweisung beruht auf der Antwort zu der zweiten Frage, nämlich, *wer* über das Kindeswohl bestimmt. Die Verfassungsrechtsprechung hat hier klare Linien gezogen und immer wieder das Primat der elterlichen Entscheidung betont, weil niemand dem Kind so nahe stehe wie die eigenen Eltern, ihm dort in der Regel alles zuteil wird, was es für sein Wohl benötigt und deshalb das Kindeswohl in aller Regel bei ihnen auch am besten aufgehoben sei (BVerfGE 52, 214 [217]).

Wie sich dies im Schulwesen auswirkt, bedarf einer vertieften Diskussion. Obwohl nämlich das Schulwesen in Deutschland nur unter der „Aufsicht“ des Staates steht (Art. 7 Grundgesetz), werden der Schulverwaltung, wenn es um den Lernweg des Kindes geht, gewöhnlich – und auch von der Rechtsprechung – erhebliche Bestimmungsrechte eingeräumt. Die UN-Behindertenrechtskonvention verlangt – wie es schon die UN-Kinderrechtskonvention hätte tun müssen -, diese Debatte neu aufzurollen. Gerade bei Kindern mit Behinderung ist offensichtlich, dass es abstrakte *Lernwegentscheidungen* nicht gibt, sondern damit immer tief greifende *Lebensentscheidungen* verbunden sind. Insoweit muss das Verhältnis von Elternrecht und Schule neu austariert werden. Jedenfalls aber bewirkt die Behindertenrechtskonvention, dass seitens der Schule die nicht selten prinzipiellen Vorbehalte gegen inklusives Lernen nicht aufrecht erhalten werden können, weil im Prinzip nur ein inklusives Bildungswesen diskriminierungsfrei ist.

Ob das Kind bzw. seine Eltern die gegebenen Rechte tatsächlich in Anspruch nehmen, ist ihnen überlassen. Solange sich dies nicht als Gefährdung des Kindeswohls darstellt, sind die Eltern sehr wohl berechtigt, einen Weg für ihr Kind auch außerhalb der „Regelschule“ zu suchen. Dies steht jedoch nicht im Sinne eines „Wahlrechts“ im Belieben der Eltern; denn als *Elternverantwortung* ist das Elternrecht ein „dienendes Recht“, dessen Inhalt nicht am Elternwillen, sondern allein am Wohl des Kindes auszurichten ist (BVerfGE 24, 119 [143]). Es kann deshalb durchaus auch sein, dass der individuelle Lebens- und Lernweg eines Kindes die größeren Gruppen einer „Regeleinrichtung“ nicht verträglich, sondern die besondere Förderung in einer anderen Konstellation erforderlich ist. So kann für manche Kinder allein der in einer inklusiv arbeitenden Klasse herrschende Geräuschpegel bei entsprechender Überempfindlichkeit zu einer unerträglichen, Angst machenden Beeinträchtigung führen.

Dann folgt es gerade aus dem Prinzip bestmöglicher Förderung, dass individuelle Lösungen gefunden werden müssen – wie bei allen anderen Kindern auch.

Deshalb wird die Existenz von Förderschulen durch die Konvention auch nur insoweit in Frage gestellt, als der Dualismus von allgemeinen Schulen und Förderschulen als „*System des Bildungswesens*“ konventionswidrig ist. Am Wohl des einzelnen Kindes orientiert, können besondere Einrichtungen ein wichtiges Angebot bleiben. Die Selbstverständlichkeit allerdings, mit der Sondereinrichtungen gewöhnlich für zuständig erklärt werden, ist rechtswidrig. Auf institutioneller Ebene hat die UN-Behindertenrechtskonvention klare Entscheidungen getroffen; im Einzelfall aber kommt es entscheidend nicht auf das System, sondern auf den Menschen an.