

Stefanie Valta/Anna Opel

## Inhalt und Umfang der Verpflichtung zur schrittweisen Verwirklichung des Rechts auf Bildung nach der UN-Behindertenrechtskonvention\*

Art. 4 Abs. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung<sup>1</sup> („UN-BRK“) bestimmt, dass die Vertragsstaaten im Hinblick auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der Konvention verpflichtet sind, „unter Ausschöpfung (...) verfügbarer Mittel (...) Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“ Die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der Behindertenrechtskonvention und damit grundsätzlich auch das in Art. 24 UN-BRK verankerte Recht auf Bildung stehen damit unter dem Vorbehalt der progressiven Realisierung. Der vorliegende Beitrag legt dar, welche Verpflichtungen dieser Vorbehalt für das Recht auf inklusive<sup>2</sup> Bildung nach Art. 24 UN-BRK nach sich zieht.

### 1 Bereits heute einklagbare Rechtsansprüche Einzelner

Der Vorbehalt der progressiven Realisierung umfasst nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK nicht diejenigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, die nach völkerrechtlichen Grundsätzen unmittelbar anwendbar sind. Soweit das Recht auf inklusive Bildung also unmittelbar anwendbar ist, können einzelne betroffene Personen sich direkt auf Art. 24 UN-BRK berufen und diese Rechtspositionen vor innerstaatlichen Gerichten geltend machen, ohne dass es auf eine Umsetzung durch den jeweiligen Vertragsstaat ankäme.<sup>3</sup> Nach hier vertretener Auf-

\* Dieser Beitrag beruht auf einem von Latham & Watkins LLP 2015 im Rahmen eines Pro Bono-Mandats erstellten Gutachtens. Wir danken Rechtsanwalt Dr. Marcus C. Funke für wertvolle Anregungen und seine Unterstützung.

1 Gesetz zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie Gesetz zum Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. II 2008, S. 1419; die UN-BRK trat am 26. März 2009 in Kraft: BGBl. II 2009, S. 818.

2 Die nichtverbindliche amtliche deutsche Übersetzung spricht zwar von einem „integrativen Bildungssystem“; aus den amtlich verbindlichen Sprachfassungen ergibt sich indes eindeutig die Verpflichtung auf ein „inklusives Bildungssystem“ siehe *Mißling, S./Ückert, O.*, Das Recht auf inklusive Bildung in der Schule, RdJB 2015, 63 (65); *Siehr, A./Wrase, M.*, Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 2014, 161 (163); *Krajewski, M./Bernhard, T.*, in: A. Welke (Hrsg.), UN-BRK, Freiburg 2012, Art. 24, Rn. 12; vgl. *Bernhard, T.*, Art. 24 UN-BRK: Rezeption in der Rechtsprechung nach fünf Jahren, RdJB 2015, 79 (83) m. Rspr. N. und *Welti, F.*, Verantwortlichkeit für angemessene Vorkehrungen und Barrierefreiheit in der Bildung, RdJB 2015, 34 (35 f.) m. w. N.; ausführlich *Poscher, S./Rux, J./Langer, T.*, Von der Integration zur Inklusion: Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, Baden-Baden 2008, S. 22 ff.

3 *Riedel, E./Arend, J.-M.*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, 1346 (1347 f.); *Siehr/Wrase* (Anm. 2), S. 180 f.; *Krajewski/Bernhard* (Anm. 2), Rn. 23. Vgl. auch CRPD, Draft General Comment on the right to inclusive education, Ziff. 40; *Masuch, P.*, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, Diskussionsbeitrag 5/2012, S. 2 f. Die Rechtsprechung nimmt unter Hinweis auf den Vorbehalt der progressiven Realisierung z. T. eine fehlende unmittel-

fassung betrifft dies unter anderem das Recht auf Zugang zu einer Schule der Regelform (Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-BRK) sowie das Recht auf die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen (Art. 24 Abs. 2 lit. c UN-BRK). Denn diese Gehalte des Rechts auf inklusive Bildung sind nach Wortlaut, Zweck und Inhalt so bestimmt, dass der Rechtsanwender aus ihnen ohne weitere Hilfestellungen, wie z. B. Durchführungsvorschriften, Rechtsfolgen für den Einzelfall ableiten kann.<sup>4</sup> Bereits aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-BRK ergibt sich als Maßstab für die Entscheidung im Einzelfall, dass Schülerinnen und Schüler mit Behinderung an Schulen der Regelform in den örtlichen Gemeinschaften zuzulassen sind.<sup>5</sup> Aus Art. 24 Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 2 UN-BRK kann der Rechtsanwender entnehmen, dass Schülerinnen und Schülern mit Behinderung die in Art. 2 UN-BRK näher spezifizierten Anpassungen – wie z. B. die Schulbegleitung oder den Abbau von Barrieren am jeweiligen Schulgebäude – beanspruchen können, um gleichberechtigt am Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen teilzunehmen,<sup>6</sup> vorausgesetzt dies stellt im Einzelfall keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung dar.<sup>7</sup> In systematischer Hinsicht ergibt sich zudem aus der Legaldefinition der Diskriminierung in Art. 2 UN-BRK, dass auch die Versagung angemessener Vorkehrungen vom unmittelbar anwendbaren Diskriminierungsgehalt der UN-BRK-Rechte umfasst ist.<sup>8</sup>

bare Anwendbarkeit von Art. 24 UN-BRK an, siehe etwa SächsVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2014 – Vf. 20-IV-14 HS, 21-IV-14 EA –, NVwZ-RR 2014, 789 (790); VGH Kassel, Urteil vom 12. November 2009 – 7 B 2763/09 –, juris, Rn. 32. Es handelt sich hierbei um ein sehr häufiges Missverständnis, siehe United Nations Economic and Social Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights („UNHCR/HR“), UN Doc. E/2007/82 vom 25. Juni 2007, Ziff. 2.

- 4 Siehe dazu CRPD, Draft General Comment No. 4 (Anm. 3), Ziff. 18 ff., 40. Zum Maßstab der unmittelbaren Anwendbarkeit: *Geiger, R.*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. München 2013, S. 151; vgl. BVerfGE 29, 348 (360); BVerfG, Beschluss vom 9. Dezember 1970 – 1 BvL 7/66.
- 5 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit siehe *Bernhard* (Anm. 2), S. 84 ff.; *Mißling/Ückert* (Anm. 2), S. 66 f., 71; *Siehr/Wrase* (Anm. 2), S. 173, 170 ff.; *Banafsche, M.*, Das Recht auf Bildung – im Spannungsfeld zwischen UN-Behindertenrechtskonvention und Grundgesetz, ZFSH SGB 2011, 685 (689); *Riedel/Arend* (Anm. 3), S. 1348; 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, 203 (215); *Schulte, B.*, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, ZFSH SGB 2010, 657 (672 f.); *Schulte, B.*, Die UN-Behindertenrechtskonvention (Teil II), ZESAR 2012, 112 (114 f.).
- 6 Vgl. *Krajewski/Bernhard* (Anm. 2), Rn. 28; *Riedel, E.*, Zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, Mannheim/Genf 2010 (Gutachten erstattet der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lernen Nordrhein-Westfalen), S. 46 f. Weiterführend *Aichele, V./Althoff, N.*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen, in: A. Welke (Hrsg.), UN-BRK, Freiburg 2012, S. 104, Rn. 42 ff.
- 7 Die in Art. 2 UN-BRK enthaltene Schranke ist als Ausnahme vom grundsätzlichen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen eng auszulegen, vgl. *Riedel* (Anm. 6), S. 26 ff. In Betracht kommen allenfalls erhebliche finanzielle, personelle oder persönliche Hindernisse, deren Überwindung auch unter Würdigung des hoch zu gewichtenden Inklusionsziels weit übermäßigen Aufwand verursachen würde, in diese Richtung *Rickli, L./Wiegmann, A.*, Begründung einer einkommens- und vermögensunabhängigen Eingliederungshilfe anhand der UN-Behindertenrechtskonvention, SRa 2014, S. 45 (57) m. w. N.; der bloße Einsatz zusätzlicher Ressourcen oder das Entstehen eines Mehraufwandes ist nicht ausreichend, siehe *Aichele/Althoff* (Anm. 6), Rn. 44. Im Eilrechtsschutz lässt VG Münster, Beschluss vom 4. Juli 2014 – 1 L420/14 –, BeckRS 2014, 55991, „nicht mit vertretbarem Aufwand erfüllbare personelle und sachliche Voraussetzungen“ genügen.
- 8 *Aichele/Althoff* (Anm. 6), S. 104, Rn. 67 f.; *Dörschner, D.*, Die Rechtswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland am Beispiel des Rechts auf inklusive Bildung, Münster u. a. 2014, S. 131; *Riedel* (Anm. 6), S. 46 f.; so im Ergebnis Sächs. LSG, Beschluss vom 3. Juni 2010 – 7 SO 19/09 B ER –, juris, Rn. 38 und VGH Kassel, Beschluss vom 17. Juni 2013 – L 4 SO 60/13 B ER –, juris, Rn. 11; a. A. VG Berlin, Beschluss vom 20. November 2009 – 3 L 1103.09 –, juris, Rn. 29 f.

Die Rechtsprechung verneint die unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts auf inklusive Bildung hingegen häufig unter Hinweis auf die fehlende Bestimmtheit<sup>9</sup> oder den bloßen Programmcharakter der UN-BRK.<sup>10</sup> Das BVerwG hielt Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 UN-BRK „deshalb nicht [für] unmittelbar anwendbar“, „weil ihnen die erforderliche Bestimmtheit fehlt“ und sprach in diesem Zusammenhang von „Zielvorgaben für die Integration behinderter Menschen in das staatliche Schulsystem“.<sup>11</sup> Diese Formulierungen griff die jüngere Rechtsprechung auf, um die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 UN-BRK allgemein auszuschließen<sup>12</sup> oder gar jegliche Verpflichtung aus der UN-BRK zu konkreten Maßnahmen zu negieren.<sup>13</sup> Das Urteil bezog seine Aussagen allerdings ausdrücklich auf die fehlenden „konkreten“ Aussagen der UN-BRK zu „behindertengerechten Modalitäten der Bewertung schulischer Leistungen und deren Dokumentation im Abschlusszeugnis“<sup>14</sup> und negierte damit lediglich unmittelbar anwendbare Vorgaben der UN-BRK über die Art und Weise der Leistungsbewertung und -dokumentation für Schülerinnen und Schüler mit Behinderung, ohne eine Aussage zu weiteren Gehalten des Art. 24 UN-BRK zu treffen.

Zudem klassifiziert die Tatsache, dass Art. 24 Abs. 2 UN-BRK mit der Formulierung die Vertragsstaaten „stellen (...) sicher“ („ensure“) eingeleitet wird, diese Bestimmung nicht als bloße Zielvorgabe,<sup>15</sup> zumal sie auch vor Rechtsgehalten steht, die anerkanntermaßen unmittelbar anzuwenden sind.<sup>16</sup> Vielmehr umfasst der Wortsinn auch den Bedeutungsgehalt, dass der jeweilige Vertragsstaat Diskriminierungen aufgrund von Behinderungen zu unterlassen hat.<sup>17</sup> Ein solcher Diskriminierungsschutz begründet einen subjektiven Kern, der nach anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen unmittelbar anwendbar ist.<sup>18</sup>

Weiter verpflichtet Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK dazu, „ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit“ ein „inklusives Bildungssystem auf allen Ebenen“ zu gewährleisten.<sup>19</sup> Er enthält damit die Wertentscheidung, nach der ausschließlich ein inklusives Bildungs-

9 VGH Kassel (Anm. 3), Rn. 30 ff.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. September 2009 – 2 ME 278/10 –, juris, Rn. 11 ff., 14; Bay. LSG, Beschluss vom 2. November 2011 – L 8 SO 164/11 B ER –, juris, Rn. 64; VG Aachen, Urteil vom 3. September 2014 – 9 L 522/14 –, juris, Rn. 8; VG Augsburg, Beschluss vom 10. August 2015 – Au 3 E 15.1046 –, BeckRS 2016, 42187.

10 VGH Kassel (Anm. 3), Rn. 27 ff.; vgl. VG Augsburg (Anm. 9); differenzierter, das im Ergebnis bestätigende VGH München, Beschluss vom 4. September 2015 – 7 CE 15.1791 –, BeckRS 2015, 52501. Eine Übersicht über die gegen die unmittelbare Anwendbarkeit vorgebrachten Argumente einschließlich weiterer Rechtsprechungshinweise enthält *Bernhard* (Anm. 2), S. 80 ff.

11 BVerwG, Urteil vom 29. Juli 2015 – 6 C 35.14 –, BeckRS 52457.

12 LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 25. Februar 2016 – L 8 SO 52/14 –, BeckRS 2016, 69529, Rn. 25; VG Aachen, Beschluss vom 5. Januar 2016 – 9 L 977/15 –, BeckRS 2016, 40740; VG Aachen, Beschluss vom 5. Januar 2016 – 9 L 1026/15 –, BeckRS 2016, 41423.

13 VGH München, Beschluss vom 5. Oktober 2015 – 7 ZB 15.768, 7 ZB 15.783 –, NVwZ-RR 2016, 51 (51), Rn. 8.

14 BVerwG (Anm. 11).

15 So etwa das Argument von VGH Kassel (Anm. 3), Rn. 31 und LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18. Juli 2013 – L SO 4642/12 –, juris, Rn. 58.

16 Wie z. B. das Recht auf die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen.

17 *Riedel/Arend* (Anm. 3), S. 1347.

18 *Degener, T.*, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 (217); v. *Bernstorff* (Anm. 5), S. 214 f.; *Riedel, E./Arend* (Anm. 3), S. 1348; Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme zur UN-BRK, Berlin 2009, S. 10.

19 Die Verpflichtung zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems ist wegen der Betroffenheit des Kerngehalts unmittelbar anwendbar, wenn ein Staat nicht ein Minimum an inklusiven Bildungseinrichtungen bereitstellt, siehe *Dörschner* (Anm. 8), S. 127 f.; *Rothfritz, L. P.*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Rechte von Menschen mit Behinderung, Frankfurt a. M. u. a. 2010, S. 381.

system als diskriminierungsfrei anzusehen ist.<sup>20</sup> Diese Wertentscheidung fordert im Sinne eines Optimierungsgebotes, möglichst allen Menschen mit Behinderung Unterricht an Schulen der Regelform zu gewähren.<sup>21</sup> Denn nur so lassen sich Diskriminierungen durch nicht-inklusiven Unterricht vermeiden. Darüber hinaus tangiert die Versagung inklusiven Unterrichts den nach völkerrechtlichen Grundsätzen unmittelbar anwendbaren Kernbereich des Rechts auf Bildung.<sup>22</sup>

Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts auf Zugang zu einer Schule der Regelform wird weiter eingewandt, dass die „Verpflichtung zu einem inklusiven Schulangebot in einem unauflösbaren Zusammenhang mit Veränderungen der institutionellen Rahmenbedingungen im Schulwesen“ stehe, für die den Vertragsstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum zukomme.<sup>23</sup> Auch wendet sich die UN-BRK gegen die sog. „graue Inklusion“, die mangels Bereitstellung hinreichender Ressourcen nicht jedem Kind gerecht wird. Zwar trifft es zu, dass die Verwirklichung des Zugangsanspruches im Einzelfall, soweit sie in einer gewissen Häufung auftritt, eine institutionelle Lösung erfordern kann, die im Ermessen des Vertragsstaates steht.<sup>24</sup> Trotz der engen Verknüpfung unterscheidet Art. 24 UN-BRK allerdings klar zwischen der in Absatz 1 geregelten Verpflichtung, die institutionellen Voraussetzungen zu schaffen, und den in Absatz 2 lit. a und b UN-BRK normierten Zugangsrechten. Zu berücksichtigen ist zudem, dass das Recht auf angemessene Vorkehrungen unmittelbar anwendbar ist. Sind indes bereits die zugangsermöglichenden Maßnahmen, die die Modalitäten – das „Wie“ – des Zugangs betreffen und sehr eng mit den institutionellen Rahmenbedingungen des Schulwesens verknüpft sind, unmittelbar anwendbar, so muss dies erst Recht für das Recht auf Zugang zu einer Schule der Regelform,<sup>25</sup> also das „Ob“ des Zugangs, selbst gelten. Darüber hinaus, hat der Ausschuss über die Rechte von Menschen mit Behinderungen („CRPD“) Deutschland explizit dazu aufgefordert, seiner Verpflichtung „nachzukommen, Kinder mit Behinderungen die Aufnahme in Schulen der Regelform mit sofortiger Wirkung zu ermöglichen“, sowie ein gerichtlich durchsetzbares Recht vorzusehen, dass „auf allen Bildungsebenen angemessene Vorkehrungen“ bereit gestellt werden.<sup>26</sup> Die Umsetzung dieser Empfehlungen erfordert, das Recht auf Zugang zu einer Schule der Regelform sowie das Recht

20 Weiterführend *Latham & Watkins*, Völkerrechtliche Fragen des inklusiven Unterrichts in Deutschland im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Gutachten erstellt für die Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben – gemeinsam lernen e.V.), S. 10, 19; so auch *Dörschner* (Anm. 8), S. 128. Nach *Riedel* (Anm. 6), S. 29 enthält die UN-BRK eine Grundsatzentscheidung für inklusive Schulbildung, einen Grundsatz *in dubio pro inclusione*.

21 Vgl. *Welti* (Anm. 2), S. 36 gemeinsamer Schulbesuch als der von der UN-BRK vorgesehene Regelfall; *Riedel* (Anm. 6), S. 22 ff. und *Bernhard* (Anm. 2), S. 85, die auch auf die Schranken des Zugangsrechts wie etwa die Gefährdung des Kindeswohls hinweisen.

22 *Riedel/Arend* (Anm. 3), S. 1348; *Riedel* (Anm. 6), S. 22. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Kerngehaltes der Rechte *Degener* (Anm. 18), S. 217.

23 *Poscher/Rux/Langer* (Anm. 2), S. 38; *Krajewski, M.*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, 120 (123).

24 Zum Ermessen: UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 29; *Krajewski/Bernhard* (Anm. 2), Rn. 24; *Krajewski* (Anm. 23), S. 123 f.

25 Der Zugangsanspruch gilt für Grundschulen und weiterführende Schulen. Zwar ließe sich argumentieren, die Zulassung zu einer weiterführenden Schule setze einen Umsetzungsspielraum voraus, da die Schulverwaltung darüber entscheidet, welche der weiterführenden Schulen – Gymnasium, Mittelschule, Realschule etc. – ein Kind mit Behinderung besucht. Indem Art. 24 Abs. 2 lit. b UN-BRK allerdings den Zugang zum „Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen“ in einem Atemzug nennt, bringt er zum Ausdruck, dass im Hinblick auf das „Ob“ des Zugangs zu einer weiterführenden (Regel-)Schule kein Umsetzungsspielraum besteht. Kinder mit Behinderung haben damit einen Anspruch auf Zulassung an einer weiterführenden Schule, auch wenn sie über die Art der Schule nicht selbst bestimmen können. Dieses Ergebnis bestätigt auch Art. 24 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK, der ein inklusives Bildungssystem „auf allen Ebenen“ fordert und damit Differenzierungen zwischen den Ebenen prinzipiell ausschließt.

26 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, CRPD/C/DEU/CO/1 vom 17. April 2015, Ziff. 46 lit. b und c.

auf angemessene Vorkehrungen unmittelbar anzuwenden. Indem das Zugangsrecht von einem ebenfalls unmittelbar anwendbaren Recht auf Bereitstellung angemessener Vorkehrungen begleitet wird, wird sichergestellt, dass im Einzelfall diejenigen Maßnahmen getroffen werden, damit der Unterricht allen Schülerinnen und Schülern mit und ohne Behinderung und unabhängig von der Behinderungsform gerecht werden kann und damit „graue Inklusion“ vermieden wird. Unabhängig von der Regelungswirkung im Einzelfall bezweckt der individuelle Anspruch der Schülerinnen und Schüler mit Behinderung auch, Druck auf die Vertragsstaaten aufzubauen, um die institutionellen Voraussetzungen inklusiver Bildung schnellstmöglich zu schaffen<sup>27</sup> und damit im Einzelfall häufig auftretende Probleme einer generellen Lösung zuzuführen.

## 2 Maßnahmen zur schrittweisen Verwirklichung der Rechte der UN-BRK

Art. 4 Abs. 2 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, „unter Ausschöpfung [...] verfügbarer Mittel [...] Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung“ der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der UN-BRK zu erreichen.

### 2.1 Vorbehalte der progressiven Realisierung als Instrumente, um unterschiedliche Leistungs- und Umsetzungsfähigkeiten der Vertragsstaaten zu berücksichtigen

Dieser sog. Vorbehalt der progressiven Realisierung bezweckt – in der UN-BRK wie in anderen UN-Übereinkommen –, den unterschiedlichen Ausgangslagen und Möglichkeiten der verschiedenen Vertragsstaaten bei der Umsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte Rechnung zu tragen.<sup>28</sup> Er erlaubt den Umfang der jeweiligen völkerrechtlichen Umsetzungsverpflichtung für jeden Vertragsstaat einzeln unter Würdigung seiner individuellen Leistungsfähigkeit zu bestimmen.<sup>29</sup> Ziel ist ein „dynamischer Veränderungsprozess“.<sup>30</sup>

Diesem Zweck widerspricht es, Vorbehalte der progressiven Realisierung als dauerhafte Entschuldigung für das Ausbleiben der erforderlichen Maßnahmen oder für eine Verzögerung oder ein Aufschieben der Implementierung zu interpretieren.<sup>31</sup> Denn bereits der Wortlaut verlangt ein Ergreifen von Maßnahmen unter „Ausschöpfung (...) verfügbarer Mittel“.

27 Vgl. CRPD, Draft General Comment No. 3 (Anm. 3), Rn. 28: „The extent to which reasonable accommodation is provided must be considered in the light of the State party’s overall obligation to develop an inclusive education system. It is not acceptable, for example, that States parties evade taking any steps to develop an inclusive education system, using the lack of resources and high cost as justification.“

28 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 7 f.; vgl. auch *Krajewski* (Anm. 23), S. 123.

29 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 9; *Dörschner* (Anm. 8), S. 91; *Alston, P./Quinn, G.*, The Nature and Scope of States Parties’ Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly* 1987, S. 156 (174).

30 Vgl. *Dörschner* (Anm. 8), S. 93.

31 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 13; *Klee, K.*, Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Stuttgart u. a. 2000, S. 115; *Krajewski* (Anm. 23), S. 123; vgl. zum UN-Sozialpakt *Alston/Quinn* (Anm. 29), S. 175.



## 2.2 Vorbehalte progressiver Realisierung und ihre Auslegung in völkerrechtlichen Verträgen

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966<sup>32</sup> („UN-Sozialpakt“) sowie das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989<sup>33</sup> („UN-KRK“) enthalten ähnlich formulierte Vorbehalte der progressiven Realisierung, die in der Praxis der Vertragsausschüsse, die die Umsetzung dieser älteren Übereinkommen überwachen, Konkretisierung erfahren haben.

### 2.2.1 Der Vorbehalt der progressiven Realisierung im UN-Sozialpakt

Art. 2 Abs. 1 UN-Sozialpakt verpflichtet jeden Vertragsstaat, „unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.“ Bereits der Wortlaut „Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten“ verdeutlicht die erhebliche Tragweite der Staatenverpflichtung. Zudem entschieden sich die Vertragsstaaten im Zuge der Vertragsverhandlungen bewusst für die Formulierung „achieving progressively the full realization“ anstatt „progressive implementation“.<sup>34</sup> Sie unterstrichen damit, dass die Verpflichtung, die Rechte in das innerstaatliche Recht umzusetzen, von Anfang an besteht und nur die Verwirklichung der Rechte schrittweise erfolgen darf.<sup>35</sup>

Entsprechend sind die Vertragsstaaten gehalten, bewusste, konkrete sowie gezielte Maßnahmen – gesetzgeberischer, administrativer oder sonstiger Natur – zu ergreifen, um eine sukzessive Realisierung des UN-Sozialpaktes innerhalb eines angemessen kurzen Zeitraums zu erreichen.<sup>36</sup> Die volle Verwirklichung der Rechte ist so „schnell und wirksam wie möglich“ anzustreben.<sup>37</sup> Der Vertragsstaat muss die Verteilung seiner Ressourcen dabei auf vernünftige und angemessene Erwägungen stützen.<sup>38</sup> Selbst im Falle eines Mangels an Ressourcen darf er nicht vollständig untätig bleiben und von unverzüglichen Umsetzungsmaßnahmen absehen; er hat jedenfalls ein Mindestmaß des Schutzes der verbürgten Rechte zu gewährleisten.<sup>39</sup>

### 2.2.2 Der Vorbehalt progressiver Realisierung in der UN-Kinderrechtskonvention

Auch im Rahmen von Art. 4 UN-KRK müssen die Vertragsstaaten darlegen, dass sie Maßnahmen getroffen haben, um die in der KRK verbürgten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte

32 BGBl. 1973 II, S. 1569; der UN-Sozialpakt trat am 3. Januar 1976 in Kraft.

33 BGBl. 1992 II, S. 121; die UN-KRK trat am 5. April 1992 in Kraft.

34 *Alston/Quinn* (Anm. 29), S. 175; *Klee* (Anm. 31), S. 115 f.

35 Vgl. *Simma, B.*, Soziale Grundrechte und das Völkerrecht, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 83 (86).

36 Committee on Economic, Social and Cultural Rights („CESCR“), Statement, UN Doc. E/C.12/2007/1 vom 10. Mai 2007, Ziff. 3 sowie bereits CESCR, General Comment No. 3, UN Doc. E/1991/23 vom 14. Dezember 1986, Ziff. 2.

37 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 23; *Klee* (Anm. 31), S. 115 f. m. w. N.; *Alston/Quinn* (Anm. 29), S. 175; *Trilsch, M.*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Heidelberg 2012, S. 26; vgl. auch *Simma* (Anm. 35), S. 86 f.

38 CESCR, Statement (Anm. 36), Ziff. 4; UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 73 f.

39 CESCR, Statement (Anm. 36), Ziff. 4; UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 43.

„unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel“ umzusetzen.<sup>40</sup> Zu solchen Maßnahmen zählt etwa Gesetzgebung, die Einrichtung von koordinierenden und überwachenden Stellen staatlicher und nichtstaatlicher Art oder die Entwicklung und Umsetzung von angemessenen Politiken und Programmen.<sup>41</sup> Bei äußerster Knappheit der vorhandenen Mittel haben sie sich zu bemühen, die verbürgten Rechte trotz aller Umstände bestmöglich zu gewährleisten.<sup>42</sup>

### 2.3 Konkretisierung des Vorbehaltes progressiver Realisierung in Art. 4 Abs. 2 UN-BRK im Hinblick auf das Recht auf inklusive Bildung nach Art. 24 UN-BRK

Nach dem Willen der Vertragsstaaten sollte sich die Formulierung des Vorbehaltes der progressiven Realisierung in Art. 4 UN-BRK an Art. 4 UN-KRK orientieren,<sup>43</sup> einer Vorschrift, die ihrerseits bereits an der entsprechenden Regelung im UN-Sozialpakt ausgerichtet worden war.<sup>44</sup> Die Anwendung der zu den genannten Übereinkommen entwickelten Grundsätze entspricht mithin dem Willen der Vertragsstaaten.<sup>45</sup>

Auch der im Vergleich zu Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt oder zu Art. 4 UN-KRK atypische Zusatz „unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“ hat keine Auswirkungen auf den Inhalt und den Umfang der Verpflichtung zur schrittweisen Umsetzung der Konventionsrechte.<sup>46</sup> Denn er nimmt lediglich – in Anerkennung zwischenzeitlicher Entwicklungen im Völkerrecht – unmittelbar anwendbare Gewährleistungsgehalte vom Anwendungsbereich des Vorbehalts progressiver Realisierung aus, ohne jedoch die Grundsätze zu Inhalt und Umfang dieses Vorbehalts zu ändern.<sup>47</sup>

#### 2.3.1 Materielle Verpflichtung

Bereits der Wortlaut, insbesondere in der maßgeblichen englischen Sprachfassung, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet sind, „to take measures to the maximum of available resources“, verdeutlicht, dass die Vertragsstaaten alles, ihnen nach ihrer konkreten Leistungs- und Umsetzungsfähigkeit Mögliche unternehmen müssen, um die volle Verwirklichung der Konventionsrechte zu erreichen.<sup>48</sup> Auch im Rahmen der UN-BRK wählten die Vertragsstaaten den Begriff der vollen Verwirklichung („full realization“) und nicht der Umsetzung („implementation“), um den Ver-

40 Committee on the Rights of the Child (“CRC”), General Comment No. 5, UN Doc. CRC/GC/2003/5 vom 27. November 2003, Ziff. 7 f.

41 CRC (Anm. 40), Ziff. 9.

42 CRC (Anm. 40), Ziff. 8, der auf CESCR, General Comment No. 3 (Anm. 35), Ziff. 11 verweist.

43 Vgl. Ad hoc-Committee, report of the fourth session of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, UN Doc. A/59/360 vom 14. September 2004, Annex IV, Ziff. 7; Dörschner (Anm. 8), S. 93.

44 CRC (Anm. 40), Ziff. 5, der für die Auslegung des in der UN-KRK enthaltenen Vorbehalts progressiver Realisierung ergänzend auf die Kommentierung des Sozialpaktausschusses verweist.

45 Vgl. CRPD (Anm. 3), Ziff. 40.

46 Vgl. Riedel (Anm. 6), S. 13 f.; siehe dazu auch bereits Latham & Watkins (Anm. 20), S. 13 f.

47 v. Bernstorff, J., Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 2007, 1041 (1051) spricht von einem lediglich „klarstellenden Zusatz“.

48 CESCR, Statement (Anm. 36), Ziff. 4. Vgl. Mißling/Ückert (Anm. 2), S. 65 betonen den zwingenden Charakter der völkerrechtlichen Pflicht.

pflichtungscharakter der Konventionsrechte zu unterstreichen.<sup>49</sup> Im Rahmen der UN-BRK wird daher – wie für den UN-Sozialpakt sowie die UN-KRK – zu fordern sein, dass die Vertragsstaaten, bewusste, konkrete sowie gezielte Maßnahmen ergreifen. Unterlässt ein Vertragsstaat entsprechende Maßnahmen, verletzt er die völkerrechtliche Verpflichtung, die in der UN-BRK vorgesehenen Rechte Schritt für Schritt zu verwirklichen.

### 2.3.1.1 Ziel- und Strategiedefinition

Aus der Formulierung „with a view to achieving progressively the full realization of these rights“ folgt, dass die Vertragsstaaten zunächst konkrete Ziele auszuweisen haben, die nachvollziehbar und so klar und präzise wie möglich zu formulieren sind.<sup>50</sup>

Die zu erstellenden Strategien<sup>51</sup> und Aktionspläne müssen erkennen lassen, dass sich der Vertragsstaat substantiiert damit auseinandergesetzt hat, wie er die Ziele der UN-BRK in seiner Rechtsordnung verwirklichen kann. Dies erfordert zunächst eine Bestandsaufnahme über den aktuellen Umsetzungsgrad des zu verwirklichenden Rechts.<sup>52</sup> Entsprechend verpflichtet Art. 31 Abs. 1 UN-BRK die Vertragsstaaten ausdrücklich dazu, „geeignete Informationen zu sammeln (...) einschließlich statistischer Angaben und Forschungsdaten“. Die zu entwickelnden kohärenten und zielausgerichteten Strategien müssen auf die bei der Bestandsaufnahme erkannten spezifischen Herausforderungen eingehen und klare Indikatoren und Benchmarks angeben, um den Fortschritt der Zielerreichung beurteilen zu können.<sup>53</sup> Für das Recht auf inklusive Bildung kommen als quantitative Indikatoren etwa Angaben über die Anzahl der in Schulen der Regelform eingeschriebenen Kinder mit Behinderung und als qualitative Indikatoren z. B. die Qualität der Lehrpläne im Hinblick auf den Umgang mit inklusiver Beschulung in Betracht.<sup>54</sup>

Die Strategien sowie die daraus zu entwickelnden Pläne haben die für die Erreichung der definierten Einzelziele „notwendigen finanziellen und personellen Ressourcen auf allen Ebenen“ und konkrete Zeitvorgaben anzugeben.<sup>55</sup>

In Gliedstaaten sind die Strategien und Aktionspläne der unterschiedlichen Verwaltungsebenen inhaltlich aufeinander abzustimmen.<sup>56</sup> So hat etwa der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen in seinen abschließenden Bemerkungen zu Deutschland die „uneinheitliche Entwicklung von Aktionsplänen“ kritisiert und empfohlen, dass „die Bundesregierung, alle Landesregierungen und Kommunalverwaltungen übergreifende menschenrechtsbasierte Aktionspläne aufstellen, die (...) angemessene Maßnahmen (...), Ziele und Indikatoren zur Überwachung“ der

49 Siehe dazu bereits zum UN-Sozialpakt unter Ziff. 2.2.1. Vgl. auch CRPD Draft General Comment No. 4 (Anm. 3), Ziff. 39, der darauf hinweist, dass Art. 4.2 im Lichte des Gesamtkonventionszieles zu lesen ist, klare Verpflichtungen für Staaten zu schaffen.

50 Dörschner (Anm. 8), S. 97. Vgl. CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. b, 46 lit. a; zum UN-Sozialpakt: CESCR Statement (Anm. 36), Ziff. 8 lit. a; CESCR, General Comment (Anm. 36), Ziff. 2; Simma (Anm. 35), S. 86.

51 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 37 bezeichnet die Formulierung nationaler Strategien als „Minimum“.

52 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 39.

53 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 40; ausführlich zur Verwendung von Indikatoren und Benchmarks Ziff. 47–54.

54 Vgl. CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. b; Bericht des UN-Sonderberichterstatters Muñoz vom Recht von Menschen mit Behinderung auf Bildung, UN Doc. A/HRC/4/29 vom 19. Februar 2007, Ziff. 45; Aichele, V., Behinderung und Menschenrechte: Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung, APuZ 2010, 13 (18).

55 CRPD (Anm. 26), Ziff. 46 lit. a.

56 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 41 spricht von einer „effective coordination of efforts“.



UN-BRK festlegen.<sup>57</sup> Im Sinne der „konsequenten Verfolgung eines konventionskonformen, menschenrechtsbasierten Ansatzes“<sup>58</sup> wäre es zudem hilfreich, wenn die Bundesregierung qualitative Standards für gute Aktionspläne entwickeln würde.<sup>59</sup>

### 2.3.1.2 Durchführung von Maßnahmen zur Erreichung der definierten Ziele

Die Vertragsstaaten sind sodann verpflichtet, konkrete Maßnahmen zur Erreichung der definierten Ziele durchzuführen.<sup>60</sup> Zu den denkbaren Maßnahmen zählen dabei nicht nur der Erlass von Gesetzen und Verordnungen,<sup>61</sup> sondern gleichermaßen die Bereitstellung von Rechtsmitteln<sup>62</sup> sowie sonstige verwaltungsrechtliche, finanzielle, soziale und bildungstechnische Maßnahmen (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und b UN-BRK).<sup>63</sup> In Bezug auf die Gewährleistung eines Rechts auf inklusive Bildung sind Maßnahmen gefordert, um die Zugänglichkeit des gesamten Bildungssystems zu schaffen (und nicht nur, wenn die Zugänglichmachung als angemessene Vorkehrung im Einzelfall gefordert ist), wie z. B. die Verfügbarkeit von Lehrbüchern und Lernmaterialien in für Kinder mit unterschiedlichen Behinderungen zugänglichen Formaten, die Zugänglichkeit von Schulgebäuden sichernde bauliche Maßnahmen<sup>64</sup> oder die Schulung von Lehrern, um Unterricht zu ermöglichen, der allen Kindern, ob mit oder ohne Behinderung und unabhängig von der Art der Behinderung, gerecht wird. Da die UN-BRK keine Aussagen darüber enthält, auf welche Weise und durch welche Maßnahmen ein inklusives Schulsystem zu realisieren ist, steht nur fest, dass konkrete Maßnahmen getroffen werden müssen; die konkrete Ausgestaltung der Maßnahmen steht grundsätzlich im Ermessen des Vertragsstaates.<sup>65</sup>

### 2.3.1.3 Überwachung der Realisierung der Konventionsrechte sowie „Fortschrittsdokumentation“

Die Verpflichtung zu einer progressiven Realisierung bedingt, dass die Vertragsstaaten die Verwirklichung der Konventionsrechte sowie die Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen kontinuierlich überwachen und auswerten müssen.<sup>66</sup> Dies erfordert zunächst, dass die für die Zielerreichung festgelegten quantitativen und qualitativen Daten systematisch erfasst<sup>67</sup> und für die Beurteilung der Zielverwirklichung ausgewertet werden (Art. 35 Abs. 2 UN-BRK). Den Status und die erkennbaren

57 CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. b.

58 Vgl. die Formulierung in CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. a.

59 So die Empfehlung im Rahmen der Antwort der BRK-Allianz (Allianz deutscher Nichtregierungsorganisationen) zur List of Issues, S. 3.

60 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 18 spricht von einer „immediate obligation (...) to undertake deliberate, concrete and targeted measures“/„to make progress“; Deutsches Institut für Menschenrechte (Anm. 18), S. 2; vgl. Studie des UN Hochkommissariats für Menschenrechte, UN Doc. A/HRC/10/48 vom 26. Januar 2009, Ziff. 21 ff.; *Aichele* (Anm. 52), S. 18; CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. b, a. A. VGH München (Anm. 13), S. 51, Rn. 8.

61 Vgl. UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 30 „a basic first step (...) is to ensure that domestic legislation is in full conformity with the provision of that treaty“; Gesetzgebung als „indispensable element“.

62 UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 30.

63 Vgl. CESC (Anm. 36), Ziff. 3; vgl. auch *Dörschner* (Anm. 8), S. 96.

64 CRPD, Draft General Comment No. 4, (Anm. 3), Ziff. 21 f.

65 Vgl. UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 29; VGH München (Anm. 10).

66 CRPD (Anm. 26), Ziff. 8 lit. b; UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 42; *Aichele* (Anm. 54), S. 18; *Dörschner* (Anm. 8), S. 92.

67 CRPD (Anm. 26), Ziff. 58; siehe ebenso bereits die Aufforderung zur zeitnahen Erhebungen zu den finanziellen Ressourcen im Rahmen der Antwort der BRK-Allianz (Anm. 59), S. 13.

Fortschritte haben die Vertragsstaaten schließlich im Rahmen einer aussagekräftigen Berichterstattung über die Lage von Menschen mit Behinderung aufzuzeigen (vgl. Art. 35 Abs. 1 UN-BRK).<sup>68</sup>

### 2.3.1.4 Zeitraum für die volle Verwirklichung des Rechts auf Inklusion

Der Vorbehalt der progressiven Realisierung räumt den Vertragsstaaten Spielraum ein im Hinblick auf den Zeitpunkt, bis zu dem das Recht auf inklusive Bildung voll verwirklicht sein muss. Keinen Spielraum haben die Vertragsstaaten hingegen hinsichtlich der Maßnahmen, um das Ziel der vollen Verwirklichung des Bildungsrechtes zu erreichen. Denn diese Maßnahmen – einschließlich der vorbereitenden Maßnahmen wie die Erstellung der erforderlichen Strategien und Aktions- oder Zeitpläne – sind bereits mit Inkrafttreten der UN-BRK zu treffen.<sup>69</sup>

#### 2.3.1.4.1 Maßnahmen zur Zielerreichung: mit Inkrafttreten der Konvention

Bereits die Formulierung des Vorbehalts der progressiven Realisierung in Art. 4 Abs. 2 UN-BRK „each State Party undertakes to take measures (...) with a view to achieving progressively the full realization of these rights“ stellt klar, dass die Vertragsstaaten mit Inkrafttreten der UN-BRK verpflichtet sind, Maßnahmen zur Verwirklichung (und nicht Umsetzung!)<sup>70</sup> der Konventionsrechte zu treffen. Denn das Adverb „progressively“ bzw. „schrittweise“ bezieht sich allein auf die Erreichung des Ziels der „vollständigen Verwirklichung“ der Konventionsrechte. Hingegen sind nach dem Wortlaut des Artikels die Maßnahmen mit dieser Zielsetzung – nicht lediglich schrittweise, sondern unmittelbar – mit Inkrafttreten der UN-BRK zu ergreifen.<sup>71</sup> Ein Untätigbleiben oder der pauschale Hinweis auf eine langfristige, schrittweise Realisierung sind mithin unzureichend.<sup>72</sup>

Auch ein Rückschritt von bereits vorgenommenen Inklusionsmaßnahmen (sog. retrogressive Maßnahmen) ist grundsätzlich nicht mit Art. 4 Abs. 2 UN-BRK vereinbar,<sup>73</sup> jedenfalls soweit solche Rückschritte in der Verantwortung des jeweiligen Vertragsstaates liegen.<sup>74</sup> Eine Ausnahme kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der betroffene Vertragsstaat Gründe für den Rückschritt

68 Vgl. CRPD, Draft General Comment No. 4 (Anm. 26), Ziff. 61 ff. Weiterführend zur Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Berichterstattung unter Hinweis auf erhebliche Datenlücken *Schröder, H./Schütz, H.*, Fortschritte bei der Inklusion von Menschen mit einer Behinderung? Eine schwierige Berichtspflicht bei unzureichender Datenlage, Behindertenrecht 2011, S. 53 ff.

69 Vgl. CRPD, Draft General Comment No. 4 (Anm. 3), Ziff. 40.

70 Zum Unterschied zwischen dem Begriff der Implementierung und Umsetzung siehe oben 2.2.1.

71 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 18, 38. In diese Richtung VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 21. November 2012 – 9 S 1833/12 – juris, Rn. 60 und SG Karlsruhe, Beschluss vom 21. März 2013 – S 4 SO 937/13 –, juris, Rn. 54, die eine Verpflichtung „voranzuschreiten“ annehmen; lediglich die „Geschwindigkeit der Umsetzung“ ist ressourcenabhängig. Vgl. auch *Saul, B.*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 2014, Art. 2 Abs. 1, S. 152, der fordert, sich dem Ziel der „vollständigen Verwirklichung“ so zügig wie möglich zu widmen, a. A. wohl VGH München (Anm. 10), der verneint, dass „für bestimmte Lebenssachverhalte bestimmte Rechtsfolgen unmittelbar, zwingend und sofort ab Inkrafttreten des Vertrages eintreten sollen“.

72 Für den UN-Sozialpakt: *Trilsch* (Anm. 37), S. 25. Vgl. auch CESCR, Statement (Anm. 36), Ziff. 4.

73 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 19; CESCR Statement (Anm. 35), Ziff. 4; Vgl. CRPD, Draft General Comment No. 4, (Anm. 3), Ziff. 39.; *Dörschner* (Anm. 8), S. 96; *Söllner, S.*, Studiengebühren und das Menschenrecht auf Bildung, Stuttgart 2007, S. 72 und 84 ff. Für eine umfassende Rechtfertigungspflicht im Falle bewusster sozialpolitischer Rückschritte im Kontext des UN-Sozialpakts siehe *Simma* (Anm. 35), S. 86; *Saul* (Anm. 71), S. 152.

74 Vgl. die in CESCR Statement (Anm. 35), Ziff. 10 genannten rechtfertigenden Umstände; *Klee* (Anm. 31), S. 213 ff.

darlegt, aus denen sich ergibt, dass der Rückschritt zwingend ist und die Verringerung von Ressourcen für zukünftige Zielerreichungsmaßnahmen nicht genügt.<sup>75</sup>

Anders formuliert: Auch wenn für jeden Vertragsstaat individuell im Hinblick auf seine Leistungs- und Umsetzungsfähigkeit zu bestimmen ist, wann dieser das Ziel – die volle Verwirklichung des Rechts auf inklusive Bildung – zu erreichen hat, haben sich alle Vertragsstaaten mit Inkrafttreten der UN-BRK auf den Weg zu begeben und Maßnahmen zur Erreichung des Zieles inklusiver Bildung zu treffen. Auf dem Weg zum Ziel ist es ihnen grundsätzlich verwehrt, wieder zum oder in Richtung des Ausgangspunkt(es) zurückzukehren.

#### 2.3.1.4.2 *Erreichung des Zieles der vollen Verwirklichung der UN-BRK-Rechte für jeden Vertragsstaat individuell zu bestimmen*

In Anwendung der zum UN-Sozialpakt entwickelten Grundsätze haben die Vertragsstaaten das Ziel der vollen Verwirklichung der Konventionsrechte „innerhalb eines angemessenen kurzen Zeitraums“ zu erreichen. Versteht man das Recht auf inklusive Bildung als ein sog. „Optimierungsgebot“ – wie seine Ausrichtung auf die Verwirklichung des Inklusionszieles nahelegt – sind die Vertragsstaaten darüber hinaus verpflichtet, die volle Verwirklichung der Rechte so „schnell und wirksam wie möglich“ anzustreben.<sup>76</sup>

Zum Teil nahm die Literatur eine konkrete Verwirklichungsfrist von – nunmehr für Deutschland bereits abgelaufenen – zwei Jahren nach Inkrafttreten der UN-BRK an. Diese Frist wurde zum einen auf eine Analogie zu europarechtlichen Regelungen,<sup>77</sup> zum anderen auf die Verpflichtung nach Art. 35 UN-BRK gestützt, nach der die Vertragsstaaten innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten der UN-BRK einen umfassenden Bericht über die Maßnahmen erstatten, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen getroffen haben.<sup>78</sup>

Zwar verfolgt die in Art. 35 UN-BRK geregelte Berichtspflicht einen gewissen Rechtfertigungszwang, da sie dem betroffenen Vertragsstaat eine Erklärung abverlangt, warum dieser hinsichtlich der Verwirklichung der Konventionsrechte – trotz Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen – erst an dieser Stelle angelangt und noch nicht weiter fortgeschritten ist. Eine Frist, die Konventionsrechte innerhalb des Zweijahreszeitraumes umzusetzen, folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift indes nicht und nahm auch der CRPD in seinen abschließenden Bemerkungen zu Deutschland nicht an. Denn die Vertragsstaaten dürfen nach Art. 31 Abs. 5 UN-BRK im Rahmen ihres Berichts auf „Faktoren und Schwierigkeiten“ hinweisen, die das „Ausmaß der Erfüllung“<sup>79</sup> der Verpflichtungen beeinflussen. Im Falle einer starren Verwirklichungsfrist wäre allein darüber zu entscheiden, ob der Vertragsstaat die Verwirklichungsverpflichtung innerhalb dieser Frist erfüllt hat. Auf die Bewertung des Ausmaßes der Erfüllung der Verpflichtungen käme es nicht an.

Die Vorgabe konkreter Zielerreichungsfristen widerspricht zudem dem Sinn und Zweck von Vorbehalten der progressiven Realisierung.<sup>80</sup> Denn mit Ablauf der starren Verwirklichungsfrist

<sup>75</sup> Vgl. Klee (Anm. 31), S. 215.

<sup>76</sup> UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 23 “implementation at the earliest possible moment”; Klee (Anm. 31), S. 115 f. m. w. N.; Alston/Quinn, (Anm. 29), S. 175; Mißling/Ückert (Anm. 2), S. 65.

<sup>77</sup> Riedel (Anm. 6), S. 36.

<sup>78</sup> VGH Kassel (Anm. 3), Rn. 25.

<sup>79</sup> Hervorhebung durch die Verfasser.

<sup>80</sup> Zum Zweck siehe bereits oben 2.1.

muss sich der betroffene Vertragsstaat rechtfertigen, warum er nach Zeitablauf die volle Verwirklichung des Rechts auf inklusive Bildung noch nicht erreicht hat. Die individuelle Leistungs- und Umsetzungsfähigkeit der einzelnen Vertragsstaaten lässt sich so nur noch unzureichend berücksichtigen. Darüber hinaus überschreitet auch die Festlegung einer bestimmten Frist die Funktionsgrenzen der Auslegung, da sich im Wege der Auslegung von Normen keine konkrete Zahl bzw. kein konkretes Datum ermitteln lässt. Diese ließen sich nur durch den Gesetzgeber festsetzen.<sup>81</sup>

Insoweit in Analogie zu europarechtlichen Regelungen eine Verwirklichungsfrist von zwei Jahren, äußerstenfalls bis Ende der Legislaturperiode angenommen wird,<sup>82</sup> käme dies allenfalls für Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Betracht. Indes dürfte selbst bei diesen z. T. heterogenen Mitgliedsstaaten die Festsetzung auf einen Zweijahreszeitraum zu grob typisieren.

Ungeachtet dessen sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die gesetzten Ziele mit konkreten Zeitvorgaben zu versehen.<sup>83</sup> Ein Nichterreichen der Zeitplanung führt zu Erklärungsbedarf im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens und lässt sich als Indiz für eine nicht vollständige Ausschöpfung verfügbarer Mittel deuten.

### 2.3.1.5 Ressourcenvorbehalt „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“

Art. 4 Abs. 2 UN-BRK bestimmt, dass ein Vertragsstaat die Maßnahmen zur Zielerreichung „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“ zu treffen hat. Entsprechend sind Vertragsstaaten nicht zu Maßnahmen verpflichtet, die über ihre Leistungs- und Umsetzungsfähigkeit – in finanzieller, personeller, technologischer und informationeller Hinsicht – hinausgehen.<sup>84</sup> Sie unterliegen allerdings einer Kontrolle im Hinblick auf die Verteilung ihrer Ressourcen.<sup>85</sup>

#### 2.3.1.5.1 Bemessung der aufzuwendenden Ressourcen

Bereits aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 UN-BRK folgt, dass die Vertragsstaaten ein Höchstmaß der verfügbaren Mittel („the maximum of available resources“) für die volle Verwirklichung der in der UN-BRK verbürgten Rechte einzusetzen haben.<sup>86</sup>

Die Vertragsstaaten haben zunächst die für die Zielerreichung erforderlichen finanziellen und personellen Ressourcen festzulegen.<sup>87</sup>

Da Art. 4 Abs. 2 UN-BRK auf die *verfügbaren* Ressourcen Bezug nimmt, müssen die Vertragsstaaten dafür Sorge tragen, dass sie hinreichend Steuereinnahmen generieren, um ihren Verpflichtungen aus der UN-BRK nachzukommen.<sup>88</sup>

81 Valta, S., Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin 2013, S. 235 ff.

82 Riedel (Anm. 6), S. 36.

83 Siehe oben 2.3.1.1.

84 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 5 ff. Vgl. VGH München (Anm. 10); zum UN-Sozialpakt Söllner (Anm. 73), S. 70 f.

85 Ausführlich dazu UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 57 ff.

86 Zum UN-Sozialpakt Sepúlveda, M., The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen 2003, S. 316 unter Bezugnahme auf Art. 15 lit. e Maastricht Guidelines.

87 CRPD (Anm. 26), Ziff. 46, lit. a.

88 Saul (Anm. 71), S. 144; vgl. UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 63.

Bei der Beurteilung, ob der betroffene Vertragsstaat das Höchstmaß seiner Mittel zur Erreichung der Ziele der UN-BRK eingesetzt hat, sind diese Ressourcen einerseits mit den in dem jeweiligen Bereich – etwa in der Bildung – verfügbaren Mitteln sowie andererseits die dem Vertragsstaat insgesamt zur Verfügung stehenden Mitteln zu vergleichen.<sup>89</sup> Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates ist dabei anhand verschiedener Indikatoren zu bewerten. Dazu zählen u. a. das nationale Steueraufkommen, die Arbeitslosenrate, das durchschnittliche Pro-Kopf-Einkommen oder die durchschnittlichen Lebenshaltungskosten.<sup>90</sup> Weiter lassen sich bei der Bestimmung der aufzuwendenden Ressourcen die Ausgaben für die Zielerreichungsmaßnahmen mit Ausgaben in Bereichen außerhalb des Menschenrechtsschutzes wie etwa den Verteidigungsausgaben vergleichen.<sup>91</sup> Darüber hinaus liegt auch ein Vergleich mit den Zielerreichungsausgaben von Ländern nahe, die einen vergleichbaren Entwicklungsstand aufweisen.<sup>92</sup>

Bei der Bewertung des Mitteleinsatzes ist zu berücksichtigen, dass den Vertragsstaaten ein weiterer Ermessensspielraum zukommt.<sup>93</sup> Denn Art. 24 UN-BRK gibt gerade nicht vor, wie und mit welcher Methode das Recht auf inklusive Bildung zu verwirklichen ist. Die vom Sozialpaktaussschuss entwickelten Grundsätze, nach denen die Verteilung der Ressourcen lediglich auf „vernünftige und angemessene Erwägungen“ zu stützen sind, passen auch für die UN-BRK. Denn auch im Hinblick auf die UN-BRK geht es darum, das völkerrechtliche Souveränitätsprinzip, das erfordert, die Entscheidung der nationalen Parlamente im Hinblick auf den Mitteleinsatz grundsätzlich zu respektieren, und das Gebot einer effektiven Umsetzung sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte miteinander in Einklang zu bringen. In der Praxis der UN-Ausschüsse zeigt sich, dass diese vor allem versuchen, spezifische Probleme zu adressieren, etwa klare Missverhältnisse zwischen der Ressourcenallokation und den entwickelten Programmzielen oder handfeste Unterschiede bei der Förderung spezifischer Gruppen, Regionen oder Sektoren.<sup>94</sup>

### 2.3.1.5.2 Gebot der effizienten Nutzung vorhandener Ressourcen

Die Vertragsstaaten haben die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel „auszuschöpfen“ („to the maximum of available resources“), also bestmöglich zur Verwirklichung des Rechts auf inklusive Bildung zu nutzen.<sup>95</sup> Ausgaben sind so zu priorisieren, dass sie Mittel von nicht-essentiellen Verwendungen auf solche umlenken, die für die Verwirklichung der Inklusion essentiell sind.<sup>96</sup>

89 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 58; Dörschner (Anm. 8), S. 98; Klee (Anm. 31), S. 122 ff.; Sepúlveda (Anm. 86), S. 316. Vgl. CRC, General Comment No. 9, CRC/C/GC/9 vom 28. Februar 2007, Ziff. 20.

90 Kallehauge, H., General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is responsible for the Implementation and how should it be performed? in: Arnardóttir/Quinn (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives, Leiden 2009, S. 201 (210); Dörschner (Anm. 8), S. 98; Sepúlveda (Anm. 86), S. 316.

91 Sepúlveda (Anm. 86), S. 316 f. vgl. auch UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 65.

92 Dörschner (Anm. 8), S. 98 f.; Sepúlveda (Anm. 86), S. 316 f. Vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen (Anm. 12), Rn. 20.

93 UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 29 spricht von einem „wide margin of appreciation“; Leitlinien für die Rechtsanwendung finden sich in Ziff. 69 ff., u. a. wird eine Anlehnung an die margin of appreciation-Lehre des EGMR vorgeschlagen.

94 Vgl. UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 65.

95 The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1986, UN Doc. E/CN.4/1985/4 vom 8. Januar 1987, Ziff. 23, die eine „effektive“ Verwendung verfügbarer Ressourcen fordern. Vgl. auch UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 64.

96 In diesem Zusammenhang hat vor allem die Verwirklichung des Mindeststandards – „minimum core obligation“ – oberste Priorität, siehe UNHCFHR (Anm. 3), Ziff. 43 lit. d.



Wegen des weiten Ermessensspielraumes der Vertragsstaaten ist eine Konventionsverletzung nur anzunehmen, wenn die Ressourcenverwendung offensichtlich ineffizient ist. Indiz hierfür kann u. a. die Nichtinanspruchnahme budgetierter Mittel etwa infolge von Korruption sein.<sup>97</sup> Weiter kann eine Vielzahl unterschiedlicher Einzelmaßnahmen, die inhaltlich in keinerlei Hinsicht aufeinander abgestimmt sind und infolgedessen völlig inkohärente Wirkungen erzielen, auf eine ineffiziente Ressourcennutzung hinweisen.<sup>98</sup>

### 2.3.1.5.3 Situation der Mittelknappheit

In Anwendung der zum UN-Sozialpakt und zur UN-KRK entwickelten Grundsätze dürfen die Vertragsstaaten auch in der Situation der Mittelknappheit nicht untätig bleiben. Sie sind verpflichtet, unverzügliche Umsetzungsmaßnahmen vorzusehen, die ein Mindestmaß des Schutzes der Konventionsrechte gewährleisten.<sup>99</sup>

### 2.3.1.5.4 Verringerung der Ressourcen

Grundsätzlich dürfen die Vertragsstaaten – wie bereits der Wortsinn des Begriffes „schrittweise“ verdeutlicht – auf dem einmal eingeschlagenen Weg der Rechteverwirklichung nicht umkehren.<sup>100</sup> Entsprechend darf ein Vertragsstaat im Fall der Verringerung seiner ihm insgesamt zur Verfügung stehenden Ressourcen grundsätzlich nur Mittel für zukünftige Maßnahmen vermindern. Auch dann bleibt allerdings die Verpflichtung zu unverzüglichen Umsetzungsmaßnahmen zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an Schutz bestehen.

### 2.3.1.5.5 Unanwendbarkeit des Ressourcenvorbehaltes im Hinblick auf die Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems

Studien legen nahe, dass ein inklusives Bildungssystem für den Vertragsstaat langfristig keine Mehrkosten verursacht, sondern im Gegenteil Kosten einspart. Denn die Kostenlast ist gesamtstaatlich zu ermitteln: Indem die Ausgaben für die Förderschulen (und die langen Wege dorthin) wegfallen, sei ein inklusives Bildungssystem generell günstiger als ein segregierendes Bildungssystem mit allgemeinen und speziellen Schularten.

Zwar entstehen im Zuge der Umstrukturierung Mehrkosten, die vor allem in Gestalt von Personalkosten für Lehrkräfte, Schulpsychologen, Sozialarbeiter und Integrationshelfer sowie für bau-

97 *Sepúlveda* (Anm. 86), S. 317 unter Bezugnahme auf CESCR, Concluding Observations Colombia E/1996/22, Ziff. 200. Dort heißt es: „(...) the government should (...) combat the practice of non-utilization of budget items earmarked for social expenditure in the State's overall budget and ensure that such appropriations are used for the purposes for which they were budgeted“.

98 In diese Richtung geht auch die Kritik des CRPD (Anm. 26), Ziff. 5 an der „uneinheitlichen Entwicklung von Aktionsplänen“.

99 Im Einzelnen siehe dazu UNHCRfHR (Anm. 3), Ziff. 22 ff.; 43; siehe auch *Dörschner* (Anm. 8), S. 99 f.; zum UN-Sozialpakt: *Simma* (Anm. 35), S. 87; *Sepúlveda* (Anm. 86), S. 370.

100 Siehe bereits 2.3.1.4.1.

liche Maßnahmen (Stichwort: Barrierefreiheit) anfallen.<sup>101</sup> Im Gegenzug entfallen allerdings die Personalausgaben, Verwaltungs- und Betriebskosten für die Förderschulen sowie die durch die weiteren Wege verursachten Transportkosten.<sup>102</sup>

Die OECD kam bereits 1994 – bei einer Betrachtung von acht Staaten<sup>103</sup> – zum Ergebnis, dass die Kosten für segregierende Bildungseinrichtungen sieben bis neun Mal höher sind als diejenigen für ein inklusives Bildungssystem.<sup>104</sup> In einer weiteren Studie unter Betrachtung der Gegebenheiten in einem Berliner Bezirk wurden die Kosten pro Schüler an einer Förderschule insgesamt als acht Mal höher beziffert als die Kosten pro Schüler an einer Schule der Regelform.<sup>105</sup> Weiter entstehen Einsparungen durch die verringerte Schulzeit von Schülerinnen und Schülern mit Behinderung.<sup>106</sup> Darüber hinaus bereitet ein inklusives Bildungssystem Kinder und Jugendliche mit Behinderung besser auf den Arbeitsmarkt vor, da sie die soziale Isolation von Schülerinnen und Schülern mit Behinderung mindert und sie frühzeitig auf ein eigenständiges Lernen mit weniger Betreuung vorbereitet.<sup>107</sup> Eine UNESCO-Studie zu Kanada zeigte, dass ein Ausschluss von Menschen mit Behinderung vom Arbeitsmarkt das potentielle Bruttoinlandsprodukt um 7,7 % mindert.<sup>108</sup>

Unter der Prämisse, dass die gesamtwirtschaftlichen Kosten nicht-inklusive Bildung erheblich sind, könnten sich die Vertragsstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems nicht auf den Ressourcenvorbehalt berufen.<sup>109</sup> Denn er bezweckt, die Vertragsstaaten vor nicht tragbaren finanziellen Belastungen zu schützen. Es würde den Zweck der UN-BRK konterkarieren, wenn die Vertragsstaaten den Vorbehalt als Rechtfertigung verwenden, um sich das langfristig teurere, nicht-inklusive Bildungssystem zu leisten.

101 Klemm, K., Zusätzliche Ausgaben für ein inklusives Bildungssystem in Deutschland, Gütersloh 2012, S. 29 und 7, online verfügbar unter <http://www.schul-inklusion.de/studie-inklusion-bertelsmann.pdf> (Stand: 22. Oktober 2017) beziffert den Mehrbedarf an Personal mit 660 Mio. €, wobei er den sonderpädagogischen Förderbedarf durch eine „Doppelzählung“ von Schülerinnen und Schülern berücksichtigt. Die Unterrichtsstunden an der Schule der Regelform werden zu den vormals an der Förderschule benötigten Unterrichtsstunden hinzuaddiert. Ein solches methodisches Vorgehen würde allerdings voraussetzen, dass Schülerinnen und Schüler mit Behinderung an Schulen der Regelform sowohl den Regel- als auch den Förderschulstundenplan absolvieren, was angesichts des dann entstehenden Wochenstundenzahlpensums nicht plausibel erscheint. Andere Studien stellen hohe Anforderungen an die notwendigen Voraussetzungen der Inklusion (so etwa Klassengrößensenkungen, Ganztagschule samt Personal, ein Differenzierungsraum für zwei Klassen, Barrierefreiheit an allen Sekundarschulen, pro Schule eine halbe Psychologenstelle ab vier Kindern mit sonderpädagogischem Förderbedarf, etc.) und gelangen so zu exorbitanten Verwirklichungskosten, siehe Schwarz, A./Weishaupt, H./Schneider, K./Makles, A./Tarazona, M., Mögliche kommunale Folgekosten der Umsetzung der Inklusion im Schulbereich in Nordrhein-Westfalen, Köln 2013, S. 161.

102 Poscher/Rux/Langer (Anm. 2), S. 36, 53 ff.; Preuss-Lausitz, U., Integration Behinderter zwischen Humanität und Ökonomie, in: Tiroler Bildungspolitische Arbeitsgemeinschaft (Hrsg.), Erziehung heute Innsbruck 1998, S. 32–40, Ziff. 2.2.; UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Handbook for parliamentarians on the CRPD: From Exclusion to Equality, Realizing the Rights of Persons with Disabilities, HR/PUB/07/6 (2007), S. 85.

103 Betrachtet wurden die Länder Australien, Dänemark, Italien, Japan, Norwegen, Spanien, Schweden und die USA siehe OECD Report, The Integration of Disabled Children into Mainstream Education: Ambitions, Theories and Practices Paris 1994, S. 40.

104 Peters, S., Inclusive education: Achieving education for all by including those with disabilities and special education needs, World Bank Washington 2003, S. 47; vgl. Muñoz (Anm. 54), Ziff. 37.

105 Preuss-Lausitz (Anm. 102), Ziff. 3.

106 Preuss-Lausitz (Anm. 102), Ziff. 2.4.

107 Preuss-Lausitz (Anm. 102), Ziff. 2.4.

108 Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Inklusion: Leitlinien für die Bildungspolitik, 3. Aufl. Bonn 2014, S. 14.

109 In diese Richtung Riedel (Anm. 6), S. 29, der eine Berufung auf den Ressourcenvorbehalt nur im Fall „organisatorisch und logistisch völlig außer Verhältnis“ stehenden Aufwandes zulässt und betont, dass hierbei zu berücksichtigen ist, dass inklusive Schulsysteme generell kostengünstiger sind. Vgl. auch Bernhard (Anm. 2), S. 84 und Krajewski (Anm. 23), S. 123, die gesteigerte Darlegungs- und Beweislasten für den sich auf den Ressourcenvorbehalt berufenden Vertragsstaat annehmen, und Poscher/Rux/Langer (Anm. 2), S. 37.

Eine Berufung auf den Ressourcenvorbehalt kann folglich allenfalls dann in Betracht kommen, wenn der betroffene Vertragsstaat aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation kurzfristig nicht in der Lage ist, die Mehrkosten im Zuge der Umstrukturierung zu leisten, wobei ein strenger Maßstab anzulegen ist, da durch jedes weitere Schuljahr mit segregierenden Bildungssystemen erhebliche volkswirtschaftliche Mehrkosten entstehen. In jedem Fall trägt der betroffene Vertragsstaat für das Vorliegen der Voraussetzungen des Ressourcenvorbehalts die Darlegungs- und Beweislast.<sup>110</sup>

### 2.3.1.5.6 *Verpflichtung, im Förderschulsystem gebundene Ressourcen in ein inklusives Bildungssystem umzuschichten*

Der Ausschuss empfiehlt Deutschland in seinen abschließenden Bemerkungen das „Förderschulsystem zurückzubauen“.<sup>111</sup> Diese Formulierung könnte auf ein aus der UN-BRK zu entnehmendes Gebot hindeuten, die im Förderschulsystem gebundenen Ressourcen in ein inklusives Bildungssystem einzubringen.<sup>112</sup>

Eine solche Verpflichtung bestünde, wenn es sich bei diesen Mitteln um „verfügbare Mittel“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 UN-BRK handeln würde. Denn diese Ressourcen müssen die Vertragsstaaten „ausschöpfen“, um das Recht auf inklusive Bildung zu verwirklichen.

Einerseits ließe sich argumentieren, dass bereits der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK „available“ auf die Verfügbarkeit und damit möglicherweise die Liquidität der Ressourcen abstellt. Im Förderschulsystem vorhandene Ressourcen sind dort gebunden und mithin nicht verfügbar. Weiter darf der weite Ermessensspielraum der Vertragsstaaten bei der Umsetzung der Rechte der UN-BRK<sup>113</sup> nicht durch umfassende Anforderungen an die Mittelverwendung konterkariert werden, schon gar nicht durch das Instrument des Vorbehalts der progressiven Realisierung, das den Schutz der Vertragsstaaten vor finanzieller Überforderung bezweckt.<sup>114</sup> Die Einordnung der im Förderschulsystem gebundenen Ressourcen als verfügbare und damit auszuschöpfende Mittel führte weiter dazu, dass die Vertragsstaaten diese sofort in ein inklusives Bildungssystem umschichten müssten. Ihnen verbliebe damit – entgegen dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 UN-BRK, der ausdrücklich nur eine schrittweise Verwirklichung fordert – keinerlei zeitlicher Spielraum für die Verwirklichung dieser Rechte.

Andererseits handelt es sich beim Vorbehalt der progressiven Realisierung mitnichten um eine dauerhafte „Schutzklausel“ zu Gunsten der Vertragsstaaten. Art. 4 Abs. 2 UN-BRK regelt vielmehr umfassend die Art und Weise der Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte. Die Bestimmung fordert von den Vertragsstaaten, dass diese ihre Ressourcen bis zum Höchstmaß („to the maximum extent“) ausschöpfen, um die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der UN-BRK und damit das Menschenrecht auf inklusive Bildung zu realisieren. Der UN-BRK ist eine klare Wertung der Vertragsstaaten für ein inklusives Bildungssystem zu entnehmen, so dass insoweit keinerlei Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Obs“ eines inklusi-

110 CESCR Statement (Anm. 36), Ziff. 9; *Sepúlveda* (Anm. 86), S. 334.

111 CRPD (Anm. 26), Ziff. 46 lit. b.

112 In diese Richtung *Poscher/Rux/Langer* (Anm. 2), S. 58 m. w. N. und S. 68; Deutscher Städtetag, Inklusion in der Bildung, Berlin Köln 2011, S. 7.

113 Siehe dazu bereits oben 2.3.1.5.1.

114 Siehe dazu oben 2.1.

ven Bildungssystems mehr besteht.<sup>115</sup> Folge der Entscheidung für ein inklusives Bildungssystem ist die grundsätzliche Abschaffung des segregierenden Förderschulsystems.

Zum Teil wird eine Verpflichtung zur Abschaffung des Förderschulsystems negiert. Die „Begründungserwägungen“ würden einen Inklusionsanteil von 80 % vorsehen<sup>116</sup> und damit gerade nicht die Abschaffung des Förderschulsystems fordern. Dies ist jedoch aus mehreren Gründen unzutreffend. Zum einen bleibt unklar, welches Dokument mit den „Begründungserwägungen“ gemeint sein soll. Betrachtet man die „travaux préparatoires“ und insbesondere den begründeten Entwurf der für die Erarbeitung eines Konventionsentwurf eingesetzten Arbeitsgruppe so enthielt der Entwurf eines Bildungsartikels einen Absatz, der u. a. darauf zielte, das allgemeine Bildungssystem und „specialist education services“ als „not mutually exclusive options“ zu regeln.<sup>117</sup> Dieser Absatz ist nicht in die Behindertenrechtskonvention übernommen worden, was eher gegen die Beibehaltung des Förderschulsystems spricht. Zum anderen können diese vorbereitenden Materialien nach Art. 32 Wiener Vertragsrechtsübereinkommen („WVK“) lediglich subsidiär zur Auslegung der UN-BRK herangezogen werden, wenn die Auslegung nach Artikel 31 WVK die Bedeutung im Dunkeln oder mehrdeutig lässt. Denn anders als die nach Artikel 31 WVK für die systematische Auslegung berücksichtigungsfähigen Dokumente bringen die vorbereitenden Arbeiten nicht den Willen aller am Vertragsabschluss beteiligter Staaten zum Ausdruck. Bereits die Auslegung nach Artikel 31 WVK im Lichte des Zieles und Zweckes der UN-BRK liefert ein eindeutiges Ergebnis und zwar die prinzipielle Pflicht zur Abschaffung des segregierenden Förderschulsystems. Denn nach dem Verständnis der UN-BRK ist allein ein inklusives Bildungssystem als diskriminierungsfrei anzusehen, womit das Recht auf inklusive Bildung eng in die Nähe zu den unmittelbar anwendbaren Diskriminierungselementen und dem Kerngehalt des Rechts auf Bildung rückt und ein segregierendes Bildungssystem nicht mehr dauerhaft aufrechterhalten werden kann. In den eng auszulegenden Ausnahmefällen, in denen etwa eine akute Fremd- oder Eigengefährdung dies zwingend erfordert, kann der Unterricht insgesamt oder für einzelne Unterrichtsteile außerhalb der Lerngruppe in der wohnortnahen Schule erteilt und so eine Unterrichtung in der örtlichen Gemeinschaft sichergestellt werden; der Aufrechterhaltung von Förderschulen bedarf es auch für diese Konstellationen nicht.<sup>118</sup>

Dieser Wertentscheidung widerspricht es, wenn die Vertragsstaaten die Verpflichtung zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems unter Hinweis auf die im Förderschulsystem gebundenen Mittel dauerhaft aufschieben könnten.<sup>119</sup> Darüber hinaus greift auch der Zweck des Ressourcenvorbehaltes von vornherein nicht, wenn die Durchführung von Zielerreichungsmaßnahmen dazu führt, dass der Vertragsstaat Mittel einspart und damit sogar insgesamt mehr Mittel zur Verfügung hat. Denn in diesem Fall wird – anders als bei klassischen Leistungsrechten, die das Haushaltsbudget mindern – die Leistungsfähigkeit des Staates sogar erhöht. Vor dem Hintergrund der eindeutigen Wertentscheidung der Vertragsparteien für ein inklusives Bildungssystem haben die

115 Siehe dazu oben 1.

116 Vgl. Deutscher Städtetag (Anm. 112), S. 9.

117 Bericht der Arbeitsgruppe an das Ad Hoc Komitee vom 27. Juni 2003, A/AC.265/2004/WG/1, Entwurf Artikel 17, Rn. 62.

118 Vgl. zum Prinzip der Wohnortnähe auch CRPD, Draft General Comment No. 4, (Anm. 3), Ziff. 27: „It is not acceptable for students to be sent away from home in order to receive education.“

119 Vgl. CRPD (Anm. 26), Ziff. 46 lit. b, wonach das „Förderschulsystem abzubauen ist, um Inklusion zu ermöglichen“ und BRK-Allianz (Anm. 59), S. 13, nach der das Förderschulsystem nicht weiter verfestigt werden darf, da dessen breite Aufrechterhaltung Art. 24 UN-BRK widerspreche. Vgl. auch *Mißling/Ückert* (Anm. 2), S. 72, die fordern, die gesonderte Beschulung „auf ein Minimum zu reduzieren“.

Vertragsstaaten prinzipiell kein Ermessen, sich dauerhaft das teurere, als diskriminierend anzusehende segregierende Bildungssystem zu leisten.<sup>120</sup>

Der Vorbehalt progressiver Realisierung ist entsprechend so zu verstehen, dass er von den Vertragsstaaten prinzipiell verlangt, die im Förderschulsystem gebundenen Ressourcen als verfügbare Mittel im Sinne des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK anzusehen, die für das Erreichen des Inklusionszieles auszuschöpfen sind. Denn der Staat hat grundsätzlich sämtliche Ressourcen zu berücksichtigen, was auch die Umschichtung bereits gebundener Ressourcen umfasst.<sup>121</sup> Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK von den Vertragsstaaten nur eine schrittweise Verwirklichung fordert und den Vertragsstaaten damit einen gewissen zeitlichen Spielraum bei der Umschichtung der Mittel belässt. Entsprechend sind die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, die im Förderschulsystem gebundenen Ressourcen sofort dem inklusiven Bildungssystem zur Verfügung zu stellen. Sie müssen die Umschichtung der Mittel allerdings auf den Weg bringen und angemessene Ziele und Fristen für diesen Umschichtungsprozess festlegen.

Hieraus folgt, dass die im Förderschulsystem gebundenen Mittel in einem ersten Schritt zu bestimmen sind.<sup>122</sup> Es ist zu dokumentieren, welche dieser Ressourcen in welcher Form und innerhalb welcher Fristen für ein inklusives Bildungssystem bereit gestellt werden können. Für die Gestaltung eines Übergangsszenarios wäre es etwa denkbar zwischen den häufig und weniger auftretenden Förderschwerpunkten zu differenzieren.<sup>123</sup> Für die statistisch häufigen Förderschwerpunkte Lernen, Emotionale und soziale Entwicklung, Sprache sowie Lernen, Sprache, emotionale und soziale Entwicklung (LSE) wird regelmäßig – je nach Schulgröße – eine oder mehrere Lehrkräfte aus der Förderschule an eine allgemeine Schule versetzt werden können. Für die selteneren Förderschwerpunkte Geistige Entwicklung, Körperliche und motorische Entwicklung, Hören und Sehen bzw. Förderschwerpunktübergreifend können bisherige Förderschullehrer inklusive Schulen nach Bedarf unterstützen. In einem Übergangsszenario wäre es für die selteneren Förderschwerpunkte zudem denkbar, Schwerpunktschulen vorzusehen.<sup>124</sup>

Der Vorbehalt progressiver Realisierung erlaubt dann den Vertragsstaaten innerhalb der Übergangsphase vom segregierenden auf ein inklusives Bildungssystem bestimmte Mittel, die kurzfristig nicht in verfügbare Ressourcen umgewandelt werden können, aus den für die Inklusion auszuschöpfenden Mitteln herauszunehmen. Um die Inklusion im Höchstmaß zu realisieren, sind die Vertragsstaaten allerdings gefordert, sich dafür einzusetzen, gebundene Werte möglichst schnell in verfügbare Mittel umzuwandeln und diese dem inklusiven Bildungssystem bereitzustellen.<sup>125</sup>

### 3 Zusammenfassung

Das Recht auf inklusive Bildung nach Art. 24 UN-BRK enthält subjektive Rechte von Schülerinnen und Schülern mit Behinderung, die bereits seit dem Inkrafttreten der UN-BRK für Deutschland im März 2009 unmittelbar in der deutschen Rechtsordnung anzuwenden sind. So können Schü-

120 Zum Ganzen siehe bereits zuvor 2.3.1.5.4.

121 So bereits *Riedel* (Anm. 6), S. 55, der sich für ein weites Verständnis des Ressourcenbegriffs ausspricht.

122 Dies fordert auch die BRK-Allianz (Anm. 59), S. 12 f.

123 Angaben dazu finden sich bei den Statistischen Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, die regelmäßig Dokumentationen zur sonderpädagogischen Förderung, veröffentlicht, z. B. Dokumentation N. 210 vom Februar 2016.

124 Siehe zum Beispiel die Übergangsszenarien in den Gesetzesentwürfen der Landesarbeitsgemeinschaften Gemeinsam Leben Gemeinsam Lernen z. B. für Thüringen, Niedersachsen und das Saarland.

125 Vgl. auch die Empfehlung des Ausschusses: CRPD (Anm. 26), Ziff. 65; BRK-Allianz (Anm. 59), S. 13.



lerinnen und Schüler mit Behinderung den Besuch einer Schule der Regelform sowie das Bereitstellen der für diesen Schulbesuch im Einzelfall notwendigen Vorkehrungen (z. B. die Schaffung eines barrierefreien Zugangs zu Räumen oder die Begleitung durch einen Inklusionshelfer) unmittelbar aus Art. 24 Abs. 2 UN-BRK beanspruchen. Denn das Vorenthalten des Zugangs sowie der konkreten zugangsermöglichenden Maßnahmen stellt nach der UN-BRK eine Diskriminierung dar.

Im Hinblick auf die Schaffung der für die Inklusion notwendigen institutionellen Rahmenbedingungen sind die Vertragsstaaten zwar lediglich verpflichtet, das Recht auf inklusive Bildung „schrittweise“ voll zu verwirklichen. Dieser sog. Vorbehalt der progressiven Realisierung erlaubt es allerdings nur den Umfang der Umsetzungsverpflichtung unter Würdigung der individuellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Vertragsstaates zu bestimmen und bietet damit gerade keine Entschuldigung für das Verschieben oder Hinauszögern der Maßnahmen ad infinitum. Vielmehr sind die Vertragsstaaten gehalten, die institutionellen Rahmenbedingungen inklusiver Bildung so schnell und wirksam wie möglich unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel zu verwirklichen. Bereits mit dem Inkrafttreten der UN-BRK haben die Vertragsstaaten hierzu konkrete, nachvollziehbare und präzise Ziele zu formulieren und Maßnahmen zur Erreichung der definierten Ziele mit konkreten Zeitvorgaben festzulegen und zu ergreifen. Der Grad der Verwirklichung des Menschenrechts auf inklusive Bildung ist ständig zu überwachen und durch eine aussagekräftige Berichterstattung zu dokumentieren. Gerade im Hinblick auf diese Zieldefinition und das laufende Monitoring des Zielerreichungsgrads hat der zuständige UN-Ausschuss Umsetzungsschwächen in Deutschland festgestellt.

Weiter bezweckt der in der UN-Behindertenrechtskonvention enthaltene Ressourcenvorbehalt nur, Vertragsstaaten vor finanzieller Überforderung zu schützen. Er besagt gerade nicht, dass sich die Vertragsstaaten ein langfristig erheblich teureres segregierendes Bildungssystem leisten können sollen, das Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderungen voneinander trennt. Aus der UN-Behindertenrechtskonvention folgt vielmehr eine Wertentscheidung der Vertragsstaaten für ein inklusives Bildungssystem, so dass Förderschulen allenfalls noch übergangsweise und in sehr geringem Umfang beibehalten werden dürfen. Die Vertragsstaaten müssen konkrete Maßnahmen auf den Weg bringen, um die im Förderschulsystem gebundenen Ressourcen schrittweise in ein inklusives Bildungssystem zu überführen.

*Verf.: Dr. Stefanie Valta, vormalis Latham & Watkins LLP, Reuterweg 20, 60323 Frankfurt a. M., E-Mail: s.valta@gmx.de*

*Dr. Anna Opel, vormalis Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Latham & Watkins LLP, Reuterweg 20, 60323 Frankfurt a. M., E-Mail: annaopel@gmail.com*