

Thomas Bernhard

Art. 24 UN-BRK: Rezeption in der Rechtsprechung nach fünf Jahren

Wohl kaum eine andere Norm des internationalen Menschenrechtsschutzes hat in Deutschland bisher so hohe Erwartungen geweckt und eine so polarisierende politische und öffentliche Debatte ausgelöst wie Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention. Mittlerweile sind seit dem Inkrafttreten der Konvention mehr als fünf Jahre vergangen und es wurden in allen Bundesländern Prozesse angestoßen, Aktionspläne beschlossen oder bereits Gesetzesänderungen umgesetzt, um dem durch Art. 24 UN-BRK vorgegebenen Ziel eines inklusiven Bildungssystems näher zu kommen.¹ Die Vorschrift geht allerdings weit darüber hinaus, lediglich politisch nach und nach umzusetzende Ziele zu formulieren. Vielmehr hat die UN-BRK durch das Ratifikationsgesetz² auch selbst innerstaatliche Geltung erlangt und ist somit von der Rechtsprechung bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. In Betracht kommt neben einer unmittelbaren Anwendbarkeit, bei der Rechtspositionen auf die UN-BRK selbst gestützt werden, auch eine mittelbare Anwendbarkeit, also die Heranziehung der Konvention zur Auslegung anderer innerstaatlicher Rechtsnormen.³ Die von Verbänden und Eltern an die Auswirkungen des Art. 24 UN-BRK für die Rechtspraxis geknüpften Hoffnungen wurden bislang allerdings weitgehend enttäuscht. Im Folgenden wird zunächst die bisherige Rezeption des Art. 24 UN-BRK in der Rechtsprechung dargestellt und im Anschluss daran einer kritischen Bewertung unterzogen. In einem dritten Schritt wird sodann aufgezeigt, wie Art. 24 UN-BRK künftig von den Gerichten berücksichtigt werden sollte, insbesondere wie die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Lichte der UN-BRK weiterentwickelt werden kann.

1 Darstellung der Rezeption des Art. 24 UN-BRK in der Rechtsprechung

1.1 Überblick

Die Rechtsprechung erkennt an, dass die UN-BRK geltendes Recht ist und die Konvention wird bereits regelmäßig von den Gerichten zur Entscheidungsfindung herangezogen.⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat zudem bereits klargestellt, dass die UN-BRK auch bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen ist.⁵

Die Anwendung des Art. 24 UN-BRK ist vor allen in zwei Fällen dankbar: Erstens kommt eine Bedeutung der Norm in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in Betracht, in denen einem Kind mit sonderpädagogischen Förderbedarf der Besuch einer bestimmten Schule verweigert

1 Vgl. dazu den Beitrag von *Mißling, S.* und *Ückert, O.* in diesem Heft.

2 BGBl. II, 2008 Nr. 35, 1419 ff.

3 Vgl. zu diesen beiden Anwendungsvarianten *Aichele V.*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, *AnwBl* 10/2011, S. 727, 728.

4 Vgl. für einen Überblick über die ersten Entscheidungen deutscher Gerichte zur UN-BRK *Aichele* (Anm. 3), S. 728–730.

5 BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 – Rn 52 = BVerfGE 128, 282 ff.

wird.⁶ Zweitens kann Art. 24 UN-BRK relevant werden bei – meist vor den Sozialgerichten auszutragenden – Streitigkeiten über die Pflicht zur Erbringung bestimmter Maßnahmen, die notwendig sind, um einem Kind mit sonderpädagogischem Förderbedarf den Besuch einer Regelschule zu ermöglichen.⁷

Bei der Durchsicht der gerichtlichen Entscheidungen zu diesen beiden Fragen fällt zunächst auf, dass Art. 24 UN-BRK noch nicht in allen Fällen in den Prozess eingebracht wird, in denen die Norm für die Entscheidung von Bedeutung sein könnte.⁸ Hier zeigt sich ein Bedarf, die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis noch mehr zu verankern.

In vielen Urteilen und Beschlüssen wurde Art. 24 UN-BRK allerdings auch bereits berücksichtigt, ohne aber letztlich für die Entscheidungsfindung relevant geworden zu sein. Eine Bedeutung wird der Norm von den Gerichten meist dann zuerkannt, wenn die begehrte Maßnahme nach der Auffassung der Gerichte bereits nach anderen Normen ohnehin zuzuerkennen ist. Es wird dann teilweise darauf hingewiesen, dass das gefundene Ergebnis durch Art. 24 UN-BRK „vollumfänglich gestützt“⁹ werde oder dass die vom Gericht abgelehnte Auslegung „auch“ der UN-BRK widerspreche.¹⁰

Wenn allerdings die Gerichte keine Verpflichtung zu der Erbringung der begehrten Unterstützungsmaßnahme anerkennen oder die Überweisung auf eine Förderschule in einem bestimmten Fall als rechtmäßig ansehen, dann verneinen sie regelmäßig die Bedeutung des Art. 24 UN-BRK für die Entscheidungsfindung.¹¹ Dabei hat sich mittlerweile wohl eine Art „ständige Rechtsprechung“ herausgebildet, da die Gerichte stets ähnliche Argumente anführen und die genannten Entscheidungen häufig auch aufeinander verweisen.

1.2 Argumente der Gerichte gegen die Entscheidungserheblichkeit des Art. 24 UN-BRK

Ein grundlegendes Argument gegen die Anwendbarkeit des Art. 24 UN-BRK ist die These, dass die Vorschrift innerstaatlich noch gar keine Geltung erlangt habe, da die Konvention lediglich vom Bund ratifiziert worden sei, der für den Bereich des öffentlichen Schulwesens aber keine Gesetzgebungskompetenz besitze.¹²

6 Vgl. zum Beispiel VGH Hessen, Beschluss vom 12. November 2009 – 7 B 2763/09 –, juris = NVwZ-RR 2010, 602 ff.

7 Vgl. zum Beispiel Bayerisches LSG, Beschluss vom 2. November 2011 – L 8 SO 165/11 B ER –, juris = ZFSH/SGB 2012, S. 95 ff.

8 Vgl. zum Beispiel OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25. November 2013 – 3 M 337/13 –, juris = NVwZ-RR 2014, S. 268 ff.; Sächsisches OVG, Beschluss vom 12. September 2013 – 2 B 396/13 –, juris; Sächsisches OVG, Beschluss vom 02. August 2013 – 2 B 323/13 –, juris; VG Hannover, Urteil vom 25. September 2013 – 6 A 5479/13 –, juris.

9 SG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 2010 – S 17 SO 138/10 ER –, juris, Rn 36.

10 Sächsisches LSG, Beschluss vom 03. Juni 2010, – L 7 SO 19/09 B ER –, juris, Rn 37.

11 BVerwG, Beschluss vom 18. Januar 2010 – 6 B 52/09 –, juris Rn 4; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18. Juli 2013 – L 7 SO 4642/12 –, juris Rn 46 ff. = ZFSH/SGB 2013, 655 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 21. November 2012 – 9 S 1833/12 –, juris Rn 42 ff. = VBIBW 2013, 386 ff.; VGH Hessen, Beschluss vom 16. Mai 2012 – 7 A 1138/11.Z –, juris Rn 13 f. = Behindertenrecht 2013, S. 30 f.; Bayerisches LSG (Anm. 7) Rn 57 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 03. November 2010 – 19 E 533/10 –, juris; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16. September 2010 – 2 ME 278/10 –, juris Rn 11 ff.; VGH Hessen (Anm. 6) Rn 3 ff.

12 BVerwG (Anm. 11) Rn 4; VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 56; VGH Hessen (Anm. 6) Rn 5.

Zudem wird von den Gerichten teilweise weiterhin in Frage gestellt, ob Art. 24 UN-BRK ein „inklusives“ oder lediglich ein „integratives“ Bildungssystem verlangt.¹³ Vor dem Hintergrund, dass es sich bei inklusiver Bildung um ein aliud zu integrativer Bildung handelt¹⁴ und sich auch im Einzelfall weitergehende Rechtspositionen ergeben könnten, wenn die Norm einen Anspruch auf inklusive Bildung geben würde, können diese Überlegungen der Gerichte ebenfalls zu einer Einschränkung der Wirkung des Art. 24 UN-BRK führen.

Zudem verneinen die Gerichte durchgehend die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift, da es ihr an der nötigen Bestimmtheit fehle.¹⁵

Überdies wird argumentiert, dass die UN-BRK in weiten Teilen keine subjektiven Rechtspositionen vermittele, sondern lediglich die Einigung der Vertragsstaaten auf „politische Programmsätze“ darstelle.¹⁶

Die mittelbare Anwendbarkeit des Art. 24 UN-BRK zur Auslegung der einfachgesetzlichen Normen und des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wird von den Gerichten nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Zumeist wird in den genannten Entscheidungen dazu allerdings nur sehr knapp festgestellt, dass eine mangelnde völkerrechtsfreundliche Auslegung der jeweiligen Normen von den Antragsstellern nicht gerügt worden sei¹⁷ oder dass hieraus kein anderes Ergebnis folge und insbesondere Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Lichte des Art. 24 UN-BRK nicht anders ausgelegt werden müsse als bisher.¹⁸

2 Bewertung der Rechtsprechung zu Art. 24 UN-BRK

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur auf teils heftige Kritik gestoßen.¹⁹ Unter Einbeziehung dieser Stellungnahmen werden im Folgenden die verschiedenen Argumente der Rechtsprechung gegen die Entscheidungserheblichkeit des Art. 24 UN-BRK einer kritischen Würdigung unterzogen.

2.1 Die innerstaatliche Geltung

Die Gerichte gehen davon aus, dass völkerrechtliche Verträge, die die Gesetzgebungskompetenz der Länder betreffen und vom Bund abgeschlossen werden, erst dann innerstaatlich in Geltung gesetzt werden, wenn die Länder Gesetze erlassen, um den völkerrechtlichen Vertrag innerstaat-

13 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 55; OVG Niedersachsen (Anm. 11) Rn 13.

14 *Faber, A./Roth, V.*, Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl 2010, S. 1193, 1195.

15 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 57 f.; OVG Niedersachsen (An. 11) Rn 14 f.; VGH Hessen 2009 (Anm. 11) Rn 27 ff.

16 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 40.

17 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 55.

18 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 61.

19 Vgl. u.a. *von 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 2/2011, S. 203 ff.; *Aichele, V.*, Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention vom 11. August 2010, herausgegeben von dem Deutschen Institut für Menschenrechte; *Riedel, E./Arend, J.-M.*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der UN-BRK, NVwZ 2010, S. 1346 ff.

lich umzusetzen.²⁰ Dies würde dazu führen, dass solche völkerrechtlichen Verträge selbst für die Rechtspraxis keine Bedeutung hätten. Sie würden lediglich Umsetzungsverpflichtungen an den Gesetzgeber formulieren. Dies entspricht allerdings nicht dem Wesen völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge, denn aus diesen können sich auch unmittelbar anwendbare Rechtspositionen ergeben, ohne dass es einer Umsetzung durch den Gesetzgeber bedarf. Die Rechtsprechung vermengt also unzulässig die Transformation bzw. die Erteilung des Vollzugsbefehls²¹ mit der Umsetzung des Vertrages durch die Anpassung des nationalen Rechts an die völkerrechtlichen Vorgaben.

Wenn man davon ausgeht, dass die Transformationskompetenz bzw. die Vollzugsbefehlskompetenz für solche Verträge bei den Ländern liegt²², dann müsste man eine Transformation bzw. die Erteilung des Vollzugsbefehls für den kompletten völkerrechtlichen Vertrag durch die Landesparlamente verlangen, die hierfür nach den Landesverfassungen die Organkompetenz haben.²³ Dies geschieht allerdings in der Praxis nicht: Kein menschenrechtlicher Vertrag wurde bisher zusätzlich zu dem Ratifikationsgesetz des Bundes auch durch ein Bundesland in Landesrecht transformiert.²⁴ Auch bzgl. der Behindertenrechtskonvention hat kein Land bisher eine Transformation des kompletten Vertrages vorgenommen oder den Vollzugsbefehl erteilt und es bestehen auch in keinem Land Pläne dazu, weil die meisten Länder die Transformation offenbar bereits durch das Ratifikationsgesetz des Bundes als gegeben ansehen.²⁵

Richtigerweise ist daher mit der Staatspraxis der vergangenen Jahrzehnte davon auszugehen, dass das Ratifikationsgesetz des Bundes nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG neben der Ermächtigung der zuständigen Organe zur Ratifikation auch die innerstaatliche Ingeltungsetzung des kompletten Vertrages bewirkt, unabhängig von den Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes.²⁶ Die UN-BRK ist also bereits durch das Ratifikationsgesetz des Bundes vollumfänglich innerstaatlich in Kraft getreten.²⁷

Letztlich ist allerdings anzunehmen, dass dieser Streit für zukünftige Gerichtsentscheidungen ohnehin keine Rolle mehr spielen wird, denn mittlerweile haben fast alle Bundesländer Gesetze erlassen, um die Vorgaben des Art. 24 UN-BRK umzusetzen.²⁸ Da die Rechtsprechung in diesen Umsetzungsgesetzen auch die Transformation des völkerrechtlichen Vertrages in Landesrecht sieht, ist auch nach Auffassung der Rechtsprechung die UN-BRK mittlerweile in fast allen Bundesländern in Kraft gesetzt worden.²⁹

20 VGH Hessen (Anm. 11) Rn 10.

21 Zu der Frage, wie völkerrechtliche Verträge innerstaatlich in Geltung gesetzt werden, vgl. *Geiger, R.*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 150.

22 Dies ist eine auch in der Literatur weit verbreitete Sichtweise, vgl. beispielsweise *Schweitzer, M.*, Staatsrecht III, 10. Aufl., Heidelberg 2010, S. 182; *Hillgruber, C.*, in: Schmidt-Bleibtreu, B./Hofmann, H./Hopfau, A. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl., Köln 2011, Art. 32 Rn 18; *Streinz, R.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2011, Art. 32 Rn 34, 37.

23 Vgl. dazu *Schweitzer* (Anm. 22) S. 197 ff.

24 *Aichele* (Anm. 19), S. 11.

25 Vgl. für eine Umfrage hierzu unter allen Bundesländern *Dörschner, D.*, Die Rechtswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland am Beispiel des Rechts auf inklusive Bildung, Münster 2014, S. 168 f.

26 So auch *Nettesheim M.*, in: Maunz, T./Dürig, G., Grundgesetz Kommentar, 70. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 32 Rn 70, Art. 59 Rn 185; *Platter, J.*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) in das brandenburgische Landesrecht, Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtags Brandenburg, 2010, S. 8 f.; für die Gegenansicht vgl. die Nachweise in Anm. 22.

27 Im Ergebnis ebenso von *Bernstorff* (Anm. 19) S. 206 ff.; *Aichele* (Anm. 19), S. 11 f.

28 Vgl. dazu den Beitrag von *Mißling, S.* und *Ückert, O.* in diesem Heft.

29 So beispielsweise VGH Hessen (Anm. 11) Rn 10.

2.2 Der verbindliche Wortlaut

In der deutschen Übersetzung ist in Art. 24 UN-BRK anders als in der englischen Fassung („inclusive education system“) nicht von einem inklusiven, sondern von einem integrativen Bildungssystem die Rede. Dies veranlasste die Gerichte, in Frage zu stellen, ob der Artikel tatsächlich die Ermöglichung inklusiver Bildung verlangt.³⁰ Tatsächlich ist die deutsche Fassung allerdings keine der verbindlichen Fassungen des Vertragstextes, was sich aus der eindeutigen Regelung in Art. 50 UN-BRK ergibt. Es schien sich daher die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass die Norm – wie der englischen Fassung klar zu entnehmen ist – ein inklusives Bildungssystem verlangt. Mittlerweile wird dies von der Rechtsprechung allerdings doch wieder bezweifelt mit dem zutreffenden Hinweis, dass nach Art. 50 UN-BRK auch der englische Wortlaut nicht der einzig verbindliche sei; aus der ebenfalls verbindlichen französischen Fassung des Vertrages ergebe sich aber nicht eindeutig, dass ein inklusives System gemeint sei, da diese neben „inclusif“ an einigen Stellen auch die Wörter „insertion“ und „intégration“ verwende, an denen in der englischen Fassung von „inclusion“ oder „inclusive“ die Rede sei.³¹ Tatsächlich lässt sich auch aus den anderen verbindlichen Fassungen nicht ganz eindeutig eine Verpflichtung zu einem inklusiven Bildungssystem herleiten.³² Allerdings wurden die Verhandlungen des Vertragstextes vorwiegend auf Englisch geführt, weshalb der englischen Fassung eine besondere Bedeutung zukommt.³³ Zudem hat mittlerweile der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Stellung zu den aus der deutschen Übersetzung resultierenden Unklarheiten bezogen und klargestellt, dass die Konvention ein inklusives und nicht lediglich ein integratives Bildungssystem fordert.³⁴ Dieser Ausschuss wurde gem. Art. 34 UN-BRK geschaffen und ist zuständig für die Überprüfung der Umsetzung des Vertrages in den Mitgliedsstaaten sowie für die Konkretisierung und Interpretation der Konventionsnormen. Die Entscheidungen des Ausschusses sind zwar rechtlich nicht verbindlich, haben aber dennoch eine große Bedeutung für die Interpretation des Vertrages. Somit ist nunmehr kaum noch zu streiten, dass Art. 24 UN-BRK die Schaffung eines inklusiven Bildungssystems fordert.

2.3 Die mangelnde Bestimmtheit

Als weiteres Argument gegen die Heranziehung der UN-BRK zur Entscheidungsfindung tragen die Gerichte regelmäßig vor, dass es dem Art. 24 an der für eine unmittelbare Anwendbarkeit nötigen Bestimmtheit fehle.³⁵ Begründet wird dies insbesondere damit, dass Art. 24 UN-BRK lediglich das Ziel eines integrativen bzw. inklusiven Bildungssystems vorgebe, dass die Staaten allerdings bei der Auswahl der hierfür zu ergreifenden Maßnahmen einen weiten Handlungsspielraum genießen würden.³⁶ Dies entspricht dem klassischen Verständnis wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, nach dem diese im Gegensatz zu bürgerlichen und politischen Rechten nicht so-

30 OVG Niedersachsen (Anm. 11) Rn 13.

31 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 55.

32 Vgl. für die deutschen Übersetzungen der anderen verbindlichen Wortlaute *Dörschner* (Anm. 25), S. 73.

33 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., April 2009, S. 4.

34 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding Observations Austria*, UN-Dok. CRPD/C/AUT/CO/1 vom 30. September 2013, S. 6; die offizielle deutsche Übersetzung in Österreich entspricht ebenso wie in der Schweiz und in Liechtenstein der amtlichen deutschen Übersetzung, weshalb die Ausführungen des Ausschusses zu der Lage in Österreich diesbezüglich auf Deutschland übertragbar sind.

35 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 57 f.; VGH Hessen (Anm. 6) Rn 27 ff.

36 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 58.

fort anwendbar sind und keine subjektiven Rechtspositionen vermitteln.³⁷ Grundsätzlich hält auch die UN-BRK die Unterscheidung zwischen beiden Gruppen von Menschenrechten aufrecht und regelt in Art. 4 Abs. 2, dass die Vertragsstaaten die sozialen Menschenrechte nur „nach und nach“ unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel umsetzen müssen. Selbstverständlich kann beispielsweise ein inklusives Bildungssystem nicht sofort verwirklicht werden und es ist auch richtig, dass die Konvention den Staaten bei der Umsetzung einen weiten Ermessensspielraum belässt. Wenn ein Recht völkerrechtlich nur nach und nach zu verwirklichen ist, dann kann es auch innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar sein, denn dann sind zu seiner Umsetzung noch weitere Ausführungsakte des Gesetzgebers notwendig.³⁸ Nicht überzeugen kann allerdings der von den Gerichten hieraus gezogene Schluss, dass ein solches Recht innerstaatlich gänzlich ungeeignet ist für eine unmittelbare Anwendbarkeit.³⁹ Es hat sich im internationalen Menschenrechtsschutz in den vergangenen Dekaden die Ansicht durchgesetzt, dass sich auch aus sozialen Menschenrechten sofort anwendbare Pflichten ergeben können.⁴⁰ In der UN-BRK haben sich die Vertragsstaaten erstmals ausdrücklich hierauf verständigt. Der eben angesprochene Art. 4 Abs. 2 UN-BRK verpflichtet die Staaten zwar nur zu einer progressiven Umsetzung der sozialen Menschenrechte, allerdings „unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“ Damit haben die Vertragsstaaten klar zum Ausdruck gebracht, dass auch soziale Menschenrechte sofort anwendbare Elemente enthalten können.⁴¹ Die gegenteilige Auffassung des hessischen Verwaltungsgerichtshofs⁴² ist mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar.

Auch soziale Menschenrechte wie das Recht auf Bildung können also völkerrechtlich sofort anwendbare Elemente enthalten, d. h. solche, die nicht lediglich nach und nach umzusetzen sind. Daraus folgt, dass sich diese Elemente auch innerstaatlich für eine unmittelbare Anwendbarkeit eignen können. Die Geeignetheit oder Ungeeignetheit für die unmittelbare Anwendbarkeit ist für jedes Element eines Rechts einzeln zu begründen und kann nicht dem „Recht auf Bildung“ insgesamt abgesprochen werden, nur weil dieses einige Elemente enthält, die lediglich progressiv verwirklicht werden können.⁴³

2.4 Vermittlung subjektiver Rechtspositionen

Die Ansicht des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, dass die sozialen Menschenrechte lediglich „politische Programmsätze“ seien und keine subjektiven Rechtspositionen vermitteln würden⁴⁴ beruht ebenfalls auf dem überholten Verständnis dieser Rechte.⁴⁵ Dass nach heutigem Verständnis auch soziale Menschenrechte individuelle Rechte enthalten, ist nicht zuletzt daran zu

37 Vgl. *Buergenthal, T./Thürer, D.*, Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen, Zürich 2010, S. 40 f.

38 Unmittelbar anwendbar ist eine völkerrechtliche Norm aber nur dann, wenn sie „geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, also dafür keiner weiteren normativen Ausführung bedarf.“, BVerwG, Beschluss vom 05.10.2006, – 6 B 33/06 –, juris Rn 4.

39 Vgl. dazu auch bereits *Riedel/Arend* (Anm. 19), S. 1347.

40 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3 (14.12.1990): The nature of States parties obligations (Art. 2, par. 1), UN-Dok. E/1991/23 vom 14. Dezember 1990, Rn 1.

41 Vgl. dazu bereits *Krajewski, M./Bernhard, T.*, Artikel 24: Recht auf Bildung, in: Welke, A. (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 164, 171 f.

42 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 32.

43 So auch *Riedel/Arend* (Anm. 19), S. 1347; ausführlich dazu *Schneider, J.*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, herausgegeben von dem Deutschen Institut für Menschenrechte, Berlin 2004, S. 42.

44 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 40.

45 Kritisch zu dieser Aussage des Gerichts ebenfalls *Riedel/Arend* (Anm. 19), S. 1348.

erkennen, dass die Vereinten Nationen mittlerweile ein Fakultativprotokoll zu dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) beschlossen haben, nach dem nun auch bzgl. einer Verletzung der Rechte aus diesem Pakt ein Individualbeschwerdeverfahren zulässig ist.⁴⁶

2.5 Notwendigkeit der Heranziehung zur Auslegung anderer Rechtsnormen

Der Hinweis, dass eine mangelnde völkerrechtsfreundliche Auslegung einer Norm durch die Verwaltung von den Antragsstellern nicht gerügt worden ist⁴⁷, vermag nicht zu begründen, weshalb die Gerichte die Norm nicht völkerrechtsfreundlich auslegen sollten. Sowohl die Verwaltung als auch die Gerichte sind dazu verpflichtet, durch Interpretation die Bedeutung der entscheidungsrelevanten Normen zu ermitteln und auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen. Hierzu bedarf es nicht der Rüge der Antragssteller.

Zumindest wird von der Rechtsprechung aber grundsätzlich anerkannt, dass das nationale Recht und insbesondere Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG völkerrechtsfreundlich im Lichte der UN-BRK auszulegen sind.⁴⁸ Allerdings nehmen die Gerichte an, dass bzgl. des Zugangs zu Regelschulen keine andere Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG geboten sei als bisher.⁴⁹ Begründet wird dies damit, dass Art. 24 UN-BRK nicht die Verpflichtung enthalte, „jedem einzelnen Schüler mit Behinderung einen Platz an einer Regelschule zur Verfügung zu stellen“.⁵⁰ Richtig ist, dass die Vorschrift kein absolutes Recht auf Regelschulzugang gibt. Zwar ist in der Überweisung an eine Förderschule nach der UN-BRK eine Benachteiligung zu sehen, allerdings kann diese in eng umgrenzten Fällen gerechtfertigt sein, nämlich insbesondere bei einer Gefährdung des Kindeswohls des behinderten Kindes oder bei einer Gefährdung anderer Mitglieder der Schulgemeinschaft.⁵¹ Auch ein Ressourcenvorbehalt kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein.⁵² Wie gleich noch zu zeigen sein wird, sind diese Rechtfertigungsgründe im Lichte der UN-BRK allerdings anders auszulegen, als es das Bundesverfassungsgericht bisher getan hat. Obwohl also Art. 24 UN-BRK kein absolutes Recht auf Regelschulzugang gibt, kann eine veränderte Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Lichte der Konvention geboten sein. Wie diese genau aussehen könnte, wird im Folgenden unter Punkt 3 näher erläutert.

2.6 Zusammenfassende Bewertung der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 24 UN-BRK

Viele der Entscheidungen erwecken den Eindruck, dass vom Ergebnis her argumentiert wurde: Wenn dem Antrag ohnehin stattgegeben worden wäre, wird teilweise noch darauf hingewiesen, dass dies auch den Vorgaben der UN-BRK entspricht. Wenn allerdings dem Antrag nicht stattge-

46 Vgl. ausführlich zu diesem Fakultativprotokoll *Aichele, V.*, Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt, Vereinte Nationen 2/2009, S. 72–78.

47 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 55.

48 BVerfG (Anm. 5) Rn 52.

49 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 53 f.

50 VGH Hessen (Anm. 6) Rn 54.

51 *Poscher; R./Rux, J./Langer, T.*, Von der Integration zur Inklusion – Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung, Baden-Baden 2008, S. 35 f.

52 *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. 29.

geben wird, dann werden alle denkbaren – auch fernliegenden – Argumente vorgetragen, um die Geltung, die Anwendbarkeit oder zumindest die Entscheidungserheblichkeit des Art. 24 UN-BRK zu verneinen. Dies ist wohl damit zu erklären, dass die Gerichte in diesen Fällen zu dem Schluss gelangt sind, dass die Beschulung an der Regelschule unter keinen Umständen zum Wohle des Kindes sein könnte oder eine ganz erhebliche Gefährdung der anderen Kinder dargestellt hätte. Dieses Ergebnis ist in einigen der den Urteilen zu Grunde liegenden Fällen durchaus nachvollziehbar, wenn etwa nach einer längeren Beschulung an der Regelschule mit einer vollumfänglichen Schulbegleitung und mit Unterstützung durch Lehrkräfte der Sonderpädagogik festgestellt wird, das Kind „leide erlebbar unter der Situation (...) keine Peergroup als soziales Angebot zu haben“⁵³, dass „tendenziell Rückschritte im Leistungsstand zu beobachten seien“⁵⁴ und dass das Kind „im Schulhof Schüler ‚gejagt‘ und bespuckt sowie zwei Kindern und der Schulbegleiterin ‚in den Schritt gelangt‘“⁵⁵ habe und dass die Beschulung des Kindes an der Regelschule „für ihn selbst, für seine Mitschüler und für die Lehrkräfte zu pädagogisch untragbaren Verhältnissen“⁵⁶ führe.

Dass in diesen Fällen die Gerichte bereits die Anwendbarkeit oder die rechtliche Bedeutsamkeit der UN-BRK verneinen, könnte auch damit zu tun haben, dass häufig versucht wird den Eindruck zu erwecken, die Konvention gebe jedem Kind ein absolutes Recht auf Regelschulzugang, das unter keinen Umständen eingeschränkt werden dürfe.⁵⁷ Wie gezeigt ist dies allerdings nicht der Fall. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welche rechtlichen Auswirkungen die Anwendung der UN-BRK in derartigen Fällen tatsächlich hat und wie sie von den Gerichten sinnvoll angewandt werden kann.

3 Bemerkungen zu der gebotenen Berücksichtigung des Art. 24 UN-BRK durch die Rechtsprechung

Dabei sollen zunächst kurz die Voraussetzungen und Schranken des Rechts auf Regelschulzugang aus Art. 24 Abs. 2 lit. a) und b) UN-BRK dargestellt werden und danach kann in einem zweiten Schritt erläutert werden, wie diese Vorgaben von deutschen Gerichten zu berücksichtigen sind.

3.1 Das Recht auf Regelschulzugang aus Art. 24 Abs. 2 lit. a) und b) UN-BRK

Das Recht auf Zugang zu einer wohnortnahen Regelschule aus Art. 24 Abs. 2 lit. a) und b) UN-BRK ist i. V. m. dem Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK sofort anwendbar, da die Überweisung auf eine Förderschule gegen den Willen des Kindes oder der Eltern eine Benachteiligung wegen der Behinderung darstellt.⁵⁸

Eine Benachteiligung kann allerdings unter bestimmten Umständen gerechtfertigt werden. Grundsätzlich ist auch ein Ressourcenvorbehalt möglich, da kein Staat alle notwendigen Voraussetzungen

53 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 5.

54 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 10.

55 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 6.

56 VGH Baden-Württemberg (Anm. 11) Rn 12.

57 Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention – Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Eckpunkte zur Verwirklichung eines inklusiven Bildungssystems (Primarstufe und Sekundarstufe I und II), Berlin 2011, S. 13.

58 Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Thematic study on the right of persons with disabilities to education, UN-Dok. A/HRC/25/29 vom 18. Dezember 2013, Rn 26.

für die Beschulung aller Kinder an Regelschulen sofort wird verwirklichen können. Die entscheidende Rolle bei der Zulässigkeit eines Ressourcenvorbehalts spielt allerdings das Recht auf angemessene Vorkehrungen aus Art. 5 Abs. 3 UN-BRK. Darunter versteht man gem. der Definition des Art. 2 UN-BRK „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“. Das Recht auf die Erbringung angemessener Vorkehrungen ist ebenfalls sofort anwendbar, da die Verweigerung einer solchen Vorkehrung gem. Art. 2 UN-BRK eine Diskriminierung darstellt. Es besteht also im Einzelfall ein sofort anwendbares Recht darauf, dass die Bedingungen an der Regelschule so geändert und angepasst werden, dass dort die Beschulung des Kindes mit Behinderungen ermöglicht werden kann. Dies darf nur dann verweigert werden, wenn dadurch eine „unbillige oder unverhältnismäßige Belastung“ entstehen würde. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, dass die Beschulung an einer Förderschule ebenfalls wesentlich höhere Kosten verursacht und dass die Überweisung auf eine Förderschule für das Kind nach den Wertungen der UN-BRK mit erheblichen Nachteilen verbunden ist, sodass an das Eingreifen der Schranke des Ressourcenvorbehalts hohe Anforderungen zu stellen sind.⁵⁹ Zudem trägt die Schule bzw. die Behörde, die die Erbringung der Vorkehrung verweigert, die Beweislast für das Eingreifen der Schranke.⁶⁰ Soweit also eine sofort anwendbare Pflicht zur Anpassung der Bedingungen besteht, kann der Ressourcenvorbehalt dem Recht auf den Besuch einer Regelschule nicht entgegeng gehalten werden.

Dies wirkt sich auch auf die beiden anderen denkbaren Schranken dieses Rechts aus: Es ist zwar möglich, dass die Beschulung an einer Regelschule das Kindeswohl des behinderten Kindes gefährden würde. Allerdings ist bei der Feststellung einer Gefährdung des Kindeswohls nicht auf die momentan herrschenden Umstände an einer Schule abzustellen, sondern es muss geprüft werden, wie die Bedingungen dort so angepasst werden können, dass keine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen würde.

Die Pflicht zur Erbringung angemessener Vorkehrungen ist zudem auch bei der Feststellung einer Gefährdung der Rechte der Mitschüler relevant: Es müssen zunächst alle vorstellbaren Änderungen und Anpassungen an der Regelschule durchdacht und ggf. erprobt werden, die eine Gefährdung der Rechte Dritter ausschließen würden. Dabei ist außerdem zu bedenken, dass ein beispielsweise sehr aggressives Kind auch an der Förderschule die Rechte der Mitschüler beeinträchtigen könnte und dass diesen keinesfalls eine geringere Bedeutung beigemessen werden darf.⁶¹

3.2 Auswirkungen für die Entscheidungsfindung deutscher Gerichte

Diese Vorgaben des Art. 24 UN-BRK sind von deutschen Gerichten sowohl bei der Interpretation einfacher Gesetze als auch bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu beachten.

59 Vgl. grundsätzlich zu der Bedeutung der verschiedenen Voraussetzungen des Rechts auf angemessene Vorkehrungen in verschiedenen Rechtskreisen *Waddington/Lawson*, Disability and Non-Discrimination Law in the European Union – An Analysis of Disability Discrimination Law within and beyond the Employment Field, herausgegeben von der Europäischen Kommission, 2009, S. 24 ff. sowie *Byrnes, A./Conte, A./Gonnot, P. u.a.*, From Exclusion to Equality – Realizing the Rights of Persons with Disabilities – Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, herausgegeben von den Vereinten Nationen, 2007, S. 60 ff.

60 *Rothfritz, L. P.*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, Frankfurt am Main 2010, S. 246.

61 *Riedel* (Anm. 52) S. 26.

3.2.1 Berücksichtigung des Art. 24 UN-BRK bei der Interpretation der Schulgesetze

Sieht das Schulgesetz eines Landes die Einschränkung des Rechts auf Regelschulzugang vor, dann ist auf Tatbestandsebene zu beachten, dass die Schranken völkerrechtskonform sehr eng auszulegen sind.⁶²

Zudem ist auf Rechtsfolgenseite bei Ermessensentscheidungen auch auf die Wertungen des Art. 24 UN-BRK abzustellen. Da die Konvention den Besuch der Regelschule als den Normalfall voraussetzt und nur in Ausnahmefällen die Überweisung auf eine Förderschule in Betracht kommt, ist hierbei nach dem Grundsatz „in dubio pro inclusione“ zu verfahren.⁶³

3.2.2 Berücksichtigung des Art. 24 UN-BRK bei der Interpretation des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Sollte dennoch aufgrund der Landesschulgesetze die Überweisung auf eine Förderschule geboten sein, dann ist diese Entscheidung stets auch an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu messen. Die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997 bietet hierzu bereits einige Anhaltspunkte.⁶⁴ Allerdings ist diese Rechtsprechung im Lichte des Art. 24 UN-BRK weiterzuentwickeln.

Zunächst sollte klargestellt werden, dass die Überweisung eines behinderten Kindes auf eine Förderschule immer eine Benachteiligung darstellt. Das Bundesverfassungsgericht hatte eine Benachteiligung nur dann angenommen, wenn kein der Beschulung an der Regelschule entgegenstehender Grund wie die Gefährdung des Kindeswohls oder der Ressourcenvorbehalt greift.⁶⁵ Die UN-BRK macht nun allerdings deutlich, dass es grundsätzlich immer im Interesse des Kindes ist, an einer Regelschule unterrichtet zu werden. Die genannten Gründe können daher lediglich auf Rechtfertigungsebene Berücksichtigung finden.

Die Aussage des Gerichts zu den zulässigen Schranken wird in dem zweiten Leitsatz des Urteils zusammengefasst. Demnach liegt eine Benachteiligung vor, „wenn die Überweisung erfolgt, obwohl eine Unterrichtung an der allgemeinen Schule mit sonderpädagogischer Förderung möglich ist, der dafür benötigte personelle und sächliche Aufwand mit vorhandenen Personal- und Sachmitteln bestritten werden kann und auch organisatorische Schwierigkeiten und schutzwürdige Belange Dritter der integrativen Beschulung nicht entgegenstehen.“⁶⁶

Die genannten Schranken entsprechen damit zwar denen, die auch nach Art. 24 UN-BRK zulässig sind, sie müssen nun allerdings völkerrechtskonform wesentlich enger verstanden werden. Insbesondere darf eben nicht nur auf die „vorhandenen Personal- und Sachmittel“ abgestellt werden, da das sofort anwendbare Recht auf angemessene Vorkehrungen gerade auch dazu verpflichtet, ggf. zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, um die Beschulung an der Regelschule zu ermöglichen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts enthält diesbezüglich auch bereits einige Anhaltspunkte, an die für die Weiterentwicklung angeknüpft werden kann. Insbesondere soll eine Benachteiligung

62 Vgl. diesbezüglich konkret zu den in Art. 41 Abs. 5 BayEUG geregelten Schranken *Krajewski, M./Bernhard, T.*, Inklusiv Schule im Freistaat Bayern?, BayVBl 5/2012, S. 134, 137 f.

63 *Riedel* (Anm. 52) S. 29.

64 BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1997 – 1 BvR 9/97 –, BVerfGE 96, 288–315.

65 Kritisch dazu bereits vor Inkrafttreten der UN-BRK *Krajewski, M.*, Benachteiligungsverbot für Behinderte und integrativer Unterricht, JuS 1999, L 73, L 75.

66 BVerfG (Anm. 64) – Zweiter Leitsatz.

auch dann vorliegen, wenn die Sonderschulüberweisung erfolgt, obwohl die Beschulung an der Regelschule durch einen „vertretbaren Einsatz sonderpädagogischer Förderung ermöglicht werden könnte.“⁶⁷ Zudem verlangt das Gericht eine Darlegung der Gründe, weshalb im Einzelfall die organisatorischen, sächlichen oder personellen Schwierigkeiten nicht überwunden werden können.⁶⁸ Hieran kann nun angeknüpft und im Lichte des Rechts auf angemessene Vorkehrungen verlangt werden, dass dargelegt wird, weshalb die Überwindung dieser Schwierigkeiten eine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen würde. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind die oben dargestellten Wertungen der UN-BRK zu berücksichtigen.

Bzgl. der beiden anderen Schranken ist infolgedessen ebenfalls ein Perspektivwechsel vorzunehmen: Es genügt nicht, dass unter den momentanen Bedingungen die schutzwürdigen Belange Dritter dem Besuch der Regelschule entgegenstehen. Vielmehr sind alle denkbaren Änderungen und Anpassungen der Bedingungen in die Überlegung mit einzubeziehen. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob der Besuch der Regelschule „möglich ist“. Diese Formulierung ist auch deshalb problematisch, weil sie impliziert, dass dies im Einzelfall nachgewiesen werden muss. Wenn man aber richtigerweise den Besuch der Regelschule als den Normalfall ansieht, dann wird deutlich, dass nicht die Möglichkeit des Besuchs der Regelschule begründet werden muss, sondern im Gegenteil, warum dies im Einzelfall nicht möglich ist und das Kindeswohl des behinderten Kindes gefährdet wäre.

4 Zusammenfassung

Die Gerichte in Deutschland haben Art. 24 UN-BRK bislang nicht in dem gebotenen Maße berücksichtigt. Dabei können die gegen die Entscheidungserheblichkeit dieser Norm angeführten Gründe nicht überzeugen. Die Norm hat innerstaatliche Geltung erlangt, sie fordert ein inklusives Schulsystem, sie ist potentiell unmittelbar anwendbar und sie kann auch subjektive Rechtspositionen vermitteln. Die Anwendbarkeit dieses Artikels führt aber nicht wie häufig behauptet dazu, dass jede Überweisung auf eine Förderschule gegen den Willen des Kindes oder den der Erziehungsberechtigten verboten ist. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Schranken behalten ihre Gültigkeit, sind aber im Lichte der UN-BRK weiterzuentwickeln. Von zentraler Bedeutung ist dabei das Recht auf angemessene Vorkehrungen. Änderungen und Anpassungen, die den Besuch der Regelschule ermöglichen können, sind verpflichtend vorzunehmen, soweit sie keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen. Nur unter Berücksichtigung aller denkbaren angemessenen Vorkehrungen kann überprüft werden, ob bei dem Besuch der Regelschule eine Gefährdung des Kindeswohls oder der Rechte Dritter eintreten würde.

Verf.: Thomas Bernhard, LL.M. (Galway), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen, E-Mail: thomas.bernhard@fau.de

67 BVerfG (Anm. 64) Rn 78.

68 BVerfG (Anm. 64) Rn 84.