

# **Rechtsfragen zur Umsetzung der Inklusion im Schulbereich**

**Gutachten von Prof. Dr. Wolfram Höfling  
im Auftrag des Städtetages Nordrhein-Westfalen**



## **Rechtsfragen zur Umsetzung der Inklusion im Schulbereich**

**Gutachten von Prof. Dr. Wolfram Höfling im Auftrag des  
Städtetages Nordrhein-Westfalen**

Herausgeber:  
Städtetag Nordrhein-Westfalen  
Deutscher Städtetag

ISBN 978-3-921784-38-9

© Städtetag Nordrhein-Westfalen, Köln 2012

Druck Städtetag Nordrhein-Westfalen

Printed in Germany      Imprimé en Allemagne

## Vorwort

Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) im Schulbereich stellt die Landesgesetzgeber und die Landesverwaltungen vor eine große Herausforderung. Auch die Städte sehen sich in der Mitverantwortung, eine gemeinsame Bildung für behinderte und nichtbehinderte Menschen zu ermöglichen. Sie begreifen die Inklusion als einen Gewinn für das städtische Leben und die Weiterentwicklung der Schulen. Der gemeinsame Schulbesuch muss schrittweise zur Regel werden.

Damit Inklusion gelingen kann, müssen die Länder ihre Verantwortung wahrnehmen und zügig gesetzliche Regelungen treffen. Diese Umsetzung hat sorgfältig und mit Augenmaß zu erfolgen. Dabei müssen auch die erforderlichen, von der UN-BRK vorausgesetzten Ressourcen sowie das in den Landesverfassungen garantierte Konnexitätsprinzip berücksichtigt werden. Auf diese Bedingungen haben der Deutsche Städtetag und seine Mitgliedsverbände in der Vergangenheit immer wieder hingewiesen. Gerade weil die Städte im Interesse der behinderten Menschen eine gute und funktionierende Inklusion anstreben, fordern sie die dafür erforderlichen Voraussetzungen intensiv ein.

Das Präsidium des Deutschen Städtetages hat im September 2011 beschlossen, zur Untermauerung der Position des Deutschen Städtetages ein Rechtsgutachten zur Konnexitätsrelevanz der Umsetzung des Art. 24 UN-BRK in Auftrag zu geben, um dieses gemeinsam mit interessierten Mitgliedsverbänden in die landespolitischen Diskussionen einzubringen. Daraufhin hat der Städtetag Nordrhein-Westfalen Herrn Prof. Dr. Wolfram Höfling von der Universität Köln mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt.

Das hiermit vorgelegte Gutachten beantwortet zentrale Rechtsfragen zur Umsetzung des Art. 24 UN-BRK in Nordrhein-Westfalen und vermag dadurch auch entscheidende Hinweise für eine Umsetzung der Inklusion im Schulbereich in den anderen Ländern zu geben. Es untermauert die Position des Städtetages, dass die Umsetzung des Art. 24 UN-BRK bei den Kommunen zu einer konnexitätsrelevanten Aufgabenerweiterung und einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung führen wird, die von den Ländern ausgeglichen werden muss. Der Städtetag NRW und der Deutsche Städtetag verbinden mit der Vorlage dieses Gutachtens die Hoffnung, dass es gelingen wird, für die Umsetzung der Inklusion in der Bildung die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Denn das wichtige Anliegen der Inklusion sollte in Zukunft nicht nur auf dem Papier stehen, sondern durch ein qualitativvolles gemeinsames Lernen von behinderten und nichtbehinderten Kindern und Jugendlichen verwirklicht werden.



Dr. Stephan Articus  
Geschäftsführer des Städtetages Nordrhein-Westfalen  
Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städtetages



**Rechtsfragen der Umsetzung von Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention  
in Nordrhein-Westfalen unter  
besonderer Berücksichtigung der Konnexitätsproblematik**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des Städtetages Nordrhein-Westfalen

von

*Universitätsprofessor Dr. iur Wolfram Höfling, M. A.*

Direktor des Instituts für Staatsrecht  
der Universität zu Köln

sowie

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht  
sowie Gesundheitsrecht der Universität zu Köln

März 2012



# Gliederung

<b>A. Problemstellung, Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung</b>	<b>9</b>
I. Problemaufriss und Problemeinordnung	9
1. Auf dem Weg zur schulischen Inklusion	9
a) Von der Integration zur Inklusion	9
b) Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und das deutsche Zustimmungsgesetz	11
2. Die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion in Deutschland	15
a) Zum Diskurs im rechtswissenschaftlichen Schrifttum	15
b) Rechtspolitische Diskussionsbeiträge und legislatorische Bemühungen der Länder	16
II. Gutachtauftrag	23
III. Gang der Untersuchung	23
<b>B. Zur innerstaatlichen Geltung und Wirkung von Art. 24 BRK 33</b>	<b>24</b>
I. Zur Geltung als innerstaatliches Recht	24
1. Grundsätzliches	24
2. „Gespaltenes“ Ingeltungsetzen innerhalb einer bundesstaatlichen Verfassungsordnung?	25
3. Abweichende Staatspraxis	29
II. Unmittelbare Anwendbarkeit der einschlägigen Regelungen des Art. 24 BRK	30
1. Problemaufriss	30
2. Bisherige Stellungnahmen in Judikatur und Literatur	30
a) Stellungnahmen in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur	31
aa) Der Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12. November 2009	31
bb) Der Beschluss des Niedersächsischen OVG vom 16. September 2010	34
cc) Der Beschluss des OVG NRW vom 3.11.2010	35
dd) Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2010	36

b) Literarische Stellungnahmen	36
aa) Die Regelungen des Art. 24 BRK als konkretisierungsbedürftige Zielvorgabe	36
bb) Das Gutachten von Eibe Riedel	37
c) Stellungnahme	38
4. Zur Frage einer völkerrechtsfreundlichen bzw. völkerrechtskonformen Auslegung des geltenden Schulrechts	38
<b>C. „Systemwechsel“ als komplexer Umsetzungsprozess – zum Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Landesgesetzgebers</b>	<b>40</b>
I. Die Implementation von Inklusion als systemtransformierender Prozess	40
1. Problemaufriss	40
2. Die Ausgangssituation in Nordrhein-Westfalen	40
a) Die normativen Rahmenbedingungen	41
aa) Vorbemerkungen: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben	41
(1) Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG	41
(2) Das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG/ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NW	43
bb) Die einschlägigen einfachrechtlichen Regelungen	44
b) Die rechtstatsächliche Situation	46
II. Entscheidungsoptionen und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers	47
1. Organisationsstrukturelle, instrumentelle und zeitliche Umsetzungsspielräume	47
2. Zur Bedeutung des elterlichen Erziehungsmandats	49
3. Behindertentypusspezifische Differenzierungsspielräume	49
III. Zwischenresümee	50

<b>D. Zur Konnexitätsrelevanz landesgesetzlicher Umsetzung von Art. 24 BRK</b>	<b>51</b>
I. Problemaufriss	51
1. Zur Bedeutung des Konnexitätsprinzips	51
2. Zur Normstruktur des Art. 78 Abs. 3 LV NW	53
a) Dreigliedriger Tatbestand	53
b) Die Rechtsfolgen des Art. 78 Abs. 3 LV NW	53
3. Konkrete Fragestellungen	53
II. Umsetzung von Inklusion im nordrhein-westfälischen Schulrecht als konnexitätsrelevante Verpflichtung?	54
1. Konnexitätsprinzip und völkerrechtlicher Anlassgrund	54
a) Zur Problematik von „Mehrebenen-Konnexitäts-Konstellationen“	54
b) Anwendbarkeit von § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW?	57
2. Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Schulträger als Ausschlussgrund für eine konnexitätsrelevante Verpflichtung?	58
III. Konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung/Aufgabenerweiterung?	60
1. Übertragung neuer Aufgaben bzw. Erweiterung bestehender Aufgaben	60
a) Neue Aufgabe oder Erweiterung einer bestehenden Aufgabe?	60
b) Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben als Gegenstand konnexitätsrelevanter Aufgabenübertragung/-erweiterung	61
2. Im Besonderen: Inklusionermöglichende Barrierefreiheit – ein Fall von Aufgabenerweiterung?	62
a) Zum Begriff der „Barrierefreiheit“	62
b) Folgerungen	63
IV. Konnexitätsrelevante Belastungen der kommunalen Gebietskörperschaften durch die Umsetzung der BRK	64
1. Funktion und Aussagegehalt des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung der davon betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände“	65

a) Grundsätzliches	65
b) Keine „Belastungs-Entlastungs-Saldierungen“ innerhalb der kommunalen „Familie“	66
2. Denkbare finanzielle Mehrbelastungsfaktoren	67
a) Personalkosten	67
aa) Erhöhte Schul-Personalkosten durch Inklusion?	68
bb) Weitere Personalkosten	68
(1) Sog. Integrationshelfer	68
(2) Schnittstellenproblematik	70
cc) Mögliche Pluralität von kommunalen Kostenträgern	71
b) Sachkosten	71
aa) Investive (Bau-)Kosten	71
(1) Barrierefreiheit	72
(2) Zusätzliche Räume	73
bb) Beförderungskosten	73
cc) Spezielle Lehr- und Lernmittel	74
c) Zwischenfazit	74
3. Prognoseunsicherheiten als Ausschlussgrund für die Annahme einer konnexitätsrelevanten Mehrbelastung?	74
V. Rechtsfolgen	76
1. Grundsätzliches	76
2. Zum Gebot einer Kostenfolgeabschätzung	77
3. Schlussfolgerungen	78
<b>E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der gutachtlichen Untersuchung</b>	<b>79</b>





# A. Problemstellung, Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung

## I. Problemaufriss und Problemeinordnung

### 1. Auf dem Weg zur schulischen Inklusion

#### a) Von der Integration zur Inklusion

In der internationalen bildungspolitischen bzw. erziehungswissenschaftlichen Diskussion lässt sich bereits seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts eine immer stärkere Neuorientierung verzeichnen, in der das lange Zeit vorherrschende medizinische Modell von Behinderung, das die körperlichen, psychischen oder kognitiven Beeinträchtigungen des Einzelnen fokussiert, in Frage gestellt wird. In den Mittelpunkt rückte nun eine menschenrechtliche Perspektive;

siehe auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drs. 16/11234, S. 4: „menschenrechtspolitische Perspektive“

sie anerkennt jeden Menschen und damit auch jedes Kind als ein Subjekt mit einmaligen Eigenschaften, Interessen, Fähigkeiten und Lernbedürfnissen und fordert ein grundsätzliches Recht auf Bildung für alle ein.

Zur Entwicklung siehe etwa *Andreas Hinz*, Inklusion – historische Entwicklungslinien und internationale Kontexte, in: Hinz/Körner/Niehoff (Hrsg.), Von der Integration zur Inklusion. Grundlagen-Perspektiven-Praxis, 2008, S. 33 ff.; *Klaus Klemm/Ulf Preuss-Lausitz*, Gutachten zum Stand und zu den Perspektiven der sonderpädagogischen Förderung in den Schulen der Stadtgemeinde Bremen, 2008, Manuskript, S. 3 ff.; siehe ferner *Jochen von Bernstorff*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation, ZaöRV 67 (2007), 1047 ff.

In diesem Prozess markiert das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Convention on the rights of persons with disabilities) der Vereinten Nationen

im folgenden abgekürzt als UN-Behindertenrechtskonvention bzw. BRK; hierzu näher nachfolgend sub b)

eine überaus bedeutsame Etappe und nicht zuletzt für das Bildungssystem in der Bundesrepublik Deutschland eine nachhaltige Zäsur.

Auch dazu noch im folgenden sub B. und C.

Erwägungsgrund g der Präambel der UN-Behindertenrechtskonvention hebt nachdrücklich „the importance of mainstreaming disabilities issues as an integral part of relevant strategies of sustainable development“ hervor. Mit dem Begriff „mainstreaming“ soll ein Thema gleichsam vom Rand in die Mitte der Gesellschaft gerückt werden. „Disability mainstream“ bedeutet dementsprechend, dass die Anliegen von Men-

schen mit Behinderungen zu einem wichtigen Inhalt aller Entscheidungs(findungs)prozesse in Staat und Gesellschaft werden sollen. Der damit eingeleitete Paradigmenwechsel ist verknüpft mit einer menschenrechtlichen (und damit rechtsbasierten) Fokussierung. In Abgrenzung zu einem an Bedürftigkeit orientierten Fürsorge- und Wohlfahrtsansatz, der behinderte Menschen als „Objekte“ der Sozialpolitik verstand/versteh, rücken nunmehr deren (Menschen-)Rechte in den Mittelpunkt.

Die Hohe Kommissarin für Menschenrechte, *Navi Pillay*, hat in ihrer Rede vor dem Menschenrechtsrat im März 2009 insoweit hervorgehoben, die UN-Behindertenrechtskonvention „requires us to move away from charity-based or medical-based approaches to disability to a new perspective stemming from and firmly grounded in human rights“ (zitiert nach *Degener*, RdJB 2009, 200 [201])

Für das deutsche Bildungssystem bedeutet die UN-Behindertenrechtskonvention bzw. deren Implementation in die deutsche Rechtsordnung eine große Herausforderung, nämlich die Notwendigkeit, die Zielperspektive eines für alle Kinder in ihrer Unterschiedlichkeit gemeinsamen Bildungssystems von Anfang an einzunehmen.

So *Klaus Klemm/Ulf Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen. Empfehlungen zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Bereich der allgemeinen Schulen (Gutachten erstellt im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen), Juni 2011, S. 12

Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention markiert damit zugleich einen Einschnitt, mit dem eine „historische Epoche überwunden“ wird, indem die Integrationsperspektive durch die Inklusionsperspektive ersetzt wird. Alle Schulen und Schulformen müssen sich der Inklusion stellen und konkret für sich ausformen.

Siehe *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, S. 12, 14. – Umso bedauerlicher ist es, dass die deutsche Übersetzung der BRK immer noch den Terminus „Integration“ („integrativ“) verwendet; zur Kritik und Diskussion siehe etwa *Degener*, RdJB 2009, 200 (211) mit weit. Nachw.; ferner *Markus Krajewski*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, 120 (122)

Die Grundentscheidung des Abkommens für ein solch inklusives Schulsystem ergibt sich eindeutig aus entstehungsgeschichtlichen, grammatikalischen und systematischen Überlegungen.

Dazu näher *Ralf Poscher/Thomas Langer/Johannes Rux*, Gutachten zu den völkerrechtlichen und innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem Recht auf Bildung nach Art. 24 des UN-Abkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und zur Vereinbarkeit des deutschen Schulrechts mit den Vorgaben des Übereinkommens, August 2008, S. 22 ff.

Schließlich und vor allem ergibt sich dies auch aus der Teleologie des Art. 24 BRK.

Zum Normtext noch anschließend sub b)

Der BRK liegt die Zielvorstellung einer fast vollständigen Inklusion von Schülern mit Behinderungen in die Regelschulen zugrunde. In den Materialien heißt es insoweit:

„Experience has shown that as many as 80 to 90 per cent of children with specific education needs, including children with intellectual disabilities, can easily be integrated into regular schools and classrooms, as long as there is basic support for their inclusion“.

Siehe United Nations (Hrsg.), *From Exclusion to Equality. Realising the rights of persons with disabilities. Handbook for parliamentarians on the convention on the rights of persons with disabilities and its optional protocol*, No. 14, 2007, S. 85; siehe auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 24

In der Zusammenschau dieses quantitativen Veränderungsfaktors und der vorstehend beschriebenen qualitativen Neuausrichtung wird offenkundig, dass die Umsetzung der UN-BRK für die Bundesrepublik Deutschland und deren Bildungsbereich nicht mehr und nicht weniger bedeutet als die Notwendigkeit eines *Systemwechsels*.

Der Terminus findet sich in der Literatur zur Umsetzung der UN-BRK in Deutschland immer wieder – und zu Recht; zur Bedeutung dieses Systemwechsels und weit. Nachw. siehe noch unten sub C. Diese allgemeinen Feststellungen dürfen nun nicht dahingehend missverstanden werden, dass die BRK eine gesonderte schulische Förderung von Kindern mit Behinderungen ausnahmslos und für alle Konstellationen ausschließt; dazu näher noch unten sub C. I. 2. a)

#### *b) Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und das deutsche Zustimmungsgesetz*

Im Juni 1994 fand im spanischen Salamanca die Weltkonferenz „Pädagogische besondere Bedürfnisse: Zugang und Qualität“ statt, auf der die sog. Salamanca-Erklärung verabschiedet wurde. Darin hieß es u. a., dass Regelschulen das beste Mittel seien, um diskriminierende Haltungen gegenüber Menschen mit Behinderungen zu bekämpfen, um Gemeinschaften zu schaffen, die alle willkommen heißen, um eine integrierende Gesellschaft aufzubauen und um Bildung für alle zu erreichen.

Siehe hier mit Nachw. *Klaus Klemm/Ulf Preuss-Lausitz*, *Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen. Empfehlungen zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Bereich der allgemeinen Schulen*, Juni 2011, S. 9 f. In dieser Erklärung ist bereits von „inclusive schools“ die Rede

Mit der Resolution vom 19. Dezember 2001 beschloss dann die Generalversammlung der UN die Einsetzung eines Ad-Hoc-Ausschusses zur Sammlung von Vorschlägen für eine umfassende und integrale internationale Konvention zur Förderung

und zum Schutz der Rechte und der Menschenwürde von Personen mit Behinderungen.

Resolution 56/168, UN-Doc. A/RES/56/168.  
Zu Politik und Recht in der Europäischen Union und im Europarat im Interesse von Menschen mit Behinderungen siehe den Überblick bei *Schulte*, ZFSH SGB 2010, 657 (663 ff.)

Nach acht Sitzungen des Ausschusses wurden die Verhandlungen am 25. August 2006 mit der Verabschiedung des Konventionsentwurfs und eines separaten Fakultativprotokolls über die Kompetenzen des Ausschusses für Menschen mit Behinderungen abgeschlossen. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Convention on the Rights of Persons with Disabilities)

im folgenden abgekürzt als UN-Behindertenrechtskonvention (BRK)

wurde schließlich am 13. Dezember 2006 durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen.

Die seit dem 30. März 2007 zur Unterzeichnung ausgelegte Konvention

die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen bereits an diesem ersten Tag unterzeichnet

ist nach der 20. Ratifikation am 3.5.2008 in Kraft getreten. Durch das „Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ vom 21. Dezember 2008 hat die Bundesrepublik Deutschland der BRK zugestimmt.

Siehe BGBl. II S. 1419

Zuvor hatte die Ständige Vertragskommission der Länder, die auf der Grundlage des sog. Lindauer Abkommens innerstaatlich im Ratifizierungsprozess zu beteiligen ist,

zu dieser Kommission siehe *Christian Bücken/Malte Köster*, Die Ständige Vertragskommission der Länder, JuS 2005, 976 ff.

dem federführenden Bundesministerium mit Schreiben vom 23. Februar 2007 mitgeteilt, dass die Länder keine Einwände gegen die Zeichnung erheben würden.

Siehe hierzu und zu weiteren Einzelheiten *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 für die Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben-Gemeinsam Lernen e. V., April 2009, S. 24; hierauf Bezug nehmend *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 34; ferner *Julia Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention

(BRK) in das Brandenburgische Landesrecht (Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg), 16. September 2010, S. 4

Mit der Ratifikation trat die BRK gem. Art. 45 Abs. 2 BRK auch für die Bundesrepublik Deutschland am 26. März 2009

Bekanntmachung des Inkrafttretens: s. BGBl. II S. 818

in Kraft.

Siehe hierzu auch *Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, S. 3

Mit dem Zustimmungsgesetz erlangten die Verpflichtungen aus der BRK völkerrechtliche Verbindlichkeit, die nach dem Wiener Übereinkommen über die Rechte der Verträge (WVK) entweder durch die bloße Unterzeichnung (Art. 11, 12) oder die Ratifikation (Art. 11, 14) als zusätzliches Erfordernis ausgelöst wird. Die BRK verlangt neben dem Erfordernis der Unterzeichnung (Art. 42 BRK) auch die Ratifikation (Art. 43 BRK).

Siehe hierzu *Ralf Poscher/Thomas Langer/Johannes Rux*, Gutachten zu den völkerrechtlichen und innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem Recht auf Bildung nach Art. 24 des UN-Abkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und zur Vereinbarkeit des deutschen Schulrechts mit den Vorgaben des Übereinkommens, August 2008, Manuskript, S. 10

Nach Art. 8 der BRK ist es ihr Zweck, „den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern“. Die UN-Konvention zielt auf den Übergang von der Exklusion zur sozialen Inklusion und diskriminierungsfreien Partizipation. Menschen mit Behinderungen sollen nicht lediglich als „Objekte“ von Fürsorge und medizinischer Behandlung wahrgenommen werden, sondern als Träger von Rechten.

Siehe United Nations (ed.), *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*, No. 14, 2007, S. 7 ff.; siehe auch mit weiteren Nachweisen *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 8 f. – Zu einem Überblick über den Inhalt etwa *Degener*, RdJB 2009, 200 ff.; *Schulte*, ZFSH SGB 2010, 657 ff.

Art. 2 der Konvention enthält Begriffsbestimmungen, Art. 3 formuliert die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens und Art. 4 die allgemeinen Verpflichtungen für die Vertragsstaaten. Im vorliegenden rechtsgutachtlichen Kontext von besonderer Bedeutung ist das in Art. 24 BRK näher geregelte Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung.

Dazu siehe etwa *Krajewski*, JZ 2010, 120 ff.; aus pädagogischer Perspektive: *Sieglinde Ellger-Rüttgardt*, Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und ihre Herausforderungen an die deutsche Bildungspolitik, *Rehabilitation* 48 (2009), 369 ff.

## Die Vorschrift lautet:

### Artikel 24

#### Bildung

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel,

a) die menschlichen Möglichkeiten sowie das Bewusstsein der Würde und das Selbstwertgefühl des Menschen voll zur Entfaltung zu bringen und die Achtung vor den Menschenrechten, den Grundfreiheiten und der menschlichen Vielfalt zu stärken;

b) Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen;

c) Menschen mit Behinderungen zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen.

(2) Bei der Verwirklichung dieses Rechts stellen die Vertragsstaaten sicher, dass

a) Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden;

b) Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben;

c) angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden;

d) Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems die notwendige Unterstützung geleistet wird, um ihre erfolgreiche Bildung zu erleichtern;

e) in Übereinstimmung mit dem Ziel der vollständigen Integration wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet, angeboten werden.

(3) Die Vertragsstaaten ermöglichen Menschen mit Behinderungen, lebenspraktische Fertigkeiten und soziale Kompetenzen zu erwerben, um ihre volle und gleichberechtigte Teilhabe an der Bildung und als Mitglieder der Gemeinschaft zu erleichtern. Zu diesem Zweck ergreifen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen; unter anderem

a) erleichtern sie das Erlernen von Brailleschrift, alternativer Schrift, ergänzenden und alternativen Formen, Mitteln und Formaten der Kommunikation, den Erwerb von Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten sowie die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen und das Mentoring;

b) erleichtern sie das Erlernen der Gebärdensprache und die Förderung der sprachlichen Identität der Gehörlosen;

c) stellen sie sicher, dass blinden, gehörlosen oder taubblinden Menschen, insbesondere Kindern, Bildung in den Sprachen und Kommunikationsformen und mit den Kommunikationsmitteln, die für den Einzelnen am besten geeignet sind, sowie in einem Umfeld vermittelt wird, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet.

(4) Um zur Verwirklichung dieses Rechts beizutragen, treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zur Einstellung von Lehrkräften, einschließlich solcher mit Behinderungen, die in Gebärdensprache oder Brailleschrift ausgebildet sind, und zur Schulung von Fachkräften sowie Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf allen Ebenen des Bildungswesens. Diese Schulung schließt die Schärfung des Bewusstseins für Behinderungen und die Verwendung geeigneter ergänzender und alternativer Formen, Mittel und Formate der Kommunikation sowie pädagogische Verfahren und Materialien zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen ein.

(5) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung, Berufsausbildung, Erwachsenenbildung und lebenslangem Lernen haben. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden.

## 2. Die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion in Deutschland

### a) Zum Diskurs im rechtswissenschaftlichen Schrifttum

Die BRK und die Frage ihrer innerstaatlichen Implementierung hat eine intensive Diskussion ausgelöst. Neben gutachtlichen Stellungnahmen

außer dem bereits erwähnten Gutachten von *Poscher/Langer/Rux*, aaO, ist hier u. a. zu nennen: *Eibe Riedel*, Gutachten zur Wirkung der Internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, erstattet der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lernen Nordrhein-Westfalen in Projektpartnerschaft mit der Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam Leben, Gemeinsam Lernen und dem Sozialverband Deutschland (SoVD), Januar 2010

befassen sich etliche literarische Stellungnahmen mit Einzelaspekten der Konvention und ihrer Umsetzung im deutschen Recht.

Hier seien vor allem genannt: *Angela Faber/Verena Roth*, Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, 1193 ff.; *Markus Winkler*, Inklusiver Unterricht mit behinderten Schülerinnen und Schülern: Wer muss das bezahlen?, NWVBl. 2011, 409 ff.; ferner (bereits erwähnt) *Degener*, RdJB 2009, 200 ff.; *Schulte*, ZFSH SGB 2010, 657 ff. – Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion vor der Ratifizierung der BRK eingehend *Felix Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005

Auch die verwaltungsgerichtliche Judikatur ist inzwischen mehrfach mit der Thematik befasst worden.

Dazu noch näher unten sub B. II. 2. a)

Die Diskussion betrifft dabei Fragen der innerstaatlichen Geltung der BRK, ihrer möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit, Art und Weise der konkreten Implementierung bis hin zu Finanzierungsfragen.

Neben der Sache liegt die (soweit ersichtlich von kaum jemandem geteilte; siehe aber die Bemerkung von *Harry Fuchs*, UN-Behindertenrechtskonvention: Welcher Handlungsbedarf folgt daraus in Deutschland?, Soziale Sicherheit 2009, 330, 334) Auffassung der Bundesregierung, finanzieller Vollzugsaufwand entstehe für die öffentlichen Haushalte – abgesehen von den Kosten der Errichtung der unabhängigen Stelle – nicht; s. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BRats-Drs. 760/08, S. 2

Gerade wenn man die hohe gesamtgesellschaftliche Bedeutung und politische Priorität der Realisierung eines schulischen Inklusionskonzepts anerkennt, bedürfen die in

diesem Kontext aufgeworfenen Rechtsfragen der verlässlichen Beantwortung. Diesem Anliegen dienen auch die nachfolgenden Überlegungen.

Zu dieser Bemerkung besteht deshalb Anlass, weil in der derzeitigen Diskussion gelegentlich ein irritierender subkutaner Vorwurf mitschwingt: Wer auf die offensichtlichen Herausforderungen verweist, die mit der Implementierung des Inklusionskonzepts (auch) in organisatorischer, prozeduraler und finanzieller Hinsicht verbunden sind, wird schnell als unsensibler Bedenkenträger (ab)qualifiziert.

Siehe etwa *Norbert Killewald* (Beauftragter der Landesregierung NRW für die Belange von Menschen mit Behinderungen), Besser „Klassenprimus“ als „Sitzenbleiber“ – NRW auf dem Weg zum inklusiven Schulsystem, Landkreistag NRW, Eildienst 10/2011, 351 f.: „Die Bereitschaft zur Veränderung muss dabei vorausgesetzt werden, denn bei all diesen Diskussionen muss eines klar sein: Das Recht auf inklusive Bildung kann nicht mit dem Ruf nach ‚Konnexität‘ ausgehebelt werden. Denn das ist die ureigene Qualität und das Kennzeichen von Menschenrechten: Sie sind Fragen der Finanzierung nicht unterworfen und stehen damit nicht zur Diskussion. Sie müssen umgesetzt werden“. – Vgl. demgegenüber das im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes NRW erstellte Gutachten von *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in NRW, aaO, S. 122 f.: „Darüber hinaus muss darauf verwiesen werden, dass sich im Verlauf einer gesteigerten Inklusion die Konnexitätsfrage stellt. ...“

Ohne Zweifel: Soweit die BRK die Bundesrepublik Deutschland bindet, ist sie in innerstaatlich anwendbares Recht zu überführen. Ebenfalls unbezweifelbar ist aber, dass dies nur nach Maßgabe und in den Formen des geltenden (Verfassungs-) Rechts geschehen kann. Insoweit gilt nichts anderes als bei der (legislativen) Realisierung grundrechtlicher Schutzpflichten.

Siehe hier nur *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 277 ff., siehe etwa Rn. 277: „Adressat der Schutzpflicht ist die Staatsorganisation. Sie wird in allen ihren Gliederungen und Funktionen in die Pflicht genommen. ... Das bedeutet jedoch nicht, dass beliebige staatliche Stellen jedwede Maßnahme zum Schutz der Grundrechte treffen dürften“

#### *b) Rechtspolitische Diskussionsbeiträge und legislatorische Bemühungen der Länder*

In den Bundesländern sind die Bemühungen zur Umsetzung der BRK für den schulischen Bereich unterschiedlich weit fortgeschritten. Zum Teil ist die Politik über die Formulierung einer grundsätzlichen Position noch nicht hinaus gelangt, zum Teil sind die Schulgesetze bereits geändert worden. Im Einzelnen ergibt sich dabei folgendes Bild:

Instruktiver Überblick über den Umsetzungsprozess: Kultusministerkonferenz, Umsetzung der inklusiven Bildung in den Ländern, Stand: 27.01.2012

(1) Für *Baden-Württemberg* gilt, dass die Landesregierung erst im September 2011 betonte, jetzt stellen „sich die Fragen nach einer genauen Bestandsaufnahme der im Vergleich zu anderen Bundesländern bisher sehr unbefriedigenden Umsetzung sowie – darauf aufbauend – nach einer ambitionierten Umsetzungsstrategie für die notwendige Wende hin zu einem inklusiven Schulsystem“.

Siehe LT-Drs. 15/498 (Antwort auf eine Kleine Anfrage)

Mit dem Schuljahr 2012/ 2013 sollen erstmals 20 bis 30 Gemeinschaftsschulen ab der Klasse 5 eingeführt werden.

(2) In *Bayern* ist das Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen inzwischen angepasst worden.

Siehe Gesetz zur Änderung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 20. Juli 2011, BayGVBl. S. 313

Nach Art. 30a Abs. 3 BayEUG können Schülerinnen und Schüler mit und ohne sonderpädagogischen Förderbedarf gemeinsam in Schulen aller Schularten unterrichtet werden. Satz 2 der Norm bestimmt, dass die allgemeinen Schulen bei ihrer Aufgabe, Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf zu unterrichten, von den Förderschulen unterstützt werden. Art. 30a Abs. 4 des Gesetzes sieht dabei vor, dass die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in den Förderschwerpunkten Sehen, Hören sowie körperliche und motorische Entwicklung in die allgemeine Schule der Zustimmung des Schulaufwandsträgers bedarf. Diese Zustimmung kann dabei nur bei erheblichen Mehraufwendungen verweigert werden.

Auf die Einzelheiten der Gesetzesänderungen ist hier nicht weiter einzugehen.

Während der Beratungen des Änderungsgesetzes ist auch die Konnexitätsproblematik erörtert worden. In der amtlichen Begründung wird dabei die Position eingenommen, dass ein „staatlicher Ausgleich nach dem Konnexitätsprinzip ... anlässlich der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Einführung der geplanten Maßnahme nicht zu leisten“ sei.

Siehe Bayerische LT-Drs. 16/8100, S. 6

Im Einzelnen werden diese Annahmen

die vom Bayerischen Gemeindetag und vom Bayerischen Städtetag in einer gemeinsamen Stellungnahme vom 17. Mai 2011 für „rechtlich verfehlt“ gehalten werde; siehe Stellungnahme des Bayerischen Gemeindetages und des Bayerischen Städtetages vom 17. Mai 2011, S. 3

wie folgt begründet: Zunächst bestehe hinsichtlich der Bindung und Erfüllung der UN-Behindertenrechtskonvention „an sich“ kein Entscheidungs- oder Handlungsspielraum für den Freistaat. Die konkrete Einführung des Schulprofils ‘Inklusion’ bei den einzelnen Schulen hänge im übrigen von der Zustimmung des jeweiligen Schulaufwandsträgers ab. Soweit es um den Ausbau bereits bestehender Instrumente, insbesondere bei der Einzelintegration mit Unterstützung durch die Mobilen Sonderpädagogischen Dienste, aber auch die kooperativen Formen der Kooperationsklassen und Partnerklassen gehe, handele es sich um eine reine Zunahme von Fallzahlen, die auf dem Vollzug einer unverändert fortbestehenden Rechtslage beruhe. Die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern mit Förderbedarf im Förderschwerpunkt Sehen, Hören sowie Körperliche und Motorische Entwicklung in die allgemeine Schule werde im Rahmen der sog. Einzelintegration weiterhin von der Zustimmung der betroffenen Schulaufwandsträger abhängen. Besondere Anforderungen im Sinne von Art. 83 Abs. 3 und 6 BV an die Erfüllung bestehender Aufgaben würden insoweit nicht gestellt. Ein Zugangsrecht zur allgemeinen Schule bestehe bereits nach bisheriger Rechtslage für die meisten Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf. Soweit bezüglich der intellektuellen Voraussetzungen von Kindern und Jugendlichen der Zugang nochmals erleichtert werde, erfolge dies in Umsetzung der Verpflichtung aus Art. 24 Abs. 2 b BRK; diese Verpflichtung wäre auch bei Auslegung und Anwendung der bisherigen Formulierung der ‚aktiven Teilnahme‘ zu berücksichtigen gewesen. Schließlich blieben die Regelungen zum Schulaufwand, insbesondere Art. 3 Abs. 5 Satz 1 BaySchFG und die Regelungen zur baulichen Barrierefreiheit in Art. 48 Bayerische Bauordnung unverändert.

Siehe LT-Drs. 16/8100, S. 6

(3) Der Senat von *Berlin* hat das Gesamtkonzept „Inklusive Schule“, beinhaltend „10 Behindertenpolitische Leitlinien des Landes Berlin zur nachhaltigen Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention bis zum Jahre 2020“, vorgelegt. Das Konzept wurde in den Gremien des Parlamentes inhaltlich beraten und schließlich zur Kenntnis genommen. Zur Zeit werden Konsultationen verschiedener Gremienvertretungen und Verbände im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der UN-Behindertenrechtskonvention durchgeführt.

(4) Für *Brandenburg* hat die Landesregierung ein „Behindertenpolitisches Maßnahmenpaket für das Land Brandenburg“ im Dezember 2011 vorgelegt.

Siehe Drs. 5/4363; dort heißt es auf S. 5: „Vorweg sind hier die Kommunen zu nennen, deren entsprechende Verpflichtungen sich unmittelbar aus der UN-BRK ergeben“

Für das Schuljahr 2012/ 2013 ist geplant, in ersten Pilotschulen inklusiven Unterricht einzuführen. Ab dem Schuljahr 2015/ 2016 werden dann keine Einschulungen in die 1. Jahrgangsstufe der Förderschule mit den Schwerpunkten LES mehr vorgenommen.

(5) Für *Bremen* geht der II. Bericht der Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales zum Bremischen Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen – 2010 – davon aus, dass dem geltenden Bremischen Schulgesetz

(zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.06.2009, Brem.GBl. S. 237) ein weit gefasster Begriff von Inklusion zugrundeliege, der „über die Perspektive der UN-Behindertenrechtskonvention hinaus(gehe), die in Art. 24 eine Konzentration auf das gemeinsame Lernen von behinderten und nichtbehinderten Kindern“ vornehme.

Siehe Bericht, aaO, S. 11

(6) In *Hamburg* ist Art. 24 BRK durch das 12. Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Schulgesetzes vom 20.10.2009

HmbGVBl. S. 373

transformiert worden.

Siehe vor allem § 12 Abs. 1 Hamburgisches Schulgesetz: „Kinder und Jugendliche mit sonderpädagogischem Förderbedarf haben das Recht, allgemeine Schulen zu besuchen. Sie werden dort gemeinsam mit Schülerinnen und Schülern ohne sonderpädagogischen Förderbedarf unterrichtet und besonders gefördert. Die Förderung kann zeitweilig in gesonderten Lerngruppen erfolgen, wenn dieses im Einzelfall pädagogisch geboten ist.“

Im November 2011 wurden dann, auch auf der Grundlage der bis dahin gewonnenen Erfahrungen, die Eckpunkte für ein neues Konzept zur inklusiven Bildung vorgestellt.

(7) Demgegenüber ist in *Hessen* das Schulgesetz in Umsetzung von Art. 24 BRK geändert worden.

Siehe Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes und des Hessischen Personalvertretungsgesetzes vom 10. Juni 2011, GVBl. S. 267

Die konkrete Ausgestaltung der Förderung und des Verfahrens soll durch die noch in der Beteiligungsphase befindliche Verordnung über Unterricht, Erziehung und sonderpädagogische Förderung von Schülerinnen und Schülern mit Beeinträchtigungen und Behinderungen (VOSB) erfolgen.

(8) In *Mecklenburg-Vorpommern* wurden mit Art. 1 des Ersten Änderungsgesetzes vom 16.02.2009 (GVOBl. M.-V. S. 241) Regelungen zur inklusiven Bildung getroffen. Die Änderungen des betroffenen § 45 SchulG M.-V. treten jedoch erst zum 01.08.2013 in Kraft. Außerdem wurde die Verordnung zur sonderpädagogischen Förderung vom 02.09.2009 (GVOBl. M.-V. S. 562) im September 2010 angepasst (GVOBl. M.-V. S. 536). Inzwischen hat der Landtag in einer Resolution zum 1. Tag der Menschen mit Behinderungen im Oktober 2010 gefordert: „... landesweiten Aktionsplan zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Land Mecklenburg-Vorpommern auf den Weg bringen!“ Der Entwurf einer Rahmenkonzeption liegt zwischenzeitlich vor. In einem Modellprojekt werden seit Beginn des Schuljahres 2010/2011 Kinder mit dem Förderschwerpunkt Lernen in Grundschulen eingeschult.

(9) In *Niedersachsen* wird derzeit der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der inklusiven Schule in Niedersachsen (vom 26.10.2011) diskutiert.

Siehe LT-Drs. 16/4137

In der Begründung zum Gesetzentwurf ist zu den Kosten für die Schulträger u. a. ausgeführt: „Die Schulträger sind nach § 48 Abs. 1 Nr. 5 der Niedersächsischen Bauordnung ... ohnehin verpflichtet, Schulen so auszustatten, dass diese Schulen von Menschen mit Behinderungen, besonders Rollstuhlfahrerinnen und Rollstuhlfahrer, ohne fremde Hilfe zweckentsprechend besucht und benutzt werden können. Die aufgrund der Einführung der inklusiven Schule notwendigen Aufwendungen sind nicht erheblich i.S.v. Art. 57 Abs. 4 NV. Ein Ausgleich wäre nach Art. 57 Abs. 4 NV nur für die erheblichen und notwendigen Kosten zu regeln, soweit sie aus Anlass dieses Gesetzes entstehen“.

Siehe LT-Drs. 16/4137, S. 8

Gleichwohl soll eine Überprüfung der Annahme der Nichterheblichkeit bis 2018 erfolgen.

LT-Drs. 16/4137, S. 15

(10) In *Nordrhein-Westfalen*

zur parlamentarischen Diskussion siehe Drs. 15/26; 15/680; 15718; 15/763; 15/1793 und 15/2361

gestaltet sich die Suche nach einem politischen Konsens zwischen der Minderheitsregierung von SPD und Bündnis 90/Die Grünen einerseits und der Opposition als schwierig.

Bereits im November 2010 hatte der Ausschuss für Schule und Weiterbildung des Landtages eine Beschlussempfehlung verabschiedet, die der Landtag am 1. Dezember 2010 einstimmig bei Enthaltung der Fraktion der FDP angenommen hat.

Siehe Landtag NRW, Plenarprotokoll 15/16, S. 1215 (1230)

In dem Antrag, der mit der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Schule und Weiterbildung angenommen wurde, heißt es u. a.:

„Menschen mit Behinderungen haben einen Anspruch auf volle Teilhabe an der Gesellschaft. Voraussetzung und Element dieser Teilhabe ist ihre Integration in das allgemeine Schulwesen. ...

Es ist deshalb notwendig, die individuelle Förderung in der Schule im Sinne der Inklusion so umzugestalten, dass alle Schülerinnen und Schüler in den allgemeinen Schulen optimal gefördert werden können. ...

Die allgemeine Schule ist der Regelförderort. Eltern können weiterhin für ihr Kind eine Förderschule wählen. ...

Alle allgemeinen Schulen sollen dazu befähigt werden, sich zu öffnen und mit der Verschiedenheit aller Schülerinnen und Schüler konstruktiv umzugehen.

Die Verwirklichung des Rechtsanspruchs der Schülerinnen und Schüler mit Behinderungen muss mit einer deutlichen Verbesserung der Rahmenbedingungen einhergehen. ...  
Auch Förderschulen können eine inklusive Schule für Kinder mit und ohne Behinderung werden. ...“

Darüber hinaus wird die Landesregierung aufgefordert,

„den Kommunen nach Ermittlung der Kosten einen verlässlichen Ressourcen- und Zeitrahmen zu geben für kommunale Inklusionspläne im Rahmen ihrer Schulentwicklungsplanung“.

Siehe LT-Drs. 15/680, S. 6 f.

(11) In *Rheinland-Pfalz* ist ein Aktionsplan der Landesregierung zur Umsetzung der BRK

Stand: Juli 2010

verabschiedet worden. Unter dem 10.09.2010 erfolgte ein Beschluss des Landtages mit dem Titel: „Integration und Inklusion in rheinland-pfälzischen Bildungseinrichtungen“.

Vgl. LT-Drs. 15/4571 und 15/4941

In der Koalitionsvereinbarung für die aktuelle Legislaturperiode ist das Ziel der Verankerung der Inklusion im Schulgesetz vorgesehen.

(12) Das *Saarland* befindet sich derzeit noch im Stadium der (Prüfung der) Umsetzung.

Vgl. LT-Drs. 14/137 (14/111)

(13) In *Sachsen* wurde durch das Sächsische Staatsministerium für Kultus und Sport (SMK) ein Positionspapier und ein Maßnahmenplan erstellt. Ein Expertengremium im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der UN-Behindertenrechtskonvention erarbeitet seit August 2011 Empfehlungen zur weiteren Vorgehensweise.

Zu der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention wurden diverse kleine und große Anfragen und Anträge durch die Fraktionen des Landtages gestellt, vgl. hierzu LT-Drs. 4/14921 und 5/1150/1358/1910/2202/4075/4503/4981/5014/5377/5378/7058/ 7742

(14) In *Sachsen-Anhalt* ist bislang lediglich das Behindertengleichstellungsgesetz an die Vorgaben der BRK angepasst worden.

Siehe Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 16. Dezember 2010, GVBl. 2010, S. 584

(15) In Schleswig-Holstein wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes und des Mitbestimmungsgesetzes vom 28.01.2011 (GOVBl. Schl.-H. S. 23, ber. S. 48) das Landesschulgesetz zwecks Umsetzung der BRK geändert.

So wurde u.a. § 4 Abs. 11 SchulG neu eingefügt: „Zur Erreichung der Bildungs- und Erziehungsziele sind Schülerinnen und Schüler mit Behinderung besonders zu unterstützen. Das Ziel einer inklusiven Beschulung steht dabei im Vordergrund.“

(16) In *Thüringen* sind die Überlegungen zur Umsetzung der BRK noch nicht in konkrete Gesetzentwürfe eingemündet.

Antwort Thüringer Ministerium für Soziales, Familie und Gesundheit auf eine Kleine Anfrage, LT-Drs. 5/3452

Die rechtspolitische Diskussion wird darüber hinaus bereichert durch zahlreiche Stellungnahmen von Sozial-/Wohlfahrtsverbänden, Behindertenorganisationen und kirchlichen Stellungnahmen.

Siehe hier nur die Nachweise bei *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen, aaO, S. 15 f.

Eingehend haben sich auch die kommunalen Spitzenverbände mit der Thematik befasst. Für Nordrhein-Westfalen haben die kommunalen Spitzenverbände zusammen mit den beiden Landschaftsverbänden ein gemeinsames Positionspapier zur Inklusion im Schulbereich im Juli 2011 verabschiedet.

Abgedruckt in: Eildienst LKT NRW 9/2011, 333 bzw. Eildienst des Städtetages NRW 9/2011, 3 (5)

Dabei werden Landesregierung und Landtag aufgefordert, die Verankerung von Inklusion im Schulgesetz vorzunehmen. Dabei seien der pädagogische Rahmen, Rechtsansprüche sowie Finanzierungsregelungen im Rahmen eines Gesamtkonzepts vollumfänglich zu regeln. Und wörtlich wird ausgeführt: „Hierzu gehört insbesondere die Zuständigkeit und Finanzierungsverantwortung des Landes für das erforderliche Personal wie Integrationshelfer, Therapeuten, Sozialpädagogen und andere, die für erfolgreiche Inklusion unverzichtbar sind. In jedem Fall sind für alle zusätzlichen finanziellen Aufwendungen (u. a. Barrierefreiheit, spezifische Ausstattung, Schülerbeförderung, Ergänzungspersonal) die Konnexitätsregelungen in der Landesverfassung bzw. im Konnexitätsausführungsgesetz anzuwenden“.

So unter 3. des Positionspapiers, aaO

## **II. Gutachtauftrag**

Vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Diskussionen hat mich der nordrhein-westfälische Städtetag um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den durch die Umsetzung des Art. 24 UN-Behindertenrechtskonvention in Nordrhein-Westfalen aufgeworfenen Rechtsfragen für die kommunalen Schulträger gebeten. Darin sollen insbesondere Überlegungen formuliert werden

- zur Rechtslage infolge der von der Bundesrepublik Deutschland eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung sowie durch die künftig landesgesetzlich vorgegebene Aufgabe zur Verwirklichung der „inkluisiven“ Beschulung behinderter Kinder und Jugendlicher,
- zur Frage des Gestaltungs- und Entscheidungsspielraums des Landesgesetzgebers bei der Umsetzung des Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention;
- zur konnexitätsrechtlichen Wirkung eines gesetzlich vorgeschriebenen Zustimmungserfordernisses oder einer Zustimmungsmöglichkeit des kommunalen Schulträgers bei Einführung der „inkluisiven“ Beschulung;
- insgesamt zur Konnexitätsrelevanz der landesgesetzlichen Umsetzung des Art. 24 UN-Behindertenrechtskonvention sowie zu den Bedingungen, unter denen das Eintreten einer wesentlichen finanziellen Mehrbelastung der kommunalen Gebietskörperschaften anzunehmen ist.

So der Gutachtauftrag, Schreiben des nordrhein-westfälischen Städtetages vom 26.9.2011 (Az.: 30.05.12 N)

Das erbetene Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt.

## **III. Gang der Untersuchung**

Die nachfolgenden rechtsgutachtlichen Überlegungen sind wie folgt strukturiert:

- Zunächst ist die innerstaatliche Geltung und Wirkung des Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention eingehender zu betrachten.

Dazu nachfolgend sub B.

- Sodann wird der komplexe Umsetzungsprozess der völkerrechtlichen Vorgaben als ein „Systemwechsel“ darzustellen und zugleich der Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Landesgesetzgebers in den Blick zu nehmen sein.

Dazu unten sub C.

- Hieran schließen sich sodann Ausführungen zur Konnexitätsrelevanz einer landesgesetzlichen Umsetzung von Art. 24 BRK an.

Dazu unten sub D.

- Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Überlegungen beschließt das Rechtsgutachten.

Dazu unten sub E.

## B. Zur innerstaatlichen Geltung und Wirkung von Art. 24 BRK

Eine Vorfrage der zentralen Konnexitätsproblematik betrifft die Art und Weise, wie Art. 24 BRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung Wirkung entfaltet bzw. zu entfalten vermag.

### I. Zur Geltung als innerstaatliches Recht

#### 1. Grundsätzliches

Das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht bildet den Gegenstand eines historisch überlieferten und geradezu klassischen Theorienstreits, in dem sich – wiederum unterschiedlich ausgeformte - monistische und dualistische Schulen gegenüberstehen.

Siehe hier nur im Überblick *Bernhard Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 59 Rn. 83 ff. mit weit. Nachw.; ferner *Philip Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 73 (90 ff.)

In der Rechtspraxis sind inzwischen längst vermittelnde Positionen eingenommen worden, so dass die praktische Relevanz des Theorienstreits relativ gering ist. Das Grundgesetz selbst ist auch offen für differenzierte Deutungsmuster, schließt aber mit der Regelung des Art. 59 Abs. 2 GG einen rigiden Monismus aus, indem sie zu erkennen gibt, dass völkerrechtliches Vertragsrecht in irgendeiner Form in die nationale Rechtsordnung zu überführen ist.

Siehe *Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, aaO, Art. 59 Rn. 83 und 87; näher zur Entwicklung *Ulrich Fastenrath/Thomas Groh*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59 Rn. 5 ff (Stand: Dezember 2007)

Dementsprechend geht auch das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass Völkervertragsrecht nur dann innerstaatliche Geltung erlangt, wenn ein innerstaatlicher Akt dies anordnet.

Siehe etwa BVerfGE 42, 263 (284); 73, 339 (375); aus neuerer Zeit siehe E 111, 307 (318 f.); 112, 1 (24 ff.)

Soweit nun ein innerstaatlicher Rechtsanwendungsbefehl

siehe BVerfGE 90, 286 (364). – Zu den unterschiedlichen Erklärungsmustern dazu, aufgrund welcher Mechanismen mit welchem Ergebnis völkerrechtliche Normen in innerstaatliches Recht überführt werden (Transformationstheorie, Inkorporationstheorie, Vollzugstheorie), siehe etwa *Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, aaO, Art. 59 Rn. 88 ff.; siehe auch im Zusammenhang mit der BRK: *Jochen von Bernstorff*, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011, 203 (204 ff.)

ergangen ist, erlangt ein völkerrechtlicher Vertrag mit seinem Inkrafttreten

zum Zeitpunkt siehe wiederum *Kempen*, aaO, Art. 59 Rn. 91

*Geltung im deutschen Rechtsraum.*

Zur „Reichweite“ innerhalb eines Bundesstaates noch unter sub 2.

Mit anderen Worten: Der Vertrag wird Bestandteil der nationalen Rechtsordnung und ist als solcher von allen Hoheitsträgern und den jeweils handelnden Organen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu beachten.

*Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), aaO, Art. 59 Rn. 98

Die Geltung völkervertraglicher Vorschriften in der nationalen Rechtsordnung ist dabei nicht auf diejenigen Vorschriften beschränkt, die unmittelbar anwendbar sind,

zur unmittelbaren Anwendbarkeit siehe noch unten sub II.

umfasst vielmehr den Vertrag insgesamt.

Hierzu *Fastenrath/Groh*, aaO, Rn. 98 mit weit. Hinw. und der zutreffenden These, die Gegenauffassung verwechsle die Frage der Geltung, also der rechtlichen Existenz, mit derjenigen nach der Ausführungsbedürftigkeit vertraglicher Regelungen; siehe auch *Kunig*, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, aaO, S. 73 (94, Rn. 41): „Anwendbarkeit wird nicht schon durch den die Geltung bewirkenden Vorgang herbeigeführt, sondern setzt ihn voraus“. – Zur (umstrittenen) Unterscheidung von Geltung und Anwendbarkeit siehe auch *Michael Schweitzer*, Staatsrecht III, 10. Aufl. 2010, Rn. 439a

2. „Gespaltenes“ *Ingeltungsetzen innerhalb einer bundesstaatlichen Verfassungsordnung?*

Mit dem Vertragsgesetz vom 21. Dezember 2008

BGBI. II S. 1419; dazu auch bereits oben sub A. I.

ist das völkerrechtliche Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen jedenfalls insoweit wirksamer Bestandteil der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland geworden, als dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die materiellen Vorschriften des Übereinkommens zusteht.

Siehe auch Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09 –, Juris Rn. 6 = NVwZ-RR 2010, 602 (602); ebenso Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 16. September 2010 – 2 ME 278/10 –, Juris Rn 13

Eine derartige Legislativkompetenz des Bundes kann möglicherweise bejaht werden für das Berufsbildungsrecht.

Siehe auch *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 36. – Zur Reichweite eines inklusiven Bildungssystems, das neben der allgemein bildenden Schule auch die Frühförderung, den Vorschulbereich, die berufliche Bildung und das lebenslange Lernen einschließt, siehe nur *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen, aaO, S. 5

Die im rechtsgutachtlichen Kontext zu beurteilenden Fragen betreffen indes die *Materie des Schulrechts*. Der mit „Bildung“ überschriebene Art. 24 der Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten nach Abs. 2 sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden (lit a), ferner, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen,

zu diesem missverständlichen deutschen Begriff, der im Sinne von „inklusiv“ zu deuten ist, siehe bei A. I. 1. a)

hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben (lit b). Auch Art. 24 Abs. 3 ist auf die schulische Bildung bezogen. Nach der grundgesetzlichen Gesetzgebungskompetenzordnung ist nun aber das Schulrecht nach Maßgabe der Regelzuweisung des Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern vorbehalten.

Unstreitig: Siehe etwa BVerfGE 75, 40 (66 f.); 98, 218 (248); 106, 62 (132); BVerwGE 104, 1 (6); aus der Literatur etwa *Bodo Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 11. Aufl. 2011, Art. 17 Rn. 21

Dem Bund fehlt deshalb die Umsetzungskompetenz. Insoweit stellt sich nun die Frage, ob das (Bundes-)Zustimmungsgesetz den innerstaatlichen Vollzug

siehe dazu allgemein *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn. 418 ff.

der BRK in der gesamten Rechtsordnung der Bundesrepublik, also auch in den Landesrechtsordnungen, bewirkt. Dies wird im Schrifttum zum Teil verneint. Es wird vielmehr verlangt, dass in solchen Konstellationen neben dem Bund auch die Bundesländer je für sich in ihrem Rechtskreis den völkerrechtlichen Vertrag in Geltung zu setzen haben.

Und zwar in der Weise, wie die jeweilige Landesverfassungsrechtsordnung dies vorsieht; siehe zu Brandenburg näher *Blatter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, S. 7

Nach dieser Ansicht ist demnach das Vertragsgesetz i.S.v. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG kein tauglicher Rechtsanwendungsbefehl, mit dem die entsprechenden Bestimmungen der BRK zum Bestandteil der deutschen Rechtsordnung insgesamt hätten gemacht werden können.

In diesem Sinne Hessischer VGH, Beschluss vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09 –, NVwZ-RR 2010, 602 = Juris Rn. 5 ff.; ausdrücklich zustimmend Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 16. September 2010 – 2 ME 278/10 –, Juris Rn. 13; siehe auch BVerwG, Beschluss vom 18.1.2010 – 6 B 52/09 –, Juris Rn. 4; ferner *Latham & Watkins*, Gutachten, aaO, S. 23: Mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den schulischen Bereich „ist Art. 24 Abs. 1 und 2 UN-BRK durch das Zustimmungsgesetz nicht Bestandteil des Bundesrechts geworden“; allgemein *Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling, aaO, Art. 59 Rn. 99; Kritik daran (und vor allem an der Auffassung des HessVGH): v. *Bernstorff*, RdJB 2011, 203 (206 ff.)

Vielmehr bedürfte es in diesen Konstellationen eines entsprechenden Rechtsanwendungsbefehls aller 16 Länder.

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Vertrag eine sog. Bundesstaatsklausel enthält, die die Gliedstaaten von der Übernahme der vertraglichen Verpflichtungen freistellt (dazu mit Nachw. *Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling [Hrsg.], aaO, Art. 59 Rn. 53 und 99), was im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht der Fall ist. Im Gegenteil: Art. 4 Abs. 5 BRK statuiert, dass die Bestimmungen der Konvention „ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates“ gelten; siehe dazu auch *Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, S. 14, die dies als ‚Bundesstaatenklausel‘ bezeichnet.

In der Praxis wird diese Konsequenz allerdings selten beachtet, was sich nicht zuletzt bei Menschenrechtsverträgen zeigt; siehe *Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), aaO, Art. 59 Rn. 99; siehe auch *Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, s. 8 ff.

In seinem – durchweg „völkerrechtsfreundlich“ ausgerichteten - Gutachten zur Wirkung der BRK

erstattet der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben, Gemeinsam lernen NRW in Projektpartnerschaft mit der Bundesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben, Gemeinsam lernen und dem Sozialverband Deutschland

scheint *Eibe Riedel* auf den ersten Blick eine etwas abweichende Position zu vertreten. Enthalte ein völkerrechtlicher Vertrag selbstvollziehende Bestimmungen, so vermittele das Transformationsgesetz bereits einen unmittelbaren Rechtsanspruch der Bevölkerung, ohne dass es erst noch einer gesetzlichen bundesstaatlichen Regelung bedürfe.

*Riedel*, Gutachten zur Wirkung der Internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung, aaO, S. 33

Er fügt aber sogleich hinzu, dies betreffe „nur die Ebene des Völkerrechts und des innerstaatlichen Bundesrechts, nicht jedoch die Frage, welche Konsequenzen sich daraus für das Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht ergeben“.

Ebenda

Mögen diese Ausführungen noch missverständlich sein, so deuten die sich anschließenden Überlegungen zur Transformationskompetenz darauf hin, dass *Riedel* der vorstehend skizzierten Konzeption zuzuneigen scheint. Art. 24 BRK könne „in allen seinen Teilen zum jetzigen Zeitpunkt innerstaatliche Geltung nur dann für sich beanspruchen, wenn der Bund beim Erlass des Transformationsgesetzes mit der entsprechenden Gesetzeskompetenz ausgestattet war. Für den Bereich der Schulbildung haben ... die Länder die Gesetzgebungskompetenz. ...“. Bisher sei kein Landesgesetzgeber aufgrund der BRK gesetzgeberisch tätig geworden und stimme keines der Landesschulgesetze mit den Vorgaben der BRK überein. Daraus folge, „dass der Anspruch auf Zugang zu Regelschulen nach Art. 24 BRK nicht als ausdrücklicher Teil des Landesschulrechts anzusehen ist, d. h. eine einfachgesetzliche Geltendmachung ist (noch) nicht möglich“.

*Riedel*, Gutachten zur Wirkung der Internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung, aaO, S. 35

Und als Zwischenergebnis hält er fest, „dass Art. 24 BRK i.V.m. Art. 13 Sozialpakt selbstvollziehende Bestandteile enthält, die jedenfalls für den Bereich des Bundesrechts unmittelbare Wirkung entfalten können.“

Ob und inwieweit diese Annahme der unmittelbaren Rechtswirkung zutrifft, ist sogleich zu erörtern; siehe im folgenden sub II.

So hat sich z. B. das Berufsbildungsrecht ... ggf. der BRK anzupassen. Hieraus folgt jedoch nicht, dass für den Bereich des Landesrechts die selbstvollziehende Wirkung der o. g. Artikel ebenfalls unmittelbar zum Tragen kommt. Vielmehr bedarf es hierzu aufgrund der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für die allgemeine Schulbildung erst noch einer landesschulgesetzlichen besonderen Regelung“.

*Riedel*, Gutachten, aaO, S. 36. – Allerdings weist *Riedel* an dieser Stelle auf die Möglichkeit hin, dass landesschulrechtliche Regelungen völkerrechtskonform ausgelegt werden könnten; dazu noch unten sub II. 4.

Festzuhalten ist: Unter Zugrundelegung der Konzeption eines gespaltenen Vollzugs/Geltungsetzens können die im vorliegenden Kontext einschlägigen schulrechtlichen Regelungen der BRK ohne einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl der Länder nicht Bestandteil der Landesrechtsordnungen geworden sein. Denkbar ist allenfalls, dass dort, wo die Schulgesetze einzelner Länder inzwischen an die Vorgaben des Art. 24 BRK angepasst worden sind, dieser Legislativakt zugleich als landesgesetzlicher Rechtsanwendungsbefehl gedeutet wird.

### 3. Abweichende Staatspraxis

Die vorstehend skizzierte stark föderalistisch geprägte Konstruktion für die innerstaatliche Ingeltungsetzung von völkerrechtlichen Verträgen, die der Bund (auch) auf dem Gebiet von Landesgesetzgebungskompetenzen beschlossen hat, erweist sich zwar als eine konsistente Konzeption,

die Länder bzw. die ihnen zuzuordnenden Hoheitsträger sowie deren Organe sind nach dieser Auffassung verfassungsunmittelbar verpflichtet, dem Vertrag in der nationalen Rechtsordnung Geltungskraft zu verschaffen; siehe *Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar, Art. 59 Rn. 100

doch erweist sich das Verfahren als kompliziert und wird auch in der Staatspraxis „in keinem Bundesland ... konsequent verfolgt“.

So jedenfalls *Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, S. 8; siehe auch (die kritische Stellungnahme zum Beschluss des Hess. VGH v. 12. November 2009 [7 B 2763/09] durch das) Deutsche Institut für Menschenrechte – Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention –, 2011, S. 7 f.

Vielmehr geht man überwiegend implizit und eher pragmatisch davon aus, dass das Bundes-Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG als Anwendungsbefehl für die gesamte innerstaatliche Rechtsordnung einschließlich des Landesrechts zu verstehen ist.

Siehe etwa *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 59 Rn. 185 (Stand: 2009); zum Problem im Blick auf den hier erörterten Problemkontext: v. *Bernstorff*, BRdJB 2011, 203 (206 ff.)

Folgt man dieser Auffassung, so bedarf es keines weiteren parlamentarischen Zustimmungsaktes, um die BRK auch in die Rechtsordnung der einzelnen Bundesländer mit Geltungskraft zu überführen.

Siehe *Platter*, Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention, aaO, S. 8 f.; v. *Bernstorff*, RdJB 2011, 203 (212)

Aber auch mit einer derartigen Konstruktion ist noch nicht entschieden, ob es nicht zusätzlich der allein den Landesparlamenten obliegenden Umsetzung der Vorgaben der BRK bedarf, um diese im Schulbereich normativ anwenden zu können.

Zu dieser Problematik sogleich sub II.

## II. Unmittelbare Anwendbarkeit der einschlägigen Regelungen des Art. 24 BRK

### 1. Problemaufriss

Geht man – entgegen der vorstehend skizzierten Konzeption „gespaltener“ In-  
tugsetzung –

vorstehend sub I. 2.

von einem auch die Landesrechtsordnungen umfassenden Rechtsanwendungs-  
befehl durch das Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG aus, könnte Art. 24 BRK  
möglicherweise schon jetzt unmittelbar anwendbar sein, ohne dass die einzelnen  
Länder ihre Schulgesetzgebung den Vorgaben der Konvention bereits angepasst  
haben.

In der Regel enthält ein völkerrechtlicher Vertrag keine ausdrückliche Regelung zu  
seiner Anwendbarkeit. Deshalb ist für jede einzelne seiner Bestimmungen im Wege  
der Auslegung zu klären, ob und inwieweit sie unmittelbar anwendbar bzw. self-  
executing

die beiden Begriffe werden üblicherweise synonym gebraucht

sind.

Eingehend zur Problematik *G. Buchs*, Die unmittelbare Anwendbar-  
keit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, 1993

Diese Normqualität erreicht eine Vertragsbestimmung, wenn sie aufgrund ihres Wort-  
lauts, des mit ihr verfolgten Zwecks und ihrer Regelungsdichte Grundlage einer be-  
hördlichen oder gerichtlichen Entscheidung im Einzelfall sein kann, ohne dass es  
hierzu eines konkretisierenden bzw. ergänzenden Ausführungsaktes bedürfte.

Siehe etwa *Fastenrath/Groh*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), aaO, Art. 59  
Abs. 2 Rn. 102 mit weit. Nachw.; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), aaO, Art.  
59 Rn. 68

Einen spezifischen Aspekt betrifft die weitergehende Frage, ob eine unmittelbar an-  
wendbare Vorschrift zugleich subjektive Rechte und Pflichten Einzelner zu begrün-  
den vermag.

Zur Unterscheidung zwischen unmittelbar anwendungsfähigen Vor-  
schriften objektivrechtlicher und subjektivrechtlicher Natur siehe etwa  
*Kempen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, aaO, Art. 59 Rn. 95 mit Fn.  
210; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), aaO, Art. 59 Rn. 69

### 2. Bisherige Stellungnahmen in Judikatur und Literatur

Die aufgeworfenen Fragestellungen sind in jüngster Zeit bereits relativ eingehend  
erörtert worden. Nachfolgend sollen die einschlägigen Stellungnahmen kurz skizziert  
werden.

*a) Stellungnahmen in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur*

Mehrfach ist die Thematik in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur inzwischen erörtert worden.

*aa) Der Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12. November 2009*

Besonders eingehend hat sich der 7. Senat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs in seinem Urteil vom 12. November 2009 mit der innerstaatlichen Geltung und (ggf.) Wirkung von Art. 24 BRK befasst.

Az.: 7 B 2763/09 (Juris), zum Teil abgedruckt in NVwZ-RR 2010, 602 ff.

Im Streit stand die Zuweisung einer Schülerin an eine Schule für praktisch Bildbare, gegen die sich die Schülerin als Antragstellerin zur Wehr setzte. Zunächst hält der Senat fest, dass mangels Bundesgesetzgebungskompetenz bislang eine Umsetzung in nationales Recht nicht erfolgt sei. Jedenfalls soweit, wie Art. 24 BRK Zielvorgaben für das öffentliche Schulwesen enthalte, seien diese der Kultushoheit der Bundesländer und deren Gesetzgebungszuständigkeit nach Maßgabe des Art. 70 Abs. 1 GG zuzuordnen.

Siehe Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009, Juris Rn. 7-17 = NVwZ-RR 2010, 602 (602 f.). – Zu dem damit aufgeworfenen Problem siehe vorstehend sub I.

Auch sei bislang eine gesonderte Umsetzung der das öffentliche Schulwesen betreffenden Zielvorgaben in Art. 24 BRK vom hessischen Gesetzgeber nicht vorgenommen worden.

AaO, Juris Rn. 18 = NVwZ-RR 2010, 602 (603)

Der Hessische VGH lässt anschließend die Frage offen, ob insoweit eine Verpflichtung der Bundesländer zur Umsetzung bestehe. Eine solche Verpflichtung könne angenommen werden, wenn die Länder vor der Ratifizierung beteiligt worden seien und sie verbindlich ihr Einverständnis erklärt hätten. In diesem Falle bestehe eine Obliegenheit der Länder, die vor Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages gegenüber dem Bund abgegebene Klärung durch entsprechende landesrechtliche Gesetzesänderungen einzuhalten.

AaO, Juris Rn. 20 = NVwZ-RR 2010, 602 (603)

Hierfür sieht der Hessische VGH allerdings keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen. Dem sei aber nicht nachzugehen, weil jedenfalls die den Bundesländern eingeräumte angemessene Zeit zur Umsetzung noch nicht abgelaufen sei.

AaO, Juris Rn. 21 ff. = NVwZ-RR 2010, 602 (603)

Sodann hebt der Hessische VGH hervor, dass der innerstaatlichen Geltung der das öffentliche Schulwesen betreffenden Bestimmung des Art. 24 BRK „neben ihrer fehlenden Umsetzung in Landesrecht überdies entgegen(stehe), dass die Bestimmung in Art. 24 BRK auch nicht die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit“ erfüllten.

Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009, Juris Rn. 27 = NVwZ-RR 2010, 602 (603)

Die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkervertragsrechtlichen Regelung sei zu bejahen, wenn sie alle Eigenschaften besitze, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben müsse, um berechtigen oder verpflichten zu können. Die Vertragsbestimmung müsse nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet sein, rechtliche Wirkungen auszulösen. Insbesondere sei eine unmittelbare Vollzugsfähigkeit nur gegeben, wenn sie zur Entfaltung rechtlicher Wirkungen hinreichend bestimmt sei. Lege man nunmehr nach Maßgabe der Vorgaben in Art. 31 und 32 WVÜ

Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl. 1985 II S. 926

Art. 24 BRK in der maßgeblichen englischen Fassung aus, ergebe sich, dass den Anforderungen an eine unmittelbar anwendbare Rechtsnorm nicht Genüge getan sei. Insbesondere den Streitgegenständlich maßgeblichen Bestimmungen in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1b BRK fehle es an der erforderlichen Bestimmtheit für den innerstaatlichen Vollzug. Der völkerrechtlichen Vereinbarung könne kein generelles Verbot der Zuweisung von Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf an Förderschulen entnommen werden.

Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009, Juris Rn. 27-30 = NVwZ-RR 2010, 602 (603 f.)

Im einzelnen führt der Senat dazu aus: Für eine hinreichende Bestimmtheit der genannten Vertragsabrede wäre erforderlich, dass die gewählten Formulierungen in zumutbarer Weise erkennen ließen, ob das zu gewährleistende inklusive Bildungssystem und der sicherzustellende Zugang zu einem inklusiven Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen voraussetzungslos gelte oder ob hierfür näher zu bezeichnende tatbestandliche Voraussetzungen gegeben sein müssten. Die einschlägigen Regelungen in Art. 24 BRK hätten Termini gewählt wie „recognize“ („anerkennen“), „shall ensure“ („gewährleisten“), „shall enable“ („ermöglichen“) und „shall take appropriate measures“ („treffen geeignete Maßnahmen“). Sie seien von ihrem Wortlaut her lediglich auf ein vereinbartes Ziel ausgerichtet, ohne eine bestimmte Art und Weise der Zielerreichung festzulegen. Das in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1b BRK genannte inklusive Bildungssystem stehe im Kontext der fünf Absätze des Art. 24

aus denen die zitierten Begriffe stammen

und sei dahingehend zu verstehen, dass es der Handlungsfreiheit der Vertragsstaaten überlassen bleibt, welche geeigneten Maßnahmen sie ergriffen, um die genannten Ziele zu realisieren. Damit aber erwiesen sich die Vertragsbestimmungen für eine

unmittelbare Anwendung auf die zu entscheidenden Lebenssachverhalte als zu unbestimmt.

AaO, Juris Rn. 31 = NVwZ-RR 2010, 602 (604)

Der Hessische VGH sieht diese Wortlautauslegung bestätigt durch systematische Interpretationsaspekte, die er im Rückgriff auf Art. 4 Abs. 2 BRK findet. Diese im Allgemeinen Teil des Übereinkommens getroffenen Vertragsbestimmungen verpflichten die Vertragsstaaten, hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar seien. Zu Letzteren zählten diejenigen, die verbindliche Regelungen enthielten, während die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte unter den Vorbehalt der verfügbaren Mittel der Vertragsstaaten gestellt würden. Darüber hinaus sei die Realisierung der Rechte in Art. 4 Abs. 2 BRK auf eine mittelfristige Entwicklung angelegt. Das Ziel einer fortschreitenden Realisierung trage dem Umstand Rechnung, dass die Verwirklichung der im Übereinkommen formulierten Rechte nicht innerhalb kürzester Zeit erreichen werden könne. Insgesamt zeige Art. 4 BRK, dass es um „proklamationsartig soziale Ziele“ gehe, die es durch die von den Vertragsstaaten zu ergreifenden Maßnahmen zu erreichen gelte, nicht aber dadurch, dass in Form von Rechtsregelungen für bestimmte Lebenssachverhalte bestimmte Rechtsfolgen unmittelbar, zwingend und sofort ab Inkrafttreten des Vertrages eintreten sollten.

AaO, Juris Rn. 32-34 = NVwZ-RR 2010, 602 (604) - unter Bezugnahme auf VG Freiburg, Urteil vom 25.3.2009 – 2 K 1638/08 und zugleich unter Hinweis auf Gesichtspunkte bei der Auslegung des Sozialpaktes bei OVG NW, DVBl. 2007, 1442 ff.

Überdies zeigten auch die Regelungen in Art. 31, 33 und 35 BRK, die sich mit der Sammlung geeigneter Informationen und Konzepten zur innerstaatlichen Durchführung und Überwachung befassen, dass das Übereinkommen grundsätzlich nicht auf unmittelbare Anwendbarkeit angelegt sei. Dies führt den Hessischen VGH zu der Schlussfolgerung, dass der von der Antragstellerin geltend gemachte Anspruch auf Aufnahme in eine Regelschule ohne Widerspruchsrecht des staatlichen Schulamtes erst dann in Betracht komme, wenn der hessische Gesetzgeber die in §§ 49 ff. HSchG enthaltenen Regelungen zur Förderung von Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf ändere und damit die politischen Programmsätze des Art. 24 BRK in unmittelbar anwendbare Regelungen umgestalte.

AaO, Juris Rn. 35-38 = NVwZ-RR 2010, 602 (604 f.)

Mit diesen Überlegungen lässt es der Hessische VGH indes nicht bewenden. Er betont vielmehr, dass die Vertragsbestimmungen in Art. 24 Abs. 1 und 2 BRK „selbst im Fall ihrer Umwandlung in innerstaatliches Recht durch ein textgleiches Transformationsgesetz des Landesgesetzgebers Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf ... kein subjektives Recht auf einen inklusiven Unterricht an den öffentlichen Schulen vermitteln“ könnten. Das Übereinkommen enthalte in weiten Teilen lediglich die Einigung der Vertragsstaaten auf politische Programmsätze; die Art und Weise

der Realisierung der formulierten Ziele und das Tempo bei ihrer Verwirklichung bleibe aber den Vertragsstaaten überlassen. Ein übereinstimmender Wille der Vertragsstaaten, konkrete rechtliche Handlungs- und Verhaltenspflichten zu begründen, sei dem BRK nicht zu entnehmen. Hierzu „wäre erforderlich, dass ein solcher Bindungswille eindeutig im Vertragstext zum Ausdruck kommt“.

AaO, Juris Rn. 39 f. = NVwZ-RR 2010, 602 (605) unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 1975, 2287

„Lediglich ergänzend“ – so der Hessische VGH – sei darauf hingewiesen, dass der Mangel eines Willens zur Begründung einer Verpflichtung, alle Schüler ausnahmslos und sofort in Schulen mit einem inklusiven Bildungskonzept zu unterrichten, bei der Bundesrepublik Deutschland in den Anlagen zum Gesetzentwurf für das Vertragsgesetz zum Ausdruck komme. Dort heiße es in der beigefügten Denkschrift

unter Bezugnahme auf BR-Drs. 706/08 vom 17.10.2008, S. 48

zu Art. 4 BRK, dass das Übereinkommen keine subjektiven Ansprüche begründe. Diese ergäben sich erst aufgrund innerstaatlicher Regelungen.

AaO, Juris Rn. 41 = NVwZ-RR 2010, 602 (605)

Abschließend beschäftigt sich der Hessische VGH mit der Rüge der Antragstellerin, ihre Zuweisung an eine Schule für praktisch Bildbare sei zumindest im Hinblick auf Art. 5 BRK, der allgemeine Regelungen zur Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung enthalte, rechtswidrig. Auch diese Rüge greife nicht durch. Die genannten Regelungen seien im Bereich des öffentlichen Schulwesens nicht in Landesrecht transformiert worden, auch wenn insoweit von einer prinzipiell unmittelbaren Anwendbarkeit und der Verlagerung einer subjektiven Rechtsposition ausgegangen werden könne.

AaO, Juris Rn. 42-45 = NVwZ-RR 2010, 602 (605)

Im übrigen müsse berücksichtigt werden, dass die Vertragsbestimmungen in Art. 24 BRK hinsichtlich des Zugangs von Menschen mit Behinderung zu den öffentlichen allgemeinen Bildungseinrichtungen Sonderregelungen enthielten, die für diesen Bereich einen Rückgriff auf etwaige Anspruchsgrundlagen im allgemeinen Teil des Übereinkommens nicht zuließen.

**Hessischer VGH, Urteil vom 12.11.2009, Juris Rn. 46 = NVwZ-RR 2010, 602 (605); kritisch zur Entscheidung Eibe Riedel/Jan-Michael Arend, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, 1346 ff.**

*bb) Der Beschluss des Niedersächsischen OVG vom 16. September 2010*

Der ein knappes Jahr später ergangenen Entscheidung des Niedersächsischen OVG lag ein Streit um die Zuweisung eines an einer angeborenen Duchennes'schen Muskeldystrophie leidenden Kindes an eine bestimmte Regelschule zugrunde. Nachdem das Gericht zunächst herausgearbeitet hat, dass ein solcher Anspruch – nicht nur im

Blick auf das „Ob“ einer integrativen Beschulung, sondern darüber hinaus auch auf das „Wo“ – dem niedersächsischen Schulrecht nicht zu entnehmen ist,

Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 16. September 2010 – 2 ME 268/10, sub II. 1.

wendet der Senat sich der Frage zu, ob ein entsprechender Anspruch sich möglicherweise aus Art. 24 BRK ergeben könnte.

Insoweit hält das OVG zunächst fest, dass das Übereinkommen im Blick auf die schulrechtlichen Bestimmungen mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes bislang nicht Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung geworden ist, wobei es sich ausdrücklich der Auffassung des Hessischen VGH

vorstehend sub aa)

anschließt. Auch eine gesonderte Umsetzung der entsprechenden Zielvorgaben in Art. 24 BRK durch den niedersächsischen Gesetzgeber sei noch nicht vorgenommen worden.

Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 16. September 2010, aaO, sub II. 4. a)

Davon abgesehen, erfülle Art. 24 BRK aber „auch nicht die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit“. Erneut in inhaltlich völliger Übereinstimmung mit den Überlegungen des Hessischen VGH verneint das Niedersächsische OVG die unmittelbare Anwendbarkeit mit grammatikalischen und systematischen – auf Art. 4 Abs. 2, 31, 33 und 35 BRK abstellend – Überlegungen.

Niedersächsischer OVG, Beschluss vom 16. September 2010, sub II. 4. b)

#### *cc) Der Beschluss des OVG NRW vom 3.11.2010*

In einem Prozesskostenhilfverfahren hat auch das OVG NRW zu der hier interessierenden Problematik Stellung genommen.

OVG NRW, Beschluss vom 3.11.2010 – 19 E 533/10 (Vorinstanz: VG Düsseldorf – 18 K 5162/09)

In diesem Verfahren lässt das OVG die Klärung der Frage offen, ob die einschlägigen §§ 19, 20 SchulG NRW und Vorschriften der AO-SF einer an Art. 24 BRK orientierten völkerrechtsfreundlichen Auslegung zugänglich sind. Es stellt aber fest, dass ein subjektives Recht der Klägerin auf die Zuweisung an eine Hauptschule „sich nicht unmittelbar aus den Vorschriften in Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention (ergeben), weil diese für ihre landesrechtliche Wirksamkeit in Nordrhein-Westfalen der Transformation durch den Landesgesetzgeber bedürfen“.

Für diese Feststellung beruft sich das OVG NRW auf einen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2010.

Dazu sogleich

*dd) Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2010*

Schließlich hat sich auch der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 18. Januar 2010 knapp mit der Thematik auseinandergesetzt.

Siehe BVerwG, Beschluss vom 18. Januar 2010, 6 B 52/09 (vorgehend: OVG Rheinland-Pfalz, 15. Mai 2009 – 2 A 10036/09)

Die revisionsrechtlichen Überlegungen erklären es zunächst für „freilich zweifelhaft“, ob die Normen der BRK, soweit sie sich auf den Bereich der schulischen Bildung beziehen (wobei vor allem Art. 24 BRK in Betracht komme), den Charakter revisiblen Bundesrechts im Sinne von § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO hätten. Zwar handele es sich bei dem Zustimmungsgesetz „als solchem um Bundesrecht“; doch bedürfe das Übereinkommen, soweit es in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende Fragen regelt, der Transformation durch den zuständigen Landesgesetzgeber und erlange nach erfolgter Umsetzung insoweit dann die rechtliche Qualität irreversiblen Landesrechts.

Siehe BVerwG, Beschluss vom 18. Januar 2010, Juris Rn. 4

Der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts verneint sodann die Möglichkeit der Revision auch unbeschadet dieser Überlegungen und selbst unter der Annahme, dass die völkervertragsrechtlichen Regelungen „unmittelbar anwendbar wären“.

AaO, Juris Rn. 5

*b) Literarische Stellungnahmen*

Während die judikativen Stellungnahmen zur aufgeworfenen Rechtsfrage auf einer Linie liegen, und – sowohl die innerstaatliche Geltung als auch – die unmittelbare Anwendbarkeit der einschlägigen schulrechtlichen Bestimmungen des Art. 24 BRK verneinen,

dazu vorstehend a)

ergibt der Blick auf die Diskussion in der Literatur in etwas uneinheitlicheres Bild, wenngleich auch hier eine skeptisch-ablehnende Position deutlich überwiegt.

*aa) Die Regelungen des Art. 24 BRK als konkretisierungsbedürftige Zielvorgabe*

Ganz überwiegend wird auch in der Literatur die Auffassung vertreten, das „Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht“

siehe *Markus Krajewski*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, 120 ff.

erfordere vor allem finanzielle, materielle und personelle Leistungen des Staates im Sinne einer duty to fulfill.

siehe *Krajewski*, JZ 2010, 120 (123); *Schmahl*, AVR 2007, 517 (529)

Für eine unmittelbare Anwendbarkeit der Regelungen in Art. 24 BRK fehle es an der erforderlichen Konkretisierungsdichte.

So etwa *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 ff. (409); *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1196); *Krajewski*, JZ 2010, 120 (123)

Zu diesem Ergebnis kommt auch die ausführliche rechtsgutachtliche Untersuchung von *Poscher/Langer/Rux*.

Siehe *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten zu den völkerrechtlichen und innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem Recht auf Bildung nach Art. 24 BRK, aaO, insbes. S. 42 ff. mit genauer Analyse der einzelnen landesrechtlichen Bestimmungen des geltenden Schulrechts

#### *bb) Das Gutachten von Eibe Riedel*

Eine andere Konzeption scheint auf den ersten Blick *Eibe Riedel* in seinem der Landesarbeitsgemeinschaft Gemeinsam leben, Gemeinsam lernen NRW und anderen Organisationen erstatteten Gutachten zu vertreten.

Siehe *Riedel*, Gutachten zur Wirkung der BRK, aaO

Eine genauere Lektüre zeigt aber, dass *Riedel* eine unmittelbare Wirkung im wesentlichen nur für das Diskriminierungsverbot anerkennt. Insoweit lege die BRK einen Achtungsanspruch gegenüber dem Staat fest mit der Folge, dass die Verwehrung des Zugangs zu inklusivem Unterricht an der Regelschule im Einzelfall

von *Riedel* sogenannte Mikroebene

grundsätzlich als diskriminierender staatlicher Eingriff zu werten sei.

*Riedel*, Gutachten, aaO, S. 17 ff., 52

Konzediert wird allerdings, dass der sog. Progressivitätsgrundsatz in Verbindung mit dem Finanzierungsvorbehalt auf der sog. Makroebene, auf der es um die umfassende strukturelle Anpassung des Schulsystems gehe, durchaus Bedeutung erlange.

*Riedel*, Gutachten, aaO, S. 28, 52

Realistisch betrachtet werde sich "nahezu jede Rechtsordnung der Welt schwer damit tun, einem unmittelbaren Anspruch auf Gleichbehandlung gerecht zu werden, da ein unmittelbar geltendes Individualrecht in den meisten Fällen die umgehende Umstrukturierung von Schulen, Lehrplänen, didaktischen Methoden etc. erforderlich machen würde, was auch in Deutschland nicht sofort umsetzbar erscheint".

AaO, S. 27. – Im übrigen ist hier nochmals an den fehlenden Rechtsanwendungen der Befehl für die Landesrechtsordnungen zu

erinnern. Insoweit stellt *Riedel*, aaO, S. 36 auch fest: „Hieraus (sc. der Annahme einer bedingt unmittelbaren Wirkung) folgt jedoch nicht, dass für den Bereich des Landesrechts die selbstvollziehende Wirkung der oben genannten Artikel ebenfalls unmittelbar zum Tragen kommt. Vielmehr bedarf es hierzu aufgrund der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für die allgemeine Schulbildung erst noch einer landesschulgesetzlichen besonderen Regelung“

Ähnliche, auf das Diskriminierungsverbot fokussierte Überlegungen finden sich auch bei *Theresia Degener*.

Siehe *Degener*, RdJB 2009, 217 f.; noch weiter gehend v. *Bernstorff*, RdJB 2011, 203 (213 ff.)

### c) *Stellungnahme*

Eine zusammenfassende Würdigung der Diskussion führt zu folgenden Feststellungen:

- Die einschlägigen Regelungen in Art. 24 BRK sind eindeutig ausgerichtet auf ein (noch) zu gewährleistendes System inklusiver Bildung. Die näheren Voraussetzungen des Zugangs zu einem solchen inklusiven Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen, die konzeptionellen Modalitäten des Gewährleistungsregimes und die konkrete Wahl der Umsetzungsinstrumente werden in dem Übereinkommen indes nicht derart bestimmt oder bestimmbar formuliert, dass von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschriften gesprochen werden könnte.

Dezidiert in diesem Sinne auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 33: Den Vertragsstaaten sei „im Rahmen von Art. 24 BRK ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Mittelauswahl zur Erreichung des Inklusionsziels eingeräumt“. – Zu diesem Gestaltungsspielraum näher nachfolgend sub C.

- Diese Feststellungen schließen nicht aus, dass die Ablehnung eines konkreten Anspruchs eines Kindes mit Behinderungen auf den Zugang zu einer Regelschule sich als Verletzung des Diskriminierungsverbots darstellt.

Vorausgesetzt ist hier, dass von einem innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl auch im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder auszugehen ist

- Möglich erscheint auch eine völkerrechtsfreundliche bzw. völkerrechtskonforme Auslegung der BRK.

Dazu noch sogleich sub 4.

#### 4. *Zur Frage einer völkerrechtsfreundlichen bzw. völkerrechtskonformen Auslegung des geltenden Schulrechts*

Eine andere Konstruktion, mit der gleichsam mittelbar eine „unmittelbare“ Anwendung der BRK in ihren schulrechtlichen Dimensionen erzielt werden könnte, besteht

in der völkerrechtsfreundlichen bzw. völkerrechtskonformen Interpretation des geltenden Schulrechts.

So hat etwa das OVG NRW im Prozesskostenhilfverfahren die Frage aufgeworfen – aber nicht beantwortet –, „ob die hier maßgeblichen §§ 19, 20 SchulG NRW und Vorschriften der AO-SF einer an Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention orientierten völkerrechtsfreundlichen Auslegung zugänglich sind, nach der der Klägerin subjektive Recht in Bezug auf die von ihr gewünschte inklusive Beschulung an einer allgemeinen Schule zustehen können, und wie weit eventuelle dahingehende Rechte reichen“.

Siehe OVG NRW, Beschluss vom 3. November 2010 – 19 E 533/10; zur Frage einer völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts siehe auch *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 (411); *Latham & Watkins*, Gutachten, aaO, S. 28 f.; ferner *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 40 ff., dort S. 44 aber die Formulierung: „... auch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts – wenn sie überhaupt möglich ist – ...“

Insoweit sind indes zwei Bemerkungen angezeigt:

(1) Der Blick auf die „Mikroebene“ darf nicht den Blick dafür verstellen, dass das zentrale Anliegen der BRK, einen schulischen Inklusionsgrad von 80-90 %

dazu siehe schon oben A. I. 1. a)

zu erreichen, nur über einen flächendeckenden und konsequenten Systemwechsel zu realisieren ist. Dieser aber kann nicht durch punktuelle judikative Interventionen und auch nicht durch das völkerrechtsfreundliche Verhalten einzelner Schulträger bewirkt werden.

Vgl. auch *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 44, der angesichts der aus seiner Sicht zweifelhaften Wirkkraft einer völkerrechtskonformen Auslegung für eine „ausdrückliche und klare landesgesetzliche Neuregelung“ plädiert

(2) Und ein weiterer Gesichtspunkt bedarf der Berücksichtigung: Die Implementierung des Konzepts „schulische Inklusion“ lässt sich ohne finanzielle Anstrengungen und Umschichtungen nicht verwirklichen. Dafür aber sind dem Parlament vorbehaltene haushaltspolitische Entscheidungen erforderlich.

Zum parlamentarischen Haushaltsvorbehalt vgl. auch BVerfGE 90, 286 (364)

## C. „Systemwechsel“ als komplexer Umsetzungsprozess – zum Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Landesgesetzgebers

### I. Die Implementation von Inklusion als systemtransformierender Prozess

#### 1. Problemaufriss

Das deutsche Schulrecht wird durch die BRK ganz prinzipiell herausgefordert. Die konsequente Umsetzung der zentralen Vorgaben des Art. 24 BRK mit dem Ziel einer etwa 80-90prozentigen Inklusionsquote bedeutet nicht weniger als einen *Systemwechsel*,

siehe nur *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1195, 1196 ff.); deutlich wird dies auch in dem Gutachten von *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, insbes. S. 56 ff.

der seinerseits Konsequenz des inklusiven Paradigmenwechsels ist.

Siehe etwa *Degener*, RdJB 2009, 200 (211); ferner schon oben sub A. I. 1.

Diese Feststellung gilt für alle Bundesländer,

siehe auch *Andreas Hinz*, Inklusion und die UN-Behindertenrechtskonvention, SchVw NRW 2010, 66 f.

auch wenn man durchaus Unterschiede hinsichtlich der Intensität der „Integrations-/Inklusionsoffenheit“ der geltenden Schulgesetze der Länder feststellen kann.

Siehe eingehend zu den unterschiedlichen schulrechtlichen Ausgangssituationen in den Ländern: *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 63 ff.; ferner auch *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 40 ff. Selbst für Bremen, das die wohl weitestgehende Regelung aufwies (siehe *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 78) kamen *Klemm/Preuss-Lausitz*, Gutachten, aaO, S. 6 f., 2008 zu dem Ergebnis, dass der sog. gemeinsame Unterricht lediglich für die Hälfte der betroffenen Kinder Realität sei. – Zum Stand des Umsetzungsprozesses siehe oben B. I. 2. b)

#### 2. Die Ausgangssituation in Nordrhein-Westfalen

Um sich ein genaueres Bild über Art und Ausmaß der erforderlichen Veränderungen in Nordrhein-Westfalen zu machen – und um vor diesem Hintergrund sodann auch denkbare Entscheidungsoptionen und Gestaltungsspielräume des Landesgesetzgebers aufzeigen zu können –, ist eine nähere Bestandsaufnahme zunächst des geltenden Rechtsrahmens, sodann aber auch der rechtstatsächlichen Situation angezeigt.

a) *Die normativen Rahmenbedingungen*

aa) *Vorbemerkungen: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben*

Im Blick auf die normative Bestandsaufnahme erscheint es dabei sinnvoll, zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu skizzieren, von denen ihrerseits Direktions- und Impulswirkungen auf das einfache Recht ausgehen.

(1) Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Besonderer Beachtung bedarf in diesem Zusammenhang die 1994 in das Grundgesetz eingefügte

siehe das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994, BGBl. I S. 3146

Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Diese Bestimmung schließt zwar ganz bewusst an das Diskriminierungsverbot des vorangehenden Satzes an und bringt damit zum Ausdruck, dass Satz 2 wie Satz 1 den Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG für bestimmte Personengruppen verstärken soll und der staatlichen Gewalt insoweit engere Grenzen vorgeben will, als die Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine – benachteiligende – Ungleichbehandlung dienen darf.

Siehe BVerfGE 96, 288 (302) unter Bezugnahme auf BVerfGE 85, 191 (206)

Ebenso bewusst ist bei der Grundgesetzänderung aber davon abgesehen worden, die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 um das Merkmal der Behinderung lediglich zu erweitern. Das lässt – so das Bundesverfassungsgericht – erkennen, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch eigenständige Bedeutung hat. Evident hänge dies mit dem besonderen Merkmal der Behinderung zusammen.

BVerfGE 96, 288 (302)

Sachliche Anwendungsvoraussetzung des Verbotstatbestands des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist dementsprechend ausschließlich die Benachteiligung.

Siehe *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 312

In der Literatur wurde und wird immer noch zu einem erheblichen Teil dabei ein weiter Nachteilsbegriff vertreten. In dessen Konsequenz gilt es, etwa die obligatorische Zuweisung in eine besondere Förderschule auf einer ersten Stufe der verfassungsrechtlichen Prüfung als Nachteil im Sinne des Grundrechtstatbestandes zu bewerten und erst auf einer zweiten Ebene nach den Voraussetzungen einer ausnahmsweise Rechtfertigung zu fragen. Auch das Bundesverfassungsgericht schien zunächst diesen Weg zu gehen,

siehe BVerfG (K), NJW 1997, 1062

hat dann aber eine deutlich modifizierte Position vertreten.

Siehe *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., Art. 3 Rn. 313 und 315

Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts deutet das Benachteiligungsverbot tendentiell eher im Sinne eines Anspruchs auf sachgerechte Abwägung und Abwägungsbegründung im Rahmen eines angemessenen Entscheidungsverfahrens.

Siehe BVerfGE 96, 288 (303): „Nur aufgrund des Gesamtergebnisses dieser Würdigung kann darüber befunden werden, ob eine Maßnahme im Einzelfall benachteiligend ist“; siehe auch *Osterloh*, aaO, Art. 3 Rn. 315

Diese Konzeption des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu Unrecht auf Kritik gestoßen: Eine Kompensation der mit einer benachteiligenden Behandlung gleichzeitig verbundenen Vorteile ist keine Frage des grundrechtlichen Tatbestandes, sondern ein Problem der Rechtfertigung.

Siehe etwa *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 137; *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 125 f.

Und es mag auch zweifelhaft sein, ob die These des Bundesverfassungsgerichts, die Zuweisung eines behinderten Schülers an eine Sonderschule gegen seinen oder seiner Erziehungsberechtigten Willen sei nicht notwendig eine verbotene Benachteiligung, sondern nur dann, wenn sie den Gegebenheiten des jeweiligen Falles ersichtlich nicht gerecht werde,

BVerfGE 96, 288 (306 f.); dem folgend für die Kindertagesaufnahmefähigkeit BVerfGE 7, 269 (273); siehe auch BVerfGE 130, 1 (2 f.)

mit den Vorgaben des Art. 24 BRK kompatibel ist.

Kritisch *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 37 f.; siehe ferner *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1200 f.)

Jedenfalls kann festgehalten werden, dass auch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht ausschließt, dass etwa bei bestimmten Behinderungen eine gesonderte schulische Förderung in einem Mitgliedstaat vorgesehen werden kann. Art. 7 Abs. 2 BRK statuiert, dass bei allen Maßnahmen vorrangig das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist. Auch Art. 24 Abs. 3 lit c) BRK bringt zum Ausdruck, dass ein gesonderter Unterricht vor allem in den Fällen sogar geboten sein kann, in denen ein separater Unterricht für die Ausbildung besonderer Fertigkeiten von Behinderten (z. B. Blindenschrift, Gebärdensprache) erforderlich ist und in denen ein inklusiver Unterricht mit Nachteilen für das Schülerwohl verbunden sein kann.

Siehe auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 30 f.

Allerdings zielt die BRK insgesamt auf einen Systemwechsel

dazu siehe bereits vorstehend sub I. 1.

und greift damit über das Normprogramm des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG in der bundesverfassungsgerichtlichen Deutung hinaus. Danach ergibt sich nämlich aus dem Grundgesetz keine Pflicht des Landesgesetzgebers, ein bestehendes Parallelsystem von Förderschulen einerseits und allgemeinen Schulen mit integrativem/inklusivem Unterricht andererseits aufzugeben.

Siehe BVerfGE 96, 288 (305); dazu auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, S. 62

Vor dem Hintergrund der hier zu erörternden Frage der Gestaltungsspielräume des Landesgesetzgebers kann damit festgehalten werden, dass dieser durch das nationale Verfassungsrecht

für Nordrhein-Westfalen gilt nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 1 VerfNW, dass die Grundrechte des Grundgesetzes Bestandteil der Landesverfassungen und unmittelbar geltendes Landesrecht sind; doch ist strittig, ob diese Inkorporationsnorm nur ursprünglich im Grundgesetz enthaltene Grundrechtsbestimmungen erfasst oder als dynamische Verweisung aufgefasst werden muss (im letzten Sinne *Jörg Menzel*, in: Löwer/Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 8 Rn. 16). Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist erst später in das Grundgesetz eingefügt worden

keineswegs über das Direktionsprogramm der BRK hinaus eingeschränkt ist.

(2) Das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG/Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NW

Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern, aber auch eine ihnen obliegende Pflicht.

Siehe auch Art. 8 Abs. 1 Satz 1 LV NW: „Jedes Kind hat Anspruch auf Erziehung und Bildung“; dazu siehe etwa *Jörg Ennuschat*, in: Löwer/Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 8 Rn. 5 ff.

Mit dieser Formulierung hebt die Verfassung die Kindeswohlorientierung elterlicher Tätigkeit hervor.

Siehe auch Art. 7 Abs. 2 BRK: „Bei allen Maßnahmen, die Kinder mit Behinderungen betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist“; siehe bereits vorstehend sub (2)

In der abkürzenden Kennzeichnung der elterlichen Tätigkeit kommt deren umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes zum Ausdruck.

Siehe näher hierzu *Wolfram Höfling*, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 17 ff. mit weit. Nachw.

Dies gilt auch im Blick auf den schulischen Entwicklungsweg von Kindern (mit und ohne Behinderungen). „Die Vorstellungen der Eltern ... darüber, wie deren (sc. der Kinder und Jugendlichen) schulische Erziehung und Unterrichtung gestaltet und an welcher Schule sie begonnen oder fortgesetzt werden sollen, haben ... im Hinblick auf die grundrechtliche Gewährleistung(en) des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 ... GG verfassungsrechtlich großes Gewicht“.

So BVerfGE 96, 288 (308)

Mit ihnen hat sich die Schulbehörde eingehend auseinanderzusetzen.

Ebenda

Andererseits aber weist Art. 7 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 3 Satz 2 LV NW dem Staat auch eine dem Elternrecht grundsätzlich gleichrangig zur Seite gestellte Schulgestaltungs-kompetenz und Schulverantwortung zu.

Siehe grundlegend BVerfGE 47, 46 (74 ff.); näher mit zahlr. Nachw. *Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 34 ff., 81 ff.

Die UN-Behindertenrechtskonvention lässt das Verhältnis von elterlichem Erziehungsrecht und staatlicher Schulgestaltungs-kompetenz im Ergebnis offen.

In diesem Sinne bspw. *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 34 f. und S. 61. – An dieser Feststellung ändert auch der Umstand nichts, dass in einer Entwurfsfassung der BRK in Art. 17 Abs. 3 lit c) noch ein ausdrückliches Wahlrecht der Eltern vorgesehen hat, das dann aber wegen Befürchtungen, damit könne das Recht auf inklusive Erziehung als „first right“ geschwächt werden, aber auch wegen dogmatischer Schwierigkeiten gestrichen; dazu kurz mit Nachw. *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 34 f.

#### *bb) Die einschlägigen einfachrechtlichen Regelungen*

Die wesentlichen Bestimmungen des geltenden Schulrechts zur rechtsgutachtlich angesprochenen Thematik sind in § 2 Abs. 9 SchulG NRW, § 19 Abs. 1 SchulG NRW sowie in § 20 SchulG NRW enthalten. Nach § 2 Abs. 9 SchG NW werden Schülerinnen und Schüler mit Entwicklungsverzögerungen oder Behinderungen besonders gefördert, um ihnen durch individuelle Hilfen ein möglichst hohes Maß an

schulischer und beruflicher Eingliederung, gesellschaftlicher Teilhabe und selbständiger Lebensgestaltung zu ermöglichen.

Siehe Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Schulgesetz NRW – SchulG) vom 15. Februar 2005, GVBl. S. 102, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.6.2006, GVBl. S. 278

An diese Bestimmung knüpft § 19 Abs. 1 SchulG NRW an, wenn es dort heißt: „Schülerinnen und Schüler, die wegen ihrer körperlichen, seelischen oder geistigen Behinderung oder wegen ihres erheblich beeinträchtigten Lernvermögens nicht am Unterricht einer allgemeinen Schule (allgemeinbildende oder berufsbildende Schule) teilnehmen können, werden nach ihrem individuellen Bedarf sonderpädagogisch gefördert“. Nach § 19 Abs. 2 SchulG NRW entscheidet auf Antrag der Eltern oder der Schule die Schulaufsichtsbehörde über den sonderpädagogischen Förderbedarf, über die Förderschwerpunkte und den Förderort.

Zu den Orten der sonderpädagogischen Förderung trifft sodann § 20 SchulG NRW nähere Bestimmungen.

- Nach § 20 Abs. 1 SchulG NRW sind Orte der sonderpädagogischen Förderung „1. Allgemeine Schulen (Gemeinsamer Unterricht, Integrative Lerngruppen), 2. Förderschulen, 3. Sonderpädagogische Förderklassen an allgemeinen Berufskollegs, 4. Schulen für Kranke (§ 21 Abs. 2)“. Aus der Reihenfolge der Aufzählung soll sich ergeben, dass auch in Nordrhein-Westfalen der integrative Unterricht in der allgemeinen Schule Vorrang haben soll.

In diesem Sinne *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 90; vgl. auch *Riedel*, Gutachten, S. 42

- Die Förderschulen sind nach § 20 Abs. 2 SchulG NRW gegliedert nach den Förderschwerpunkten 1. Lernen, 2. Sprache, 3. Emotionale und soziale Entwicklung, 4. Hören und Kommunikation, 5. Sehen, 6. Geistige Entwicklung, 7. Körperliche und motorische Entwicklung.

- Zu den allgemeinen Schulen als Orten der sonderpädagogischen Förderung in den Varianten Gemeinsamer Unterricht und Integrative Lerngruppen enthalten die Absätze 7 und 8 von § 20 SchulG NRW weitere Konkretisierungen: Nach § 20 Abs. 7 SchulG NRW kann die Schulaufsichtsbehörde Gemeinsamen Unterricht für Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf und ohne sonderpädagogischen Förderbedarf mit Zustimmung des Schulträgers an einer allgemeinen Schule einrichten, wenn die Schule dafür personell und sächlich ausgestattet ist. Nach § 20 Abs. 8 SchulG NRW kann die Schulaufsichtsbehörde Integrative Lerngruppen mit Zustimmung des Schulträgers an einer Schule der Sekundarstufe I einrichten, wenn die die Schule dafür personell und sächlich ausgestattet ist. Satz 2 der Vorschrift bestimmt weiter, dass in Integrativen Lerngruppen Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf in der Regel nach anderen Unterrichtsvorgaben als denen der allgemeinen Schule lernen.

Siehe auch den Runderlass des Kultusministeriums für Integrative Lerngruppen an allgemeinen Schulen der Sekundarstufe I vom 19.5.2005, ABI. NRW S. 218

Hingewiesen sei ferner auf die gem. § 20 Abs. 5 SchulG eröffnete Möglichkeit zur Schaffung von „Kompetenzzentren für die sonderpädagogische Förderung“.

Dazu und zur Frage, inwieweit damit schon Vorgaben der BRK Rechnung getragen ist: *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1202)

Hervorzuheben ist jedenfalls, dass für die Einrichtung des Gemeinsamen Unterrichts und der Integrativen Lerngruppen die Schulaufsichtsbehörden der *Zustimmung des Schulträgers* bedarf. Darüber hinaus muss die Schule auch die entsprechenden personelle und sächlichen Voraussetzungen für den entsprechenden Unterricht zur Verfügung stellen können.

Siehe dazu auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, S. 91; ferner *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 42 f., der hierin einen Widerspruch zur BRK sieht. Eine völkerrechtskonforme Auslegung hält er für problematisch, weil zumindest zweifelhaft sei, ob ein entsprechendes Interpretationsergebnis dem (bisherigen) Willen des Schulgesetzgebers entspreche

#### *b) Die rechtstatsächliche Situation*

Betrachtet man vor dem Hintergrund dieser schulrechtlichen Ausgangssituation die rechtstatsächliche „Inklusionssituation“ in Nordrhein-Westfalen,

eingehend mit zahlr. Tabellen hierzu *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen, aaO, S. 57 ff.

so ergibt sich für das Schuljahr 2009/2010 eine Förderquote von 6,3 %,

2010/11 ist diese Quote auf 6,5 % gestiegen

die damit leicht oberhalb des bundesdeutschen Durchschnitts liegt. Allerdings liegt der Inklusionsanteil bei lediglich 15,5 %

2010/11: 16,7 %. – Bundesdurchschnitt 2009/10: 20,1 %

Die *Inklusionsquote* liegt damit bei 1,0 % (2010/11: 1,1 %). Zu Recht weisen *Klemm/Preuss-Lausitz* in diesem Zusammenhang auf die signifikanten Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern hin und halten dies für ein wichtiges Indiz für „wenig gesicherte Vorstellungen darüber, wann Kinder und Jugendliche einen sonderpädagogischen Förderbedarf haben“.

*Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen, aaO, S. 58 f.

Bemerkenswert sind auch die erheblichen Unterschiede zwischen den Inklusionsquoten an Grundschulen und Schulen der Sekundarstufe I, bei diesen wiederum zwischen Hauptschulen und Gesamtschulen einerseits und Realschulen und Gymnasien andererseits. Die Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von einem ‚biografischen Bruch‘ beim Wechsel aus der Grundschule (mit Inklusion) in die weiterfüh-

renden Schulen mit deutlich stärkerer Exklusion gerade im Bereich der Realschulen und Gymnasien.

Siehe aaO, S. 60 f.

Schließlich lassen sich auch ausgeprägte regionale Unterschiede in den Inklusionsanteilen ausmachen. Sie bewegen sich zwischen 26,3 % und 3,1 %.

AaO, S. 64

In der Sekundarstufe I leisten die Hauptschulen den größten Inklusionsbeitrag. Hier lernen seit dem Schuljahr 2010/11 62 % aller Inklusionsschüler(innen). Mit anderen Worten: Nahezu 2/3 der inklusiv unterrichteten Schüler(innen) der Sekundarstufe I lernen damit in einer Schule, die im fünften Jahrgang nur noch 13 % aller Fünftklässler aufgenommen hat.

AaO, S. 65 f.

Weitere Differenzierung des statistischen Materials im Blick auf die unterschiedlichen Förderschwerpunkte (siehe § 20 Abs. 2 SchulG NRW) ergeben weitere aufschlussreiche Erkenntnisse. Die Gutachter empfehlen vor diesem Hintergrund, die Förderschulangebote für die drei Förderschwerpunkte Lernen, Emotionale und Soziale Entwicklung sowie Sprache (LES), d. h. für die drei Schwerpunkte, die auch heute schon in vielen Kompetenzzentren zusammenarbeiten, konsequent auslaufen zu lassen bzw. nur noch für eine deutlich begrenzte Übergangszeit aufrechtzuerhalten. Aus der Perspektive der Standortsicherung können dagegen – so *Klemm/Preuss-Lausitz* – die Förderschulen der Schwerpunkte Sehen, Hören und Kommunikation, Geistige Entwicklung sowie Körperliche und Motorische Entwicklung weitergeführt werden.

Siehe aaO, S. 71

## **II. Entscheidungsoptionen und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers**

Führt man die vorstehenden Überlegungen, aber auch die einschlägigen oberverwaltungsgerichtlichen Judikate

dazu bereits näher oben B. II. 2. a); insbesondere ist hier hinzuweisen auf das Urteil des Hessischen VGH, NVwZ-RR 2010, 602 ff.

zu einem Zwischenresümee zusammen, dann wird deutlich, dass der nordrhein-westfälische Schulgesetzgeber bei der anstehenden Umsetzung von Art. 24 BRK über *erhebliche Gestaltungsspielräume und Entscheidungsoptionen* verfügt.

Drei Aspekte seien insoweit noch einmal hervorgehoben.

### *1. Organisationsstrukturelle, instrumentelle und zeitliche Umsetzungsspielräume*

Das UN-Behindertenrechtsabkommen unterscheidet in Art. 4 Abs. 2 zwei Arten von Verpflichtungen:

(1) Zum einen Verpflichtungen zur schrittweisen Umsetzung,

Art. 4 Abs. 2 BRK am Anfang: „Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen. ...“

(2) zum anderen unmittelbar anwendbare Verpflichtungen.

Art. 4 Abs. 2 BRK am Ende: „... unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesen Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“. – Zu dieser Frage bereits eingehend oben sub B. II.

In der Systematik der neueren Menschenrechtsdogmatik sind Verpflichtungen zur schrittweisen Umsetzung als „duties to fulfill“ zu qualifizieren; hierzu gehören kulturelle Rechte und damit auch das Recht auf Bildung gem. Art. 24 BRK.

Siehe hierzu auch mit Nachw. aus der Entstehungsgeschichte *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 33

Der „Systemwechsel“, den (nicht nur) in Nordrhein-Westfalen die Etablierung eines umfassenden inklusiven Schulangebots bedeutet, verlangt zum Teil weitreichende Veränderungen der institutionellen Rahmenbedingungen im Schulwesen.

Siehe *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 33; Hessischer VGH, NVwZ-RR 2010, 602 (604); vgl. auch *Ellger-Rüttgardt*, Rehabilitation 2009, 369 (373): Deinstitutionalisierung bewirke Prozesse der Reinstitutionalisierung

Der organisationsstrukturelle Gestaltungsspielraum wird dabei ergänzt durch eine instrumentelle Maßnahmenvarianz.

Vgl. dazu die (Breite der) Vorschläge von *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, S. 72 ff.

Schließlich spricht Art. 4 Abs. 2 BRK ausdrücklich davon, dass die Vertragsstaaten Maßnahmen zu treffen haben, „um nach und nach“ die volle Verwirklichung der garantierten Rechte zu erreichen.

Hervorhebung hinzugefügt

Dies wiederum eröffnet (auch) dem nordrhein-westfälischen Schulgesetzgeber in gewisser Weise eine Auswahl zwischen unterschiedlichen Entwicklungstempi. Zwar verlangt Art. 4 Abs. 2 BRK die „Ausschöpfung (der) verfügbaren Mittel“ von den Vertragsstaaten; doch ist das finanzielle Volumen der verfügbaren Mittel immer das Resultat haushaltspolitischer Allokationsentscheidungen des Parlaments.

## 2. Zur Bedeutung des elterlichen Erziehungsmandats

Die UN-Behindertenrechtskonvention trifft ferner keine Regelung darüber, ob und inwieweit das elterliche Erziehungsrecht für die Schullaufbahnentscheidung Bedeutung erlangen kann oder soll. Art. 7 Abs. 2 BRK hebt lediglich hervor, dass das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der bei allen Maßnahmen, die Kinder mit Behinderungen betreffen, „vorrangig zu berücksichtigen ist“. Das Kindeswohl seinerseits aber ist Orientierungs- und Leitidee des elterlichen Erziehungsrechts. Für die schulische Erziehung trifft das elterliche Erziehungsrecht jedoch zugleich auf die Schulorganisationskompetenz des Staates. Eltern- und staatliche Schulverantwortung hat der parlamentarische Gesetzgeber deshalb auszutarieren. Dabei eröffnet das Normprogramm des Art. 6 Abs. 2 GG bzw. des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NW dem Schulgesetzgeber erhebliche Gestaltungsspielräume bei seinen Überlegungen, wie er dem Elternrecht im Blick auf Schulformentscheidungen angemessen Rechnung tragen will. Von derartigen Vorentscheidungen wird dann auch abhängen, in welchem Umfang trotz einer Inklusionsausrichtung des Schulsystems parallele Förderschulen vorgehalten werden müssen und für welche Förderschwerpunkte dies zu realisieren ist.

Siehe auch *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1197 f.)

## 3. Behindertentypusspezifische Differenzierungsspielräume

Mit der letzten Bemerkung ist zugleich übergeleitet zu einem weiteren Aspekt, der die Gestaltungsoptionen des nordrhein-westfälischen Schulgesetzgebers erhellt. Er betrifft den Behinderungsbegriff und die damit immanent verknüpfte Problematik einer angemessenen Diagnostik. Für die UN-Behindertenrechtskonvention ist, wie insbesondere die Präambel sowie Art. 1 Abs. 2 BRK deutlich machen, von einem offenen und flexiblen Begriff der Behinderung auszugehen, der in den in Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich – aber nicht abschließend – genannten Beeinträchtigungen seinen Mindestschutzbereich findet.

Näher hierzu *Riedel*, Gutachten, aaO, S. 2 ff., 7

Trotz dieser Konzeption verbleiben Konkretisierungsschwierigkeiten, die durch die Defizite in der Diagnostik verstärkt werden.

Siehe dazu hier nur *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zu schulischen Inklusion in Nordrhein-Westfalen, aaO, S. 22 ff.

Deutlich werden diese in den erheblichen regionalen Unterschieden zwischen den einzelnen Bundesländern, aber auch in einem einzelnen Bundesland je nach Schulamtsbereich. Die im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen tätigen Gutachter *Klemm* und *Preuss-Lausitz* stellen fest: „Wer schulamtsmäßig zu einem Kind mit sonderpädagogischem Förderbedarf wird, ist offenkundig auch in den vermeintlich eindeutigen Behinderungsschwerpunkten bei den – zumeist sonderpädagogischen – Diagnostikern höchst strittig. Klare Standards sind weder durch die KMK-Empfehlungen von 2000 ... noch durch eine prüfende Handhabung der Gutachtenempfehlungen durch die Schulaufsicht erreicht worden“.

AaO, S. 23

Diese Feststellung gilt insbesondere für die nach dem geltenden Schulrecht zu unterscheidenden Förderschwerpunkte „Lernen“ und „Emotionale und Soziale Entwicklung“. Für sie und den Förderschwerpunkt „Sprache“ schlagen die Gutachter deshalb vor, die drei Förderschwerpunkte als Einheit zu betrachten und sie jahrgangsweise aufrückend ausnahmslos in die allgemeinen Schulen zu überführen.

AaO, S. 28

Derartige Empfehlungen mögen sinnvoll sein,

die ihrerseits durchaus strittigen Fachdiskurse können hier nicht nachgezeichnet werden

sind aber keineswegs zwingende rechtliche Konsequenzen aus den Vorgaben der BRK. Sie verweisen damit erneut auf die erheblichen Gestaltungsspielräume und Entscheidungsoptionen des Schulgesetzgebers bei der Umsetzung der BRK.

### **III. Zwischenresümee**

Die Implementation von Inklusion, so wie die UN-Behindertenrechtskonvention und namentlich deren Art. 24 sie verlangt, erweist sich für den Schulbereich in Deutschland als *systemtransformierender Prozess*. Dabei verfügt allerdings der nordrhein-westfälische Schulgesetzgeber über erhebliche Gestaltungsspielräume und Entscheidungsoptionen. Sie ergeben sich in organisationsstruktureller, instrumenteller und zeitlicher Hinsicht. Darüber hinaus ist durch die UN-Behindertenrechtskonvention nicht vorgegeben, wie die Vertragsstaaten das elterliche Erziehungsmandat im Blick auf die Schullaufbahn ihrer Kinder zur Geltung zu bringen bzw. zu berücksichtigen haben. Schließlich ergeben sich behindertentypus-spezifische Differenzierungsspielräume.

## D. Zur Konnexitätsrelevanz landesgesetzlicher Umsetzung von Art. 24 BRK

### I. Problemaufriss

Der weitreichende Konsens der Bewertung eines inklusiven Bildungssystems als einer wichtigen öffentlichen Aufgabe

siehe aber auch als eine kritische, rehabilitationswissenschaftliche Sicht: *Bernd Ahrbeck*, Das Gleiche ist nicht für alle gleich gut, FAZ Nr. 286 vom 8.12.2011, S. 8

auch und vor allem im politischen Raum, schließt Diskussionen um den richtigen Weg ebenso wenig aus wie Meinungsverschiedenheiten über die dabei zu beachtenden rechtlichen Vorgaben. Diese sind nicht Ausdruck mangelnder Sensibilität für die unbestreitbaren Herausforderungen, sondern selbstverständliche Elemente einer rationalen und transparenten Entscheidungsfindung.

Siehe schon oben A. I. 2. a)

Ein zentraler Punkt der Auseinandersetzung betrifft dabei die Frage, ob und inwieweit die landesgesetzlichen Konnexitätsregeln auf die Umsetzung der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention im Schulrecht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung finden.

#### 1. Zur Bedeutung des Konnexitätsprinzips

Das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip ist Ausdruck der umfassenden normativen Leitidee, dass Entscheidungsverantwortung und Finanzierungslast grundsätzlich in einer Hand liegen müssen.

Siehe nur *Hans Herbert von Arnim*, Finanzierungszuständigkeit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, § 103 Rn. 11; siehe auch allgemein *Winfried Kluth*, Grundlagen und Begriffe des Konnexitätsprinzips, in: *Bunzel/Hanke* (Hrsg.), „Wer zahlt die Zeche?“ Das Konnexitätsprinzip – richtig angewandt, 2011, S. 31 ff.

Insoweit gewährleistet das Konnexitätsprinzip „Struktursicherung durch Recht“.

So *Friedrich Schoch*, Schutz der kommunalen Selbstverwaltung durch das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip, in: *Festschrift für von Arnim*, 2004, S. 411 (414)

Diese Feststellungen beanspruchen nachhaltige Geltung nicht zuletzt auch im Verfassungsraum der Länder, zu dem im Staats- und Finanzverfassungsrecht die Kommunen gehören.

Hierzu *Stefan Mückl*, Konnexitätsprinzip in der Verfassungsordnung von Bund und Ländern, in: Henneke/Pünder/Waldhoff, Recht der kommunalen Finanzen, 2006, § 3 Rn. 55 ff.

Diesen grundlegenden Einsichten haben inzwischen alle Landesverfassungen verfassungstextliche Anerkennung gezollt.

Siehe dazu etwa die Übersichten bei *Hans-Günther Henneke*, Durchbruch bei Verankerung des Konnexitätsprinzips im Landesverfassungsrecht, Der Landkreis 2004, 152 ff.; *Kluth*, in: Bunzel/Hanke (Hrsg.), „Wer zahlt die Zeche?“, aaO, S. 31 (33 ff.)

Der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof hat insoweit hervorgehoben:

„Art. 78 Abs. 1 LV NRW gewährleistet ebenso wie Art. 28 Abs. 2 GG den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung. ... Das Selbstverwaltungsrecht schließt einen gegen das Land Nordrhein-Westfalen gerichteten Anspruch auf angemessene Finanzausstattung ein; denn eigenverantwortliches Handeln setzt eine entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften voraus. ... Hierzu gehört gem. Art. 78 Abs. 3 LV NRW auch das Recht auf einen besonderen Anforderungen entsprechenden Kostenausgleich bei Übertragung neuer Aufgaben auf die Gemeinden oder Gemeindeverbände. ... Das Konnexitätsprinzip in Art. 78 Abs. 3 LV NRW ist von der Funktion des Finanzausgleichs, die finanzielle Grundlage der gemeindlichen Selbstverwaltung zu sichern, zu unterscheiden. Es ist eine von der Finanzkraft der Kommune unabhängige Ausgleichsregelung, die neben die allgemeinen Bestimmungen zur Absicherung einer finanziellen Mindestausstattung durch originäre kommunale Einnahmen und den kommunalen Finanzausgleich tritt. ... Mit dem Erfordernis eines ‚entsprechenden‘ finanziellen Ausgleichs hat sich der Verfassungsgeber bewusst für das sog. strikte Konnexitätsprinzip entschieden. Ein bloß ‚angemessener‘ Ausgleich im Sinne eines relativen Konnexitätsprinzips genügt nicht“.

So VerFGH NRW, DVBl. 2010, 1561 (1562) unter Bezugnahme auf VerFGH NRW, Urteil vom 23.3.2010

## 2. Zur Normstruktur des Art. 78 Abs. 3 LV NRW

### a) Dreigliedriger Tatbestand

Durch die Neufassung des Art. 78 Abs. 3 LV NRW ist die Verfassungsdirektive einer Verknüpfung von Aufgabenübertragung und Mehrkostenausgleich in die Form einer verfassungsrechtlichen Norm mit Tatbestand und Rechtsfolge gegossen worden.

So etwa vergleichbaren bayerischen Regelung: *Hans-Ulrich Gallwas*, Die Ausgleichspflicht des Staates im Rahmen des „strikten Konnexitätsprinzips“ nach Art. 83 Abs. 3 BV, in: Festschrift für R. Schmidt, 2006, S. 677 (679)

Der Tatbestand stellt sich dabei als ein *dreigliedriger* dar:

(1) Die erste Voraussetzung ist dahingehend umschrieben, dass Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Landesgesetze oder Landesrechtsverordnungen zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet werden (*konnexitätsrelevante Verpflichtung*).

(2) Sodann muss es sich um die Übertragung einer neuen oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben handeln (*konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung*).

(3) Diese Übertragung muss zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände führen (*konnexitätsrelevante Belastung*).

Siehe dazu näher *Wolfram Höfling*, (Verfassungs-)Rechtsfragen der Kommunalisierung der Versorgung und Umweltverwaltung in NRW. Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Spitzenverbände NRW, Januar 2008, S. 56; ebenso VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1562)

### b) Die Rechtsfolgen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW

An die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen knüpft das Konnexitätsprinzip der nordrhein-westfälischen Verfassung nach Art. 78 Abs. 3 LV NRW (in Verbindung mit dem Konnexitätsausführungsgesetz) zwei grundsätzliche Rechtsfolgenanordnungen, die mit formellen und prozeduralen Direktiven verbunden werden:

(1) Zeitliche Parallelität von Aufgabenübertragung und Kostendeckungsregelung,

(2) Schaffung eines finanziellen Ausgleichs für die entstehenden notwendigen durchschnittlichen Aufwendungen.

Hierzu trifft Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NRW in formeller und prozeduraler Hinsicht die Vorgabe, dass dies durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgebewertung zu erfolgen hat.

## 3. Konkrete Fragestellungen

Der rechtsgutachtlich zu analysierende Sachverhalt wirft nun besonders akzentuierte Fragen nach der Geltung und Direktionskraft der Konnexitätsregeln auf.

Dabei sind zunächst zwei prinzipielle Aspekte in den Blick zu nehmen:

(1) Es könnte bereits fraglich sein, ob und inwieweit Art. 78 Abs. 3 LV NW in Verbindung mit dem KonnexAG überhaupt Konstellationen *völkerrechtlich* „veranlasster“ Aufgabenübertragung erfasst.

Dazu im folgenden sub II. 1.

(2) Sodann ist in grundsätzlicher Hinsicht die Konnexitätsrelevanz von landesgesetzlichen Regelungsstrategien zu klären, die die Erfüllung der Aufgabe „inklusive Unterricht“ an die *Zustimmung des Schulträgers* knüpfen.

Dazu nachfolgend sub II. 2.

Darüber hinaus bedürfen weitere Gesichtspunkte der Problematisierung:

(3) Erörterungsbedürftig ist etwa die Frage, ob bestimmte Inklusionsanforderungen (Stichwort: Barrierefreiheit) nicht ohnehin schon geltende Rechtsvorgaben betrifft.

Dazu sub III. 2.

(4) Besonderer Aufmerksamkeit bedarf auch das Tatbestandsmerkmal der konnexitätsrelevanten Belastung. Hier berühren sich methodische bzw. dogmatische und rechtstatsächliche Aspekte.

Dazu sub IV.

(5) Schließlich sind Überlegungen angezeigt zu denkbaren „interkommunalen Belastungs-Entlastungs-Saldierungen“.

Dazu sub IV. 1. b)

Diesen und anderen damit in Zusammenhang stehenden Fragestellungen ist im folgenden nachzugehen.

## **II. Umsetzung von Inklusion im nordrhein-westfälischen Schulrecht als konnexitätsrelevante Verpflichtung?**

### *1. Konnexitätsprinzip und völkerrechtlicher Anlassgrund*

#### *a) Zur Problematik von „Mehrebenen-Konnexitäts-Konstellationen“*

Art. 78 Abs. 3 LV NW knüpft an eine landesrechtliche Aufgabenübertragung bzw. Aufgabenveränderung an. Sachlich-gegenständlich erfasst das Konnexitätsgebot somit nur Interventionen, die landesrechtlich „verursacht“ sind. Nur solche Aufgabenübertragungen an die kommunalen Gebietskörperschaften, die dem jeweiligen Land zugerechnet werden können, vermögen die Rechtsfolge des Belastungsausgleichs auszulösen. In diesem Zusammenhang können sich schwierige Abgrenzungsfragen in solchen Konstellationen ergeben, in denen es nicht um eine einfache Aufgabenübertragung/-erweiterung im isolierten Verhältnis Land-kommunale Gebietskörperschaft, sondern es um einen Mehrebenen-Umsetzungsprozess geht. Ein Beispiel hierfür sind etwa europarechtliche oder bundesrechtliche Vorgaben im Blick auf die

konkrete, nunmehr von kommunalen Gebietskörperschaften zu erledigenden Aufgaben.

Siehe dazu etwa *Jan Ziekow*, Die Anwendung des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei bundes- oder gemeinschaftsrechtlichen Beeinflussungen des Bestands kommunaler Aufgaben, DÖV 2006, 489 ff.; ferner *Wolfram Höfling*, Die Zuweisung der Aufgaben nach dem Kinderförderungsgesetz des Bundes als konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung im Sinne von Art. 78 Abs. 3 VerfNW. Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalen, 2009, S. 17 ff.

Die damit angesprochene Problematik greift § 2 Abs. 1 Satz 2 des nordrhein-westfälischen Konnexitätsausführungsgesetzes

Konnexitätsausführungsgesetz (KonnexAG) NRW vom 22.6.2004, GV. NRW S. 360 (verlängert durch Gesetz vom 12.5.2009, GV. NRW S. 296)

auf. Im Anschluss an die Feststellung in Satz 1 („Die Aufgabenübertragung betrifft Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben“) bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW:

„Wenn aufgrund europa- oder bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.“

Nur zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass nach Einfügung des sog. Durchgriffsverbots in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG durch die sog. Föderalismusreform I für die Anwendung der Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW überhaupt nur noch jene Konstellationen in Betracht kommen, in denen der Bund verfassungskonform eine entsprechende Aufgabenregelung mit Auswirkung auf die kommunale Ebene treffen kann. Dies ist hier nicht näher zu erörtern; siehe dazu eingehend *Wolfram Höfling*, Das Kinderförderungsgesetz des Bundes und das Konnexitätsgebot des Art. 78 Abs. 3 VerfNW. Rechtsgutachten im Auftrags des Städtetages NRW, Dezember 2008, S. 15 ff. mit weit. Nachw.

Der *Spielraum-Gesichtspunkt* ist in der konnexitätsrechtlichen Literatur nicht nur für die nordrhein-westfälische Rechtslage vielfach aufgegriffen worden.

Siehe etwa *Alexander Schink*, Wer bestellt, bezahlt – Verankerung des Konnexitätsprinzips in der Landesverfassung NRW, NWVBl. 2005, S. 85 (89); *Norbert Meier/Stefan Greiner*, Die Neufassung des Art. 78 III LVerf NRW - Einführung eines strikten Konnexitätsprinzips?, NWVBl. 2005, S. 92 (96); vgl. ferner § 1 Abs. 2 des rheinland-pfälzischen KonnexAG; dazu auch *Christoph Worms*, Die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen am Beispiel des Art. 49

Abs. 5 der Verfassung für Rheinland-Pfalz, DÖV 2008, S. 353 (358); allgemein Bayerischer Verfassungsgerichtshof, ZFSH/SGB 2008, S. 82 (86); zur Vorschrift des Art. 83 der Verfassung des Freistaates Bayern auch *Klaus Hahnzog*, Lebendige Bayerische Verfassung - Weiterentwicklung und Revitalisierung, BayVBl. 2007, S. 321 (322); *Christian Zieglmeier*, Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, S. 270 (270); *Knut Engelbrecht*, Schutzschild der Kommunen vor finanzieller Überforderung? – Das Konnexitätsprinzip des Art. 83 Abs. 3 BV, BayVBl. 2007, S. 164 (165); *Heinrich Amadeus Wolff*, in: Josef Franz Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 83, Rn. 115; *ders.*, Die Stärkung des Konnexitätsprinzips in der Bayerischen Verfassung (Art. 83 Abs. 3 und Abs. 6 BV N. F.), BayVBl. 2004, S. 129 (131); *Christoph Worms*, Die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen am Beispiel des Art. 49 Abs. 5 der Verfassung für Rheinland-Pfalz, DÖV 2008, S. 353 (358); anders *Klaas Engelken*, Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht, 2009, S. 47 ff.; *ders.*, Die Reichweite des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei Umsetzung von EU-Richtlinien, NVwZ 2010, S. 618 ff.; *ders.*, Wenn der Bund seine alten Aufgabenzuweisungen an Kommunen aufhebt, DÖV 2011, S. 745 (747), der das Kriterium des Gestaltungsspielraums nicht für notwendig erachtet und jeden landesrechtlichen Verursachungsbeitrag als konnexitätsrelevant qualifiziert; ähnlich nunmehr wohl auch *Hans-Günter Henneke*, Wer der Bestellung zustimmt, muss sie adressieren und bezahlen, DVBl. 2011, S. 125 (132).

Die einfachrechtliche Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW

vergleichbar § 1 Satz 2 rheinland-pfälzisches KonnexAG

und die diesen Rechtsgedanken aufgreifenden Überlegungen für die Rechtslage in anderen Bundesländern erweist sich allerdings aus dem „systematischen Blickwinkel der Aufgabenveranlassung im Mehrebenensystem ... als systemwidrig und nicht überzeugend“.

Aus der Perspektive der schutzbedürftigen Kommune ist es nämlich unerheblich, aus welchen Gründen das Land eine Aufgabe auf sie überträgt.

„Warum sollte es aus der Perspektive der kommunalen Finanzhoheit anders zu beurteilen sein, ob z. B. neue Standards für den öffentlichen Personennahverkehr durch den Landesgesetzgeber autonom oder in Umsetzung einer EU-Richtlinie vorgegeben werden“?

So *Kluth*, in: Bunzel/Hanke (Hrsg.), aaO, S. 31 (39 f.)

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass in Nordrhein-Westfalen der unmittelbare zeitliche Zusammenhang von Verfassungsänderung und Erlass des Konnexitätsausführungsgesetzes darauf hinweisen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber

wohl von einem durch die „Spielraumtheorie“ beschränkten Anwendungsbereich auch der verfassungsrechtlichen Regelung ausgegangen ist.

Siehe auch LT-Drs. 13/5525; auch *Kluth*, in: Bunzel/Hanke (Hrsg.), aaO, S. 31 (40)

Die damit u. a. aufgeworfene Frage nach dem Verhältnis der einfachrechtlichen Ausführungsbestimmungen zur verfassungsrechtlichen Regelung bedürfen jedoch in dem vorliegenden Zusammenhang keiner weiteren Erörterung. Es ist bereits im einzelnen herausgearbeitet worden, dass der nordrhein-westfälische Schulgesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 24 BRK über nicht unerhebliche Gestaltungsspielräume und Entscheidungsoptionen verfügt, so dass die in § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW genannte einschränkende Bedingung erfüllt ist.

Allerdings ist mit dieser Feststellung noch keine definitive Antwort auf die Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Vorschrift gefunden. Die Norm nimmt explizit Bezug auf „europa- oder bundesrechtliche Regelungen“. Die rechtsgutachtlich zu klärende Konstellation ist aber dadurch gekennzeichnet, dass die landesschulgesetzliche Umsetzung ihren ursprünglichen „Veranlassungsgrund“ in einem völkerrechtlichen Vertrag findet.

#### *b) Anwendbarkeit von § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW?*

Konkret ist somit zu fragen, ob der völkerrechtliche Veranlassungsgrund für den Systemwechsel im nordrhein-westfälischen Schulrecht die Einschlägigkeit der Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW

soweit dort davon die Rede ist, dass „eine Aufgabe ... übertragen wird“, sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, dass der Aufgabenübertragung auch die Veränderung einer bestehenden Aufgabe gleichgestellt ist (siehe § 1 Abs. 4 KonnexAG NW). Auf diesen Punkt ist noch später einzugehen (siehe nachfolgend sub III.)

ausschließt.

Für den Fall der Nichtanwendbarkeit wird zum Teil im Blick auf den landesrechtlichen Umsetzungsakt umstandslos von einer Konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung ausgegangen; so wohl *Manfred Riederle/Gerhard Dix*, Die Position von Städtetag und Gemeindetag zum Inklusionsgesetz im Schulbereich, BayBgm 2011, 282 (284), die ergänzend auch auf eine Zustimmung des Bundesrates zur Ratifikation von Art. 24 BRK hinweisen (zu diesem – allerdings nicht weiterführenden – Aspekt siehe auch schon *Wolfgang Durner*, Das Konnexitätsprinzip des Art. 83 Abs. 3 BV und das Abstimmungsverhalten der Staatsregierung im Bundesrat, BayVBl. 2007, 161 ff.)

Für die aufgeworfene Rechtsfrage lassen sich verschiedene Lösungsmöglichkeiten vorstellen:

(1) Zunächst ist denkbar, dass die Beschränkung auf europa- und bundesrechtliche Regelungen Ausdruck einer planwidrigen Regelungslücke ist. Stuft man die völker-

rechtliche Veranlassung als eine vergleichbare Konstellation ein, wäre eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW zu erwägen.

(2) Ein anderer Ansatz könnte auf das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG verweisen. Folgt man der Staatspraxis und erkennt darin den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl für den gesamten deutschen Rechtsraum (einschließlich der Länder), so wäre die sich daran anschließende landesrechtliche Umsetzungs-gesetzgebung eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung aufgrund bundesrechtlicher Regelungen.

(3) Folgt man dem Ansatz der „gespaltenen“ Ingeltungsetzung völkervertragsrechtlicher Verpflichtungen,

dazu oben sub B.

dann bedürfte es eines landesgesetzlichen Rechtsanwendungsbefehls im Blick auf die BRK. Dieser könnte dann in Verbindung mit der konkretisierenden Schulgesetzgebung zur Implementierung von Inklusion als originär landesrechtliche Übertragung von Aufgaben auf die kommunalen Gebietskörperschaften qualifiziert werden.

Das weitere Erfordernis eines Gestaltungsspielraums des Landesgesetzgebers wäre dann jedenfalls nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW keine Tatbestandsvoraussetzung für die Annahme einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung

Wie auch immer der konstruktive Weg aussehen mag: Es unterliegt im Ergebnis keinem Zweifel, dass der völkerrechtliche „Veranlassungsgrund“, nämlich das Inkrafttreten der Behindertenrechtskonvention, der Annahme einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung im Sinne von Art. 78 Abs. 3 LV NW nicht entgegensteht, wenn der Landesgesetzgeber – wozu er verpflichtet ist – unter Ausnutzung seines Gestaltungsspielraums

dazu oben sub C.

den Schulsystemwechsel hin zum gemeinsamen Unterricht normativ implementiert.

## *2. Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Schulträger als Ausschlussgrund für eine konnexitätsrelevante Verpflichtung?*

Möglicherweise wird das Angebot des gemeinsamen Lernens in allgemeinen Schulen an die *Zustimmung des Schulträgers* geknüpft werden. Dieser soll seine Zustimmung nur dann verweigern können, wenn die Gründe in seine Zuständigkeit fallen und wenn notwendige und angemessene Vorkehrungen nicht mit vertretbarem Aufwand geschaffen werden können. Eine ähnliche Regelung ist inzwischen Bestandteil des bayerischen Schulrechts geworden. Nach Art. 30a Abs. 4 BayEUG bedarf die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in den Förderschwerpunkten Sehen, Hören sowie Körperliche und Motorische Entwicklung in die allgemeine Schule der Zustimmung des Schulaufwandsträgers, wobei dieser seine Zustimmung nur bei erheblichen Mehraufwendungen verweigern darf.

Derartige landesrechtliche Umsetzungsstrategien scheinen auf eine Umgehung der „Konnexitätsfalle“ zu zielen:

Kritisch zur bayerischen Regelung *Riederle/Dix*, BayBgm 2011, 282 (285)

Grundsätzlich gilt nämlich, dass normativ konstituierte (bloße) Handlungsoptionen für die kommunalen Gebietskörperschaften nicht in den Regelungsbereich des Art. 78 Abs. 3 LV NW fallen.

Siehe auch *Christian Zieglmeier*, Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, 270 (272); *Knut Engelbrecht*, Schutzschild der Kommunen vor finanzieller Überforderung? – Das Konnexitätsprinzip des Art. 83 Abs. 3 BV, BayVbl. 2007, 164 (165)

Wer nun aber seine Zustimmung zur Übernahme einer Aufgabe erklärt, der wird kaum geltend machen können, er sei dazu durch den Landesgesetzgeber gezwungen worden.

Ein derartiges Argumentationsmuster vermag aber nicht zu verfangen: Zustimmungsvorbehalte in der Frage der Umsetzung schulischer Inklusion eröffnen den kommunalen Gebietskörperschaften nämlich in Wahrheit keinerlei substantielle Optionen. Die Bundesrepublik Deutschland ist völkerrechtlich zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet, und innerhalb der bundesstaatlichen Verfassungsordnung sind wiederum die Länder in ihrem Kompetenzbereich zu einer derartigen Implementierung verpflichtet.

Daran besteht im Ergebnis keinerlei Zweifel, auch wenn die dogmatischen Begründungen für diese Verpflichtung der Länder unterschiedlich konstruiert sind (z. T. Hinweis auf das im Ratifizierungsprozess herbeigeführte Einvernehmen der Bundesländer bei Auseinanderfallen von Abschluss- und Transformationskompetenz, z. T. wird auf das Prinzip der Bundestreue rekuriert); siehe etwa *Streinz*, in: *Sachs*, Art. 32 Rn. 38; *Hans D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG-Komm., 11. Aufl. 2011, Art. 32 Rn. 10 mit weit. Nachw.; vgl auch *Latham & Watkins*, Völkerrechtliche Fragen des inklusiven Unterrichts in Deutschland, aaO, S. 24

Anders formuliert: Gerade weil die Länder von Verfassungs wegen den Schulsystemwechsel herbeiführen müssen, können und dürfen sie den kommunalen Schulträgern substantielle Entscheidungskompetenzen nicht einräumen, die die Umsetzungspflicht gefährden oder zu unterlaufen drohen. Entsprechende Zustimmungsvorbehalte sind deshalb verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sie den Schulträgern allenfalls insoweit eine eingeschränkte „Vetoposition“

unter Hinweis auf unzumutbare Umsetzungsanstrengungen

einräumen, wie die UN-Behindertenrechtskonvention sie selbst mit ihrem Progressivitäts(- und Ressourcen)vorbehalt gem. Art. 4 Abs. 2 BRK

die Norm lautet: „Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen. ...“

einräumt.

Zum „Ressourcenvorbehalt als Schranke“ siehe näher *Riedel*, Gutachten, S. 26 ff., der zu dem Ergebnis gelangt, dass der Ressourcenvorbehalt als Schranke des Anspruchs auf inklusive Bildung anzuerkennen sei, dieser aber seine Beschränkung wiederum im Wesensgehalt bzw. Kern des Rechts auf diskriminierungsfreie, inklusive Bildung gemäß den Vorgaben der BRK finde (S. 28); gegen die Annahme eines Finanzierungsvorbehalts *Faber/Roth*, DVBl. 2010, 1193 (1198 f.)

Damit mag in Einzelfällen eine kommunale Gebietskörperschaft von einer „übermäßigen“ Inanspruchnahme „verschont“ werden; an der grundsätzlichen flächendeckenden Verpflichtung zur Veränderung des Schulsystems hin zu einem gemeinsamen Unterricht für Kinder und Jugendliche mit und ohne Behinderungen ändert dies jedoch nichts.

Es bleibt somit festzuhalten: Zustimmungsvorbehalte, wie sie Art. 30a Abs. 4 Bay-EUG enthält und wie sie für das nordrhein-westfälische Recht vorgesehen sind, vermögen den Tatbestand einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung nicht aufzuheben.

### **III. Konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung/Aufgabenerweiterung?**

#### *1. Übertragung neuer Aufgaben bzw. Erweiterung bestehender Aufgaben*

Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW knüpft den Belastungsausgleich an die „Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben“.

Dazu im folgenden a)

§ 2 Abs. 1 Satz 1 KonnexAG NW stellt dabei im Blick auf den Geltungsbereich des strikten Konnexitätsprinzips klar, dass der Aufgabenbegriff „Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben“ betrifft.

Dazu noch im folgenden b)

#### *a) Neue Aufgabe oder Erweiterung einer bestehenden Aufgabe?*

Die strikte Konnexitätsregelung des Art. 78 Abs. 3 LV NW behandelt (in Satz 2) die Konstellationen der Übertragung einer neuen Aufgabe einerseits sowie der Erweiterung einer bestehenden Aufgabe gleich. Dies entspricht der Teleologie des strikten Konnexitätsprinzips, das den Schutz der kommunalen Selbstverwaltung vor finanzieller Aushöhlung bezweckt, eine Warnfunktion für den Landesgesetzgeber im Blick auf die entstehenden Kosten entfalten und eine Schärfung des Kostenbewußtseins bewirken will.

So zu Recht VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1564) unter Bezugnahme auf seine vorangegangene Judikatur

Vor diesem Hintergrund kommt der Unterscheidung keine zentrale Bedeutung zu, soweit für die Ermittlung des Belastungsausgleichs die „Differenz“ zwischen früherer Aufgabenwahrnehmung und neuem Aufgabenumfang ermittelt wird. Gleichwohl seien einige Überlegungen angestellt:

(1) Es könnte durchaus erwogen werden, in der Zuweisung der Aufgabe „Gemeinsamer Unterricht“ eine neue Aufgabe im Sinne des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 1. Alt. LV NW zu sehen. Nach Ingeltungsetzen der BRK in der deutschen Rechtsordnung als Bundesrecht könnte nunmehr die landesgesetzliche Aufgabenkonkretisierung der Einführung eines inklusiven Schulsystems als eine neue Aufgabe qualifiziert werden.

Vgl. auch die Überlegungen bei VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1563), wonach von einer Übertragung neuer Aufgaben auch dann auszugehen ist, wenn eine neue Rechtsgrundlage geschaffen wird – allerdings im Blick auf eine landesgesetzliche Zuständigkeitsregelung, die eine aufgehobene bundesgesetzliche Zuständigkeitszuweisung ersetzt

(2) Näher liegt allerdings die Qualifizierung als Erweiterung einer bestehenden Aufgabe.

Der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof erkennt sogar die Möglichkeit an, dass sowohl eine neue Aufgabenübertragung als auch zusätzlich eine Aufgabenerweiterung vorliegt; siehe VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1564)

Die Trägerschaft für die öffentlichen Schulen ist ohnehin als eine Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde ausgestaltet. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe wird nunmehr durch erhebliche qualitative Zusatzanforderungen erweitert – oder in den Worten des § 2 Abs. 4 KonnexAG NW: den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung werden geändert. Im übrigen lässt sich § 2 Abs. 4 Satz 2 KonnexAG NW im Umkehrschluss entnehmen, dass mengenmäßige Änderungen, die die Aufgabenwahrnehmung wesentlich berühren, ebenfalls als Aufgabenänderung zu qualifizieren sind. Dass eine Inklusionsquote von 80-90 % eine derartige wesentliche quantitative Erweiterung darstellt, kann ernsthaft nicht in Zweifel gezogen werden.

#### *b) Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben als Gegenstand konnexitätsrelevanter Aufgabenübertragung/-erweiterung*

Der Annahme einer konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung/-erweiterung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Schulträgerschaft zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsaufgaben zählt.

Dazu siehe *Markus Winkler*, Schulentwicklungsplanung zwischen kommunaler Selbstverwaltung und staatlicher Schulverantwortung, DÖV 2011, 686 (687)

§ 2 Abs. 1 KonnexAG NW umschreibt den Geltungsbereich des strikten Konnexitätsprinzips nämlich unter Bezugnahme auf „Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben“.

## *2. Im Besonderen: Inklusionermöglichende Barrierefreiheit – ein Fall von Aufgabenerweiterung?*

Die Umsetzung des Konzepts „inklusive Beschulung“, so wie es die UN-Behindertenrechtskonvention vorgibt, eröffnet dem Landesgesetzgeber zwar durchaus Gestaltungsspielräume;

dazu bereits oben sub C.

bestimmte Veränderungen sind indes unausweichlich. Dazu gehört zweifelsohne die Schaffung von sog. Barrierefreiheit.

Insoweit wird nun zum Teil die Qualität entsprechender Verpflichtungen der kommunalen Schulträger als konnexitätsrelevante Aufgabenerweiterung in Zweifel gezogen. Die Schulträger seien ohnehin verpflichtet, Schulen so auszustatten, dass diese von Menschen mit Behinderung, besonders Rollstuhlfahrerinnen und Rollstuhlfahrern, ohne fremde Hilfe zweckentsprechend besucht und genutzt werden können.

In diesem Sinne Niedersächsische LT-Drs. 16/4137,  
S. 8

### *a) Zum Begriff der „Barrierefreiheit“*

Der Begriff der Barrierefreiheit wird nicht einheitlich verwandt. Insbesondere im Kontext des Bauordnungsrechts geht es oft um eine lediglich „rollstuhlgerechte“ Ausgestaltung von Gebäuden. § 4 des Behindertengleichstellungsgesetzes NW umschreibt in seinem Satz 1 Barrierefreiheit als „die Auffindbarkeit, Zugänglichkeit und Nutzbarkeit der gestalteten Lebensbereiche für alle Menschen“. Zu den gestalteten Lebensbereichen gehören insbesondere – so Satz 3 – bauliche und sonstige Anlagen. § 4 Satz 2 bestimmt schließlich: „Der Zugang und die Nutzung müssen für Menschen mit Behinderung in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe möglich sein; hierbei ist die Nutzung persönlicher Hilfsmittel zulässig“.

Diese Legaldefinition von Barrierefreiheit findet sich im ersten Abschnitt des Behindertengleichstellungsgesetzes NW, der lediglich allgemeine Bestimmungen trifft. Abschnitt 2 des Gesetzes formuliert sodann erst konkrete Verpflichtungen und in diesem Zusammenhang in § 7 eine Art „Bauordnungsrechtsvorbehalt“.

§ 7 Abs. 1 Behindertengleichstellungsgesetz NW: „... sind entsprechend den bauordnungsrechtlichen Vorschriften barrierefrei zu gestalten“

Damit aber erfährt der allgemeine baurechtliche Barrierefreiheit-Standard keine relevante Verschärfung und Verstärkung.

Für Nordrhein-Westfalen bestimmt nun § 55 Abs. 1 BauO NW, dass bauliche Anlagen, die öffentlich zugänglich sind, in den dem allgemeinen Besucherverkehr dienenden Teilen von Menschen mit Behinderung ... barrierefrei erreicht und ohne fremde Hilfe zweckentsprechend genutzt werden können müssen. Zu den davon erfassten Einrichtungen gehören nach Abs. 2 Nr. 1 insbesondere „Einrichtungen ... des Bildungswesens“. Allerdings lässt § 55 Abs. 5 BauO NW Abweichungen zu, soweit die Anforderungen wegen schwieriger Geländeverhältnisse, ungünstiger vorhandener Bebauung oder im Hinblick auf die Sicherheit der Menschen mit Behinderungen

dies betrifft etwa einen Gefahrenfall wie einen Brand; siehe dazu etwa *Horst Gädtke/Heinz-Georg Kämme/Detlef Heintz/Knut Czepuck*, Bauordnung NRW, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 55 Rn. 32

nur mit einem unverhältnismäßigen Mehraufwand erfüllt werden können. Auch § 55 Abs. 3 BauO NW zeigt, dass der für die Schulen geltende Standard lediglich einen Regelstandard formuliert, der für bauliche Anlagen, die überwiegend oder ausschließlich von Menschen mit Behinderungen genutzt werden, noch einmal verschärft wird, wenn die Norm insoweit Barrierefreiheit „für die gesamte Anlage und die gesamten Einrichtungen“ fordert.

Schließlich darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass bereits die Aufgabe, den durch das Bauordnungsrecht vorgegebenen Mindeststandard in allen Bestandsbauten der (kommunalen) Schulträger zu realisieren, die Länder vor erhebliche Schwierigkeiten stellt(e).

#### *b) Folgerungen*

Berücksichtigt man nunmehr das ungleich höhere Anforderungsprofil, das mit dem Gebot der *inklusionsermöglichenden Barrierefreiheit* verbunden ist, dann wird die große Herausforderung deutlich, mit der die kommunalen Schulträger sich konfrontiert sehen. Dies gilt insbesondere, wenn künftig die Schulen sich auf Kinder und Jugendliche mit ganz unterschiedlichen Behinderungen in baulicher und räumlicher bzw. raumgestalterischer Hinsicht einzurichten haben. Barrierefreiheit für schwerhörige Schüler bedeutet z. B. etwas anderes als Barrierefreiheit für Schüler mit Sehbehinderung. Erstere brauchen eine geräuschkämmende Ausgestaltung des Gebäudes, Letztere dagegen Bedingungen, die gegenteilige Anforderungen erfüllen müssen. Wenn Schüler mit Hörschädigungen bzw. Hörbehinderungen Räume benötigen, die möglichst wenig Störschall verursachen, um den Nutzschall leichter wahrnehmen zu können, sind Schüler mit Sehbehinderung darauf angewiesen, sich ihre räumliche Lebenswelt über akustische Wahrnehmungen zu erschließen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Umsetzung des Inklusionskonzepts für viele Schulträger die Verpflichtung mit sich bringen wird, zusätzliche Räume zu schaffen,

dazu noch nachfolgend sub IV. 2. b) aa)

für die dann ebenfalls barrierefreier Zugang und barrierefreie Nutzung zu gewährleisten ist.

Deshalb kann insgesamt nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass die durch die Umsetzung der BRK ausgelösten baulichen Verpflichtungen qualitativ und quantitativ deutlich über den bisherigen Standard hinausgehen werden und sich damit für die kommunalen Schulträger als Aufgabenerweiterung

zum Begriff vorstehend sub 1. a)

im Sinne des Konnexitätsprinzips darstellen.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine konnexitätsrelevante Aufgabenerweiterung auch nicht mit dem Argument verneint werden kann, insoweit gehe es nur um die allgemeinen Rahmenbedingungen kommunaler Aufgabenwahrnehmung, für die die Kommunen auch bei Änderung landesrechtlicher Vorgaben selbst verantwortlich sind; zum Problem siehe etwa Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26. November 2009 – Az.: 11 VerfG 9/08 – zur Umstellung der kommunalen Haushalts- und Rechnungsführung von der Kameralistik auf die Doppik; ferner *Zieglmeier*, NVwZ 2008, 270 (272); *Kämmler*, DÖV 2008, 983 (984). – Das Konnexitätsprinzip lässt lediglich landesrechtliche Vorgaben, die die Organisation der Gemeinden und Gemeindeverbände, die kommunale Personalhoheit oder die kommunale Haushaltswirtschaft betreffen, unberührt; siehe *Engelken*, Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht, aaO, S. 27 f.; *Kämmler*, DÖV 2008, 983 (986); *Engelbrecht*, BayVBl. 2007, 164 (166)

Diese Feststellung gilt umso mehr, als mit dem Recht auf inklusiven Schulbesuch die bislang im wesentlichen objektivrechtlichen Verpflichtungen zur barrierefreien Gestaltung eine subjektivrechtliche „Aufladung“ erfahren. Auch dies bewirkt eine konnexitätsrelevante Aufgabenerweiterung für die kommunalen Schulträger.

#### **IV. Konnexitätsrelevante Belastungen der kommunalen Gebietskörperschaften durch die Umsetzung der BRK**

Das dritte zentrale Tatbestandsmerkmal des Art. 78 Abs. 3 LV NW

zur dreigliedrigen Tatbestandsstruktur siehe vorstehend sub I. 2. a)

betrifft die durch die Aufgabenübertragung/-erweiterung bewirkte „*erhebliche(n) Belastung*“ der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften. Ob die schulgesetzliche Umsetzung der BRK solche Belastungen zur Folge hat, ist in der gegenwärtigen Diskussion durchaus strittig. Der niedersächsische Gesetzgeber beispielsweise glaubt,

diese Formulierung ist hier durchaus mit Bedacht gewählt

die „aufgrund der Einführung der inklusiven Schulen notwendigen Aufwendungen (sein) nicht erheblich im Sinne von Art. 57 Abs. 4 NV“.

Siehe Niedersächsische LT-Drs. 16/4137, S. 8

Die Auswirkungen der Einrichtung von inklusiven Bildungsangeboten – so heißt es weiter – „im Hinblick auf die ggf. notwendigen Aufwendungen des Schulträgers lassen sich nur durch eine differenzierte Betrachtung der unterschiedlichen Personen-

gruppen unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklungen sowie das Einbeziehen von Vermutungen (!) über künftige Entwicklungen darstellen. Die Kosten sind nicht abschätzbar, da sie im Einzelfall zu ermitteln wären. Es wird aufgrund der vorstehenden Überlegungen aber davon ausgegangen (!), dass sie aber nicht erheblich im Sinne von Art. 57 Abs. 4 NV sind“.

AaO, S. 10 – Hervorhebungen hinzugefügt

Ein ähnliches Argumentationsmuster, das den Verzicht auf eine Kostenfolgenabschätzung mit Prognoseunsicherheiten begründet,

und im Falle Niedersachsens daraus schlicht die Unerheblichkeit der finanziellen Belastung „ableitet“

findet sich auch in Bayern.

Siehe Bayerische LT-Drs. 16/8100, S. 6

*1. Funktion und Aussagegehalt des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung der davon betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände“*

*a) Grundsätzliches*

Bevor nachfolgend eingehender auf einzelne Mehrbelastungsfaktoren eingegangen werden kann,

dazu nachfolgende sub 2.

ist es vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Überlegungen einiger Landesgesetzgeber sinnvoll, sich Funktion und Aussagegehalt des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung“ zu vergegenwärtigen.

Eingehend hierzu *Höfling*, (Verfassungs-)Rechtsfragen der Kommunalisierung der Versorgungs- und Umweltverwaltung, aaO, 62 ff.

Die Feststellung einer aufgabenübertragungsrelevanten wesentlichen Belastung ist Voraussetzung für einen Mehrbelastungsausgleich.

Siehe etwa *Buschmann/Freimuth*, NWVBI. 2005, 365 (367)

Dieser Funktionslogik folgt auch die Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 KonnexAG NW, wenn es dort heißt: „Ein Belastungsausgleich erfolgt erst, wenn bei Betrachtung der von der jeweiligen Aufgabenübertragung betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände die Schwelle einer wesentlichen Belastung überschritten wird“.

Schon grammatikalisch-systematische Auslegungsgesichtspunkte sprechen eindeutig für eine Interpretation des Tatbestandsmerkmals in Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW, die den Fokus auf die finanziellen Auswirkungen einer konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung, und zwar bei den betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbänden richtet. Genau dies entspricht der – interpretationsmethodisch bedeutsamen -

siehe etwa BVerfGE 1, 299 (312); 10, 234 (244); 11, 126 (130 f.); 106, 62 (105); eingehend auch *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerbebereich nach der Föderalismusreform, GewArch 2008, 1 ff.

expliziten Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, die kommunalen Gebietskörperschaften „zukünftig vor Aufgabenübertragungen und –veränderungen ohne konkreten Ausgleich der zusätzlichen finanziellen Belastungen“ zu schützen.

Siehe LT-Drs. 13/5515, S. 20; übereinstimmend LT-Drs. 13/4424, S. 11

Deshalb wird man das in Frage stehende Tatbestandselement des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW schon dann als erfüllt ansehen müssen, wenn eine Aufgabenübertragung den davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbänden nicht unwesentliche zusätzliche finanzielle Kosten auferlegt. Der Terminus „wesentliche Belastung“ verweist somit auf eine *Bagatellschwelle*,

siehe auch schon *Wolfgang Rüfner*, Bemerkungen zur Anhörung, Landtagszuschrift 13/3724, S. 1: Mit dem Terminus „wesentliche Belastung“ sei eine „Bagatellschwelle ... grundsätzlich richtig formuliert“

unterhalb derer die Rechtsfolge eines Belastungsausgleichs nicht greift. In völliger Übereinstimmung mit dieser Konkretisierung heißt es in der Begründung zur Verfassungsänderung: „Wesentlich ist die Belastung dann nicht, wenn eindeutig (!) ist, dass eine Bagatellschwelle nicht überschritten ist“.

Siehe LT-Drs. 13/5515, S. 21 – Hervorhebung hinzugefügt; siehe auch die Erläuterungen zu § 2 Abs. 5 Satz 1 KonnexAG NW, die ebenfalls auf die „Überschreitung einer Bagatellschwelle“ abheben; LT-Drs. 13/5515, S. 23

Der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof hat dementsprechend dann auch ausdrücklich hervorgehoben, dass nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers dann eine wesentliche Belastung vorliege, wenn eine Bagatellschwelle überschritten sei.

Siehe VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1562)

*b) Keine „Belastungs-Entlastungs-Saldierungen“ innerhalb der kommunalen „Familie“*

Ein weiterer Gesichtspunkt sei an dieser Stelle kurz erörtert: Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW stellt darauf ab, ob bei den „betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände(n)“ eine wesentliche Belastung durch die Aufgabenübertragung/-erweiterung eingetreten ist. Mit dieser Verfassungsrecht gewordenen Formulierung hat sich der Verfassungsgesetzgeber explizit gegen einen relativierenden Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren gewandt, wonach auf eine Belastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände „in ihrer Gesamtheit“ abgestellt werden sollte.

Siehe dazu auch *Brems*, Die Aufgabenverlagerung des Landes, aaO, S. 310 f.; kritisch demgegenüber schon *Ferdinand Kirchof*, Stellungnahme, Landtags-Zuschrift 13/3708, S. 1 f. und S. 5

Dementsprechend kommt es für die Feststellung der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung“ nicht darauf an, ob die Implementierung des Modells „inklusive Schule“ bei einzelnen kommunalen Körperschaften (mittelfristig) eine finanzielle Entlastung bewirkt.

Nicht auszuschließen ist eine derartige finanzielle Entlastung für die Landschaftsverbände, die einen großen Teil der bisherigen Förderschulen tragen. Allerdings stellt sich eine solche Entlastung erst dann ein, wenn diese Schulen tatsächlich geschlossen werden. Reduzieren sich indes lediglich die Schülerzahlen – etwa weil infolge eines durch die Schulgesetzgebung eingeräumten Elternwahlrechts weiterhin bestimmte Kinder und Jugendliche die Förderschule besuchen –, so dürfte die finanzielle Entlastungswirkung gering sein. Für den Schulträger bliebe allerdings ein zwangsläufig anwachsender Fixkostenanteil.

Wie auch immer sich in Zukunft die Implementierung von inklusiver Beschulung auf unterschiedliche kommunalen Schulträger auswirken mag, für die Konnexitätsfrage ist dies ohne Relevanz. Entscheidend allein ist, ob durch die Aufgabenerweiterung betroffene Gemeinden oder Gemeindeverbände mit Mehrkosten gegenüber der Ausgangssituation belastet werden, die die Bagatellschwelle überschreiten. Ist dies der Fall, muss insoweit ein Belastungsausgleich erfolgen – unabhängig davon, ob andere kommunale Körperschaften infolge der Aufgabenübertragung entlastet werden.

## *2. Denkbare finanzielle Mehrbelastungsfaktoren*

Dass eine derartige Bagatellschwelle für zahlreiche kommunale Schulträger überschritten werden wird, kann im Ergebnis – bei allen derzeit noch ungewissen Einzelheiten –

zur Bedeutung derartiger „Unwägbarkeiten“ siehe bereits vorstehend IV. vor 1. und nachfolgen sub 3.

nicht ernsthaft bestritten werden.

Das zeigen die nachfolgenden – zum Teil zwangsläufig kursorischen und vorläufigen – Überlegungen, die grob zwischen Personal- und Sachkosten unterscheiden.

Siehe auch für die Schulkosten (im engeren Sinne) die Regelung in § 92 Abs. 1 Satz 1 SchulG NW: „Schulkosten sind die Personalkosten und die Sachkosten“

### *a) Personalkosten*

Bei den Personalkosten wiederum kann differenziert werden zwischen Schul-Personalkosten und anderen Personalkosten.

*aa) Erhöhte Schul-Personalkosten durch Inklusion?*

Für die Schul-Personalkosten bestimmt § 92 SchulG NW folgendes:

- Nach § 92 Abs. 2 SchulG NW trägt das Land die Personalkosten für Lehrerinnen und Lehrer sowie das pädagogische und Sozialpädagogische Personal gem. § 58 SchulG NW an öffentlichen Schulen, und zwar auch solcher Schulen, deren Träger eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband ist. Wenn und soweit in diesem Bereich die Einführung eines gemeinsamen Unterrichts zur Notwendigkeit der Einstellung weiteren Personals führt, ist dies nicht konnexitätsrelevant.
- Kosten für die individuelle Betreuung und Begleitung einer Schülerin oder eines Schülers, durch die die Teilnahme am Unterricht in der allgemeinen Schule, der Förderschule oder der Schule für Kranke erst ermöglicht wird, gehören nach § 92 Abs. 1 Satz 2 SchulG NW nicht zu den Schulkosten. Sie sind dementsprechend

nachfolgend sub bb)

unter dem Gesichtspunkt weiterer Personalkosten zu erörtern.

Siehe auch *Christian Jülich*, Das neue Schulgesetz Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 92 Rn. 2: „Die bei Satz 2 anfallenden Kosten übernimmt der Sozialhilfeträger (Eingliederungshilfe)“

- Alle übrigen Personalkosten trägt gem. § 92 Abs. 3 SchulG NW der Schulträger. Allein diese Personalkostenfaktoren kommen damit (im Bereich der Schul-Personalkosten) als konnexitätsrelevant in Betracht. Zu diesem Personal gehören neben Verwaltungskräften (z. B. Sekretäre und Sekretärinnen, Hausmeister u. Ä.) möglicherweise auch (kleinphysio-)therapeutisch tätige Personen, die zur angemessenen Betreuung

außerhalb des Anwendungsbereichs des § 92 Abs. 1 Satz 2 SchulG NW

von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung(en) vom Schulträger eingesetzt werden müssen. Ob insoweit eine konnexitätsrelevante Mehrbelastung infolge der Einführung eines gemeinsamen Unterrichts

die Terminologie mag angesichts der unbestreitbaren menschenrechtlichen Bedeutung von Inklusion als inadequat empfunden werden, folgt aber schlicht den gesetzlichen Vorgaben

bewirkt wird, erscheint zweifelhaft; völlig ausgeschlossen ist eine solche Wirkung aber nicht.

*bb) Weitere Personalkosten*

*(1) Sog. Integrationshelfer*

Wie erwähnt, nimmt § 92 Abs. 1 Satz 2 SchulG NW die Kosten für die individuelle Betreuung und Begleitung von Schülern, durch die deren Teilnahme am Unterricht in der allgemeinen Schule ermöglicht wird, von den Schulkosten aus. Damit nimmt die

Vorschrift Bezug auf die sog. *Integrationshelfer*, die auf unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen Kinder/Jugendliche mit Behinderungen begleiten und betreuen als „Hilfe(n) zu einer angemessenen Schulbildung, insbesondere im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht und zum Besuch weiterführender Schulen einschließlich der Vorbereitung hierzu“.

So die Formulierung in § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII

So regelt § 35a SGB VIII die sog. Eingliederungshilfe bei Kindern und Jugendlichen mit einer Beeinträchtigung ihrer seelischen Gesundheit und erfasst dabei (u. a.) durch den in Abs. 3 vorgenommenen Verweis auf § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII die genannten Hilfen.

Siehe dazu etwa *Reinhard Wiesner*, in: Wiesner (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 35a Rn. 111 f.

Die zuletzt genannte Norm des SGB XII (i.V.m. § 53 SGB XII) betrifft ganz allgemein die Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen.

Die entsprechenden Ansprüche werden in § 12 der Eingliederungshilfe-Verordnung näher konkretisiert; siehe etwa auch *Pöschel/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 50 ff.

Nun könnte an dieser Stelle möglicherweise grundsätzlich der Einwand erhoben werden, dass eine Einwirkung der UN-Behindertenrechtskonvention auf diese bundesrechtlichen Regelungen diesseits des Anwendungsbereichs des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips liege. Bewirke die BRK eine Ausweitung der Zahl von sog. Integrationshelfern auf der Grundlage der genannten Normen, liege – so könnte möglicherweise argumentiert werden – darin kein konnexitätsrelevanter landesrechtlicher Verursachungsbeitrag.

Zum Problem siehe auch *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 (411 f.); *Faber*, der städtetag 4/2011, 20 (22), weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine landesrechtliche Übertragung der neuen Aufgabe der inklusiven Bildung auf die Kommunen als Träger der Sozial- und Jugendhilfe unter Beachtung des Konnexitätsprinzips nicht erfolgt sei. Für eine Kostentragung durch die örtlichen Sozialhilfeträger gebe es insofern bei inklusiver Beschulung keinen Rechtsgrund mehr.

Insoweit aber ist an den Umstand zu erinnern, dass die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention einen Schulsystemwechsel voraussetzt, dessen genauere Gestalt(ung) aber nicht unerhebliche Entscheidungsoptionen und – spielräume eröffnet, deren Wahrnehmung wiederum im wesentlichen dem Landes(schul)gesetzgeber obliegt. Dazu gehört dann auch die – wenn man so will – Integration der sog. Integrationshelfer

genauer müsste es dann wohl heißen: Inklusionshelfer

in ein abgestimmtes schulisches Inklusionskonzept.

Wenn und soweit dies zu einer – auch inhaltlichen – Einbeziehung der genannten Personen in den (sozial)pädagogischen Auftrag der inklusiven Schule führt, könnte dies zugleich eine (Neu)Qualifikation der anfallenden Kosten als schulische Personalkosten bewirken mit der Folge der Kostentragungspflicht des Landes (siehe § 92 Abs. 2 SchulG NW).

Siehe auch *Riederle/Dix*, BayBgm 2011, 282 (284) mit ihrem Hinweis auf ein Positionspapier des Bezirks Oberbayern vom 20. Juli 2011, in dem kritisiert werde, dass Schulbegleitung im Rahmen der Eingliederungshilfe kein Instrument sei, um dauerhafte Inklusion von Kindern mit Behinderung an Regelschulen sicherzustellen

Eine konnexitätsrelevante Mehrbelastung der Kommunen würde auf diese Weise insoweit vermieden.

Anderenfalls aber ist mit einer ganz erheblichen finanziellen Belastung der Jugendhilfe- bzw. Sozialhilfeträger

zur Pluralität kommunaler Kostenträger siehe noch sogleich sub cc)

zu rechnen.

Bei einem – sehr niedrig kalkulierten – Anstieg der Zahl der sog. Integrationshelfer um lediglich 20 % sind für Niedersachsen Mehraufwendungen in Höhe von 6,5 Millionen Euro errechnet worden; siehe Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Niedersachsens vom 15.12.2011, S. 4

## (2) Schnittstellenproblematik

Ein wichtiger Baustein bei der Schaffung eines inklusiven Schulkonzepts wird der Abbau von Übergangshindernissen zwischen verschiedenen Bildungseinrichtungen sein. Besonders problematische Schnittstellen betreffen den Übergang zwischen Kindertagesstätten/Kindergärten und Grundschule sowie zwischen dieser und den Bildungseinrichtungen der Sekundarstufe I.

Dazu auch *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, S. 104

Damit verknüpft ist auch die Problematik der bisher sehr unterschiedlichen und in ihrer Validität keineswegs immer zweifellosen Feststellungsverfahren im Blick auf einen besonderen Förderbedarf.

Siehe auch *Faber*, der städtetag 4/2011, 20 (22); eingehend hierzu auch *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, S. 61

Auch hier könnte ein zusätzlicher Personalbedarf entstehen.

### cc) Mögliche Pluralität von kommunalen Kostenträgern

Im einzelnen können gerade im Blick auf die sog. Integrationshelfer zum Teil schwierige Abgrenzungsfragen zur Zuständigkeit und Kostentragungspflicht auftreten. Diese berühren einerseits das Verhältnis des SGB VIII zum SGB XII,

in Betracht kommt auch noch die Pflegeversicherung bei pflegebedürftigen Schülern; siehe zur Konkurrenz etwa *Wiesner*, in: ders. (Hrsg.), SGB VIII, aaO, § 35a Rn. 38 und 43 mit weit. Nachw.; vgl. auch *Klaus Lachwitz*, Impulse und Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention für das Verhältnis von Eingliederungshilfe und Pflege, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2010, 64 ff.

andererseits das grundsätzliche Nachrangigkeitsverhältnis des Sozialrechts zum Schulrecht.

Siehe dazu auch knapp *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 (410 f.); siehe auch LSG NRW, 17.5.2010 – L 20 B 168/08 SO ER: Danach sind die Sozialhilfeträger weder an Entscheidungen der Schulbehörden noch an die Wünsche der Eltern gebunden, wenn sie beurteilen müssen, ob die Integration in Regelschulklassen einer „angemessenen“ Schulbildung dient. Jedenfalls ständen die Kosten für einen Integrationshelfer außer Verhältnis zu diesem Ziel, wenn es im weiteren Umkreis eine Förderschule gebe, die der Schüler alternativ auch besuchen könne. Dass eine derartige Auffassung nach Inkrafttreten der UN-BRK kaum mehr zu halten sein wird, liegt auf der Hand; siehe auch *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 (411)

Insoweit können von inklusionsbedingten Mehrkosten u. U. unterschiedliche kommunale Kostenträger – Schulträger, Jugendhilfeträger, Sozialhilfeträger – betroffen sein. Dies ist bei einer Ermittlung der Mehrbelastung und des Mehrbelastungsausgleichs zu berücksichtigen.

#### b) Sachkosten

Zu den Sachkosten, die gem. § 92 Abs. 3 SchulG NW die Schulträger zu tragen haben, lassen sich folgende kursorische Ausführungen machen.

##### aa) Investive (Bau-)Kosten

Ein wichtiger Mehrkostenfaktor, dessen die Bagatellgrenze überschreitende Konnexitätsrelevanz offenkundig ist,

siehe auch *Poscher/Langer/Rux*, Gutachten, aaO, S. 54 mit Fn. 134, die insoweit auch von der Anwendung der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzipien ausgehen

setzt sich aus den verschiedenen baulichen Investitionen zur Gewährleistung von gemeinsamem Unterricht zusammen.

## *(1) Barrierefreiheit*

Diese betreffen zum einen Maßnahmen zur Schaffung von sog. Barrierefreiheit.

Dazu als einer konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung siehe bereits oben sub III. 2. a) und b)

Bei einer angestrebten Inklusionsquote von 80-90 % werden zahlreiche Schulträger beispielsweise Aufzuganlagen einbauen müssen.

Die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Niedersachsens haben in einer Stellungnahme für die Mitglieder des Kulturausschusses des Niedersächsischen Landtages darauf hingewiesen, dass schon mit dem notwendigen Einbau von vier Fahrstühlen die Erheblichkeitsschwelle des Art. 57 Abs. 4 NV überschritten sei; siehe Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen in LT-Drs. 16/796, 16/702 und 16/4137 sowie den Anträgen in LT-Drs. 16/793 und 16/2703 vom 15. Dezember 2011, S. 3

Doch bedeutet Barrierefreiheit mehr als rollstuhlgerechte Gestaltung von Gebäuden. Gerade dann, wenn in Zukunft (nahezu) jede Schule Kinder und Jugendliche mit ganz unterschiedlichen Behinderungen aufnehmen werden (bzw. für eine solche Aufnahme geeignet sein müssen), ergibt sich daraus eine umfassende räumliche Anpassung vieler Schulen. Dazu gehören besondere Bodenbeläge für blinde bzw. sehbehinderte Schüler oder vergleichbare Vorkehrungen, um diesen eine angemessene Orientierung im Schulgebäude zu ermöglichen. Andererseits bedeutet Barrierefreiheit für Schüler mit Hörbehinderung, dass die Räume so gestaltet werden müssen, dass möglichst wenig Störschall die Benutzung erschwert.

Insoweit erscheint es mehr als sinnvoll, wenn neue Schulbaurichtlinien einen Standard für umfassende Barrierefreiheit festlegt; möglicherweise kann durch die Möglichkeit der Bildung von Schwerpunktschulen auch ein ausdifferenziertes Modell von Barrierefreiheit konzipiert werden

Plastisch lassen sich die zusätzlichen Standards und die damit verknüpften erheblichen Herausforderungen für die kommunalen Schulträger bei der Umsetzung eines inklusiven Unterrichts für blinde und sehbehinderte Schülerinnen und Schüler beschreiben. Für sie kommt in Lernprozessen der „haptischen, der auditiven, der olfaktorischen und der gustatorischen sowie der propriozeptiven Wahrnehmung eine große Bedeutung zu“.

So der Beschluss des Arbeitskreises der Leiterinnen und Leiter von Blinden- und Sehbehinderten-Bildungseinrichtungen im Verband für Blinden- und Sehbehindertenpädagogik e. V. (VBS) vom 23.5.2011, Bildung, Erziehung und Rehabilitation blinder und sehbehinderter Kinder und Jugendlicher in einer inklusiven Schule in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, S. 7

Die Wahrnehmungsförderung soll zur aktiven Umweltexploration anleiten. Gerade die differenzierte Aufnahme von Umweltinformationen und das Erfassen sensorischer Merkmale sind ein ganz wesentlicher Bestandteil der Begriffsbildung. Die Unterrichtung blinder und sehbehinderter Schüler hat deshalb auch die Aufgabe, vielfältige grob- und feinmotorische Erfahrungen gezielt zu initiieren, um beispielsweise ein differenziertes Körperschema, komplexe koordinative Fähigkeiten und physiologische Haltungsmuster unter der Bedingung einer Beeinträchtigung des Sehens aufzubauen.

Siehe aaO, S. 7 f.

Diese Anforderungen betreffen nicht nur die Art und Weise des Unterrichts, sondern auch die Raumgestaltung und Raumstrukturierung.

AaO, S. 8

## *(2) Zusätzliche Räume*

Darüber hinaus werden zusätzliche Räume geschaffen werden müssen, wobei sich, solange ein ausformuliertes Inklusionskonzept nicht vorliegt, naturgemäß nur annäherungsweise Überlegungen anstellen lassen. Insoweit verweisen die vom Ministerium für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen beauftragten Gutachter aber darauf, dass die inklusive Schulentwicklung eine Überarbeitung der Raumprogramme für Schulen verlange. Insbesondere seien „ein Gesundheits- und Ruheraum, Räume für die Schulstation ..., für das Zentrum für pädagogische Unterstützung und Arbeitszonen für die generell zu verstärkende individuelle oder Kleingruppenarbeit auch außerhalb des Unterrichtsraum zu verankern“.

Siehe *Klemm/Preuss-Lausitz*, Auf dem Weg zur schulischen Inklusion, aaO, S. 92; siehe auch *Riederle/Dix*, Baybgm 2011, 282 (285)

## *bb) Beförderungskosten*

Auch die Beförderungskosten können im Kontext der Konnexitätserwägungen als Mehrbelastungsfaktor relevant werden. Und zwar ist auch insoweit denkbar, dass sich die Aufwendungen etwa der Landschaftsverbände reduzieren können; doch ist dies für die Frage des Mehrbelastungsausgleichs zugunsten der mit zusätzlichen Kosten belasteten kommunalen Gebietskörperschaften ohne Relevanz.

Zu diesem Aspekt vorstehend 1. b)

Abgesehen davon ist die Annahme einer in der Summe erhöhten Finanzierungslast für die Schülerfahrkosten ein durchaus realistisches Szenario. Für viele Schüler, die zukünftig in Regelschulen unterrichtet werden, wird ein gemeinsamer Transport in Kleinbussen – wie er derzeit für den Besuch der Förderschulen praktiziert wird – nicht mehr möglich sein. Wegen des Elternwunsches zum Besuch möglichst wohnortnaher Schulen und der Auswahl unter mehreren Schultypen werden die Kinder und Jugendlichen zu unterschiedlichen Orten gebracht werden müssen.

### *cc) Spezielle Lehr- und Lernmittel*

Schließlich ist auch zu bedenken, dass etwa für Kinder/Jugendliche mit Seh-/Hörbehinderungen besonderes Lehr- und Lernmaterial erstellt werden muss.

Siehe dazu etwa *Winkler*, NWVBl. 2011, 409 (410)

Innerhalb der Schule muss so der individuelle Hilfsmittelbedarf in Abhängigkeit von den sensorischen, kognitiven und motorischen Fähigkeiten, der zu bewältigenden Aufgabe und der räumlichen Gegebenheiten ermittelt werden. Erst technische Hilfsmittel ermöglichen etwa blinden und sehbehinderten Schülerinnen und Schülern einen umfassenden Zugang zu Informationen und schaffen die Voraussetzung für Kommunikation. Zu diesen Hilfsmitteln gehören etwa Braillezeile, Screenreader, Vergrößerungssoftware, Bildschirmlesegeräte, optische Vergrößerungshilfen und Ähnliches.

Siehe dazu *Bildung, Erziehung und Rehabilitation blinder und sehbehinderter Kinder und Jugendlicher in einer inklusiven Schule in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland*, aaO, S. 8

### *c) Zwischenfazit*

Führt man sich vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Mehrbelastungsfaktoren noch einmal vor Augen, dass Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW für den Belastungsausgleich lediglich die Überschreitung einer Bagatellschwelle verlangt,

siehe noch einmal LT-Drs. 13/5515, S. 21: „Wesentlich ist die Belastung dann nicht, wenn eindeutig (!) ist, dass eine Bagatellschwelle nicht überschritten ist“ (Hervorhebung hinzugefügt)

ist die Schlussfolgerung unabweisbar, dass auch das dritte zentrale Tatbestandsmerkmal des Art. 78 Abs. 3 LV NW

zur dreigliedrigen Tatbestandsstruktur der Norm siehe sub D. I. 2. a)

erfüllt ist.

### *3. Prognoseunsicherheiten als Ausschlussgrund für die Annahme einer konnexitätsrelevanten Mehrbelastung?*

Verschiedentlich ist vorstehend darauf hingewiesen worden, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur bedingt Aussagen über (Mehr-)Kostenwirkungen der Umsetzung des Konzepts „Inklusive Schule“ für die kommunalen Gebietskörperschaften gemacht werden können. Einige Landesgesetzgeber haben diesen Umstand zu einer Art „Tot-schlagsargument“ gegen die Annahme eines konnexitätsrelevanten Sachverhalts umfunktioniert. So ist im Gesetzgebungsverfahren in Niedersachsen behauptet, die Auswirkungen der Einrichtung von inklusiven Bildungsangeboten im Hinblick auf ggf. notwendige Aufwendungen der Schulträger ließen sich nur durch eine differenzierte Betrachtung der unterschiedlichen Personengruppen unter Berücksichtigung der bis-

herigen Entwicklungen sowie das Einbeziehen von Vermutungen über künftige Entwicklungen darstellen. Die Kosten „seien nicht abschätzbar, da sie im Einzelfall zu ermitteln wären“.

Siehe Niedersächsische LT-Drs. 16/4137, S. 10 mit der Schlussfolgerung: „Es wird aufgrund der vorstehenden Überlegungen aber davon ausgegangen, dass sie nicht erheblich im Sinne von Art. 57 Abs. 4 NW sind“; siehe im Blick auf Bayern auch *Riederle/Dix*, BayBgm 2011, 282 (283)

Eine derartige Argumentation offenbart indes ein fundamentales Missverständnis der Funktion strikter Konnexitätsgebote.

Dazu bereits oben sub D. I.

Diese – und dies gilt ohne Zweifel auch für Art. 78 Abs. 3 LV NW - sollen sicherstellen, dass die Kommunen vor Aufgabenübertragungen bzw. Aufgabenerweiterungen ohne entsprechenden Ausgleich der zusätzlichen finanziellen Belastungen geschützt sind. Bezweckt ist der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung vor finanzieller Aushöhlung. Dabei entfaltet Art. 78 Abs. 3 LV NW auch eine Warnfunktion für den Landesgesetzgeber, der sich über die entstehenden Kosten einer Aufgabenerfüllung bewusst werden muss. Neben der Schärfung des Kostenbewusstseins zielt die Norm auch auf Transparenz; sie verlangt deswegen die Offenlegung der mit der Aufgabenübertragung/-erweiterung verbundenen Kosten.

In diesem Sinne (u. a.) VerfGH NW 19/08, UA, S. 33 f., z. T. abgedruckt in NVwZ-RR 2010, 705 (707 f.)

Die Schutzfunktion des Art. 78 Abs. 3 LV NW zugunsten der kommunalen Gebietskörperschaften würde nun aber unterlaufen, könnte das Land

zur Zuständigkeit des Landtags und zur Verantwortung des oder der zuständigen Ressorts für das Verfahren siehe näher *Janbernd Oebbeke*, Die Kosten- und Mehrbelastungsermittlung, in: *Bunzel/Hanke* (Hrsg.), „Wer zahlt die Zeche?“ Das Konnexitätsprinzip – richtig angewandt, 2011, S. 63 ff.

eine Mehrbelastung mit der schlichten Behauptung von Unkenntnis oder Unsicherheit bestreiten.

Zwar verlangt Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW eine Kostenfolgeabschätzung erst, wenn (zuvor) eine konnexitätsrelevante Belastung festgestellt worden ist. Doch knüpft diese Regelung daran an, dass eine wesentliche Belastung nur dann verneint werden kann, „wenn eindeutig ist, dass eine Bagatellschwelle nicht überschritten ist“.

So LT-Drs. 13/5515, S. 21; darauf verweist auch VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1562)

Dass aber – jedenfalls zunächst –

ob und inwieweit die Vorstellung, die Implementierung von schulischer Inklusion werde langfristig zu einer Einsparung von Kosten führen, sich als zutreffend herausstellt, bleibt der Evaluation überantwortet (siehe auch § 4 Abs. 5 KonnexAG NW)

die baulichen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, die zur Implementierung vom gemeinsamem Unterricht von den kommunalen Schulträgern ergriffen werden müssen, nicht nur einen finanziellen Bagatellbereich betreffen, liegt auf der Hand.

Siehe vorstehend sub 2.

Denkbare Prognoseunsicherheiten über die tatsächliche Höhe der finanziellen Mehrbelastung für die kommunalen Schulträger berühren dementsprechend die Feststellung der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung“ in Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW nicht; sie indizieren lediglich eine besonders sorgsame Kostenfolgeabschätzung.

Dazu nachfolgend sub V.

## **V. Rechtsfolgen**

### *1. Grundsätzliches*

An die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen knüpft Art. 78 Abs. 3 LV NW (in Verbindung mit dem KonnexAG NW) zwei grundsätzliche Rechtsfolgenanordnungen, die mit formellen und prozeduralen Direktiven verbunden werden:

- Zeitliche Parallelität von Aufgabenübertragung und Kostendeckungsregelung,
- Schaffung eines finanziellen Ausgleichs für die entstehenden notwendigen durchschnittlichen Aufwendungen.
- Hierzu trifft Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW in formeller und prozeduraler Hinsicht die Vorgabe, dass dies durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung zu erfolgen hat.

Mit dem Erfordernis eines entsprechenden finanziellen Ausgleichs hat sich der Verfassungsgeber, wie auch der Nordrhein-Westfälische Verfassungsgerichtshof hervorgehoben hat, bewusst für das sog. strikte Konnexitätsprinzip entschieden, das einen bloß angemessenen Ausgleich ausschließt.

Siehe hier nur VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1562); näher hierzu *Höfling*, (Verfassungs-)Rechtsfragen der Kommunalisierung der Versorgungs- und Umweltverwaltung, aaO, S. 83 ff.

Jede einzelne von einer konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung/-erweiterung betroffene kommunale Gebietskörperschaft muss – so hat das Brandenburgische Verfassungsgericht betont – „die realistische und nicht nur theoretische Möglichkeit (haben), durch zumutbare eigene Anstrengungen zu einem vollständigen Mehrbelastungsausgleich zu kommen“.

Siehe VerfG Bbg., DÖV 2002, 522 (553 f.); siehe auch *Andreas Engels*, Kostenfolgeabschätzung und Evaluation als Element der Landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzipien, VerwArch 102 (2011), 285 (293 ff.)

## 2. Zum Gebot einer Kostenfolgeabschätzung

Wenn Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NW verlangt, dass gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Aufgabenübernahme eine Bestimmung über die Kostendeckung getroffen werden muss, setzt dies voraus, „dass sich der Gesetzgeber über die finanziellen Auswirkungen der gesetzlichen Regelung auf die Kommunen klar wird und seine Entscheidungsgrundlagen, insbesondere zum Schutz der Kommunen, transparent macht. Deshalb verpflichtet die Verfassung den Gesetzgeber im Falle eines konnexitätsrelevanten Sachverhalts zur Aufstellung einer Kostenfolgeabschätzung“.

So VerfGH NW, DVBl. 2010, 1561 (1562)

Bereits in seinen Urteilen vom 23. März 2010

Az.: 19/08, 21/08, 28/08 und 29/08

hatte der Nordrhein-Westfälische Verfassungsgerichtshof die Bedeutung der Verfahrensregelung für die Funktionsfähigkeit des strikten Konnexitätsprinzips herausgestellt.

Von Verfassungs wegen ist deshalb eine transparente und objektivierbaren Kriterien folgende Mehrbelastungsanalyse erforderlich. Der Gesetzgeber muss eine eigene Prognoseentscheidung treffen, was eine gründliche gesetzgeberische Befassung mit den tatsächlichen Grundlagen der Prognoseentscheidung unter Ausschöpfung der zugänglichen Erkenntnisquellen voraussetzt.

Siehe dazu VerfG Bbg., LKV 2002, 323 (325); vgl. auch Sächsischer Verfassungsgerichtshof, LKV 2001, 223 (225 ff.); ferner *Höfling*, (Verfassungs-)Rechtsfragen der Kommunalisierung der Versorgungs- und Umweltverwaltung, aaO, S. 91 ff.; *Engels*, VerwArch 102 (2011), 285 ff. mit zahlr. Nachw.

§ 3 Abs. 3 KonnexAG NW gibt nun einzelne Schritte vor, mit denen die geschätzten Kosten der übertragenen Aufgabe zu ermitteln sind. Soll hiervon abgewichen werden, so ist im Gesetzgebungsverfahren nachvollziehbar anzugeben, inwieweit und aus welchen Gründen von den gesetzlich vorgegebenen Einzelschritten abgewichen wird.

VerfGH 71/09, UA, S. 30

Ist der Gesetzgeber der Auffassung, dass bestimmte Kostenarten voraussichtlich nicht anfallen oder sich nicht erhöhen, ist auch insoweit – dem Transparenzgebot Genüge tuend – erkennbar zu machen, welche Annahmen dieser Bewertung zugrundeliegen.

Ebenda

Nur so können die kommunalen Spitzenverbände – in Erfüllung ihrer verfassungsrechtlich fundierten (Art. 78 Abs. 3 Satz 5 LV NW) wichtigen Mitwirkungsfunktion – mit dem Land einen konsensorientierten partnerschaftlichen Dialog führen, indem die Kostenfolgen möglichst objektiv abgeschätzt werden.

Siehe auch LT-Drs. 13/5515, S. 27

### *3. Schlussfolgerungen*

Vor diesem Hintergrund sind Landesregierung und Landtag in Nordrhein-Westfalen aufgerufen, die Umsetzung der Vorgaben „Inklusive Schule“ in das Schulrecht des Landes zu verknüpfen mit fundierten, realistischen und nachprüfbaren Prognosen über die finanziellen Auswirkungen auf die kommunalen Gebietskörperschaften. Die Mehrbelastung infolge der Aufgabenerweiterung, die mit der Implementierung von Inklusion verbunden ist, ist sodann durch einen Mehrbelastungsausgleich voll aufzufangen.

Da die Konnexitätsregeln jede kommunale Ebene eigenständig und einzelne Kommunen vor zusätzlichen Aufgaben und Finanzbelastungen schützen soll (siehe auch *Kluth*, in: Bunzel/Hanke [Hrsg.], aaO, S. 31 [38 f.]), können in diesem Zusammenhang mögliche Einsparungen etwa bei den Landschaftsverbänden nicht auf der Ebene der Gemeinden, Städte und Kreise als „Aufrechnungsposten“ berücksichtigt werden

## **E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der gutachtlichen Untersuchung**

### **Zu A. Problemstellung und Gang der Untersuchung**

**I.** In der internationalen bildungspolitischen und erziehungswissenschaftlichen Diskussion lässt sich bereits seit den 1970er Jahren eine immer stärkere Neuorientierung feststellen: Das lange Zeit vorherrschende medizinische Modell von Behinderung wird abgelöst durch eine menschenrechtliche Perspektive, die jeden Menschen als ein Subjekt mit einmaligen Eigenschaften, Interessen, Fähigkeiten und Lernbedürfnissen anerkennt.

1. In diesem Prozess markiert das Übereinkommen über Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) eine überaus bedeutsame Etappe und für das Bildungssystem der Bundesrepublik Deutschland eine nachhaltige Zäsur.

2. Entstehungsgeschichtliche, grammatikalische, systematische und teleologische Überlegungen ergeben den eindeutigen Befund, dass die UN-BRK auf die Etablierung eines inklusiven Schulsystems mit einer Inklusionsquote von 80-90 % zielt.

**II.** Die UN-BRK und die Frage ihrer innerstaatlichen Umsetzung (i.w.S.) hat in Deutschland eine intensive Diskussion ausgelöst.

1. Sie betrifft dabei Fragen vor allem der innerstaatlichen Geltung und ihrer möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit.

2. Aber auch die Art und Weise der konkreten Implementierung und Finanzierungsfragen sind erörterungs- und klärungsbedürftig.

**III.** In den Bundesländern sind die Bemühungen zur Umsetzung der UN-BRK für den schulischen Bereich unterschiedlich weit fortgeschritten. Zum Teil ist die Politik über die Formulierung einer grundsätzlichen Position noch nicht hinausgelangt, zum Teil sind die Schulgesetze bereits geändert worden.

**IV.** Der nordrhein-westfälische Landtag hat im November 2010 einstimmig (bei Enthaltung der Fraktion der FDP) einen Antrag angenommen, in dem es u. a. heißt: „Menschen mit Behinderungen haben einen Anspruch auf volle Teilhabe an der Gesellschaft. ... Es ist deshalb notwendig, die individuelle Förderung in der Schule im Sinne der Inklusion so umzugestalten, dass alle Schülerinnen und Schüler in den allgemeinen Schulen optimal gefördert werden können. ... Die allgemeine Schule ist der Regelförderort. Eltern können weiterhin für ihr Kind eine Förderschule wählen. ...“

**V.** Vor dem Hintergrund der anhaltenden Diskussionen und rechtspolitischen Bemühungen hat der Nordrhein-Westfälische Städtetag um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den durch die Umsetzung des Art. 24 UN-BRK in Nordrhein-Westfalen für die kommunalen Schulträger aufgeworfenen Rechtsfragen gebeten.

1. Die rechtsgutachtlichen Überlegungen analysieren zunächst die innerstaatliche Geltung und Wirkung des Art. 24 der UN-BRK (dazu B.).

2. Sodann wird der komplexe Umsetzungsprozess der völkerrechtlichen Vorgaben als ein „Systemwechsel“ dargestellt und zugleich der Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Landesgesetzgebers in den Blick genommen (dazu C.).

3. Hieran schließen sich Ausführungen zur Konnexitätsrelevanz einer landesgesetzlichen Umsetzung von Art. 24 BRK an (D.)

## **Zu B. Zur innerstaatlichen Geltung und Wirkung von Art. 24 BRK**

I. Bei allen Konstruktions- und Begründungsunterschieden im einzelnen ist heute weitestgehend unbestritten, dass Völkervertragsrecht – wie die UN-BRK – nur dann innerstaatliche Geltung erlangt, wenn ein innerstaatlicher Akt dies anordnet. Mit diesem wird er Bestandteil der nationalen Rechtsordnung.

II. Mit dem Vertragsgesetz vom 21. Dezember 2008 ist die UN-BRK jedenfalls insoweit wirksamer Bestandteil der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland geworden, als dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die materiellen Vorschriften des Übereinkommens zusteht.

1. Die im vorliegenden Zusammenhang relevanten Fragen betreffen indes die Materie des Schulrechts, für die die Länder die legislative Regelungskompetenz besitzen.

2. Zum Teil wird insoweit von einer „gespaltenen“ Ingeltungsetzung innerhalb der bundesstaatlichen Verfassungsordnung ausgegangen. Neben dem Bund müssten auch die Länder je für sich in ihrem Rechtskreis den völkerrechtlichen Vertrag in Geltung setzen.

3. Die Staatspraxis folgt dieser stark föderalistisch geprägten Konstruktion indes nicht. Vielmehr geht sie und mit ihr auch ein großer Teil der Lehre eher pragmatisch davon aus, dass das Bundes-Zustimmungsgesetz des Art. 59 Abs. 2 GG als Anwendungsbefehl für die gesamte innerstaatliche Rechtsordnung einschließlich des Landesrechts zu verstehen ist.

III. Folgt man der zuletzt genannten Auffassung, ergeben sich aus der UN-BRK möglicherweise jetzt schon Rechtswirkungen im Schulbereich der Länder. Dies gilt dann, wenn die Norm als unmittelbar anwendbares Recht qualifiziert werden kann.

1. Die aufgeworfene Frage ist in jüngster Zeit relativ eingehend erörtert worden. Auch die verwaltungsgerichtliche Judikatur hat sich mit ihr auseinandergesetzt. Eine zusammenfassende Würdigung der Diskussion führt zu folgenden Feststellungen:

a) Die einschlägigen Regelungen in Art. 24 UN-BRK sind eindeutig ausgerichtet auf ein (noch) zu gewährleistendes System inklusiver Bildung.

b) Die näheren Voraussetzungen des Zugangs zu einem solchen inklusiven Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen, die konzeptionellen Modalitäten des Gewährleistungsregimes und die konkrete Wahl der Umsetzungsinstrumente werden in dem Übereinkommen nicht derart bestimmt formuliert, dass von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschriften gesprochen werden könnte.

c) Nicht ausgeschlossen ist indes, dass die Ablehnung eines konkreten Anspruchs eines Kindes mit Behinderung auf den Zugang zu einer Regelschule sich als Verletzung des Diskriminierungsverbotes darstellt.

2. Durch eine völkerrechtsfreundliche bzw. völkerrechtskonforme Auslegung des geltenden Schulrechts lässt sich das zentrale Anliegen der UN-BRK, einen schulischen Inklusionsgrad von 80-90 % zu erreichen, nicht realisieren.

### **Zu C. „Systemwechsel“ als komplexer Umsetzungsprozess – zum Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Landesgesetzgebers**

I. Die Implementation von Inklusion im Sinne der UN-BRK erweist sich für das deutsche Schulrecht als *systemtransformierender Prozess*.

II. Die Feststellung gilt nicht zuletzt auch für Nordrhein-Westfalen. Bei der Umsetzung der Vorgaben der UN-BRK verfügt der nordrhein-westfälische Schulgesetzgeber indes über erhebliche Gestaltungsspielräume und Entscheidungsoptionen.

1. Dies gilt zunächst in organisationsstruktureller, instrumenteller und zeitlicher Hinsicht.

2. Von Bedeutung ist insoweit auch das elterliche Erziehungsmandat. Die UN-BRK trifft insofern keine Regelung darüber, ob und inwieweit das elterliche Erziehungsrecht Einfluss auf die Schullaufbahn der Kinder erlangen kann oder soll.

3. Schließlich ergeben sich auch behindertentypusspezifische Differenzierungsspielräume.

### **Zu D. Zur Konnexitätsrelevanz landesgesetzlicher Umsetzung von Art. 24 BRK**

I. Der weitreichende Konsens in der Bewertung eines inklusiven Bildungssystems als einer wichtigen öffentlichen Aufgabe schließt Meinungsverschiedenheiten über den richtigen Weg und die dabei zu beachtenden rechtlichen Vorgaben nicht aus.

1. Diese sind nicht Ausdruck mangelnder Sensibilität für die unbestreitbaren Herausforderungen, sondern selbstverständliche Elemente einer rationalen und transparenten Entscheidungsfindung.

2. Ein zentraler Punkt der Auseinandersetzung betrifft dabei die Frage, ob und inwieweit die landesgesetzlichen Konnexitätsregeln auf die Umsetzung der Vorgaben der UN-BRK im Schulrecht Anwendung finden.

II. Art. 78 Abs. 3 LV NW ist verfassungstextlicher Ausdruck der Anerkennung des sog. strikten Konnexitätsprinzips.

1. Der Tatbestand der Norm ist ein dreigliedriger und verlangt eine konnexitätsrelevante Verpflichtung, eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung sowie eine konnexitätsrelevante Belastung.

2. An die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen knüpft die nordrhein-westfälische Verfassung in Art. 78 Abs. 3 vor allem die Rechtsfolge der Schaffung eines entsprechenden finanziellen Mehrbelastungsausgleichs.

**III.** Der rechtsgutachtlich zu analysierende Sachverhalt wirft nun besonders akzentuierte Fragen nach der Geltung und Direktionskraft der Konnexitätsregeln auf.

**IV.** Zunächst ist zu klären, ob Art. 78 Abs. 3 LV NW auch auf diese spezifische „Mehrebenen-Konstellation“ mit einem völkerrechtlichen Anlassgrund Anwendung findet.

1. § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW formuliert in diesem Zusammenhang, dass das Konnexitätsprinzip in Fällen, in denen „aufgrund europa- oder bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe“ übertragen wird, nur insoweit Anwendung findet, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.

2. Der Spielraum-Gesichtspunkt ist allerdings aus dem systematischen Blickwinkel der Aufgabenveranlassung im Mehrebenensystem wenig überzeugend. Gleichwohl bedarf dieses Problem keiner weiteren Erörterung, da – wie vorstehend (sub C.) erörtert – der nordrhein-westfälische Schulgesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 24 UN-BRK über einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum verfügt.

**V.** Zu klären bleibt aber, ob der völkerrechtliche Veranlassungsgrund für den Systemwechsel im nordrhein-westfälischen Schulrecht im Blick auf § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG NW die Anwendung des Konnexitätsprinzips ausschließt.

1. Die aufgeworfene Rechtsfrage lässt sich auf unterschiedlich konstruktivem Wege beantworten.

2. Im Ergebnis unterliegt es aber keinem Zweifel, dass der völkerrechtliche Veranlassungsgrund der Annahme einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung im Sinne von Art. 78 Abs. 3 LV NW nicht entgegensteht, wenn der Landesgesetzgeber – wozu er verpflichtet ist – unter Ausnutzung seines Gestaltungsspielraumes den Schulsystemwechsel hin zum gemeinsamen Unterricht normativ implementiert.

**VI.** Sollte sich der Landesgesetzgeber dafür entscheiden, das Angebot des gemeinsamen Lernens in allgemeinen Schulen an die Zustimmung des jeweiligen Schulträgers zu knüpfen, stellt sich erneut die Frage, ob in dieser Konstellation von einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung gesprochen werden kann.

1. Die Frage ist zu bejahen. Zustimmungsvorbehalte in der Frage der Umsetzung schulischer Inklusion eröffnen den kommunalen Gebietskörperschaften nämlich in Wahrheit keinerlei substantielle Optionen.

2. Die Bundesrepublik Deutschland ist völkerrechtlich zur Umsetzung verpflichtet, und innerhalb der bundesstaatlichen Verfassungsordnung sind wiederum die Länder in ihrem Kompetenzbereich zu einer derartigen Implementierung verpflichtet.

3. Gerade weil die Länder von Verfassungen wegen den Schulsystemwechsel herbeiführen müssen, können und dürfen sie den kommunalen Schulträgern substantielle Entscheidungskompetenzen nicht einräumen, die die Umsetzungspflicht gefährden oder zu unterlaufen drohen.

**VII.** Die Anpassung des nordrhein-westfälischen Schulrechts an die Inklusionsvorgaben der UN-BRK bewirkt auch eine konnexitätsrelevante Aufgabenerweiterung im Sinne von Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW.

1. Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Schulträgerschaft zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsaufgaben zählt (siehe § 2 Abs. 1 KonnexAG NW).

2. In der bisherigen Diskussion wird allerdings zum Teil geltend gemacht, bestimmte Veränderungsprozesse, namentlich die Schaffung von sog. Barrierefreiheit, oblägen den Schulträgern ohnehin und seien deshalb nicht konnexitätsrelevant.

3. Der Begriff der Barrierefreiheit im „inklusionsspezifischen“ Kontext geht über einen bloß schwellenlosen Zugang zu Gebäuden hinaus, wie er im wesentlichen dem Bauordnungsrecht zugrundeliegt. Berücksichtigt man das ungleich höhere Anforderungsprofil, das mit dem Gebot der *inklusionsermöglichenden Barrierefreiheit* verbunden ist, dann wird die große und neuartige Herausforderung für die kommunalen Schulträger offenkundig.

a) Dies gilt insbesondere, wenn künftig die Schulen sich auf Kinder und Jugendliche mit ganz unterschiedlichen Behinderungen in räumlicher und lebensraumgestalterischer Hinsicht einzustellen haben.

b) Barrierefreiheit für Schüler mit Hörbehinderungen bedeutet z. B. etwas anderes als Barrierefreiheit für blinde bzw. sehbehinderte Schüler.

c) Deshalb kann insgesamt nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass die durch die Umsetzung der UN-BRK ausgelösten baulichen Verpflichtungen qualitativ und quantitativ deutlich über den bisherigen Standard hinausgehen werden und sich damit für die kommunalen Schulträger als Aufgabenerweiterung im Sinne des Konnexitätsprinzips darstellen.

**VIII.** Die mit der Einführung des Konzepts „Inklusive Schule“ verbundene konnexitätsrelevante Aufgabenerweiterung bewirkt eine erhebliche Mehrbelastung bei den betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften.

1. Der Terminus „wesentliche Belastung“ in Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV NW formuliert lediglich eine Bagatellschwelle. Nach der Begründung zur Verfassungsänderung ist eine Belastung dann nicht wesentlich, wenn eindeutig ist, dass eine Bagatellschwelle nicht überschritten wird (siehe LT-Drs. 13/5515, S. 21).

2. Ohne Relevanz für das Tatbestandsmerkmal „wesentliche Belastung“ sind denkbare „Belastungs-Entlastungs-Saldierungen“ innerhalb der kommunalen „Familie“. Entscheidend ist allein, ob durch die Aufgabenerweiterung betroffene Gemeinden

oder Gemeindeverbände mit Mehrkosten gegenüber der Ausgangslage belastet werden, die die Bagatellschwelle überschreiten.

**IX.** Dass eine derartige Bagatellschwelle für zahlreiche kommunale Schulträger mit der Einführung der inklusiven Beschulung überschritten werden wird, kann im Ergebnis – bei allen derzeit noch ungewissen Einzelheiten der Umsetzung – nicht ernsthaft bestritten werden.

1. Zum einen ist mit erheblichen Mehrkosten im Personalbereich zu rechnen. Dies betrifft insbesondere die sog. Integrationshelfer.

2. Hinzu treten erhebliche Zusatz-Sachkosten.

a) Dies betrifft vor allem investive (Bau-)Kosten, wie sie etwa mit der Schaffung umfassender Barrierefreiheit verknüpft sind.

b) Hinzu kommen ggf. erhöhte Beförderungskosten und Zusatzkosten für spezielle Lehr- und Lernmittel.

**X.** Prognoseunsicherheiten im Blick auf einzelne Mehrbelastungsfaktoren sind kein Ausschlussgrund für die Annahme einer konnexitätsrelevanten Mehrbelastung.

1. Wer anders argumentiert, offenbart ein fundamentales Missverständnis der Funktion strikter Konnexitätsgebote.

a) Sie zielen auf den Schutz der kommunalen Selbstverwaltung vor finanzieller Aushöhlung und zwingen den Gesetzgeber zur Schärfung des Kostenbewusstseins und zu einer transparenten Begründung, die ihrerseits die Offenlegung der mit der Aufgabenerweiterung verbundenen Kosten verlangt.

b) Diese Schutzfunktion des Art. 78 Abs. 3 LV NW zugunsten der kommunalen Gebietskörperschaften würde nun aber unterlaufen, könnte das Land eine Mehrbelastung mit der schlichten Behauptung von Unkenntnis oder Unsicherheit bestreiten.

2. Denkbare Prognoseunsicherheiten über die tatsächliche Höhe einzelner finanzieller Mehrbelastungsfaktoren für die kommunalen Schulträger berühren nicht die Feststellung der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Belastung“, wenn – wie im vorliegenden Kontext – das Überschreiten der Bagatellschwelle auf der Hand liegt. Sie indizieren stattdessen eine besonders sorgsame Kostenfolgeabschätzung.

**XI.** Landesregierung und Landtag in Nordrhein-Westfalen sind deshalb aufgerufen, die Umsetzung der Vorgaben „Inklusive Schule“ in das Schulrecht des Landes zu verknüpfen mit fundierten, realistischen und nachprüfbaren Prognosen über die finanziellen Auswirkungen auf die kommunalen Gebietskörperschaften (Kostenfolgeabschätzung). Die Mehrbelastung infolge der Aufgabenerweiterung, die mit der Implementierung von Inklusion verbunden ist, ist sodann durch einen Mehrbelastungsausgleich voll aufzufangen.

Köln, den 1. März 2012

Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.