wuertenberger

Dr. Thomas Würtenberger LL.M.

Herdweg 60 (Villa Herdweg)
70174 Stuttgart
T +49 (0) 711 99 52 12-13
F +49 (0) 711 99 52 12-11
E wuertenberger@wuertenberger-legal.de

wuertenberger Herdweg 60 70174 Stuttgart

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
9. Senat
Schubertstraße 11
68165 Mannheim

Vorab per Telefax: 0621 292-4444

03.11.2017

9 S 2314/17
(Az. I. Instanz: VG Sigmaringen – 9 K 5396/15)

In der Verwaltungsrechtssache

Keck, B. u.a.

./.

Landkreis Tübingen

wiederholen wir unseren Antrag,

> **die Berufung gegen das am 20.07.2017 verkündete und am 09.09.2017 zugestellte Urteil der 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Sigmaringen – 9 K 5396/15 (vorgelegt als Anlage K1) zuzulassen,**

und begründen den Antrag auf Zulassung der Berufung wie folgt:

A.
Vorbemerkung

Es geht um die Klagen eines Schülers und seiner Eltern auf Kostenfreiheit der Schülerbeförderung gegen den Landkreis Tübingen. Tatsächlich geht es aber um mehr, nämlich um die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit des *Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)* sowie die Frage, ob daraus die Verpflichtung des Landkreises zur Gewährleistung der Unentgeltlichkeit der Schülerbeförderung im Landkreis Tübingen folgt.

Die Kläger haben in dem vorliegenden Rechtsstreit insbesondere geltend gemacht, dass der von ihnen geforderte ganz erhebliche Eigenanteil an den Schülerbeförderungskosten, der letztlich im Regelfall quasi dem Preis einer üblichen Monatskarte nahezu entspricht, gegen den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und gegen die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) verstößt. Außerdem wird – verfassungsrechtlich – gegen den Parlamentsvorbehalt bzw. die Wesentlichkeitslehre verstoßen, weil die essentielle Frage der Tragung der Schülerbeförderungskosten durch den parlamentarischen Gesetzgeber entschieden werden muss.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage vor allem deshalb abgewiesen, weil ein Einzelner aus den völkerrechtlichen Verträgen, auf die die Kläger sich berufen, angeblich keine subjektiven Rechte herleiten könnten. Dies ist falsch:

Das Kindeswohl gehört zwar weder zu den Schutzbereichen und Schutzzielen des Grundgesetzes noch der Verfassung von Baden-Württemberg. Es ist jedoch eine allgemeine *menschenrechtliche Zielbestimmung*, insbesondere geregelt im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Kinderrechtskonvention (*Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Abs. 1 KRG, Rn. 3 mit Nachw.).

Allerdings sind die in den vorgenannten Pakten geregelten und in Deutschland geltenden Kinderrechte nach wie vor weitgehend unbekannt und unberücksichtigt.

Weder die Gesetzgebung, noch die Verwaltung, noch die Rechtsprechung setzen sich, von wenigen Einzelfällen abgesehen, systematisch mit den menschenrechtlich gewährleisteten Kinderrechten auseinander (*Benassi*, Deutsche Rechtsprechung vs. UN-Kinderrechtskonvention, DVBl. 2016, 617 ff.).

www.wuertenberger-legal.de

Ihr dogmatischer Standort ist in Deutschland noch nicht ansatzweise gefestigt. Die normative Tragweite der in Deutschland geltenden Kinderrechte ist bislang noch nicht konsentiert. Es gilt daher, was der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen bereits im Mai 2011 mit mahnenden Worten gegenüber Deutschland zu Recht ausgeführt hat (Vereinte Nationen, Wirtschafts- und Sozialrat, E/C.12/DEU/CO/5, Übersetzung des englischen Textes durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Hervorhebungen nicht im Original):

> „**Der Ausschuss ist nach wie vor <u>besorgt</u> darüber, dass die Bestimmungen des Paktes von den innerstaatlichen Gerichten des Vertragsstaates (also der Bundesrepublik Deutschland) nicht geltend gemacht werden.** Der Ausschuss fordert den Vertragsstaat nachdrücklich auf, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die effektive Anwendbarkeit der Bestimmungen des Paktes vor einzelstaatlichen Gerichten zu gewährleisten und dazu auch die **<u>Sensibilisierung von Richtern</u>**, Anwälten und sonstigen in der Rechtsdurchsetzung beteiligten Amtsträgern in Bezug auf diese Verpflichtung und auf die Bestimmungen des Paktes zu erhöhen. In diesem Zusammenhang verweist der Ausschuss den Vertragsstaat auf seiner allgemeinen Bemerkungen Nr. 3 (1990) über die Art der Verpflichtungen der Vertragsstaaten und Nr. 9 (1998) über die innerstaatliche Durchführung des Pakts."

Das erstinstanzliche sowie das vorliegende Berufungs(zulassungs)verfahren gibt Anlass, die subjektiv-öffentlichen Rechte, die der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie die Kinderrechtskonvention gewährleisten, näher zu präzisieren und auf eine gefestigte dogmatische Grundlage zu stellen.

Der Streitgegenstand, ob die vorgenannten völkerrechtlichen Verträge Kindern einen Anspruch auf kostenlose Beförderung zu weiter entfernt liegenden Schulen geben, ist für das Kindeswohl von besonderer Bedeutung.

Ganz allgemein gilt: In einer „Welt der Erwachsenen" droht das Kindeswohl, oder wie dies besser in der normativ verbindlichen englischen Originalfassung formuliert wird: „*best interest of the child*", unterzugehen (*Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Abs. 1 KRG, Rn. 1).

Zum „*best interest of the child*" gehört ganz zentral, eine möglicherweise weit entfernte Schule zu besuchen, die seinen individuellen Anlagen und Interessen entspricht und in der eine optimale Förderung der Persönlichkeitsentwicklung zu erwarten ist. Um es plastischer zu formulieren: Ein Kind, das naturwissenschaftlich oder technisch begabt ist, gehört nicht auf eine weiterführende Schule, die in erster Linie Fremdsprachen vermittelt, und umgekehrt. Werden Begabungen des

Kindes nicht frühzeitig auch bei der Wahl des Schultyps berücksichtigt, ist die Schulausbildung mit erheblichen Problemen verbunden – bis hin zu einem Scheitern des Kindes ohne Schulabschluss.

Menschenrechtliche Normen, die das „*best interest of the child*" zu berücksichtigen verlangen, müssen sich also darauf befragen lassen, ob zum Kindeswohl auch gehört, eine seinen Anlagen entsprechende Schulausbildung ohne Rücksicht auf die teils erheblichen Kosten für die Schülerbeförderung im ÖPNV zu weit entfernten Schulen beanspruchen zu können.

Man mag zwar einwenden, die Eltern des Kindes seien kraft ihres elterlichen Erziehungsrechts ohnehin verpflichtet, bei der Wahl des Schultyps auf die individuellen Anlagen ihres Kindes entscheidend Rücksicht zu nehmen und damit auch die Kosten der Schülerbeförderung zu weit entfernten Schulen zu tragen. Ein derartiger Anspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern ist allerdings nicht durchsetzbar.

Gleichwohl befindet sich das Kind in einer *Gefährdungslage*. Es ist allgemein bekannt, aber auch genauso bedenklich, dass viele Eltern ihre Kinder einfach auf die nächstgelegene Schule schicken, um die Kosten längerer Schulwege zu sparen. Um dem Kindeswohl in dieser Gefährdungslage gerecht zu werden, erscheint es nach den vorgenannten menschenrechtlichen Pakten *normativ zwingend*, unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf einen entgeltfreien Schulweg zuzusprechen.

Es braucht nicht besonders betont zu werden, dass auch ein ganz erhebliches öffentliches Interesse an der Gewährleistung eines entgeltfreien Schulwegs besteht: Die deutsche Gesellschaft ist in vielerlei Hinsicht auf eine nicht nur gut, sondern optimal ausgebildete junge Generation angewiesen. Wenn ein entgeltfreier Schulweg die individuelle Ausbildung zu optimieren vermag, so werden gesellschaftliche Kosten etwa von Umschulungen minimiert und das Bildungspotenzial jedenfalls im Schulbereich optimal ausgeschöpft.

Dies ist letztlich das Anliegen, das von den Klägern, hinter denen unter anderem auch eine breite Elterninitiative steht, mit diesem Gerichtsverfahren verfolgt wird. Dabei sind sich die Kläger bewusst, dass ein möglicherweise keinen hinreichenden Rechtsschutz gewährendes verwaltungsgerichtliches Verfahren in Baden-Württemberg Voraussetzung für eine *Information und Beschwerde bei dem UN-Kinderrechtsausschuss* sein wird.

www.wuertenberger-legal.de

B.
Ausgangslage

Der Sachverhalt ergibt sich zutreffend aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Sigmaringen. Wir verweisen auf ihn, heben aber folgenden Punkt besonders heraus: Der Kläger bezahlt momentan für eine Naldo-Schülermonatskarte 40,60 € bzw. ab dem 01.01.2017 sogar 43,30 €. Davon werden nur 2,50 € bzw. 3,00 € erstattet. Der Kläger musste daher 38,10 € bis zum 31.12.2016 bezahlen und muss nunmehr 40,30 € bezahlen pro Monat für die Nutzung des Schulbusses. Dies ist über das Jahr gerechnet eine ganz erhebliche Summe. Vergleichbare und zum Teil noch deutlich höhere Beträge – vor allem wenn Karten zweier Verkehrsverbünde benötigt werden – müssen Eltern in Baden-Württemberg heute monatlich für den Schulbus bezahlen. Für viele Eltern ist dies, auch wenn sie nicht annähernd unter die sozialen Sicherungssysteme fallen, die zugegebenermaßen jeder Landkreis in seinen Satzungen über die Schülerbeförderungskosten aufgenommen hat, eine ganz erhebliche Belastung. Diese Belastung führt regelmäßig dazu, die Wahl der Eltern bei der Frage, auf welche Schule sie ihre Kinder schicken, zu beeinflussen. Dies kann und darf in einem Land, das „Bildungsland Nummer Eins" auf der Welt sein bzw. werden will, nicht vorkommen.

C.
Urteil des Verwaltungsgerichts

Das Verwaltungsgericht wies die Klagen zu Ziffer 3, mit denen beantragt wurde, den Beklagten zu verpflichten bzw. hilfsweise zu verurteilen, den Klägern die gesamten Schülerbeförderungskosten bis zum Abschluss der schulischen Ausbildung des Klägers zu Ziffer 1 zu erstatten bzw. die Kläger von den Schülerbeförderungskosten freizustellen, mit der Begründung ab, dass diese unbegründet seien. Das Verwaltungsgericht begründete dies damit, dass

- ein Anspruch der Kläger auf kostenfreie Schülerbeförderung nicht gegeben sei. Die Satzung des Beklagten sehe einen entsprechenden Anspruch nicht vor. Eine Auslegung der Rechtsordnung im Lichte des Völkerrechts würde nicht zu einem entsprechenden Anspruch führen (Umdruck, S. 32).

- Es würde kein einklagbarer Anspruch aus Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a IPwskR bestehen (Umdruck, S. 20 ff.):

www.wuertenberger-legal.de

Der von den Klägern angeführte Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, dem durch Gesetz vom 23. November 1973 (BGBl II S. 1569) zugestimmt wurde und der für die Bundesrepublik am 3. Januar 1976 in Kraft getreten ist (Bekanntmachung vom 9. März 1976, BGBl II S. 428), gewährt, selbst falls man die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR annimmt (dazu aa)), keinen Anspruch auf Kostenfreiheit der Schülerbeförderung (dazu bb)); ein solcher Anspruch wäre zudem auch nicht vor deutschen Gerichten einklagbar (dazu cc)). Gleiches gilt für Art. 28 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, dem durch Gesetz vom 17. Februar 1992 (BGBl II S. 121) zugestimmt wurde und der für die Bundesrepublik am 5. April 1992 in Kraft getreten ist (Bekanntmachung vom 10. Juli 1992, BGBl II S. 990) (dazu dd)).

- Es würde sich ferner kein einklagbarer Anspruch aus Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR ergeben (Umdruck, S. 28 f.).

- Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus Art. 28 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Rechts des Kindes (Umdruck, S. 29 f.).

- Auch aus Verfassungsrecht oder sonstigem einfachen Recht würde den Klägern kein Anspruch auf Kostenfreiheit zustehen (Umdruck, S. 30).

Außerdem wies das Verwaltungsgericht die Klagen zu Ziffer 1. und 2. (Umdruck, S. 17 ff.; 31 f.) und die Klagen zu Ziffer 4. (Umdruck, S. 32 f.) als unzulässig, aber jedenfalls auch als unbegründet ab.

Dagegen wendet sich der vorliegende Antrag auf Zulassung der Berufung.

D.
Begründetheit des Antrags auf Zulassung der Berufung

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig und begründet:

Das Verwaltungsgericht hat die Berufung nicht zugelassen. Die Berufung ist daher von dem Verwaltungsgerichtshof zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO dargelegt ist und vorliegt (§ 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO).

www.wuertenberger-legal.de

Gemäß § 124 Abs. 2 VwGO ist die Berufung unter anderem dann zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen (Abs. 2 Nr. 1, dazu unter **I.** und **II.**), wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (Abs. 2 Nr. 3, dazu unter **III.**), wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist (Abs. 2 Nr. 2, dazu unter **IV.**) und wenn das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht (Abs. 2 Nr. 4, dazu unter **V.**).

Im Einzelnen:

I.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (subjektive Rechte aus völkerrechtlichen Verträgen)

Die Berufung ist zuzulassen, weil ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Zweifel in diesem Sinne sind dann anzunehmen, wenn der Kläger tragende Rechtssätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten so in Frage stellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens als ungewiss erscheint.

Der Kläger muss sich mit den Argumenten, die das Verwaltungsgericht für die angegriffene Rechtsauffassung oder Sachverhaltsdarstellung und -würdigung angewendet hat, inhaltlich auseinandersetzen und aufzeigen, warum sie aus seiner Sicht nicht tragfähig sind. Der Verwaltungsgerichtshof soll allein auf der Begründung des Zulassungsantrags die Zulassungsfrage beurteilen können, also keine weiteren aufwändigen Ermittlungen anstellen müssen.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts werden im Folgenden ernstlich in Frage gestellt und es werden Gesichtspunkte aufgezeigt, die weiterer Klärung in einem Berufungsverfahren bedürfen.

Dazu im Einzelnen:

1. Überblick

Die Begründung des erstinstanzlichen Urteils leidet daran, dass

www.wuertenberger-legal.de

- die sich aus völkerrechtlichen, von der Bundesrepublik Deutschland in nationales Recht umgesetzten Verträgen ergebenden subjektiv-öffentlichen Rechte der Kläger nichtzutreffend gewürdigt wurden,

- insbesondere das Beschwerderechte gewährende Zusatzprotokoll zur Kinderrechtskonvention, das von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet wurde, weder gesehen noch gewürdigt wurde,

- die völkerrechtskonforme Auslegung nationalen Verfassungsrechts und einfachen Rechts nicht nach dem Stand von Rechtsprechung und Dogmatik berücksichtigt wurde und

- die Verpflichtung des Landesgesetzgebers zur Regelung der wesentlichen Voraussetzungen der Erstattung der Beförderungskosten, also der diesbezügliche Parlamentsvorbehalt nach der Wesentlichkeitstheorie, außer Betracht blieb.

2. Zum Anspruch der Kläger auf Kostenfreiheit bzw. auf Neuentscheidung über die Kosten der Schülerbeförderung aus Art. 13 Abs. 2 lit. a und b des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)

Die zentralen Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils betreffen die Klagebefugnis und das subjektiv-objektive Recht der Kläger auf Freistellung von den Kosten der Schülerbeförderung. Dabei stellt das Gericht darauf ab, dass die Kläger aus den einschlägigen völkerrechtlichen Vertragswerken angeblich kein subjektiv-öffentliches Recht auf Erstattung von Schülerbeförderungskosten hätten (vor allem Urteil, Umdruck, S. 25 ff.). Dies ist rechtsfehlerhaft:

a) Nicht nur bloße Programmsätze, sondern unmittelbare Anwendung

Das Urteil erster Instanz geht zunächst zutreffend davon aus, dass der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nicht nur bloße Programmsätze enthält, sondern durch nationale Gerichte *unmittelbar anwendbar* ist. Dies wird auf Seite 21 des Umdrucks zutreffend unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 134, 1 Rn 46 ff.), auf die einschlägige deutsche Literatur (*Schneider*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, 2004, S. 26) und auf die Rechtsansicht des für die Anwendung des Paktes zuständigen UN-Ausschusses dargelegt.

www.wuertenberger-legal.de

b) Zum subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR

Die nachfolgende Auslegung des Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR durch das Gericht ist aber rechtsfehlerhaft:

Nach Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR muss der Grundschulunterricht *„allen unentgeltlich zugänglich sein"*.

Bei der Auslegung des Begriffs *„unentgeltlich"* in Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR differenziert das Gericht (Urteil, Umdruck, S. 23) zwischen direkten Kosten und indirekten Kosten des Schulunterrichts. Direkte, vom Staat auferlegte Kosten des Schulbesuchs wären etwa das Schulgeld. Indirekte Kosten, die etwa aus der Verpflichtung entstehen, eine relativ teure Schuluniform zu tragen, schaffen eine ökonomische Barriere für den Schulbesuch und verstoßen nach Ansicht des zuständigen UN-Ausschusses ebenfalls gegen die Unentgeltlichkeit.

Ob diese Differenzierung zwischen direkten und indirekten Kosten des Schulunterrichts zu klaren Abgrenzungen führt, lässt sich bezweifeln. Wenn die staatliche Planung dazu führt, dass, wie in Baden-Württemberg in der Regel der Fall, Schulen nur noch unter Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel erreichbar sind, dann sind diese Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel vom Staat veranlasst.

Man hat daher mit Recht, selbst im Landtag von Baden-Württemberg, davon gesprochen, dass die *Kosten des Schulweges verkappte Schulgebühren* seien.

Kosten aber, die vom Staat veranlasst sind und wie Schulgebühren wirken, können durchaus auch als *direkte Kosten* des Schulbesuchs qualifiziert werden. So bezeichnet der zuständige UN-Ausschuss alle jene durch den Schulbesuch entstehende Kosten, die *hemmend auf den Besuch von Schulen einwirken können*, als unvereinbar mit dem freien Zugang zu Schulen (vgl. *Beiter*, The Protection of the Right to Education by International Law, 2003, S. 513).

Das erstinstanzliche Urteil verhält sich hierzu nicht, sondern zitiert eine hier nicht einschlägige Stelle aus der umfangreichen Untersuchung von *Beiter* (Urteil, Umdruck, S. 25).

Richtig ist, dass der zuständige UN-Ausschuss sich bislang noch nicht abschließend mit der Frage befasst hat, ob auch bei langem Schulweg die Beförderung zur Schule unentgeltlich stattzufinden habe. Immerhin hat aber der zuständige UN-Ausschuss in Fragebögen an die Vertragsstaaten danach gefragt, welche indirekten Kosten

www.wuertenberger-legal.de

zum Beispiel für den Transport zur Schule vom Staat übernommen werden und welche Maßnahmen ergriffen worden sind, um die Wirkung solcher Kosten für die Kinder aus ärmeren Haushalten abzumildern (ECOSOC, Guidelines on Treaty-Specific Documents to be Submitted by State Parties under Article 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rhights, E/C. 12/2008/224, Rn. 58).

Man mag zwar darauf hinweisen, dass dem vorgenannten Fragebogen keine unmittelbare rechtliche Relevanz zukomme. Gleichwohl bleibt entgegen der Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil (Urteil, Umdruck, S. 24) zu berücksichtigen, dass der zuständige UN-Ausschuss die Fragen in diesem Fragebogen nicht ohne Grund und in einem besonderen normativen Kontext gestellt hat: Weist doch dieser Fragebogen die Mitgliedstaaten darauf hin, in welchen Bereichen die Unentgeltlichkeit des Schulbesuchs, und hier vor allem der Schülerbeförderung, von Bedeutung sein kann.

Was rechtlich von besonderer Bedeutung ist: Mit diesem Fragebogen erhält der zuständige UN-Ausschuss einen Überblick über die reale Situation der Unentgeltlichkeit des Schulbesuchs in den Mitgliedstaaten. Auf dieser Grundlage kann er, wenn die vorliegende Frage der Unentgeltlichkeit der Schülerbeförderung an ihn herangetragen wird, dann auch mit Blick auf Deutschland eine entsprechende Empfehlung aussprechen.

Kurzum: Das erstinstanzliche Urteil leidet daran, dass es nur einseitig auf jenes blickt, was vom zuständigen UN-Ausschuss im Bereich der Unentgeltlichkeit des Schulbesuchs bereits entschieden ist. Völlig verkannt werden jedoch folgende entscheidungserheblichen Aspekte:

c) Zur dynamischen Auslegung des Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR

Völkerrechtliche Verträge haben keinen rein statischen Charakter, sie zementieren nicht das, was bei Vertragsschluss von der Bundesrepublik Deutschland oder von den den Vertrag schließenden Parteien *subjektiv* gewollt war.

Art. 31 und 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge regeln vielmehr eine *objektive und teleologische Auslegung*.

Völkerrechtliche Verträge sind im Lichte ihres Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WVK).

www.wuertenberger-legal.de

Zu berücksichtigen sind zudem jede spätere Übung bei der Anwendung der Verträge, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien bei der Vertragsauslegung hervorgeht (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK).

Dies bedeutet: In der Auslegung des zuständigen UN-Ausschusses ist der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und Rechte ein *„living instrument"*, also orientiert an seinen Zielen und Zwecken *zeit- und sachadäquat auszulegen.*

Dieser mit dem Begriff *„living instrument"* entwickelte methodische Ansatz ist zwar zunächst mit Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention entfaltet worden, lässt sich aber auch auf die UN-Pakte anwenden, soweit die Verbesserung des Menschenrechtsschutzes Anliegen der völkerrechtlichen Vertragswerke ist.

Im Grunde wird dies auch im erstinstanzlichen Urteil zutreffend gewürdigt. Es verweist darauf, dass die Vertragsanwendungspraxis und damit auch die entsprechende Vertragsauslegung des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ein wichtiges Mittel für die Auslegung dieses Paktes insgesamt seien (Urteil, Umdruck, S. 22/23).

Anerkennt man, dass die Regelung des Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR sowie die allseits konsentierte Staatenpraxis darauf angelegt sind und das Ziel verfolgen, die Bildungschancen von Kindern zu verbessern, so ist nur folgende Auslegung konsequent:

Die deutliche Verbesserung von Bildungschancen durch Befreiung von Kosten für den Schulweg ist von Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR garantiert.

Auf eine rasche Präzisierung dieser hier diskutierten Auslegung kann zwar nicht durch eine Individualbeschwerde hingewirkt werden; anderes gilt jedoch für Leistungspflichten aus der Kinderrechtskonvention, worauf zurückzukommen ist.

d) Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Legitimationsgrund für die Auslegung des Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR im Lichte seiner Interpretation durch den zuständigen UN-Ausschuss

Davon abgesehen verkennt das erstinstanzliche Urteil die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.

Diese Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wird aus einer Gesamtschau seiner Regelungen mit Völkerrechtsbezug hergeleitet: Die Integration Deutschlands

www.wuertenberger-legal.de

in die Europäische Union nach Art. 23 GG, die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen nach Art. 24 GG, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts nach Art. 25 GG sowie das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage von Frieden und Gerechtigkeit in der Welt nach Art. 1 Abs. 2 GG (*Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 14 Rn. 12; *Bleckmann*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, S. 137; *M. Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), S. 465).

Die Staatsorgane sind im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes verpflichtet, die sie bindenden völkerrechtlichen Normen zu befolgen und etwaige Völkerrechtsverstöße zu korrigieren (vgl. BVerfGE 58, 1, 34 – Eurocontrol I – hier auch das nachfolgende Zitat; 59, 63, 89 – Eurocontrol II). Dies wird vom Bundesverfassungsgericht überprüft:

> „Im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit hat das Bundesverfassungsgericht … in besonderem Maße darauf zu achten, dass Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begründen könnten, nach Möglichkeit verhindert oder beseitigt werden".

Diese Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes verhindert es, völkerrechtlichen Verträge lediglich als politische Absichtserklärungen zu begreifen, wie es das erstinstanzliche Gericht offensichtlich vertritt.

Im Gegenteil: Völkerrechtliche Verträge, die in deutsches Recht umgesetzt sind, müssen *Leitlinien* für politische und rechtliche Entscheidungen von Legislative, Exekutive und Judikative sein.

e) Zu den subjektiven Rechten aus Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR

Das erstinstanzliche Gericht verweist zu Unrecht bei seiner Begründung, dass aus Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR angeblich keine subjektiv-öffentlichen Rechte hergeleitet werden könnten, auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die bemerkenswerterweise unvollständig zitiert ist (Urteil, Umdruck, S. 27).

Das Bundesverfassungsgericht führt nämlich in BVerfGE 132, 134 Rn. 68 aus:

> „Im Übrigen ist der Gesetzgeber durch weitere Vorgaben verpflichtet, die sich … aus völkerrechtlichen Verpflichtungen ergeben. Zu den Regeln über

www.wuertenberger-legal.de

> das Existenzminimum, die auch in Deutschland gelten, gehört auch der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ..... Zudem gilt insoweit das Übereinkommen über die Rechte des Kindes".

Hier wird vom Bundesverfassungsgericht für die gerichtlich überprüfbare Bindung des Gesetzgebers ausdrücklich auch auf das Menschenrecht des Kindes auf Bildung hingewiesen, wie es in Art. 28 dieses Übereinkommens geregelt ist; hierauf ist im Folgenden noch zurückzukommen.

Über diese Berücksichtigungspflicht bei der Gesetzgebung sind nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 142, 234, LS 1a) völkerrechtliche Verträge

> „ausnahmsweise auch **ohne weitere Umsetzungsgesetzgebung innerstaatlich unmittelbar anwendbar** in dem Sinne, dass sie wie eine nationale Rechtsvorschrift unmittelbare Rechtswirkungen entfalten" (Hervorhebungen nicht im Original).

Dies ist dann der Fall, wenn die völkerrechtliche Norm jene Eigenschaften wie ein Gesetz aufweist, die gegeben sein müssen,

> „um die Normadressaten berechtigen oder verpflichten zu können" (BVerfGE 142, 234 LS 1a, Rn. 13).

Vom erstinstanzlichen Gericht wird verkannt, dass Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR den Vertragsparteien mit dem „*muss*" keinen Spielraum für die Verwirklichung der Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts lässt und dass diese völkerrechtliche Regelung nach ihrem Inhalt geeignet ist, innerstaatliche Rechtswirkungen auszulösen.

Gerade diese Kriterien werden vom Bundesverfassungsgericht für eine unmittelbare innerstaatliche Anwendung völkerrechtlicher Normen genannt (BVerfGE 142, 234, Rn. 16, 19). Wenn sich das erstinstanzliche Urteil mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben genauer auseinander gesetzt hätte, wäre eine andere, stattgebende Entscheidung zu erwarten gewesen.

f) Zur Berücksichtigungspflicht von völkerrechtlichen Verträgen

Davon abgesehen wird ein weiterer entscheidungsleitender Aspekt vom erstinstanzlichen Urteil verkannt:

Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet den *Gesetzgeber*, die von der Bundesrepublik Deutschland in nationales Recht umgesetzten völkerrechtlichen Verträge zu *berücksichtigen.*

www.wuertenberger-legal.de

Es begründet damit eine Art von *Normberücksichtigungspflicht* des Gesetzgebers gegenüber Normen, die aufgrund der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge in deutsches Recht gelten. Seine Regelungen müssen entweder mit den völkerrechtlichen Verträgen vereinbar sein oder diesen angepasst werden. Auch daher geht die These im angegriffenen Urteil, die hier in Rede stehenden völkerrechtlichen Verträge seien bloße Programmsätze (S. 26 des Umdrucks), fehl.

Diese normative Verbindlichkeit des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte führt dazu, dass er nicht nur bei der Gesetzgebung durch die Parlamente, sondern auch, und dies ist entscheidend und von der erstinstanzlichen Entscheidung verkannt, bei der *Normsetzung auf kommunaler Ebene* zu beachten ist.

Das angegriffene Urteil verkennt, dass auch die Rechtsetzung durch den Landkreis den normativen Vorgaben des hier einschlägigen internationalen Paktes zu folgen hat:

Der Kreistag muss bei der Entscheidung über die Höhe der Eigenanteile an der Schülerbeförderung in Rechnung stellen, dass es Vorgaben aus dem Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie aus der Kinderrechtskonvention gibt, die Optimierungsregeln sind und die nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden dürfen. Diese Berücksichtigungspflicht, die zur vollen Erstattung der Schülerbeförderungskosten führen sollte, ist weder im erstinstanzlichen Urteil noch bei der Beschlussfassung über die Eigenanteile im Kreistag in Erwägung gezogen worden. Wäre diese Berücksichtigungspflicht erkannt worden, wäre der auf „alles" gehende, vom Gericht als unzulässig angesehene Normenerlassantrag unter Teilabweisung als zulässiger, nur die Berücksichtigungspflicht einklagender Normenerlassantrag verbeschieden worden.

g) Die Nichtunterzeichnung des Zusatzprotokolls zum Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für dessen normative Verbindlichkeit ohne Bedeutung

Das subjektiv-öffentliche Recht der Kläger, dass ihr Interesse an einer kostenfreien Beförderung zur Schule bei Erlass und Anwendung der einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen und zu befolgen ist, kann auch nicht damit bestritten werden, dass Deutschland das Zusatzprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das vorsieht, beim zuständigen

www.wuertenberger-legal.de

UN-Ausschuss ein internationales Beschwerdeverfahren einzuführen, nicht unterzeichnet hat.

Der im erstinstanzlichen Urteil gezogene Umkehrschluss, dass die Vertragsstaaten, die das Zusatzprotokoll nicht unterzeichnet haben, die in dem Pakt niedergelegten Rechte nicht als einklagbar auslegen (Urteil, Umdruck, S. 27), kann nicht überzeugen.

Natürlich kann auch ohne Unterzeichnung des Zusatzprotokolls in der nationalen Rechtsordnung eine Klagemöglichkeit bestehen. Ob man sich darüber hinaus einem Beschwerdeverfahren zum zuständigen UN-Ausschuss unterwerfen möchte, ist eine ganz andere und lediglich nach politischer Opportunität zu entscheidende Frage.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Das Nichtunterzeichnen des Zusatzprotokolls schneidet lediglich ein Beschwerdeverfahren zum zuständigen UN-Ausschuss ab, hat aber keinerlei Rückwirkungen auf die Beurteilung der Frage, ob innerstaatlicher Rechtsschutz zu gewähren ist.

Dem steht auch nicht die im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthalten Denkschrift zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale, und kulturelle Rechte entgegen, wie das angegriffene Urteil meint.

In dieser Denkschrift wurde zwar darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Pakt nur Rechtspflichten der Vertragsstaaten begründe, das innerstaatliche Recht aber unberührt lasse, was eine gerichtliche Einklagbarkeit der Rechte aus diesem Pakt ausschließen würde.

Die Bedeutung einer solchen Denkschrift wird aber unzutreffend eingeschätzt. Bezeichnend ist, dass das angegriffene Urteil (Seite 27 des Umdrucks) zur Begründung seiner Ansicht nur auf die Bundestags-Drucksache 17/11643, S. 2 f. verweist.

Hier wird zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nichts ausgeführt. Es wird nur darauf hingewiesen, dass derartigen Denkschriften bei Auslegungsfragen „einige Bedeutung" zukomme.

Ein Gerichtsurteil auf derartige, nicht rechtlich argumentierende Antworten der Bundesregierung auf kleine Anfrage zu stützen, ist aus unserer Sicht nicht haltbar.

Zwar mag eine Äußerung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren Hinweis für eine historische Interpretation des Gesetzes sein. Bekanntlich ist eine historische Interpretation aber immer dann wenig aufschlussreich, wenn sie an Äußerungen anknüpft, die vor vielen Jahrzehnten getan worden.

So muss denn auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte mit Blick auf die damals noch nicht vertretene, aber mittlerweile herrschende Ansicht von der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und zudem mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wie gezeigt, ausgelegt werden. Auf diese Aspekte geht das angegriffene Urteil nicht ansatzweise ein, obwohl sich dies aufgedrängt hätte. Insoweit fehlt dem Verwaltungsgericht die Sensibilität für das Völkerrecht.

h) Zum subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR

Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR, auf den im Folgenden hilfsweise eingegangen wird, regelt:

Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung des Rechts eines jeden auf Bildung „*die verschiedenen Formen des höheren Schulwesens ... auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedermann zugänglich gemacht werden müssen*".

i) Zur Anwendbarkeit im deutschen Recht

Das erstinstanzliche Urteil (Urteil, Umdruck, S. 28) meint, diese Vorschrift sei im deutschen Recht nicht anwendbar, weil sie lediglich die Ziele bestimme, die zur Ermöglichung des Rechts auf Bildung zu verfolgen seien. Sie soll also lediglich Erfüllungspflichten begründen, die progressiv zu erreichen seien, aber dem Staat einen gerichtlich nicht justitiablen Spielraum bei der Umsetzung seiner Erfüllungspflicht belassen.

Die Verabschiedung dieser Rechtsnorm in den Bereich *politischer Willkür* kann nicht gefolgt werden:

j) Verfehlter Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR

Es ist rechtlich nicht haltbar, dass das erstinstanzliche Urteil seine Argumentation auf einen bloßen Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR stützt.

www.wuertenberger-legal.de

Völlig verkannt wird, dass Art. 13 Abs. 2 lit. b und c IPwskR klar danach differenzieren, ob der jungen Generation ein umfassendes Recht auf Schulbildung zugesprochen wird oder darüber hinaus ein Recht auf den Besuch einer Hochschule.

So ist denn auch das Recht auf Bildung in Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR deutlich strikter in seinen Voraussetzungen und Verpflichtungen formuliert, als das Recht auf ein Hochschulstudium in Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR. Gelinde gesagt: Die langen Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu dieser weder direkt noch mittelbar einschlägigen allein hochschulrechtlichen Vorschrift liegen neben der Sache.

Vor allem kann nicht nachvollzogen werden, dass Schülerbeförderungskosten mit Studienabgaben vergleichbar sein sollen (Urteil, Umdruck, S. 29).

Das erstinstanzliche Gericht hat, so wird gerügt, zwar manches Richtiges zu Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR ausgeführt, aber den hier zu berücksichtigenden lit. b in seiner normativen Tragweite nicht geprüft und schon gar nicht erfasst.

k) Handwerkliche Mängel als Grund für inhaltlich nicht mehr nachvollziehbare Begründungen

Davon abgesehen ist sich das erstinstanzliche Gericht (Urteil, Umdruck, Seite 28, letzter Absatz) seiner rechtlichen Argumentation offensichtlich selbst nicht richtig sicher.

Wie auch sonst des Öfteren wird ohne feste rechtliche Begründung der Absatz mit „dürfte" begonnen.

Sodann wird wiederum auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen, bei denen Seitenangaben oder die einschlägige Randnummer fehlen.

Dies ist umso schwerer verständlich, als etwa BVerfGE 111, 307 Rn. 34 f. ausführlich die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes betont und dabei klar formuliert:

> „Das Völkervertragsrecht ist innerstaatlich nicht unmittelbar, das heißt ohne Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG, als geltendes Recht zu behandeln. ..... Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht

www.wuertenberger-legal.de

nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist".

Wenn diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zitiert wird, hätte man durchaus erwarten können, dass sich das erstinstanzliche Gericht hiermit auch auseinandersetzt.

Auch wäre zu berücksichtigen gewesen, dass das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, dass Art. 13 Abs. 1 lit. b und c IPswkR vom Gesetzgeber zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfGE 134, 1 Rn.43). Dies wäre vor allem darum der erstinstanzlichen Entscheidung zugrunde zu legen gewesen, weil auch die kommunale Rechtsetzung an die deutschen Gesetze, die völkerrechtliche Verträge in nationales Recht umsetzen, gebunden ist.

l) Zur allmählichen Einführung der Unentgeltlichkeit

Das erstinstanzliche Urteil befasst sich wegen seiner Verkennung der Tragweite völkerrechtlicher Bindungen nicht mit der von den Vertragsstaaten durch Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR geforderten allmählichen Einführung der Unentgeltlichkeit des Unterrichts.

Anders als in einigen anderen Bundesländern sind in Baden-Württemberg keine Anstrengungen gemacht worden, den Schulunterricht auch durch Erstattung der Schülerbeförderungskosten allmählich unentgeltlich zu machen.

Für eine solche Verpflichtung sprechen gute Gründe:

Die aus Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR folgende *progressive Verpflichtung* des Staates, die Schülerbeförderungskosten („allmählich") zu tragen, hat sich *zwischenzeitlich zu einer unbedingten Verpflichtung verdichtet.*

Zur Begründung ist abermals daran zu erinnern, dass seit Abschluss und Ratifikation des Paktes mehr als vierzig Jahre verstrichen sind und seither die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit Deutschlands auf ein bislang ungekanntes Niveau gestiegen ist. Auch ist zu sehen, dass die Verpflichtung aus Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR progressiv ausgestaltet wurde, um der begrenzten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Anzahl von Vertragsstaaten Rechnung zu tragen.

Nicht aber sollte damit den wirtschaftlich stärksten Volkswirtschaften ermöglicht werden, sich *über Jahrzehnte hinweg ihren übernommenen Verpflichtungen zu entziehen.* Was

www.wuertenberger-legal.de

kann es in Deutschland und in Baden-Württemberg rechtfertigen, nicht seiner Verpflichtung zur Tragung der Schülerbeförderungskosten nachzukommen?

3. Zum Anspruch der Kläger auf Kostenfreiheit bzw. auf Neuentscheidung über die Kosten der Schülerbeförderung aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 HS 2 lit. b UN-Kinderrechtskonvention (KRK)

In Art. 28 Abs. 1 HS 1 KRK (zur Ratifizierung durch Deutschland: BGBl. II 1992, S. 121, 990) anerkennen die Mitgliedstaaten unter anderem das Recht des Kindes auf Bildung. Um dieses Recht auf der Grundlage der Chancengleichheit „fortschreitend" (progressiv) zu erreichen, verpflichten sie sich nach Art. 28 Abs. 1 HS 2 KRK insbesondere

a) den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich machen;

b) die Entwicklung verschiedener Formen der weiterführenden Schulen allgemeinbildender und berufsbildender Art [zu] fördern, sie allen Kindern verfügbar und zugänglich [zu] machen und geeignete Maßnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit [zu] treffen".

a) Umfang des Anspruchs aus der Kinderrechtskonvention

In der Literatur ist allgemein anerkannt, dass die Entgeltfreiheit *auch indirekte Kosten, insbesondere Beförderungskosten umfasst* (*Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2013, Art. 29, Rn. 6 mit Nachweisen; Coomans, in: Chapman/Russell, S. 228; vgl. auch CESCR, General Comment No. 11 on plans of action for primary education, E/C.12/1999/4, 1999, Rn. 7).

Aus Art. 28 Abs. 1 KRK ergeben sich Ansprüche, die mit Art. 13 Abs. 2 lit. a, b IPwskR weitestgehend identisch sind.

Allerdings bleibt Art. 28 Abs. 1 lit. a KRK hinter Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR insoweit zurück, als er die Entgeltfreiheit der Grundschule nur „fortschreitend" (progressiv), nicht aber sofort und unbedingt fordert.

Entsprechend der Argumentation zu Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR ist jedoch davon auszugehen, dass sich die progressiv zu erfüllende Pflicht, einen kostenlosen Zugang zu den weiterführenden Schulen zu erreichen, zwischenzeitlich zu einer absoluten Pflicht verdichtet hat. Hierauf ist unter d) im Folgenden zurückzukommen.

www.wuertenberger-legal.de

b) Mängel des erstinstanzlichen Urteils bei der Würdigung der Geltung der Kinderrechtskonvention in Deutschland

Das erstinstanzliche Urteil befasst sich auf den Seiten 29 f. nur unvollständig und auch nur höchstoberflächlich mit der Kinderrechtskonvention. Die insoweit verfügbare Literatur ist von Seiten des Verwaltungsgerichts nicht ansatzweise ausgewertet worden.

So bleibt offen, welche unmittelbare normative Reichweite die Kinderrechtskonvention in Deutschland hat. Nach Ansicht des erstinstanzlichen Urteils wäre eine unmittelbare Geltung dann anzunehmen, wenn eine Beschwerdemöglichkeit zum zuständigen UN-Ausschuss gegeben wäre (so auf S. 27 des Umdrucks für den Internationalen Pakt über soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte).

Überraschenderweise übersieht das erstinstanzliche Urteil, dass die Bundesrepublik Deutschland gerade für die Kinderrechtskonvention eine solche *Beschwerdemöglichkeit eingeführt* hat.

Dies ist ein ganz wichtiger Grund dafür, dass die Kinderrechtskonvention in Deutschland unmittelbar gilt (so *Cremer,* Neue Beschwerdemöglichkeiten für Kinder, Vereinte Nationen 1/2014, S. 22, 26).

Denn was würde es für einen Sinn machen, wenn man sich, wie die Kläger beabsichtigen, an den zuständigen UN-Ausschluss wenden kann, aber innerstaatlich keinerlei Möglichkeiten bestehen, sich auf die Kinderrechtskonvention berufen zu können?

Der erste Schritt zu dieser auch in Deutschland eröffneten Beschwerdemöglichkeit wurde bereits 2012 getan: Seit dem 28.02.2012 liegt das 3. Fakultativ-Protokoll zur Kinderrechtskonvention (FP-KRK) zur Unterzeichnung und Ratifizierung am Hauptsitz der UNO in New York auf (abgedruckt in Sartorius II, Nr. 29c).

Das 3. Fakultativ-Protokoll tritt mit der Hinterlegung der zehnten Ratifikationsurkunde in Kraft (vgl. Art. 19 Abs. 1 des 3. FP-KRK).

Bereits am 28.02.2012 haben 20 Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, das Protokoll unterzeichnet und in nationales Recht umgesetzt (vgl. BGBl. II, 2012, S. 1546 ff.).

Es ist daher im April 2014 völkerrechtlich und auch mit Geltung für Deutschland in Kraft getreten.

Gerade dies hat das erstinstanzliche Urteil verkannt. Dies hat die Entscheidungsgrundlage des erstinstanzlichen Gerichts maßgeblich beeinflusst, was ebenfalls zur Zulassung der Berufung führen muss. Denn die Verkennung der Gesetzeslage kann zur Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Urteils führen. Dass dies auch der Fall ist, wird unter d) noch weiterentwickelt.

c) Verfahrensmöglichkeiten nach dem 3. FP-KRK

Geregelt sind in Art. 5 des 3. FP-KRK zum einen die Verfahrensmündigkeit des Kindes, zum anderen die Beschwerdeberechtigung (in der englischen Fassung: „*communications*") von Personen, die bereits volljährig sind, aber eine in ihrer Kindheit erlebte Verletzung geltend machen möchten.

Außerdem sieht Art. 5 Abs. 1 des 3. FP-KRK auch die Möglichkeit von Mitteilungen vor, die von Personengruppen erhoben werden.

Art. 7 des 3. FP-KRK regelt die verfahrensrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Mitteilungen und Beschwerden von Einzelpersonen. Nach Art. 7c des 3. FP-KRK sind zunächst alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe auszuschöpfen (zu den Einzelheiten: *Cremer*, Neue Beschwerdemöglichkeiten für Kinder, Vereinte Nationen 1/2014, S. 22 ff.).

Auch unter dieser Prämisse sehen sich die Kläger, wie eingangs bereits bemerkt, veranlasst, den Verwaltungsrechtsweg auszuschöpfen, um sich gegebenenfalls an den für die Einhaltung der Kinderrechtskonvention zuständigen UN-Ausschluss wenden zu können.

d) Zu den subjektiv-öffentlichen Rechten aus der Kinderrechtskonvention

Die im erstinstanzlichen Urteil nur äußerst knapp und zu den eigentlichen Rechtsfragen nicht vordringende Prüfung der Kinderrechtskonvention stellt einen erheblichen Begründungsmangel dar, der zur Abweisung der Klage geführt hat.

Die in der Sache nicht haltbaren Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils beruhen darauf, dass weder die einschlägige Rechtsprechung (etwa BVerwG Beschluss vom 10.02.2011 – 1 B 22/10, BeckRS 2011, 48267) noch die neuere Literatur zur Geltung der Kinderrechtskonvention ausgewertet wurden:

Die Begründung subjektiver Rechte durch die Kinderrechtskonvention und ihre unmittelbare Anwendbarkeit sind ausführlich von *Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention, 2. Aufl., 2012, von *dems.*, Neue Beschwerdemöglichkeiten für Kinder, Vereinte Nationen 1/2014, S. 22, von *Payandeh*, Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen, 2014 sowie von *Löhr*, Kinderrechtskonvention: aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, RdJB 2012, 191 ff. erörtert.

All dies entgeht der rechtlichen Erörterung der Kinderrechtskonvention im erstinstanzlichen Urteil.

Verkannt werden die unterschiedlichen und aufeinander bezogenen normativen Verpflichtungen, die sich aus der Kinderrechtskonvention ergeben:

Art. 3 Abs. 1 KRK regelt: Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob Sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

Dieser *„Art. 3 Abs. 1 KRK ist eine self executing-Norm und unmittelbar anwendbar. … Auch bei Maßnahmen die nicht in den Schutzbereich eines der Konventionsrechte fallen, ist das Kindeswohl nach Art. 3 Abs. 1 KRK vorrangig zu berücksichtigen“* (*Schmahl*, a.a.O., Art. 3 KRK, Rn. 5).

Dem folgt die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Es geht entgegen der Rechtsprechung anderer Verwaltungsgerichte davon aus, dass gegen eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 KRK Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet sind (unter anderem BVerwG BeckRS 48267 Rn. 4). Entscheidend ist,

> „dass Art. 3 Abs. 1 KRK nicht nur eine generelle Berücksichtigung von Kinderbelangen, sondern in jedem Einzelfall eine Auseinandersetzung mit dem Wohl des einzelnen von einer Maßnahme konkret betroffenen Kindes verlangt. … Das Kindeswohlprinzip verlangt demzufolge, dass in jeder Einzelfallentscheidung, die die Belange eines Kindes betrifft, das Wohl des betroffenen Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist. Damit dient die Norm nicht allein dem Interesse der Allgemeinheit oder den Belangen von Kindern insgesamt, sondern zielt auch auf eine Berücksichtigung der individuellen Interessen des Einzelnen ab“ (*Payandeh*, a.a.O., S. 49 f.).

Darüber hinaus wird dem Art. 3 Abs. 1 KRK ein *Optimierungsgebot* entnommen: Die *„best interests of the child“* sind bei allen öffentlichen und privaten Entscheidungen mit dem Ziel *bestmöglicher Realisierung* einzubeziehen (*Schmahl*, a.a.O., Art. 3 KRK, Rn. 7).

Diese vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls gibt die Leitlinie vor, die die Auslegung der in Art. 28 Abs. 1 HS 2 lit. b KRK geregelten staatlichen Leistungspflichten („*obligation to fulfill*") bestimmt.

Verlangt wird, dass der Staat *aktiv* auf eine Verbesserung des Zugangs von Kindern zu weiterführenden Schulen hinwirkt. Auch hier gilt wieder für die staatliche Verpflichtung:

Die Verwirklichung der Bildungsansprüche des Kindes ist in hohem Maße von der finanziellen Leistungsfähigkeit eines Staates abhängig (so mit zahlreichen Nachw. *Payandeh*, a.a.O., S. 45).

Da derartige Kindesrechte in Entwicklungsländern anders einzulösen sind als etwa in der Bundesrepublik Deutschland, wird von der Kinderrechtskonvention lediglich ein Verhalten verlangt, das „*auf die Verbesserung der Lage gerichtet ist (Grundsatz der progressiven Verwirklichung)*" (so Payandeh, a.a.O., S. 45).

Ob sich aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 HS 2 lit. b KRK ein Anspruch des Kindes jedenfalls in ökonomisch florierenden Staaten, wie der Bundesrepublik Deutschland, auf (weitgehende) Kostenfreiheit der Beförderung zur Schule oder lediglich ein Anspruch auf Berücksichtigung dieser Interessen des Kindes im Gesetzgebungsverfahren und bei Verwaltungsentscheidungen ergibt, ist noch nicht abschließend geklärt.

Der zuständige Kinderrechtsausschuss wird in dieser Frage, sollte Beschwerde nach einem erfolglosen verwaltungsgerichtlichen Verfahren erhoben werden, sicherlich die Rechte des Kindes auf eine, seinen Anlagen entsprechende Bildung und damit auf einen kostenfreien Schulweg stärken.

Methodisch und vom Ziel und Zweck der Regelungen der Kinderrechtskonvention her betrachtet ist eine solche Auslegung zwingend. Die Berücksichtigung des „*best interest of the child*" ist, wie ausgeführt, ein *Optimierungsgebot.*

Zwar mag man aus Gründen eines ausgeglichenen Haushalts auch in Staaten mit einer florierenden Wirtschaft nur einen Teil der Beförderungskosten staatlicherseits übernehmen müssen. Es erscheint aber als eine evidente *Verletzung des Untermaßverbots*, wenn von den Kindern und ihren Eltern – wie hier – etwa 90% der Beförderungskosten und mehr zu weiterführenden Schulen zu tragen ist. Ein solcher letztlich nur *symbolischer Anspruch* auf Kostenübernahme kann den Vorgaben der Kinderrechtskonvention offensichtlich nicht genügen.

www.wuertenberger-legal.de

Das Verwaltungsgericht hätte sich daher jedenfalls auch damit auseinandersetzen müssen, dass jedenfalls ein wesentlicher Teilbetrag der Schülerbeförderungskosten ersetzt wird. Eine solche teilweise Kostenerstattung ist als „Minus" in dem gestellten Klageantrag mitenthalten. Es hätte, wie oben bereits zum Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ausgeführt, den Beklagten auch verpflichten können, über den Antrag der Kläger neu zu bescheiden; dies ist ebenfalls als Minus in den gestellten Anträgen mitenthalten.

Vor allem hätte der angeblich unzulässige Normenerlassantrag in einen auf eine Teilbefreiung von den Schülerbeförderungskosten zielenden, zulässigen Normenerlassantrag umgedeutet werden können und müssen.

e) Verfehlter Hinweis auf Härtefallregelungen

Das erstinstanzliche Urteil verweist mehrfach auf Härtefallregelungen (Urteil, Umdruck, S. 24, 31), die es gestatten, dass Eltern im unteren Einkommenssegment die Kosten der Schülerbeförderung ihrer Kinder erstattet erhalten.

Diese Härtefallregelung soll ausgleichen, dass es keinen allgemeinen Anspruch auf Erstattung der Schülerbeförderungskosten gibt.

Diese Überlegungen zeigen, dass das erstinstanzliche Gericht mit der Zielsetzung der beiden internationalen Pakte nicht vertraut ist und diese daher auch nicht in zutreffender Weise auszulegen vermag.

Bereits eingangs wurde darauf verwiesen, dass die Kinderrechtskonvention einer Gefährdungslage des Kindes entgegentreten möchte, die ihm seitens des Staates, seiner Eltern oder seines gesellschaftlichen Umfeldes droht.

Konsequenterweise ist es keineswegs zielführend, Eltern in beschränkten Vermögensverhältnissen Zuschüsse zu den Schulwegkosten in Härtefällen zu erstatten. Die Gefährdungslage des Kindes erfordert vielmehr eine entgeltfreie Schülerbeförderung, damit die Eltern gar nicht erst in die Lage versetzt werden, bei der Wahl des Schultyps für ihr Kind in äußerst problematischer Weise auch die erheblichen finanziellen Aufwendungen für die Schulwegkosten (mit-)entscheidend zu berücksichtigen. Diese allgemein bestehende Gefährdungslage kann durch härtefallbedingte soziale Transferleistungen nicht bewältigt werden.

4. Der Verfassungsgrundsatz der völkervertragsrechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts

Ob das Grundgesetz, die Landesverfassung oder das einfache Recht mit Blick auf den Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie auf die Kinderrechtskonvention völkervertragsrechtskonform auszulegen ist, wird vom erstinstanzlichen Urteil (Urteil, Umdruck, S. 31) mit einer Begründung abgelehnt, die weder dem methodischen Instrument der Auslegung deutschen Rechts anhand von völkerrechtlichen Verträgen gerecht wird noch die innerstaatliche Geltung der Kinderrechtskonvention, aber auch des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ausreichend würdigt.

Das erstinstanzliche Urteil übersieht, dass das *nationale Recht völkervertragsrechtskonform auszulegen* ist (zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes und der gesamten deutschen Rechtsordnung: *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7, Rn. 32).

Allerdings können nur völkerrechtliche Verträge von grundsätzlicher Bedeutung Anlass für eine völkervertragsrechtskonforme Auslegung des Grundgesetzes und des nationalen Rechtes sein. Dies lässt sich bei dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ebenso wenig wie bei der Kinderrechtskonvention bezweifeln.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner bereits zitierten Entscheidung den Gesetzgeber an die normativen Vorgaben des Völkervertragsrecht bindet, dann ist es nur konsequent, wenn das einschlägige nationale Recht ebenfalls im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen interpretiert wird.

Eine völkervertragsrechtskonforme Auslegung der Landesverfassung und des Schulgesetzes ist, anders als es das erstinstanzliche Urteil sieht, durchaus möglich (hierzu ausführlich das im Gerichtsverfahren vorgelegte und nochmals in Bezug genommene Rechtsgurtachten von Professor Dr. Thomas Würtenberger, Freiburg).

Hierzu sei an dieser Stelle nur kurz zusammengefasst:

- Art. 11 LV regelt ein (soziales) Grundrecht auf Ausbildung, nicht nur einen bloßen Programmsatz. Der Gehalt dieses Rechts ist nach den anerkannten Regeln der Verfassungsinterpretation nicht aus den historischen Begebenheiten der Verfassungsgebung, sondern „objektiv", also mit Blick auf die gegenwärtigen Verhältnisse auszulegen.

- Die Kontrollfrage lautet: Was hätte der Verfassungsgeber mit dem sozialen Grundrecht auf Ausbildung verbunden, wenn er die heutigen Verhältnisse gekannt hätte? Die Antwort ist: Er hätte nicht nur, wie geschehen, die Lernmittelfreiheit in Art. 14 Abs. 2 LV geregelt, sondern die Schüler auch von den Beförderungskosten freigestellt.

- Es ging dem Verfassungsgeber, ebenso wie der heutigen Politik, darum, die Teilnahme am Schulunterricht von allen wirtschaftlichen und sozialen Hemmnissen zu befreien, die den freien Bildungszugang beeinträchtigen können. Das Recht auf eine Freistellung von den Beförderungskosten zur Schule ist daher unmittelbar aus Art. 11 Abs. 1 LV ableitbar.

- Nach § 93 Abs. 1 S. 1 SchulG ist der Unterricht an den dort genannten Schultypen unentgeltlich. Diese Vorschrift ist völkerrechts- und verfassungskonform auszulegen. Mit Blick auf die vorgenannten völkerrechtlichen Regelungen und auf die aus dem sozialen Grundrecht des Art. 11 LV herzuleitenden Vorgaben umfasst der Begriff der Unentgeltlichkeit des Unterrichts auch die Übernahme der Beförderungskosten durch das Land bzw. die kommunale Ebene.

5. Keine Klärung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Parlamentsvorbehalts für wesentliche Entscheidungen bei bildungsrelevanten staatlichen Leistungen an Kinder

Im erstinstanzlichen Verfahren ist ebenso ausführlich wie kontrovers die Frage diskutiert worden, ob der Landtag von Baden-Württemberg wesentliche Entscheidungen über bildungsrelevante Leistungen an Kinder selbst zu treffen hat oder ob derartige Entscheidungen auf Kreisebene getroffen werden können.

Auf diese Grundsatzfrage hätte das erstinstanzliche Urteil eingehen müssen. Von der Antwort auf diese Frage hängt es ab, ob zentrale Regelungen der Satzung des Landkreises zur Erstattung der Schülerbeförderungskosten mit dem demokratischen und rechtsstaatlichen Parlamentsvorbehalt in Einklang stehen. Die Erörterung der Feststellungsklagen hätte die inzidente Prüfung vorausgesetzt, ob den Voraussetzungen des Parlamentsvorbehalts genügt ist.

Nach alledem ist die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtfehlerhaft, jedenfalls aber bestehen erhebliche Zweifel an ihr, die eine Berufungszulassung rechtfertigen.

II.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (Unzulässigkeit der Klageanträge zu Ziffer 1 und 2 und 4)

Außerdem wies das Verwaltungsgericht die Klagen zu Ziffer 1. und 2. (Umdruck, S. 17 ff.; 31 f.) und die Klagen zu Ziffer 4. (Umdruck, S. 32 f.) als unzulässig, aber jedenfalls auch als unbegründet ab.

Die Klagen zu Ziffer 1. und 2. hielt das Verwaltungsgericht für unzulässig, weil hierfür ein Normenkontrollantrag statthaft sei (Urteil, Umdruck, S. 17 ff.). Die Kläger könnten das Klageziel auch dadurch erreichen, dass sie die Eigenanteilspflicht angreifen würden (Urteil, Umdruck, S. 19).

Dies ist ebenfalls rechtsfehlerhaft, da das Verwaltungsgericht – wie bereits oben dargelegt – sich jedenfalls auch damit hätte auseinandersetzen müssen, dass jedenfalls ein wesentlicher Teilbetrag der Schülerbeförderungskosten ersetzt wird. Eine solche teilweise Kostenerstattung ist als „Minus" in dem gestellten Klageantrag mitenthalten. Es hätte, wie oben bereits zum Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ausgeführt, den Beklagten auch verpflichten können, über den Antrag der Kläger neu zu bescheiden; dies ist ebenfalls als Minus in den gestellten Anträgen mitenthalten. Vor allem hätte der angeblich unzulässige Normenerlassantrag dann in einen auf eine Teilbefreiung von den Schülerbeförderungskosten zielenden, zulässigen Normenerlassantrag umgedeutet werden können und müssen.

Das Verwaltungsgericht hat verkannt, dass ein Antrag gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, der nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit, sondern auf Feststellung der Ergänzungsbedürftigkeit einer untergesetzlichen Norm gerichtet ist, im Normenkontrollverfahren nicht statthaft ist (BVerwG, Urteil vom 16. April 2015 – 4 CN 2/14 –, BVerwGE 152, 55-59, Rn. 3, Rn. 6 bis 8).

Danach wäre hier eine Normenkontrolle, mit der nicht nur die Unwirksamkeit von § 6 SBKS festgestellt werden sollte, sondern die Kostenfreiheit der Schülerbeförderung festgestellt werden soll, unstatthaft, jedenfalls aber nicht zielführend. Dem folgend, beantragen die Kläger, dass die Satzung grundlegend geändert werden muss, und zwar um eine noch nicht bestehende Regelung zur Kostenfreiheit der Schülerbeförderung ergänzt werden soll.

Der Beklagte unterstellt zu seinen Gunsten, dass er sich grundsätzlich verpflichtet hätte, die Schülerbeförderung kostenfrei anzubieten. Diesen Grundsatz habe er mit § 6 Abs. 1 SBKS nur eingeschränkt. Diese Darstellung ist unzutreffend und irreführend. Denn tatsächlich ergibt sich aus der

www.wuertenberger-legal.de

Satzung des Beklagten nicht, dass die Schülerbeförderung im Grundsatz kostenfrei zu erfolgen hätte. Alleine aus der Formulierung, dass Eigenanteile zu entrichten sind, ergibt sich nicht, dass die Schülerbeförderung im Übrigen kostenfrei erfolgen soll. Aus den verbleibenden Regelungen der Satzung geht nicht hervor, dass die Schülerbeförderung kostenfrei sein soll. Der Beklagte hat die Kostenfreiheit der Schülerbeförderung gerade nicht ausdrücklich geregelt, insbesondere auch nicht in § 1 Abs. 1 SBKS. Denn der Normgeber verweist auch hier ausdrücklich auf die Eigenanteile. Dies geschieht auch an mehreren weiteren Stellen, wie z.B. in §§ 7, 16, 16a SBKS. Der Satzung liegt vielmehr eine völlig andere Grundkonzeption zugrunde, und zwar die entgeltlich der Schülerbeförderung mit einer (äußerst) geringen Kostenbeteiligung des Landkreises, hier in Höhe von nur 2,50 € bzw. 3,00 € (§ 6 Abs. 1 SBKS). Die Verwendung des Begriffs der „Eigenanteilspflicht" ist daher irreführend. Inhaltlich richtig wäre es, wenn die Satzung von der Kostenpflicht der Schülerbeförderung für die Personensorgeberechtigten sprechen würde und hinsichtlich der 2,50 € von einem geringen Zuschuss.

Die Aufhebung des § 6 SBKS würde schließlich auch die Frage der Teilnichtigkeit von Satzungen aufwerfen, die ebenfalls einer Normenkontrolle mit dem Ziel der Unentgeltlichkeit der Schülerbeförderung entgegenstehen würde. Die Ungültigkeit eines Teils einer Satzungsbestimmung (hier § 6 SBKS) würde nur dann nicht auf die gesamte Regelung mit der Folge der Gesamtnichtigkeit durchschlagen, wenn die Restbestimmung auch ohne den nichtigen Teil sinnvoll bleibt (Grundsatz der Teilbarkeit) und mit Sicherheit anzunehmen ist, dass sie auch ohne diesen erlassen worden wäre (Grundsatz des mutmaßlichen Willens des Normgebers, vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 1978 – VII C 44.76 –, Rn. 54, juris; BVerwG, Beschluss vom 24. Februar 2012 – 9 B 80/11 –, Rn. 11, juris).

Hier ist jedoch schon zweifelhaft, ob die Satzung auch ohne den nichtigen Teil (§ 6 SBKS) sinnvoll bleiben würde, denn die Satzung geht offensichtlich davon aus, dass nur ein geringer Teil der Schülerbeförderungskosten erstattet werden soll und der wesentliche Eigenanteil bei den Personensorgeberechtigten verbleiben soll (vgl. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 6 SBKS).

Jedenfalls entspricht es aber nicht dem mutmaßlichen Willen des Normgebers, dass die Schülerbeförderung bei einer Kostenfreiheit in der jetzigen Form und in dem aktuellen „Korsett" der Satzung durchgeführt werden sollte. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der Satzungsgeber bei einer Aufhebung einer Eigenanteilspflicht – und damit bei einer massiven Änderung der Kostenbelastung – die Schülerbeförderung wesentlich ändern würde. Jedenfalls stünde ihm diese Kompetenz zu, die die Kläger nicht beschneiden wollen und können.

Die Kläger begehren daher nicht die Unwirksamkeit der Satzung aufgrund einer unvollständigen Regelung, sondern dass die Satzung um eine nicht bestehende Regelung ergänzt wird.

III.
Grundsätzliche Bedeutung

Die Berufung ist ferner zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat., da sie über den Einzelfall hinaus zur Fortbildung des Rechts hinsichtlich der aus Menschenrechtsverträgen herzuleitenden subjektiv-öffentlichen Rechte dient.

Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache dann, wenn mit ihr eine grundsätzliche, bisher höchstrichterlich oder obergerichtlich nicht beantwortete Rechtsfrage oder eine im Bereich der Tatsachenfeststellung bisher obergerichtlich nicht geklärte Frage von allgemeiner Bedeutung aufgeworfen wird, die sich in dem erstrebten Berufungsverfahren stellen würde und im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortbildung des Rechts berufungsgerichtlicher Klärung bedarf.

Die Darlegung dieser Voraussetzungen erfordert

- die Bezeichnung der konkreten Frage (dazu unter **1.**).,
- die sowohl für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts von Bedeutung war, als auch für das Berufungsverfahren erheblich sein würde (dazu unter **2.**).
- Darüber hinaus muss die Antragsschrift zumindest einen Hinweis auf den Grund enthalten, der die Anerkennung der grundsätzlichen, d. h. über den Einzelfall hinausgehenden Bedeutung der Sache rechtfertigen soll (dazu unter **3.**).

Dazu im Einzelnen:

1. Bezeichnung der konkreten Fragen

Als konkrete Fragen werden hier aufgeworfen:

- Gewähren Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a IPwskR einen vor den deutschen Gerichten einklagbaren Anspruch auf Freiheit von Schülerbeförderungskosten?

www.wuertenberger-legal.de

- Gewährt Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR einen vor den deutschen Gerichten einklagbaren Anspruch auf Freiheit von Schülerbeförderungskosten?

- Gewährt Art. 28 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Rechts des Kindes einen vor den deutschen Gerichten einklagbaren Anspruch auf Freiheit von Schülerbeförderungskosten?

- Gewährt eine völkervertragsrechtskonforme Auslegung der Landesverfassung und des Schulgesetzes den Klägern einen Anspruch auf Kostenfreiheit?

- Muss der Landtag von Baden-Württemberg wesentliche Entscheidungen über bildungsrelevante Leistungen an Kinder, wie hier die Frage der Unentgeltlichkeit der Schülerbeförderungskosten, selbst treffen oder dürfen derartige Entscheidungen auf Kreisebene getroffen werden?

2. Bedeutung für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts als auch für das Berufungsverfahren

Die Fragen waren für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts von Bedeutung, da es seine Entscheidung darauf gestützt hat, dass ein Anspruch der Kläger auf kostenfreie Schülerbeförderung nicht gegeben sei. Die Satzung des Beklagten sehe einen entsprechenden Anspruch nicht vor. Eine Auslegung der Rechtsordnung im Lichte des Völkerrechts würde nicht zu einem entsprechenden Anspruch führen (Umdruck, S. 32). Es würde kein einklagbarer Anspruch aus Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a IPwskR bestehen (Umdruck, S. 20 ff.). Es würde sich ferner kein einklagbarer Anspruch aus Art. 13 Abs. 2 lit. b IPwskR ergeben (Umdruck, S. 28 f.). Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus Art. 28 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Rechts des Kindes (Umdruck, S. 29 f.). Auch aus Verfassungsrecht oder sonstigem einfachen Recht würde den Klägern kein Anspruch auf Kostenfreiheit zustehen (Umdruck, S. 30). Die Frage wäre daher auch für das Berufungsverfahren erheblich, denn bei Bejahung einer oder mehrerer Fragen müsste den Klägern (jedenfalls teilweise) die Unentgeltlichkeit zuerkannt werden und den Klagen stattgegeben werden. Dies gilt insbesondere auch für die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage, auf die das erstinstanzliche Urteil hätte eingehen müssen. Von der Antwort auf diese, letzte oben gestellte Frage hängt es ab, ob zentrale Regelungen der Satzung des Landkreises zur Erstattung der Schülerbeförderungskosten mit dem demokratischen und rechtsstaatlichen

Parlamentsvorbehalt in Einklang stehen. Die Erörterung der Feststellungsklagen hätte die inzidente Prüfung vorausgesetzt, ob den Voraussetzungen des Parlamentsvorbehalts genügt ist.

3. Hinweis auf den Grund, der die Anerkennung der grundsätzlichen Bedeutung der Sache rechtfertigen soll

Schließlich hat das vorliegende Verfahren auch offensichtlich grundsätzliche, das heißt weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung: Die Beantwortung der Frage, ob die Schülerbeförderung kostenlos zu erfolgen hat, hat Bedeutung für tausende von Fällen in Baden-Württemberg. Allein in der Initiative „Eltern für Elternrechte in Baden-Württemberg", die das vorliegenden Klageverfahren mitunterstützt, haben sich mehrere hundert Eltern aus Baden-Württemberg zusammengefunden, die gegen die völkerrechtswidrige Erhebung von Schülerbeförderungskosten eintreten.

IV.
Besondere rechtliche Schwierigkeiten

Die Berufung ist zuzulassen, weil die Rechtssache mit ihren Bezügen zu den genannten menschenrechtlichen Pakten besondere rechtliche Schwierigkeiten aufweist.

Besondere rechtliche Schwierigkeiten im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO weist ein Rechtsstreit auf, wenn die Beurteilung in rechtlicher Hinsicht das durchschnittliche Maß der Schwierigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren erheblich überschreitet. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Rechtsstreit nicht ohne weiteres anhand des Gesetzes oder der Rechtsprechung zu beantwortende Rechtsfragen mit sich bringt, derentwegen die Durchführung eines Berufungsverfahrens erforderlich ist.

Gemäß dem Darlegungsgebot (§ 124 a Abs. 1 Satz 4 VwGO) muss der Zulassungsantragsteller in fallbezogener Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil die besonderen Schwierigkeiten bezeichnen und erläutern, inwiefern sie sich von denen verwaltungsgerichtlicher Streitsachen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrades abheben.

Hier kann der Rechtsstreit nicht ohne weiteres anhand des Gesetzes oder der bisherigen Rechtsprechung beantwortet werden. Wie eingangs schon dargelegt, setzen sich weder die Gesetzgebung, noch die Verwaltung, noch die Rechtsprechung, von wenigen Einzelfällen abgesehen,

bislang systematisch mit den menschenrechtlich gewährleisteten Kinderrechten auseinander Ihr dogmatischer Standort ist in Deutschland noch nicht ansatzweise gefestigt. Die normative Tragweite der in Deutschland geltenden Kinderrechte ist bislang noch nicht konsentiert. Dies allein begründet die besonderen rechtlichen Schwierigkeiten im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

Zu erinnern ist noch einmal an die Ausführungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen, der im Mai 2011 mit mahnenden Worten gegenüber der Bundesrepublik zu Recht ausgeführt hat (Vereinte Nationen, Wirtschafts- und Sozialrat, E/C.12/DEU/CO/5, Übersetzung des englischen Textes durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Hervorhebungen nicht im Original):

> „**Der Ausschuss ist nach wie vor <u>besorgt</u> darüber, dass die Bestimmungen des Paktes von den innerstaatlichen Gerichten des Vertragsstaates (also der Bundesrepublik Deutschland) nicht geltend gemacht werden.** Der Ausschuss fordert den Vertragsstaat nachdrücklich auf, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die effektive Anwendbarkeit der Bestimmungen des Paktes vor einzelstaatlichen Gerichten zu gewährleisten und dazu auch die **<u>Sensibilisierung von Richtern</u>**, Anwälten und sonstigen in der Rechtsdurchsetzung beteiligten Amtsträgern in Bezug auf diese Verpflichtung und auf die Bestimmungen des Paktes zu erhöhen. In diesem Zusammenhang verweist der Ausschuss den Vertragsstaat auf seiner allgemeinen Bemerkungen Nr. 3 (1990) über die Art der Verpflichtungen der Vertragsstaaten und Nr. 9 (1998) über die innerstaatliche Durchführung des Pakts."

Der konkrete Fall gibt Anlass dazu, insbesondere die subjektiv-öffentlichen Rechte, die der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie die Kinderrechtskonvention gewährleisten, näher zu präzisieren und auf eine gefestigte dogmatische Grundlage zu stellen. Dies ist – wie auch das Urteil des Verwaltungsgerichts zeigt -keineswegs einfach, sondern mit besonderen rechtlichen Schwierigkeiten im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO verbunden, da es dazu bislang keinerlei unmittelbar einschlägige Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte gibt.

V.

Abweichung von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Die Berufung ist schließlich zuzulassen, weil sie in entscheidungserheblicher Weise von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abweicht.

In diesem Fall muss die nach § 124a Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche Darlegung der Gründe nicht nur die Entscheidung, von der das Urteil des Verwaltungsgerichts abweicht, so genau

bezeichnen, dass sie identifiziert werden kann. Die Begründung muss auch die Abweichung darlegen, also den das erstinstanzliche Urteil tragenden (abstrakten) Rechtssatz angeben und aufzeigen, dass dieser von einem in der Rechtsprechung der in § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO genannten Gerichte in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellten ebensolchen Rechtssatz abweicht; dabei ist die Gegenüberstellung der voneinander abweichenden Rechtssätze unverzichtbar.

Abgewichen wird hier von BVerwG, Urteil vom 29. April 2009 – 6 C 16/08 –, BVerwGE 134, 1-27.

Das Verwaltungsgericht zitiert auf Seite 21 unten „BVerwGE 134, 1", wonach die Unentgeltlichkeit für den Grundschulunterricht kategorisch gefordert ist:

> Jedenfalls Teile der Rechtsprechung gehen davon aus, dass der UN-Sozialpakt, wie sich aus seinem Art. 2 ergebe, nur Programmsätze enthalte, die zu ihrer Durchführung weiterer staatlicher Rechtsakte bedürften (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17.12.1991 - 9 S 2163/90 -, VBlBW 1992, 224). Der für die Auslegung und die Anwendung des Pakts zuständige UN-Ausschuss sieht dagegen Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR als grundsätzlich unmittelbar anwendbar durch nationale Gerichte an (vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3 (1990), 5th session, UN Doc E/1991/23, Ziffer 5; ebenso Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, 2004, S. 26). Auch das Bundesverwaltungsgericht nimmt in Bezug auf Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR an, dass dieser die Unentgeltlichkeit für den Grundschulunterricht kategorisch und ohne jeden Zusatz fordert (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.04.2009 - 6 C 16/08 -, BVerwGE 134, 1).

Ob dies anzunehmen ist, wird allerdings zunächst dahingestellt sein gelassen (Urteil, Umdruck S. 22), so dass dies für eine Zulassungsrüge wegen Divergenz zunächst noch nicht ausreichen würde.

Dann aber wird auf S. 25 des Umdrucks unten ausgeführt, dass Art. 13 Abs. 2 lit a IPwskR kein subjektives, vor deutschen Gerichten einklagbares Recht gewähren würde:

> cc) Im Übrigen verleiht Art. 13 Abs. 2 lit. a IPwskR aber auch kein subjektives vor deutschen Gerichten einklagbares Recht.

www.wuertenberger-legal.de

Dies ist ein deutlicher Widerspruch zu BVerwGE 134, 1, das in Rn. 51 (bei juris) seiner Entscheidung festgestellt hat:

> „Deutlich gegen die Annahme eines eigenen verpflichtenden Gehalts der Unentgeltlichkeit der Hochschulbildung spricht die systematische Auslegung des Art. 13 Abs. 2 IPwskR. **Während Art. 13 Abs. 2 Buchst. a IPwskR die Unentgeltlichkeit für den Grundschulunterricht kategorisch und ohne jeden Zusatz fordert,**..." (BVerwG, Urteil vom 29. April 2009 – 6 C 16/08 –, BVerwGE 134, 1-27, Rn. 51, Hervorhebungen nicht im Original).

Zuvor hat das Bundesverwaltungsgericht schon festgestellt, dass ist es nicht ausgeschlossen ist, dass Bestimmungen des Paktes unmittelbare Anwendbarkeit zukommt, sofern sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sind, wie innerstaatliche Vorschriften rechtliche Wirkung zu entfalten, also dafür keiner weiteren normativen Ausführung bedürfen (BVerwG, Urteil vom 29. April 2009 – 6 C 16/08 –, BVerwGE 134, 1-27, Rn. 46).

Die beiden Randnummern 46 und 51 zusammen in den Blick genommen heißt: Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass Art. 13 Abs. 2 lit a IPwskR ein subjektives, vor deutschen Gerichten einklagbares Recht gewährt.

Diese Verkennung der selbst zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zeigt im Übrigen die Schwächen im Urteilsaufbau des Verwaltungsgerichts. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass Art. 13 Abs. 2 Buchst. a IPwskR die Unentgeltlichkeit für den Grundschulunterricht kategorisch und ohne jeden Zusatz fordert. Es hat damit die Einklagbarkeit angenommen. Davon weicht das Verwaltungsgericht entscheidungstragend ab.

Nach alledem ist das Urteil des Verwaltungsgerichts rechtsfehlerhaft und die Berufung ist zuzulassen.

Dr. Thomas Würtenberger, LL.M.
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht