

Vorwort der Herausgeberin

Die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) hat der Behindertenpolitik auch in Deutschland einen neuen Impuls verliehen. Das Interesse an dieser neuen Rechtsquelle, ihren Aus- und Wechselwirkungen mit dem bereits bestehenden nationalen Recht für Menschen mit Behinderungen ist groß. Herausgeberin und Verlag sahen daher den Bedarf bei einer Vielzahl der Rechtsanwender/innen, neben einer handhabbaren Textfassung auch eine erste Kommentierung der wesentlichen Artikel an die Hand zu bekommen. Denn obwohl sich die Praxis umfassende Fragen zu den Auswirkungen der Konvention stellt, sind Literatur und insbesondere Rechtsprechung zur BRK noch überschaubar und fragmentarisch.

Die Idee zum vorliegenden Kommentar entstand im Nachgang einer der vielfachen Diskussionsveranstaltungen zur Umsetzung der BRK. Hier wurde einmal mehr deutlich, dass die Diskussionen häufig interessengeleitet geführt werden und nicht immer rechtliche Anknüpfungspunkte für Umsetzungsforderungen der Konvention ausgemacht werden können. Des Weiteren erfolgt die Befassung mit der BRK vielfach durch Personen aus der Sozialpolitik oder dem Sozialrecht, weshalb immer wieder Unklarheiten in Bezug auf die Anwendbarkeit und Wirkung dieses völkerrechtlichen Vertrages im deutschen Recht erkennbar sind.

Die Autorinnen und Autoren dieses Kommentars, denen Herausgeberin und Verlag ganz herzlich für ihre Mitarbeit und ihr Engagement danken, sind teils mehr im Sozialrecht, teils stärker im Völkerrecht beheimatet. Sie stellen in ihren Beiträgen ihre eigenen Meinungen dar, sodass die vorliegende Kommentierung keine Positionierung des Deutschen Vereins enthält. Vielmehr war es der Herausgeberin und dem Verlag wichtig, die Diskussion um andere, neue Blickwinkel zu bereichern und somit in dieser Kommentierung weitestgehend Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler zu Wort kommen zu lassen.

Die vorliegende Kommentierung der BRK zieht neben dem Text der Konvention in deutscher und englischer Sprache – da nur die UN-Sprachen rechtsverbindlich sind – die Beiträge zur Geltung und Verbindlichkeit der BRK im deutschen Recht, zum Inklusionsbegriff der BRK sowie zur Nicht-Diskriminierung und dem Konzept der angemessenen Vorkehrungen vor die Klammer, da sie das Gesamtverständnis der Konvention prägen. Anschließend werden die Artikel 8, 9, 12, 19, 24, 25, 26, 27 und 28 kommentiert.

Der Kommentar richtet sich an alle Personen, die in Praxis und Theorie mit dem Recht der Menschen mit Behinderungen befasst sind, und soll einen konstruktiven Beitrag zum Verständnis der nach der Ratifizierung der BRK entstandenen Rechtslage leisten.

Dem Engagement und der Unterstützung durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Eigenverlags des Deutschen Vereins ist es letztlich ganz wesentlich zu verdanken, dass die Idee des Kommentars in die Tat umgesetzt werden konnte.

Rückmeldungen zum Werk nehmen der Verlag und die Herausgeberin gerne entgegen.

Berlin, im Februar 2012

Antje Welke

Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht

1. Einleitung – Die Behindertenrechtskonvention als völkerrechtlicher Vertrag

Normativ bindende Instrumente gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung formen ein relativ junges Gebiet des Völkerrechts, das in den beiden letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts Konturen und seither auch an Dynamik gewonnen hat.¹ Zu den wichtigsten Ergebnissen dieser Dynamik zählt die Behindertenrechtskonvention (BRK)², ein ebenso avancierter wie vielfach debattierter multilateraler völkerrechtlicher Vertrag.³ Auch die Bundesrepublik Deutschland ist der Konvention beigetreten und hat sie nach Abschluss des innerstaatlichen Zustimmungsverfahrens am 24. Februar 2009 ratifiziert.⁴ Die BRK ist inzwischen gemäß ihres Art. 45 in Kraft getreten und völkerrechtlich für die Bundesrepublik verbindlich geworden. Deutschland ist daher *gesamtstaatlich* an die Bestimmungen der BRK gebunden und muss diesen, so wie im Konventionstext niedergelegt, nachkommen. Wie das im Einzelnen zu geschehen hat, hängt einerseits vom Charakter der jeweiligen Vertragsnorm, andererseits vom nationalen Verfassungsrecht und dessen Öffnung in den staatenübergreifenden Raum ab⁵ – und zwar auf gesamtstaatlicher wie auf gliedstaatlicher Ebene.

Zunächst jedoch zu den *Konventionszielen*⁶: Die BRK dient der Durchsetzung der allgemeinen – in den bestehenden und in den unter Buchstabe d) der Präambel genannten Menschenrechtsinstrumenten festgeschriebenen – Menschenrechte für eine besondere Gruppe von Menschen. Als Urgrund der Menschenrechte und „anthropologische Prämisse“ jeder Form politisch-sozialer Gemeinschaft erkennt sie ausdrücklich die Menschenwürde an.⁷ Sie enthält deshalb neben neuen und pro-aktiv fortgeschriebenen Menschenrechten für Menschen mit Behinderung insbesondere *Durchsetzungsmechanismen* und *Auslegungsmaßstäbe* für bestehende menschenrechtliche Verbürgungen, sie dient damit deren *Effektivierung*. Für die Ausstrahlung auf die deutsche Rechtsordnung im Allgemeinen und das deutsche Grundgesetz im Besonderen bedeutet dies, dass zur Umsetzung der BRK nicht die Erfindung neuer Grundrechte für Behinderte, wohl aber die *behindertenspezifische* Auslegung aller bestehenden Grundrechte gefordert ist.

Die allgemeinen Grundsätze, die der BRK zugrunde liegen, sind in Art. 3 BRK geregelt. Diese Grundsätze werden in den folgenden Vorschriften der BRK näher ausgestaltet. Es handelt sich dabei um:

1 Ausführlich Degener 2010.

2 BGBl. 2008 II S. 1419 ff. (französische und englische Sprachfassung nebst amtlicher deutscher Übersetzung).

3 Vgl. Nur beispielhaft: Quinn/Degener 2002; v. Bernstorff 2008, S. 1041 ff.; Lampke u.a. 2011.

4 Zum Begriff der Ratifikation R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 88.

5 Grundlegend Vogel 1964; später U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998.

6 v. Bernstorff 2008, S. 1041 ff.

7 Häberle 2004, § 22; Enders 1997.

- die Anerkennung der Menschenwürde und selbstbestimmten Freiheit jedes Menschen,
- die Nichtdiskriminierung,
- die inklusive soziale Teilhabe,
- die gleiche Achtung von Menschen mit Behinderung,
- die (faktische, nicht nur rechtliche) Chancengleichheit,
- die Zugänglichkeit (Barrierefreiheit),
- die (behindertenspezifische) Gleichbehandlung von Mann und Frau,
- die (behindertenspezifische) Achtung der Rechte der Kinder.⁸

2. Die Umsetzung der BRK in nationales Recht

2.1 Die Funktion des Zustimmungsgesetzes als Inkorporationsbefehl

- 4 Um der BRK im innerdeutschen Recht Geltung zu verschaffen und sie für die deutsche Rechtsordnung anwendbar zu machen, bedarf es eines Zustimmungsgesetzes (je nach Quelle auch als Inkorporations- oder Transformationsgesetz bezeichnet) gemäß Art. 59 Abs. 2 Grundgesetz (GG).⁹ Es erfüllt grundsätzlich zwei *Funktionen*. Zum einen wird durch das Gesetz der völkerrechtliche Vertrag innerstaatlich ratifiziert.¹⁰ Damit ist zugleich sichergestellt, dass die völkerrechtliche Bindung Deutschlands mit der innerstaatlichen Rechtsordnung in Einklang steht.¹¹ Denn erst durch das Zustimmungsgesetz wird der Exekutive die Erlaubnis erteilt, dem Vertrag völkerrechtlich verbindlich zuzustimmen (völkerrechtliche Ratifikation).¹² Zum anderen bewirkt das Zustimmungsgesetz die Inkraftsetzung des völkerrechtlichen Vertrags im deutschen Recht. Wie sich dieses „*Bewirken*“ dogmatisch einordnen lässt, ist nicht abschließend geklärt. Es gilt, zwischen der *Transformationstheorie* und der *Inkorporationstheorie* zu unterscheiden. Nach der Inkorporationstheorie erteilt das Zustimmungsgesetz lediglich einen Anwendungsbefehl, dem zufolge der völkerrechtliche Vertrag innerstaatlich wie nationales Recht gelten soll, seiner Rechtsnatur nach aber dem Völkerrecht zugerechnet bleibt.¹³ Nach der *Transformationstheorie* hingegen wird der völkerrechtliche Vertrag vollständig in nationales Recht überführt (*transformiert*), sodass neben dem völkerrechtlichen Vertrag ein rein national-rechtliches Vertragsgesetz existiert.¹⁴ Im Ergebnis haben sich beide Theorien heute indes angenähert. So gelten etwa auch bei der „Transformation“ für das innerstaatliche Vertragsgesetz die völkerrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung.¹⁵

8 Für eine instruktive Gesamtschau Breslin/Yee 2002.

9 Einzelheiten zum Problemkreis bei Geiger 2010, S. 154 ff.

10 Kunig, in: Vitthum 2010, S. 110, Rdnr. 81 ff.; H. v. Heinegg, in: Ipsen 2004, S. 132, Rdnr. 17. Zum Ganzen auch: Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnrn. 19 ff. m. w. N.

11 Kunig (Fußn. 10), Rdnr. 82; vom „Zweck der innerstaatlichen Vollzugssicherung“ spricht: Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 21, ebenso: Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 32. Die Vollzugssicherung einerseits und die für die parlamentarische Demokratie so wichtige Kontrolle der Exekutive durch das Parlament auch im Bereich der auswärtigen Beziehungen (Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnrn. 21a und 29) sind dabei nur zwei verschiedene Seiten derselben Medaille.

12 Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 59 m. w. N.; Jarass/Pieroth 2011, Art. 59, Rdnr. 16 m. w. N.

13 Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 61 ff.; Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 33.

14 Kunig, in: Vitthum 2010, S. 120 f., Rdnrn. 112–114 mit einem Plädoyer für die Transformationstheorie im Hinblick auf Art. 59 Abs. 2 GG (ebd. Rdnr. 114). Zur Transformationstheorie siehe auch die Nachweise bei Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 33a.

15 Kunig, in: Vitthum 2010, S. 121, Rdnr. 114. Siehe auch: Jarass/Pieroth, 2011, Art. 59, Rdnr. 19 m. w. N.

Auch für Inkrafttreten und Änderung des Gesetzes soll der zugrunde liegende völkerrechtliche Vertrag maßgeblich sein.¹⁶ Dogmatisch spricht gleichwohl vieles für die Inkorporationstheorie, da die Transformationslehre den von ihr behaupteten Umwandlungserfolg dogmatisch kaum widerspruchsfrei begründen kann.¹⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht neigt nunmehr der Inkorporationslehre zu.¹⁸

Die praktischen Folgen des dogmatischen Streits sind gering.¹⁹ Im Ergebnis lässt sich 5 jedenfalls festhalten:

- Der inkorporierte/transformierte Vertrag gilt Kraft des Zustimmungsgesetzes innerstaatlich.
- Die innerstaatliche Geltung der Vertragsnormen beginnt und endet mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit des Vertrages.
- Für die Auslegung des Vertragstextes gelten auch im nationalen Recht völkerrechtliche Maßstäbe; dabei ist insbesondere die durch die Vertragspraxis begünstigte dynamische Auslegung des Vertrages zu berücksichtigen.²⁰

2.2 Rang des inkorporierten Vertrages und verfassungsrechtliche Ausstrahlungswirkung

Die in das Bundesrecht inkorporierten Verträge teilen innerhalb der staatlichen 6 Normenpyramide²¹ den Rang des Zustimmungsgesetzes. Das Zustimmungsgesetz kann dem in das nationale Recht einzufügenden völkerrechtlichen Vertrag nach ganz h. M. keinen höheren Rang einräumen, als es selbst besitzt.²² Dies entspricht auch der Auslegungspraxis, die das Bundesverfassungsgericht insbesondere anhand der Europäischen Menschenrechtskonvention entwickelt hat.²³ Das Inkorporationsgesetz steht deshalb im Rang auf einer Stufe mit sonstigen Parlamentsgesetzen, ist also einfaches Bundesrecht.²⁴ Innerstaatlich geht deshalb das Grundgesetz *formal gesehen* den Regelungen des völkerrechtlichen Vertrages vor. Dies erscheint insbesondere bei menschenrechtlichen Verträgen, etwa der EMRK oder wie hier der BRK, bisweilen als unbefriedigend. Das Bundesverfassungsgericht versucht, das mögliche Spannungsverhältnis von Verfassung und völkerrechtlichem Vertrag dadurch zu lösen, dass es die Grundrechte des GG und die übrigen Verfassungsnormen „im Lichte“ des völkerrechtlichen Vertrages, das heißt „völkerrechtsfreundlich“ auslegt.²⁵

16 Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 168; Jaras/Pieroth 2011, Art. 59, Rdnr. 19, der (für die Rechtspraxis zurecht) die Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Theorie offen lässt.

17 Ebenso: Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 63; Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 33a.

18 Rojahn, in: v. Münch/Kunig 2001, Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 33a m. w. N.; Pernice, in: Dreier 2006, Art. 59 Rdnr. 47 erkennt eher einen Theoremix und beruft sich dabei auf BVerfGE 111, 307: „in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt“.

19 So auch Pernice, in: Dreier 2006, Art. 59 Rdnr. 47.

20 v. Heinegg, in: Ipsen 2004., S. 146 f., Rdnr. 21; Reindel 1995, S. 53 unter Hinweis auf die Bedeutung der dynamischen Auslegung insbesondere für menschenrechtliche Verträge. Zur dynamischen Auslegung siehe auch Art. 31 Abs. 3 Buchstaben a und b Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), dazu wiederum Geiger 2010, S. 99 ff.

21 Dazu der Klassikertext von: Kelsen 1960, S. 228 ff.

22 Jarass/Pieroth 2011, Art. 59, Rdnr. 19; Schweitzer 2010, S. 180, Rdnr. 447a.

23 Kotzur 2009, S. 41 ff., 46 f.; im Überblick: Klein 2010, S. 651 ff.; Schweitzer 2010, S. 180, Rdnr. 447a.

24 Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 65.

25 Nationales Recht aller Rangstufen ist danach so auszulegen, „dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands nicht besteht“ (so: BVerfG, NJW 2004, S.

2.3 Self-executing- und Non Self-executing-Rules

- 7 Mit der Inkorporation bzw. Transformation eines völkerrechtlichen Vertrages in die nationale Rechtsordnung ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die so übernommenen Vertragsregelungen *unmittelbar* Rechte und Pflichten für den Einzelnen begründen, ob sie also ohne weitere Ausgestaltung der Vertragspflichten durch den nationalen Gesetzgeber unmittelbar von Gerichten und Verwaltungsbehörden zugunsten oder zulasten der Bürgerinnen und Bürger angewendet werden können oder nicht.²⁶ Für die erste Variante hat sich die aus dem Englischen entlehnte Terminologie „self-executing-norms“, für die zweite „non self-executing-norms“ durchgesetzt.²⁷
- 8 Transformiert bzw. inkorporiert wird in die deutsche Rechtsordnung zunächst der gesamte Vertrag. Damit gilt dieser als verbindliches Recht. Die Geltung einer Vertragsnorm als Rechtssatz hat aber nicht in jedem Fall die *unmittelbare Anwendbarkeit* zur automatischen Folge.²⁸ Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Norm „nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, also dafür keiner weiteren normativen Ausfüllung bedarf“.²⁹ Für die BRK bedeutet dies, dass zwar der gesamte Vertrag innerstaatlich durch das Zustimmungsgesetz gilt, dass aber zahlreiche Normen der Konvention aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht unmittelbar anwendbar sind. Damit strahlt die Konvention in ihrer Gesamtheit auf die deutsche Rechtsordnung aus, ohne in jedem Fall subjektive Rechte zu vermitteln oder konkrete Pflichten zu schaffen.³⁰ Verfehlt wäre aber die Annahme, die BRK enthalte (nahezu) gar keine unmittelbar anwendbaren Vorschriften.³¹ Hiergegen spricht bereits die Tatsache, dass die BRK in ihrem Fakultativprotokoll eine *Individualbeschwerde* zulässt, die nur mit der Behauptung erhoben werden kann, in einem der Konventionsrechte verletzt zu sein. Sie setzt also zwingend die Verbürgung subjektiver Rechte in der Konvention voraus.³² Der Gehalt dieser Rechte lässt sich – was in der kontextabhängigen Struktur der BRK bewusst angelegt ist – nur in einer Gesamtschau mit den allgemeinen Menschenrechtspakten IPbürgR und IPsozR³³ bestimmen. Die

3408 mit Hinweis auf die entsprechende ständige Rspr. des Gerichts). Allgemein zum Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit: Geiger 2010, S. 170 f.

26 Geiger 2010, S. 157 ff.

27 Schweitzer 2010, S. 172 ff.; Pernice, in: Dreier 2006, Art. 59 Rdnr. 47.

28 Ebenso Niedobitek 2001, S. 287; Streinz, in: Sachs 2009, Art. 59, Rdnr. 66–69 m. w. N. – offen gelassen bei: Schweitzer 2010, S. 173, Rdnr. 439a. Die Gegenauffassung, wonach nur diejenigen Vertragsnormen „transformabel“ sind, die auch unmittelbar anwendbar sind (dazu die Nachweise bei Streinz a.a.O.), erkennt den Unterschied von Geltung und Anwendung, zumal die Geltung – ohne unmittelbare Anwendung im eigentlichen Sinne – auch bei einer Ausstrahlung der Vertragsnormen auf bereits bestehendes Recht zum Tragen kommen kann, der Streit also nicht rein akademischer Natur ist. Zu Recht vermerkt etwa Niedobitek: „Völkerrechtliche Verträge, die nicht in den innerstaatlichen Raum hineinwirken können, gibt es nicht.“ (Niedobitek a.a.O.).

29 Ständige Rechtsprechung, siehe nur: BVerwGE 87, 11 ff. (S. 13), BVerwGE 80, 233 ff. (S. 235).

30 Ebenso Schweitzer: „Unabhängig von der Wirkung von nicht-vollzugsfähigem bzw. non-self-executing Völkerrecht im nationalen Recht stellt sich aber die Frage, ob die innerstaatlichen Behörden und Gerichte nationales Recht völkerrechtskonform auslegen müssen. [...] Daher ist insbesondere bei der Konkretisierung von *Generalklauseln* und im Falle von *Ermessensentscheidungen* bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des nationalen Rechts diejenige Auslegung zu wählen, die völkerrechtskonform ist.“ (Schweitzer 2010, S. 176, Rdnr. 440c – Hervorhebungen nicht im Original).

31 So aber: VGH Kassel, NVwZ-RR 2010, S. 602.

32 Riedel/Arend 2010, S. 1346 ff. (S. 1348).

33 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr), engl.: International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) und Internationaler Pakt über wirtschaftli-