

Archiv des Völkerrechts

Herausgegeben von
Sigrid Boysen · Markus Tobias Kotzur
Robert Uerpman-Wittzack

Eibe Riedel

Reflections on the UN Human Rights
Covenants at Fifty

Helmut Goerlich

800 Jahre Magna Charta Libertatum Revisited

Robert Uerpman-Wittzack

Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis

Robert Uerpman-Wittzack/Alina Prechtl

Das Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung



Herausgeberin und Herausgeber:

Professorin Dr. *Sigrid Boysen*, Hamburg; Professor Dr. *Markus Tobias Kotzur*, Hamburg;
Professor Dr. *Robert Uerpmann-Wittzack*, Regensburg.

In Verbindung mit:

Professor Dr. *Thomas Bruha*; Professor Dr. Dr. h.c. (Univ. Athen) Dr. h.c. (Univ. Istanbul)
Philip Kunig; Professor Dr. *Werner Meng* †; Professor Dr. *Walter Rudolf*, Membre de
l'Institut de Droit International, Professor Dr. Dr. h.c. rer. publ. (Univ. St. Gallen) Daniel
Thürer, Membre de l'Institut de Droit International.

Ständige Mitarbeiter:

Professor Dr. *Wolfgang Benedek*, Graz; Professor Dr. h.c. *Jochen A. Frowein*, Membre de
l'Institut de Droit International, Heidelberg; Professor Dr. *Peter Hilpold*, Innsbruck; Pro-
fessor Dr. *Knut Ipsen*, ehem. Präsident des Deutschen Roten Kreuzes, Bochum; Professor
Dr. *Zdzisław Kędzia*, Genf; Professor Dr. *Paolo Picone*, Rom.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Redaktion
Sebastian von Massow, B.A. (Hons) (Oxon), G.D.L.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das
Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme
zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für
die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu
den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/avr.

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift
oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte
wenden Sie sich an rights@mohr.de. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen, Beiträge
und Berichte trägt ausschließlich der Verfasser die Verantwortung. Manuskripteinsendun-
gen sind zu richten an:

Redaktion Archiv des Völkerrechts
Institut für Internationale Angelegenheiten
der Universität Hamburg
Rothenbaumchaussee 33
20148 Hamburg

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang
zum Online-Volltext enthalten. Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um
Einhaltung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: elke.brixner@mohr.de. Um den
Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen ein-
zurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel

© 2016 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen – Die Zeitschrift und alle in ihr enthalte-
nen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne die Zustimmung des Ver-
lags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N. Druck: Müller + Bass, Tübingen.
ISSN 0003-892X

Diesem Heft liegt ein Prospekt unseres Verlags bei.

Zitierweise: AVR

Archiv des Völkerrechts
54. Band · 2. Heft

Inhalt dieses Heftes

Walter Rudolf: Nachruf auf Werner Meng 129

Schwerpunkt dieser Ausgabe: Menschenrechte
Special Focus of this Issue: Human Rights

Abhandlungen

Eibe Riedel: Reflections on the UN Human Rights Covenants at Fifty 132

Helmut Goerlich: 800 Jahre Magna Charta Libertatum Revisited – Mythos und mehr 153

Robert Uerpmann-Wittzack: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen 181

Beitrag

Robert Uerpmann-Wittzack/Alina Prechtl: Das Gebot der Rechtsbehelferschöpfung vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung: Die Entscheidung in der Sache S. C./Brasilien 213

Dokument

Entscheidung des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 02.10.2014 in der Sache S.C. ./ Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013 222

Rezensionen

William A. Schabas: The European Convention on Human Rights. A Commentary
Referent: *Marten Breuer* 228

Başak Çali: The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal
Referent: *Thomas Kleinlein* 232

Eirik Bjorge, Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees
Referent: *Andreas Th. Müller* 235

Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Prof. Dr. iur. ROBERT UERPMANN-WITZACK,
maître en droit, Regensburg*

I. Einführung

Vor zehn Jahren beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13.12.2006 das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, kurz Behindertenrechtskonvention (BRK).¹ In den folgenden Jahren erfolgten im deutschen völkerrechtlichen Schrifttum erste Würdigungen,² auch in dieser Zeitschrift.³ Eine erste Dissertation erschien 2010.⁴ Mittlerweile wurden wesentliche Teile der BRK kommentiert.⁵ Inhaltlich konzentrierte sich die deutsche Debatte zunächst auf die Vorgaben des Art. 24 BRK für die schulische Inklusion und deren innerstaatliche Wirkung.⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat aner-

* Den Teilnehmenden der Regensburger Veranstaltung: 10 Jahre UN-Behindertenrechtskonvention, im Sommersemester 2016 danke ich für anregende Diskussionen.

¹ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UNTS, Bd. 2515, S. 3, BGBl. 2008 II, S. 1419.

² *Jochen von Bernstorff*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), S. 1041 ff.; *Theresa Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention, Vereinte Nationen 2010, 57; *Valentin Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, AnwBl. 2011, S. 727 ff.; zuvor schon *Theresa Degener*, Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen, Vereinte Nationen 2006, S. 104 ff.

³ *Stefanie Schmahl*, Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, AVR 45 (2007), S. 517 ff.

⁴ *Lauri Philipp Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010.

⁵ *Antje Welke* (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention, 2012.

⁶ *Jochen v. Bernstorff*, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?, RdJB 2011, S. 203 ff.; *Eibe Riedel*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine

kannt, dass die BRK in ähnlicher Weise bei der Auslegung deutscher Grundrechte zu berücksichtigen ist, wie die Europäische Menschenrechtskonvention.⁷ Tatsächlich steht eine konsequente Auslegung des Grundgesetzes im Lichte der BRK noch aus.⁸ Bemerkenswert ist der programmatische Beitrag des Präsidenten des Bundessozialgerichts in der Festschrift für die ehemalige Richterin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Renate Jäger: „Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!“⁹

Weltweit verlief der Ratifikationsprozess außergewöhnlich erfolgreich. Schon nach 17 Monaten lagen zwölf Ratifikationen vor,¹⁰ so dass die Konvention gemäß Art. 45 Abs. 1 BRK in Kraft treten konnte. Inzwischen kommt sie mit 165 Vertragsstaaten und der Europäischen Union als weiterer Vertragspartei der universellen Geltung nahe.

Mittlerweile hat auch der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, der nach Art. 34 BRK errichtet wurde und 2009 seine Arbeit aufnahm,¹¹ eine beachtliche Tätigkeit entfaltet.¹² Zu 41 Staatenberichten hat er bis Ende 2015 Abschließende Bemerkungen (Concluding Observations) abgegeben,¹³ und nach dem Fakultativprotokoll vom 13.12. 2006 (FP BRK)¹⁴ hat er bis Mitte 2016 13 Individualbeschwerden beschieden.¹⁵ Hinzu kommen zwei Allgemeine Bemerkungen (General Com-

Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346 ff.; Markus Krajewski, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, S. 120 ff.

⁷ BVerfGE 128, 282 (306)=NJW 2011, 2113, Rn. 52; BVerfG (Kammer), NJW 2014, 3567, Rn. 6.

⁸ Dazu Robert Uerpman-Wittzack, Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gleichstellung und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, in Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), 50 Jahre Deutscher Sozialrechtsverband. Inklusion behinderter Menschen als Querschnittsaufgabe, 2016, S. 29 (71 f.).

⁹ Peter Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!, in Festschrift für Renate Jäger, 2011, S. 245 ff.; siehe auch *dens.*, Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Reform des Teilhaberechts behinderter Menschen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3/2014, S. 18 ff.

¹⁰ Angaben zum Ratifikationsstand nach United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Chap. IV No. 15, abrufbar unter <https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx> (alle Webseiten zuletzt aufgerufen am 29.7.2016).

¹¹ Siehe Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CeeRPD), Report of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on its first session, 23–27.2.2009, CRPD/C/1/2.

¹² Siehe die Berichte über die Ausschusstätigkeit von Theresia Degener, VN 2012, S. 232 f.; 2013, S. 231 f.; 2014, S. 177 f.; 2015, S. 229 f.

¹³ Abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=4&DocTypeID=5.

¹⁴ Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106 (Annex II), BGBI. 2008 II, S. 1453.

¹⁵ Die ersten elf Entscheidungen sind abrufbar unter <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=4&sortOrder=Date>.

ments)¹⁶ sowie Leitlinien (Guidelines) zum Recht auf Freiheit und Sicherheit.¹⁷

Ähnlich wie der UN-Menschenrechtsausschuss und weitere Vertragsgremien ist der BRK-Ausschuss ein Expertengremium. Im Einklang mit Art. 34 Abs. 2, 3 BRK hat er mittlerweile 18 Mitglieder, die von den Staaten in enger Abstimmung mit Behindertenverbänden vorgeschlagen,¹⁸ von den Vertragsstaaten gewählt werden¹⁹ und dem Ausschuss in ihrer persönlichen Eigenschaft angehören.²⁰ Während die Unabhängigkeit durchaus derjenigen eines Gerichts ähnelt, fehlt eine Vorschrift wie Art. 21 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²¹, wonach die Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) „die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein“ müssen. Statt dessen betont Art. 34 Abs. 3 Satz 1 BRK die notwendige „Sachkenntnis und Erfahrung auf dem von diesem Übereinkommen erfassten Gebiet ...“ An die Stelle allgemeiner Rechtskenntnis und richterlicher Erfahrung, wie sie bei einem internationalen Menschenrechtsgerichtshof erwartet werden, tritt also eine besondere Expertise im Bereich Behinderung und Behindertenrechte.

In diesem Beitrag soll die Praxis des Ausschusses im Vordergrund stehen. Obwohl es sogar schon ein Verfahren gibt, in dem der Ausschuss eine Konventionsverletzung Deutschlands festgestellt hat, sind die Ausschusspraxis im Allgemeinen und die Spruchpraxis im Besonderen in Deutschland bislang nur minimal rezipiert worden.²² Der zehnte Geburtstag der BRK ist daher ein guter Anlass, die bisherige Praxis des Ausschusses in den Blick zu nehmen. Über die Spruchpraxis des Ausschusses im Individualbeschwerdeverfahren hinaus werden auch die beiden General Comments sowie die Leitlinien zum Recht auf Freiheit und Sicherheit analysiert. In diesen Dokumenten finden sich immer wieder Ausführungen zum Konven-

¹⁶ CeerPD, General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/2 vom 19.5.2014; General comment No. 2 (2014), Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2 v. 22.5.2014; deutsche Übersetzungen des Deutschen Instituts für Menschenrechte abrufbar unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-brk/publikationen/>.

¹⁷ CeerPD, Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities, September 2015, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GuidelinesArticle14.doc>.

¹⁸ Art. 34 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BRK.

¹⁹ Art. 34 Abs. 4 BRK.

²⁰ Art. 34 Abs. 3 BRK.

²¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11. 1950, European Treaties Series No. 5, BGBl. 2010 II, S. 1199.

²² Aus dem ausländischen Schrifttum *Oliver Lewis, Nyusti und Takacs v Hungary: decision of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, European Human Rights Law Review* 13 (2013), S. 419 ff.

tionsverständnis, das der Ausschuss seiner Arbeit zugrunde legt. In seinen Abschließenden Bemerkungen im Staatenberichtsverfahren beschränkt sich der Ausschuss dagegen regelmäßig darauf, die seiner Auffassung nach bestehenden Konventionsverstöße und gebotene Reformmaßnahmen aufzulisten.²³ Dogmatisch sind diese Dokumente kaum aussagekräftig.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die bisherige Spruchpraxis gegeben werden (II.). Anschließend werden im Spiegel der BRK-Praxis Grundzüge der Konventionsdogmatik analysiert (III.). Eine Gesamtbeurteilung schließt den Beitrag (IV.).

II. Überblick über die Spruchpraxis

1. Unzulässige Beschwerden

Drei Beschwerden hat der BRK-Ausschuss als unzulässig verworfen.

In der Sache Kenneth McAlpine/Vereinigtes Königreich hatten die nationalen Gerichte bereits vor dem Inkrafttreten der Konvention abschließend über die beanstandete Entlassung des Beschwerdeführers entschieden. Die Mitteilung war damit unzulässig *ratione temporis*.²⁴

In der Sache A. M./Australien wandte sich der Beschwerdeführer gegen die Linie der zuständigen Justizorgane, gehörlose Personen, die auf eine Übersetzung in Gebärdensprache angewiesen sind, auch gegen deren Willen vom Geschworenenamt zu befreien. A. M. war insofern betroffen, als er selbst taub war. Allerdings beruhte die Vorauswahl der Geschworenen auf dem Zufallsprinzip, und schon hier war der Beschwerdeführer bislang nicht zum Zuge gekommen. Damit war er lediglich hypothetisch betroffen, und es fehlte ihm die nötige Opfereigenschaft im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FP BRK.²⁵ Mittlerweile hat der Ausschuss zwei parallele Beschwerden von gehörlosen Personen, die in Australien vom Geschworenenamt ausgeschlossen wurden, in der Sache beschieden und eine Konventionsverletzung festgestellt.²⁶

Die Mitteilung im Fall S. C./Schweden scheiterte am Gebot der Rechtsbehelferschöpfung gemäß Art. 2 lit. d FP BRK.²⁷ Die Beschwerdeführe-

²³ Beispielhaft CeeRPD, *Concluding Observations on the initial report of Germany*, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1 (zur deutschen Übersetzung oben Fn. 16).

²⁴ CeeRPD, Entsch. v. 28.9.2012, Kenneth McAlpine/Vereinigtes Königreich, CRPD/C/8/D/6/2011, Rn. 6.5.

²⁵ CeeRPD, Entsch. v. 27.3.2015, A. M./Australien, CRPD/C/13/D/12/2013, Rn. 8.5–8.7.

²⁶ CeeRPD, Auffassungen v. 1.4.2016, Beasley/Australien, CRPD/C/15/11/2013, Rn. 8.5–9; Auffassungen v. 1.4.2016, Lockrey/Australien, CRPD/C/15/D/13/2013, Rn. 8.5–9.

²⁷ CeeRPD, Entsch. v. 2.10.2014, S. C./Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013, Rn. 6.5; auszugsweise ins Deutsche übersetzt in diesem Heft.

rin hatte vergeblich Prozesskostenhilfe für die Revision zum Obersten Arbeitsgericht beantragt; die daraufhin ohne anwaltliche Vertretung erhobene Revision wurde als unzulässig verworfen.²⁸ Die Annahme fehlender Rechtsbehelferschöpfung ist unbefriedigend, weil nicht klar wird, ob Prozesskostenhilfe mangels Bedürftigkeit oder mangels Erfolgsaussichten²⁹ versagt wurde. Letzterenfalls spräche viel dafür, dass die Beschwerdeführerin alle zumutbaren Rechtsbehelfe ausgeschöpft hat. Im Übrigen hatte Brasilien als Beschwerdegegner zwar mangelnde Rechtsbehelferschöpfung gerügt, dabei aber, soweit aus der Entscheidung ersichtlich, nur auf das Fehlen einer Konventionsverletzungsrüge abgestellt und nicht auf die unzulässige Revisionserhebung.³⁰ Auch insofern ist die Entscheidung merkwürdig.³¹ Schließlich ist die Entscheidung wichtig, weil der Ausschuss grundlegende Ausführungen zum Behinderbegriff macht,³² obwohl sie im Falle mangelnder Rechtswegerschöpfung gar nicht notwendig gewesen wären.

2. Unbegründete Beschwerden

Zwei Beschwerden hat der Ausschuss bislang für unbegründet gehalten. Beide betrafen die Nichteinstellung von Menschen mit Behinderungen und damit Art. 27 BRK. In einem Fall sah der Ausschuss keinen Zusammenhang zwischen der Nichteinstellung und der Behinderung.³³ Im anderen Fall bewarb sich eine Sehbehinderte um eine Stelle bei der Sozialversicherung. Da die Bewerberin aufgrund ihrer Sehbehinderung das Computersystem der Sozialversicherung in der vorhandenen Form nicht nutzen konnte, ging es darum, ob der begehrte Arbeitsplatz mit Hilfe angemessener Vorehrungen für sie geeignet gemacht werden konnte. Der Ausschuss betonte den Beurteilungsspielraum des Konventionsstaates und konnte in der ablehnenden arbeitsgerichtlichen Entscheidung keinen Konventionsverstoß erkennen.³⁴ Sechs von 16 mitwirkenden Ausschussmitgliedern dissentierten und rügten eine verengte Prüfungsperspektive.

²⁸ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 2.5.

²⁹ Darauf könnte die Formulierung: „for lack of merit“, aaO., Rn. 6.5, hindeuten.

³⁰ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 4.3.

³¹ Siehe dazu *Robert Uerpmann-Wittack/Alina Precht*, Das Gebot der Rechtsbehelferschöpfung vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung: Die Entscheidung in der Sache S. C./Brasilien, in diesem Heft.

³² S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3; dazu unten zu III 1.

³³ CeeRPD, Auffassungen v. 27.3.2015, A. F./Italien, CRPD/C/13/D/9/2012, Rn. 8.5.

³⁴ CeeRPD, Auffassungen v. 2.10.2014, Jungeling/Schweden, CRPD/C/12/D/5/2011, Rn. 10.5 f.

3. Begründete Beschwerden

Acht der bisher beschiedenen 13 Beschwerden hielt der Ausschuss für begründet. In der Sache Gröniger/Deutschland ging es wiederum um den Berufszugang. Der Ausschuss sah in der Ausgestaltung des Eingliederungszuschuss für die Beschäftigung von behinderten Menschen jedenfalls in der bis 2012 geltenden Fassung³⁵ einen Verstoß gegen Art. 27 BRK in Verbindung mit weiteren Konventionsbestimmungen.³⁶ In zwei anderen Beschwerden wurde die Barrierefreiheit nach Art. 9 BRK thematisiert, einmal bei ungarischen Geldautomaten³⁷ und im anderen Fall bei den Anzeigesystemen der Linzer Straßenbahnen.³⁸ In der Sache Bujdosó u.a./Ungarn ging es um die politische Teilhabe geistig behinderter Menschen gemäß Art. 29 BRK und konkret um den Ausschluss vom Wahlrecht.³⁹ Australien wurde zweimal gerügt, weil Blinde nicht als Geschworene zugelassen worden waren.⁴⁰ Argentinien hatte sich nach Art. 14 Abs. 2 BRK wegen unzureichender Vorkehrungen zugunsten eines Strafgefangenen mit Behinderungen nach Art. 14 Abs. 2 BRK zu verantworten.⁴¹ Die schwedische Weigerung, einer physisch behinderten Frau in Abweichung vom Bebauungsplan den Bau eines Therapiepools zu gestatten, wertete der Ausschuss als unzulässige Diskriminierung im Form des Vorenthalts angemessener Vorkehrungen sowie als Verstoß gegen die Vorschriften über Gesundheit und Rehabilitation in Art. 25 f. BRK.⁴²

III. Konventionsrechtsdogmatik im Spiegel der Ausschusspraxis

Die BRK ist als hybrides Instrument bezeichnet worden.⁴³ Einerseits stellt die Konvention die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung in den Vordergrund, andererseits beschränkt sie sich nicht auf Diskriminierungsverbote, sondern sie will die Rechte von Menschen mit Behinderung um-

³⁵ Heute §§ 88 ff. SGB III.

³⁶ CeerPD, Auffassungen v. 4.4.2014, Gröniger/Deutschland, CRPD/C/D/2/2010, Rn. 6.2 f.

³⁷ CeerPD, Auffassungen v. 16.4.2013, Nyusti und Takács/Ungarn CRPD/C/9/D/1/2010; dazu *Lewis* (Fn. 22).

³⁸ CeerPD, Auffassungen v. 21.8.2015, F/Österreich, CRPD/C/14/D/21/2014.

³⁹ CeerPD, Auffassungen v. 9.9.2013, Bujdosó u.a./Ungarn, CRPD/C/10/D/4/2011; auszugsweise ins Deutsche übersetzt in DÖV 2016, 613; dazu Robert Uerpman-Witzack, Der Wahlrechtsausschluss für Menschen unter Betreuung auf dem Prüfstand des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, ebd., S. 608 f.

⁴⁰ Oben Fn. 26.

⁴¹ CeerPD, Auffassungen v. 11.4.2014, X/Argentinien, CRPD/C/11/D/8/2012.

⁴² CeerPD, Auffassungen v. 19.4.2012, H. M./Schweden, CRPD/C/7/D/3/2011.

⁴³ Theresia Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention, VN 2010 57 (58).

fassend garantieren. Als Antidiskriminierungskonvention ähnelt die BRK dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966⁴⁴ sowie dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979.⁴⁵ Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit sind als Allgemeine Grundsätze in Art. 3 lit. b und e BRK verankert, am Anfang der einzelnen Garantien steht mit Art. 5 die Gleichberechtigung sowie Nichtdiskriminierung, und der Gleichheitsaspekt zieht sich durch die einzelnen Gewährleistungen der Konvention. Es geht um den „gleichberechtigten Genuss“,⁴⁶ also „gleichberechtigt mit anderen“⁴⁷ bzw. „auf der Grundlage der Gleichberechtigung“.⁴⁸ Die Konvention geht jedoch über eine reine Antidiskriminierungskonvention hinaus, indem sie aus der speziellen Perspektive von Menschen mit Behinderung umfassend alle Menschenrechte gewährleisten will. Diesen Ansatz teilt sie mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989.⁴⁹ Dabei überwindet die Konvention die klassische Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits, wie sie den beiden UN-Menschenrechtspakten von 1966 zugrunde liegt. So steht das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben, das jedenfalls im Kern ein klassisches bürgerliches und politisches Recht ist,⁵⁰ in Art. 29 BRK gleich nach dem Recht auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz (Art. 28 BRK) als typischem sozialen Recht. Diese Grenzüberwindung zeichnet die BRK als modernes Rechtsinstrument aus. Freilich lebt die Unterscheidung zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten auch in der BRK fort. So erkennt Art. 4 Abs. 2 BRK in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 IPwskR an, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte unter Umständen nur allmählich verwirklicht werden können. Die Abgrenzung zwischen verschiedenen Typen von Rechten wird in der BRK also nicht obsolet.

Damit ergibt sich die Struktur der folgenden konventionsdogmatischen Erwägungen. Zunächst wird der Begriff der Behinderung betrachtet, der den Anwendungsbereich der Konvention eröffnet (1.). Der folgende Abschnitt ist den Gleichheitsrechten gewidmet (2.), bevor im 3. Abschnitt der

⁴⁴ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UNTS, Bd. 660, S. 195.

⁴⁵ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UNTS, Bd. 1249, S. 13.

⁴⁶ Art. 10 BRK, Recht auf Leben.

⁴⁷ Siehe nur Art. 12 Abs. 2 BRK, Gleiche Anerkennung vor dem Recht; Art. 13 Abs. 1, Zugang zur Justiz; Art. 14 Abs. 1 lit. a, Freiheit und Sicherheit der Person.

⁴⁸ Art. 15 Abs. 2 BRK, Freiheit von Folter sowie grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung.

⁴⁹ Convention on the Rights of the Child, UNTS, Bd. 1577, S. 3.

⁵⁰ Siehe nur Art. 25 IPbpR.

Unterscheidung zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten sowie, allgemeiner, zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen nachgegangen wird. In einem weiteren Abschnitt geht es um die Schrankendogmatik (4.). Schließlich ist auf die Methoden der Konventionsauslegung (5.), die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs (6.) und Konkurrenzen zwischen einzelnen Rechten (7.) einzugehen.

1. Der Begriff der Behinderung

Der Behindertenbegriff wird in Art. 1 Abs. 2 BRK teildefiniert.⁵¹ Auf eine abschließende Definition verzichtet die Konvention, so dass der Begriff Entwicklungsoffen ist. Art. 1 Abs. 2 BRK stellt auf Beeinträchtigungen ab, die sich im Zusammenspiel mit Barrieren als Hindernis für die volle, wirksame und gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe auswirken. In den meisten Fällen lässt sich die Behinderung problemlos feststellen. In jeweils drei Fällen ging es um Gehörlosigkeit⁵² und um Blindheit bzw. starke Einschränkungen der Sehfähigkeit.⁵³ In einem Fall ging es um eine genetisch bedingte Stoffwechselkrankheit,⁵⁴ in einem anderen um eine Bindegewebsstörung mit überbeweglichen Gelenken.⁵⁵ Auch in einem Fall, in dem es um eine fehlerhafte Bandscheibenprothese und die Folgen eines Schlaganfalls ging, war die Behinderung nicht zweifelhaft.⁵⁶

Streitig wurde das Vorliegen einer Behinderung im Fall S. C./Brasilien.⁵⁷ Nach einem Motorradunfall war die Beschwerdeführerin wegen einer Knieverletzung über drei Monate arbeitsunfähig. Nach den Regeln der sie beschäftigenden Bank verlor sie nach drei Monaten den Anspruch auf Rückkehr an ihren alten Arbeitsplatz und wurde versetzt. Der Vertragsstaat machte geltend, dass die Knieverletzung keine Behinderung begründe, weil seinerzeit lediglich eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei. Der Ausschuss betonte den nicht abschließenden Charakter der Begriffsumschreibung in Art. 1 Abs. 2 BRK. Die Knieverletzung sei eine körperliche Beeinträchtigung, die im Zusammenspiel mit Barrieren die vollwertige Teilhabe der Beschwerdeführerin einschränken könne. Zwischen Krankheit und Behinderung gebe es nur einen graduellen und keinen qualitativen Unterschied. Durch bloßen Zeitablauf könne aus einer Krankheit eine Behinderung werden. Unter Berufung auf die Prä-

⁵¹ Siehe aber unten zu III 5 d zum abweichenden französischen Wortlaut.

⁵² Oben Fn. 25, 26.

⁵³ Jungeling/Schweden (Fn. 34); Nyusti und Takács/Ungarn (Fn. 37); F/Österreich (Fn. 38).

⁵⁴ A. F./Italien (Fn. 33).

⁵⁵ Sog. Ehlers-Danlos-Syndrom; H. M./Schweden (Fn. 42), Rn. 2.1 f.

⁵⁶ X/Argentinien (Fn. 41).

⁵⁷ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.5.

ambelabsätze e und i betonte der Ausschuss den Aspekt der Vielfalt von Menschen mit Behinderungen⁵⁸ sowie das gemeinsame Merkmal der einstellungs- und umweltbedingten Barrieren, um zu einem weiten Behindertungsbegriff zu gelangen. Schließlich zog er die Interamerikanische Konvention über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen heran, um auch vorübergehende Beeinträchtigungen in den Behindertungsbegriff einzubeziehen.⁵⁹ Die Entscheidung zeigt die Bereitschaft des Ausschusses, den Begriff der Behinderung weit auszulegen. Genaue Konturen erlangt der Begriff damit noch nicht. Angesichts der Rückgriffs auf die Interamerikanische Konvention bleibt offen, ob die erweiternde Auslegung nur für Brasilien als Vertragsstaat der Interamerikanischen Konvention⁶⁰ gelten soll oder generell.

Mit dem Merkmal der Beeinträchtigung scheint der Behindertenbegriff ein objektiv bestimmbarer Element zu haben. Bei körperlichen und Sinnesbeeinträchtigungen ergeben sich in der Tat kaum Zweifel. So war das Vorliegen einer behinderungsbegründenden Beeinträchtigung in den meisten Fällen nicht zweifelhaft.⁶¹ Anders verhält es sich mit seelischen und geistigen Behinderungen. In seinem General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht hebt der Ausschuss hervor, dass das Konzept der geistigen Zurechnungsfähigkeit (mental capacity) hoch umstritten sei; es handle sich nicht um ein objektiv auftretendes Phänomen, sondern um ein Konstrukt, das dem gesellschaftlichen und politischen Wandel unterworfen sei.⁶² Dementsprechend lässt der Ausschuss offen, ob im konkreten Fall tatsächlich eine relevante Beeinträchtigung vorliegt, indem er gleichermaßen auf vermeintliche oder tatsächliche Defizite abstellt.⁶³ Schließt der Staat also Personen von der Teilhabe aus, weil er ein geistiges Defizit annimmt, ist der Anwendungsbereich der BRK eröffnet, auch wenn das angenommene Defizit tatsächlich gar nicht vorliegt.

2. Gleichheitsdogmatik

a) Anknüpfung an eine Behinderung

Die BRK verbietet Diskriminierungen „aufgrund von Behinderung“. Diese Formulierung findet sich im allgemeinen Diskriminierungsverbot

⁵⁸ Dazu *Schmahl* (Fn. 3), AVR 45 (2007), S. 517 (526 f.).

⁵⁹ Dazu noch unten zu III 5 b.

⁶⁰ Zum Ratifikationsstand siehe <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-65.html>.

⁶¹ Siehe oben Fn. 52–56.

⁶² General Comment No. 1 (Fn. 16), Rn. 14.

⁶³ General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 13: „perceived or actual deficits“; siehe auch Bujdosó/Ungarn (Fn. 39): „perceived or actual psychosocial or intellectual disability“ (Rn. 9.4); „perceived or actual intellectual disability“ (Rn. 9.5).

des Art. 5 Abs. 2 BRK ebenso wie in der Begriffsdefinition des Art. 2 BRK. Es handelt sich danach um ein Anknüpfungsverbot.⁶⁴

Die deutsche Bundesregierung setzt schon hier an, um die Geschäftsunfähigkeit bei „einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ gemäß § 104 Nr. 2 BGB aus dem Anwendungsbereich der BRK auszuklammern.⁶⁵ Sie stellt darauf ab, dass die Geschäftsunfähigkeit nach dem Tatbestand der Norm nur dann ausgeschlossen sei, wenn der Zustand krankhafter Störung „seiner Natur nach ein vorübergehender“ sei. Hingegen beginne die Behinderung erst bei einer „langfristigen“ Beeinträchtigung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BRK. Es wird also ein Bereich der nicht nur vorübergehenden, aber noch nicht langfristigen Störung postuliert, in dem keine Behinderung i.S.d. BRK vorliege mit der Folge, dass § 104 Nr. 2 BGB nicht nur Behinderte erfasse und damit nicht an das Vorliegen einer Behinderung anknüpfe, so dass keine Diskriminierung i.S.d. BRK vorliege. Dieser Ansatz erscheint unhaltbar.

Zunächst ist schon zweifelhaft, ob es überhaupt einen Zwischenbereich zwischen lediglich vorübergehenden und langfristigen Beeinträchtigungen gibt. Selbst wenn man einen solchen Zwischenbereich annimmt, übersieht die Bundesregierung, dass Art. 1 Abs. 2 BRK den Begriff der Behinderung nicht abschließend definiert. Folgt man der weiten Auffassung des BRK-Ausschusses in der Sache S. C./Brasilien,⁶⁶ wird das Merkmal der Langfristigkeit hinfällig oder zumindest relativiert. Damit erscheint schon die These, dass § 104 Nr. 2 BGB auch Menschen ohne Behinderung erfasst, gewagt.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es eine kleine Gruppe von Menschen gibt, bei denen die Beeinträchtigung nicht nur vorübergehender aber auch nicht langfristiger Natur ist und die deshalb nicht behindert sind, drängt sich doch auf, dass § 104 Nr. 2 BGB typischer Weise und vor allem Menschen mit Behinderung erfasst. Damit müsste es sich mindestens um eine mittelbare Diskriminierung handeln.

Freilich erscheint zweifelhaft, wieweit das Konzept der mittelbaren Diskriminierung bei Behinderungen überhaupt sinnvoll ist. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach einer gängigen Definition vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ solche Personen, die das betreffende Merkmal tragen, „in besonderer Weise benach-

⁶⁴ Zu Diskriminierungsverbeten als Anknüpfungsverbeten aus deutscher Sicht grundlegend Michael Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 428 ff.; Robert Uerpman-Wittzack, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 128, Rn. 6.

⁶⁵ Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Antwort der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 18/4397 vom 23.3.2015, S. 9.

⁶⁶ Oben zu III 1 bei Fn. 57.

teiligen können ...“⁶⁷ Typisches Beispiel sind Regelungen für Teilzeitbeschäftigte, die formal geschlechtsneutral sind, faktisch aber aufgrund der gesellschaftlich-sozialen Gegebenheiten am Arbeitsmarkt vor allem Frauen betreffen. Dass § 104 Nr. 2 BGB dem Anschein nach behinderungsneutral wäre, kann aber nicht gesagt werden. Selbst wenn die Vorschrift nicht nur Menschen mit Behinderungen erfassen sollte, drängt sich auf, dass sie vor allem solche Menschen trifft. Sie knüpft nicht an ein neutrales Kriterium wie den Umfang der Beschäftigung an, sondern an genau die Merkmale, die die Behinderung begründen. Es handelt sich also um eine unmittelbare Diskriminierung.⁶⁸ Dementsprechend formuliert der BRK-Ausschuss in seinem General Comment Nr. 1 ganz allgemein, dass vermeintliche oder tatsächliche Mängel in der geistigen Fähigkeit nicht als Rechtfertigung für ein Vorenthalten der Geschäftsfähigkeit genutzt werden dürfen.⁶⁹ In der Sache S. C./Brasilien hat der Ausschuss zwar angedeutet, dass es eine mittelbare Diskriminierung geben könne.⁷⁰ Im konkreten Fall war die Diskriminierung allerdings ähnlich wie bei § 104 Nr. 2 BGB insofern unmittelbar, als sie an eine langfristige Krankschreibung anknüpfte, in der sich die Behinderung manifestierte.

b) Saldierung von Vor- und Nachteilen

Ein Ansatz geht dahin, eine behinderungsbedingte Ungleichbehandlung dann nicht als Diskriminierung anzusehen, wenn sie dem Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile und damit dem Schutz des Betroffenen dient.⁷¹ Ähnliche Erwägungen gibt es auf nationaler Ebene, wo Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur die Benachteiligung wegen einer Behinderung betrifft. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, dass ein behinderungsbedingter Ausschluss durch Fördermaßnahmen so weit kompensiert werden könne, dass er nicht benachteiligend wirke.⁷² In der Definition des Diskriminierungsbegriffs in Art. 2

⁶⁷ Siehe die Definition in Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/43/EG, ABl. EG 2000, L 180, S. 22.

⁶⁸ Im Ergebnis ebenso BVerfGE 99, 341 (356 f.) zur Regelung der Testierfähigkeit von Schreib- und Sprechunfähigen; tendenziell anderes *Lewis* (Fn. 22), S. 423, der den Begriff der mittelbaren Diskriminierung weiter fasst, so dass jede unabsichtliche Diskriminierung mittelbarer Natur ist; zu einem Fall mittelbarer behinderungsbedingter Diskriminierung aus der Perspektive des EU-Rechts *Lisa Waddington*, Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability, International Journal of Discrimination and the Law 15 (2015) S. 11 (25 f.).

⁶⁹ Oben Fn. 16, Rn. 13: „Under article 12 of the Convention, perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity.“

⁷⁰ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.4.

⁷¹ So namentlich *Volker Lipp*, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK, in *Valentin Aichele* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, 2013, S. 329 (339 f.).

⁷² BVerfGE 96, 288 (303).

BRK findet eine solche Saldierung von Vor- und Nachteilen keine Stütze. Sie ließe sich allerdings mit Art. 5 Abs. 4 BRK begründen, wonach „[b]esondere Maßnahmen, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderung erforderlich sind,“ nicht als Diskriminierung im Sinne der BRK gelten. Freilich bleibt die Frage, ob eine Maßnahme wie das Aberkennen der Geschäftsfähigkeit jemals die tatsächliche Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderung fördern kann. Lipp nimmt dies zumindest für den Fall an, dass das Betreuungsgericht die eigene Entscheidung des Betreuten gemäß § 1903 BGB von einer Einwilligung des Betreuers abhängig macht.⁷³ Allerdings bestimmt Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BRK, dass beschränkende Maßnahmen den Willen und die Präferenzen des Betroffenen achten müssen, wobei es sich dabei nach Ansicht des BRK-Ausschusses um den faktischen Willen der Person handelt, der das Recht auf Selbstgefährdung und Fehler umfasse.⁷⁴ Stellt man aber den faktischen Willen des einzelnen Menschen in den Vordergrund, wie es der Ausschuss tut, kann eine Beschränkung dieses Willens nicht die Gleichberechtigung fördern. Tatsächlich geht Lipp von einer notwendigen Kompensation fehlender Eigenverantwortlichkeit aus, während der Ausschuss die rechtliche Relevanz eines Konzepts fehlender Eigenverantwortlichkeit an sich in Frage stellt.⁷⁵

Selbst wenn man bestimmte Ungleichbehandlungen, die für die Betroffenen nicht rein vorteilhaft sind, als Maßnahmen zur Verwirklichung faktischer Gleichheit nach Art. 5 Abs. 4 BRK für zulässig hält, bleibt die dogmatische Einordnung dieser Ausnahme fraglich. Man könnte Art. 5 Abs. 4 BRK als Tatbestandsausnahme einordnen. Dann bestünde allerdings die Gefahr, dass ein Förderziel jeden mit der Förderung verbundenen Nachteil rechtfertigen könnte, ohne dass es zu einer Abwägung käme. Soweit geht auch das Bundesverfassungsgericht nicht, wenn es eine abwägende Saldierung von Vor- und Nachteilen verlangt.⁷⁶ Daher erscheint eine Rechtfertigungslösung vorzugswürdig, wie sie das Bundesverfassungsgericht namentlich bei der Gleichheit von Frauen und Männern anstellt. Danach kann zwar der Auftrag zur Schaffung tatsächlicher Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 GG unter Umständen das Recht von Frauen auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einschränken; Voraussetzung wäre jedoch eine Abwägung, in der der Gleichstellungsauftrag überwiegt.⁷⁷ Stimmiger erscheint es daher, Fördermaßnahmen auch beim

⁷³ Lipp (Fn. 71), S. 340.

⁷⁴ General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22.

⁷⁵ Oben Fn. 69.

⁷⁶ Oben Fn. 72.

⁷⁷ Grundlegend BVerfGE 85, S. 191 (207, 209 f.) – Nacharbeitsverbot für Arbeiterinnen.

Umgang mit Behinderungen nicht als Tatbestandsausnahme einzuordnen, sondern als mögliche Rechtfertigung.⁷⁸

c) Weitere mögliche Rechtfertigungen

Vielfach wird eine Ungleichbehandlung nur dann als verbotene Diskriminierung angesehen, wenn sie nicht durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Ein solches Diskriminierungsverständnis liegt beispielsweise Art. 14 EMRK und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR zugrunde.⁷⁹ Dem scheint die Begriffsdefinition des Art. 2 BRK zu widersprechen, wonach „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung“, also jede Ungleichbehandlung als Diskriminierung anzusehen ist. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit scheint hier nicht vorgesehen.

Betrachtet man die Regelungstradition, fällt allerdings auf, dass die Definition des Art. 2 BRK an frühere Vorbilder anknüpft. Eine ganz ähnliche Definition findet sich zunächst in Art. 1 Abs. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.⁸⁰ Hier liegt ein quasi-absoluter Charakter besonders nahe. Jedenfalls bei einem dort genannten Merkmal wie der Hautfarbe ist kaum vorstellbar, wie eine diesbezügliche Unterscheidung je gerechtfertigt sein sollte. Allenfalls ließe sich insoweit an positive Maßnahmen zum Schutz von strukturell benachteiligten Menschen einer bestimmten Hautfarbe denken. Derartige affirmative actions werden freilich durch Art. 1 Abs. 4 des Übereinkommens ausdrücklich gestattet. Eine entsprechende Definition findet sich erneut in Art. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau.⁸¹ Auch Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen werden sich nur in extrem engen Grenzen rechtfertigen lassen. Neben positiven Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist hier vor allem an Regelungen des Mutterschutzes zu denken. Beide werden durch Art. 4 des Übereinkommens ausdrücklich gestattet. Damit erscheint es konsequent, dass die Definitionen der Rassen- und Frauendiskriminierung keine Rechtfertigungsgründe jenseits der ausdrücklich genannten erkennen lassen.

In seinem General Comment Nr. 18 (1989) zur Nichtdiskriminierung greift der UN-Menschenrechtsausschuss die Definitionen des Rassen- und des Frauendiskriminierungsabkommens auf und formuliert daraus

⁷⁸ So für das Grundgesetz *Uerpman-Wittzack* (Fn. 64), Rn. 12, 66.

⁷⁹ Siehe nur EGMR, Urt. V. 15.3.2012, NJW 2013, 2171, Rn. 58 – Gas und Dubois/ Frankreich sowie *Robert Uerpman-Wittzack*, Höchstpersönliche Rechte und Diskriminierungsverbot, in *Dirk Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 3, Rn. 70.

⁸⁰ Oben Fn. 44.

⁸¹ Oben Fn. 45.

eine allgemeine Diskriminierungsdefinition, die wiederum weitgehend dem später in Art. 2 BRK Definierten entspricht.⁸² Allerdings stellt der Ausschuss gleich im folgenden Absatz klar, dass mit dem gleichberechtigten Genuss von Rechten und Freiheiten keine ausnahmslose Gleichbehandlung gemeint sei. Vielmehr listet er zunächst Vorschriften des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR)⁸³ auf, die selbst zwischen verschiedenen Gruppen differenzieren,⁸⁴ bevor er am Ende seines General Comment klarstellt, dass Ungleichbehandlungen nicht als Diskriminierung anzusehen sind, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und sich an vernünftigen sowie objektiven Kriterien orientieren.⁸⁵ Während also die Definitionen in den beiden Spezialabkommen zur Rassen- und zur Frauendiskriminierung darauf hindeuten, dass Ungleichbehandlungen grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können, versteht der UN-Menschenrechtsausschuss dieselben Formulierungen offenbar weiter und lässt eine Rechtfertigung durch sachliche Gründe zu.

Damit stellt sich die Frage, ob die Definition in Art. 2 BRK streng zu verstehen ist wie in den beiden Spezialabkommen oder offen für Rechtfertigungen wie im General Comment des UN-Menschenrechtsausschusses. Das Bundesverfassungsgericht betont die faktische Notwendigkeit behinderungsbedingter Differenzierungen: „Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot“; so lassen sich nachteilige Auswirkungen rechtfertigen, die „unerlässlich“ sind, „um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen ...“⁸⁶ Danach müsste das Diskriminierungsverbot der BRK grundsätzlich rechtfertigungsoffen zu verstehen sein wie das des IPbpR. Der BRK-Ausschuss versteht die Definition aber offenbar anders. In seinem General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht stellt er die Behinderung als unverfügbares persönliches Merkmal in eine Reihe mit Geschlecht und Rasse: „Denial of legal capacity must not be based on a personal trait such as gender, race, or disability, or have the purpose or effect of treating the person differently.“⁸⁷ Das Merkmal der Behinderung wird also mit genau den Merkmalen gleichgestellt, bei denen eine Rechtfertigung weitgehend ausgeschlossen ist. Damit nimmt der Ausschuss eine Extremposition ein.

⁸² UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I), S. 195, Rn. 7.

⁸³ International Covenant on Civil and Political Rights, 19.12.1966, UNTS, Bd. 999, 171; zum Datum s. die Schlussformel des Paktes; zum IPbpR siehe auch den Beitrag von *Eibe Riedel*, in diesem Heft.

⁸⁴ Ebd., Rn. 8.

⁸⁵ Ebd., Rn. 13.

⁸⁶ BVerfGE 99, 341 (357); Zitate angepasst an neue Rechtschreibung.

⁸⁷ General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 32.

Soll die BRK einen Sinn haben, kann die Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung sicher nicht durch jeden sachlichen Grund gerechtfertigt werden. Die allgemeine Rechtfertigungsformel, die der Menschenrechtsausschuss am Ende seines General Comment Nr. 18 wiederholt,⁸⁸ ist also im Rahmen der BRK viel zu weit. Vielmehr können behinderungsbedingte Ungleichbehandlungen allenfalls unter strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gerechtfertigt werden, wobei es durchaus sachgerecht erscheint, dem jeweiligen Staat die Darlegungs- und Beweislast für die Notwendigkeit einer behinderungsbedingten Differenzierung aufzuerlegen. Damit wird man viele traditionelle Regelungen, die Behinderte in ihren Rechten und Möglichkeiten einschränken, auf den Prüfstand stellen müssen. Dogmatisch lässt sich dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Annahme einer immanenten Konventionsrechtsschranke erreichen. Danach wären solche Regelungen zulässig, die zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach mit dem Fehlen bestimmter geistiger oder körperlicher Fähigkeiten verbunden sind, zwingend erforderlich sind.⁸⁹ Folgt man jedoch der kompromisslosen Linie des BRK-Ausschusses, scheint auch dieser Weg der Rechtfertigung versperrt.

d) Das Versagen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung

Die klassischen Diskriminierungsverbote sind rein negativer Natur. Sie untersagen dem Staat, Gleicher ungleich zu behandeln, verpflichten ihn aber nicht, positive Maßnahmen zu ergreifen, um tatsächliche Ungleichheiten zu überwinden. Bei Behinderungen stieße ein rein abwehrrechtliches Diskriminierungsverbot schnell an Grenzen, weil es regelmäßig um objektive Beeinträchtigungen geht, die eine volle Teilhabe ausschließen, so lange keine Maßnahmen zur Überwindung der entsprechenden Barrieren ergriffen werden. Daher liegt nach der Definition des Art. 2 BRK eine Diskriminierung auch dann vor, wenn der Staat „angemessene Vorkehrungen“ („reasonable accommodations“) unterlässt. Unter angemessenen Vorkehrungen sind dabei Änderungen und Anpassungen zu verstehen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen. Man mag die Fälle der Diskriminierung durch Unterlassen als mittelbare Diskriminierung⁹⁰ bezeichnen.⁹¹ Damit ist allerdings kein Erkenntnisgewinn verbunden, weil diese Form der Diskriminierung in Art. 2 BRK eigens geregelt ist.

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen ist keine Innovation der BRK. Es findet sich bereits im General Comment Nr. 5 (1994), in dem sich der Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte mit den

⁸⁸ Oben Fn. 82, 85.

⁸⁹ Siehe BVerfGE 99, 341 (357) sowie Robert Uerpman-Witzack (Fn. 8), S. 34.

⁹⁰ Dazu schon oben zu III 2 a.

⁹¹ Dahn gehend Lewis (Fn. 22), S. 423.

Rechten von Menschen mit Behinderungen nach dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)⁹² befasst.⁹³ Auch das Bundesverfassungsgericht hat dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bereits 1997 eine Leistungsdimension entnommen, die den Staat verpflichtet, vertretbare Fördermaßnahmen zu ergreifen, wenn sich damit ein behinderungsbedingter Ausschluss von allgemeinen Leistungen verhindern lässt.⁹⁴ Freilich bleibt das Bundesverfassungsgericht dabei sehr zurückhaltend.

Der BRK-Ausschuss hat sich in der Sache Jungeling/Schweden mit der Frage befasst, wie weit angemessene Vorkehrungen die Beschwerdeführerin, die sich für eine Stelle in der Sozialversicherung beworben hatte, in die Lage versetzen könnten, trotz ihrer Sehbehinderung mit dem Computersystem der Sozialversicherung umzugehen.⁹⁵ Freilich sah der Ausschuss die ablehnende arbeitsgerichtliche Entscheidung im Rahmen des staatlichen Beurteilungsspielraums.⁹⁶ Im Fall Nyusti und Takács/Ungarn, wo es um die Nutzung von Geldautomaten mit Sehbehinderung ging, hat der Ausschuss dagegen die Frage nach angemessenen Vorkehrungen im Einzelfall zugunsten der weitergehenden Forderung nach allgemeiner Barrierefreiheit zurückgestellt.⁹⁷

In der Sache Çam/Türkei hat jüngst auch der EGMR das Konzept der angemessenen Vorkehrungen herangezogen, um zu begründen, warum die kategorische Weigerung einer Musikhochschule, blinde Bewerber aufzunehmen, gegen das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK i.V.m. dem Recht auf Bildung aus Art. 2 Satz 1 des ersten Zusatzprotokolls verstieß.⁹⁸ Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen übernimmt der EGMR ausdrücklich aus der BRK,⁹⁹ allerdings rezipiert er nicht die Praxis des BRK-Ausschusses.

⁹² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 19.12.1966, UNTS, Bd. 993, S. 3; zum Datum siehe die Schlussformel des Paktes; zum IPbpR siehe auch den Beitrag von *Eibe Riedel*, in diesem Heft.

⁹³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CeeESCR), General comment No. 5 (1994): Persons with disabilities, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 17, Rn. 15; zu den Ursprüngen des Konzepts siehe auch *Grainne de Burca*, The European Union in the negotiation of the UN Disability Convention, European Law Review 2010, 174 (192 f.).

⁹⁴ BVerfGE 96, 288 (303, 307) – integrative Beschulung; dazu *Uerpman-Wittzack* (Fn. 64), Rn. 31.

⁹⁵ Jungeling/Schweden, Rn. 10.4–10.6.

⁹⁶ Dazu noch unten III 6.

⁹⁷ Nyusti und Takács/Ungarn, Rn. 9.2.

⁹⁸ EGMR, Urt. v. 23.2.2016, Rn. 64–69 – Çam/Türkei.

⁹⁹ AaO., Rn. 64 i.V.m. Rn. 38.

3. Der Vorbehalt progressiver Verwirklichung wirtschaftlicher und sozialer Rechte

Auch wenn die BRK die klassische Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen und sozialen Rechten andererseits überwindet, lebt die Klassifikation in Art. 4 Abs. 2 BRK fort, wonach wirtschaftliche und soziale Verpflichtungen zumindest zum Teil dahingehend relativiert werden, dass die Konvention einen möglichen Mangel an Ressourcen einkalkuliert und lediglich eine allmähliche Verwirklichung dieser Rechte fordert. Eine ähnliche Formulierung findet sich in Art. 2 Abs. 1 IPwskR, und sie hat dort bereits 1990 zu einem General Comment des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geführt.¹⁰⁰ Auch der BRK-Ausschuss hat sich bereits mit dem Vorbehalt progressiver Verwirklichung beschäftigt, seine Anwendung aber bisher abgelehnt.

Ausdrücklich wird seine Anwendung im General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht thematisiert. Art. 12 Abs. 3 BRK verpflichtet die Staaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.¹⁰¹ Es handelt sich um eine positive Verpflichtung, die die effektive Wahrnehmung des Rechts auf gleichberechtigte Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit absichern soll. Als Leistungsrecht könnte man Art. 12 Abs. 3 BRK den wirtschaftlichen und sozialen Rechten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BRK zuordnen. Der Ausschuss ist anderer Ansicht.¹⁰² Er betont, dass es sich bei der Gleichheit vor dem Recht um ein klassisches bürgerliches und politisches Recht handele. Die positive Verpflichtung aus Art. 12 Abs. 3 BRK diene der Verwirklichung des bürgerlichen und politischen Rechts auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, so dass Art. 4 Abs. 2 BRK nicht anwendbar sei.

Dieser Schluss scheint verkürzt. Den klassischen bürgerlichen und politischen Rechten ist die Vorstellung fremd, dass der Staat die Voraussetzungen für ihre wirksame Inanspruchnahme schaffen müsse. Dementsprechend beschränkt sich die Garantie der Anerkennung vor dem Recht in Art. 16 IPbpR auf das, was Art. 12 Abs. 1 BRK bekräftigt. Wird das bür-

¹⁰⁰ CeeESCR, General comment No. 3 (1990): The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 7.

¹⁰¹ Zu möglichen Formen siehe *Nandini Devi*, Supported Decision-Making and Personal Autonomy for Persons with Intellectual Disabilities: Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 41 (2013), S. 792 (795 ff.); *Fiona Morrissey*, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A New Approach to Decision-Making in Mental Health Law, *European Journal of Health Law* 19 (2012), S. 423 (431 ff.).

¹⁰² CeeRPD, General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 30.

gerliche und politische Recht nun in einem modernen Menschenrechtsverständnis, das die klassische Zweiteilung überwindet, mit positiven Verpflichtungen aufgeladen, um seine effektive Wahrnehmung abzusichern, handelt es sich der Sache nach um eine soziale Gewährleistung. Das sieht offenbar auch der Ausschuss so, wenn er betont, dass der Staat verpflichtet sei, sofort Schritte in Hinblick auf die Verwirklichung der in Art. 12 BRK genannten Rechte zu ergreifen. Damit postuliert er für Art. 12 Abs. 3 BRK im Wesentlichen das, was der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in seinem General Comment Nr. 18 (1990) für den Art. 4 Abs. 2 BRK entsprechenden Art. 2 Abs. 1 IPwskR formuliert hat.¹⁰³

Der Ausschuss begründet also unzureichend, warum Art. 4 Abs. 2 BRK nicht anwendbar sein soll, nur um die Vorschrift dann der Sache nach doch anzuwenden. Das erscheint nicht ausgereift. Nachdem die BRK die klassische Unterscheidung zwischen bürgerlichen Rechten einerseits und sozialen Rechten andererseits aufgegeben hat, scheint es sachgerecht, nicht zu einer vordergründigen Zuordnung einzelner Artikel zu einer der beiden überkommenen Kategorien zurückzukehren. Schon 1990 hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte erkannt, dass ein und derselbe Artikel verschiedene Schutzdimensionen umfassen kann, die teils sofort anwendbar sind, während andere der progressiven staatlichen Umsetzung bedürfen.¹⁰⁴ Diese Erkenntnis greift Art. 4 Abs. 2 BRK in seinem letzten Halbsatz auf, wonach diejenigen BRK-Verpflichtungen nicht vom Vorbehalt progressiver Verwirklichung erfasst werden, „die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“ Damit ist nicht mehr zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten zu unterscheiden, sondern mit einer modernen Menschenrechtsdogmatik zwischen negativen und positiven Verpflichtungen. Während negative Verpflichtungen sofort eingehalten werden müssen, bedürfen positive Verpflichtungen der staatlichen Umsetzung mit entsprechenden Umsetzungsspielräumen. Art. 12 Abs. 3 BRK enthält derartige positive Verpflichtungen.

Dass sich aus Freiheitsrechten keine unbedingte Verpflichtung ableiten lässt, die Voraussetzungen für seine effektive Verwirklichung zu schaffen, wird auch im Rantsev-Fall des EGMR deutlich. Dort ging es um Art. 4 EMRK, der Sklaverei, Leibeigenschaft sowie Zwangsarbeit verbietet und damit ein typisches bürgerliches Freiheitsrecht normiert. Im Fall Rantsev hat der EGMR diese Garantie zunächst in einer evolutiven Auslegung auf das Verbot des Menschenhandels erstreckt.¹⁰⁵ Sodann hat er aus Art. 4 EMRK eine ganze Reihe positiver Verpflichtungen abgeleitet, Menschenhandel zu unterbinden und ggf. zu verfolgen, um tatsächliche und poten-

¹⁰³ CeeESCR (Fn. 100), Rn. 2.

¹⁰⁴ CeeESCR (Fn. 100), Rn. 1.

¹⁰⁵ EGMR, NJW 2010, 3003, Rn. 272–282 – Rantsev/Zypern und Russland.

zielle Opfer von Menschenhandel praktisch und effektiv zu schützen.¹⁰⁶ Diese Verpflichtungen stellt er jedoch ausdrücklich unter einen Ressourcenvorbehalt: Angesichts der Schwierigkeiten, die die Gestaltung moderner Gesellschaften mit sich bringe, und angesichts der Auswahlentscheidungen, die in Hinblick auf Priorität und vorhandene Mittel getroffen werden müssten, müsse die Verpflichtung so verstanden werden, dass sie den nationalen Stellen keine unmögliche oder unverhältnismäßige Belastung auferlege.¹⁰⁷ Dies entspricht letztlich der allgemeinen Erkenntnis, dass positive Verpflichtungen nicht absolut gelten, sondern dass der Umfang des Gebotenen erst in einer Abwägung mit anderen, zum Teil gegenläufigen Zielen und Verpflichtungen bestimmt werden kann, wobei nicht zuletzt die Finanzierbarkeit eine Rolle spielt.¹⁰⁸

Indem bürgerliche Rechte mit der Verpflichtung verknüpft werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für eine effektive Wahrnehmung dieser Rechte zu schaffen, wird die Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits überwunden.¹⁰⁹ Das kann aber, wie das Beispiel der positiven Verpflichtungen im Rahmen der EMRK zeigt, nicht dazu führen, dass Leistungspflichten und die damit verbundenen Rechte wegen ihres Zusammenhangs mit bürgerlichen und politischen Rechten zu unbedingten Rechten der ersten Generation mutieren. Vielmehr bleiben Leistungsrechte wirtschaftliche und soziale Rechte, die unter dem Ressourcenvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK stehen.

Freilich sieht der BRK-Ausschuss dies offenbar grundsätzlich anders, wie sich auch im Umgang mit der Barrierefreiheit gemäß Art. 9 BRK zeigt. Barrierefreiheit zielt gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BRK darauf ab, Menschen eine unabhängige Lebensführung und die volle Teilhabe in allen Lebensbereichen zu ermöglichen. Unabhängige Lebensführung und Teilhabe lassen sich den Freiheitsrechten der ersten Generation zuordnen. Allerdings ist die Schaffung von Barrierefreiheit eine positive Verpflichtung und entspricht damit strukturell einem wirtschaftlichen und sozialen Recht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 BRK. Dennoch postuliert der Ausschuss in seinem General Comment Nr. 2, ohne Art. 4 Abs. 2 BRK auch nur anzusprechen, dass es sich um eine „unbedingte“ Pflicht in dem Sinne handele, dass der Staat Versäumnisse bei der Schaffung von Barrierefreiheit nicht mit den damit verbundenen Lasten rechtfertigen könne; Sparmaßnahmen dürften nicht als Entschuldigung gegen die schrittweise Verwirklichung von Barrierefrei-

¹⁰⁶ EGMR (Fn. 105), Rn. 284 ff.

¹⁰⁷ EGMR (Fn. 105), Rn. 287.

¹⁰⁸ Siehe auch *Stephanie Schmahl/Tobias Winkler*, Schutz vor Armut in der EMRK?, AVR 48 (2010), S. 405 (418).

¹⁰⁹ Ebenso *Schmahl/Winkler* (Fn. 108) aus der Perspektive der EMRK.

heit verwandt werden.¹¹⁰ Immerhin fällt auf, dass der Ausschuss von einer „schrittweisen“ Verwirklichung spricht („gradual“). Er geht also offenbar davon aus, dass Barrierefreiheit nur nach und nach verwirklicht werden kann. Dann fragt sich aber, in welchem Tempo ein Staat vorgehen muss. Dies führt doch wieder zurück zu Art. 4 Abs. 2 BRK und widerspricht dem gleichzeitig postulierten absoluten Charakter.

Gegen den absoluten Charakter sprechen auch die konkreten Formulierungen des Art. 9 BRK, wo es beispielsweise gleich in Abs. 1 Satz 1 heißt, die Vertragsstaaten hätten „geeignete Maßnahmen“ zu treffen („shall take appropriate measures“). Anders als etwa in Art. 22 Abs. 2 und Art. 29 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen¹¹¹ werden nicht einmal alle geeigneten Maßnahmen verlangt, sondern lediglich geeignete Maßnahmen. Offenbar wird vor allem eine Tätigkeit geschuldet, nicht aber ein bestimmter Erfolg.¹¹²

4. Schrankendogmatik

Es erscheint unproblematisch, dass die Freiheitsrechte von Menschen mit Behinderungen dort eingeschränkt werden können, wo sie auch unabhängig von einer Behinderung eingeschränkt werden könnten.¹¹³ Eine Behinderung bewirkt keinen stärkeren Freiheitsschutz. Problematisch werden behinderungsbedingte Freiheitsbeschränkungen. Hier verbinden sich Freiheits- sowie Gleichheitsaspekte, und es fragt sich, ob die Konvention absolute Gleichbehandlung verlangt mit der Folge, dass eine behinderungsbedingte Freiheitsbeschränkung unter keinen Umständen gerechtfertigt werden kann. Mangels allgemeiner Schrankenbestimmungen in der Konvention ist dies bislang vor allem in Hinblick auf einzelne Rechte diskutiert worden.

a) Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit

Gemäß Art. 12 Abs. 2 BRK sollen Menschen mit Behinderung gleichberechtigt mit anderen rechtliche Handlungsfähigkeit genießen. Abgesehen von einem möglichen Versuch, behinderungsbedingte Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit im Rahmen der allgemeinen Gleichheitsdogmatik durch immanente Schranken zu rechtfertigen,¹¹⁴ findet sich in Art. 12

¹¹⁰ General Comment No. 2 (Fn. 15), Rn. 25; die Unbedingtheit bestätigend F/Österreich (Fn. 38), Rn. 8.4; Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.6.

¹¹¹ Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18.4.1961, UNTS 500, S. 95: „all appropriate steps“.

¹¹² Zur Verpflichtung, Schritte zu ergreifen, siehe auch CeeESCR (Fn. 100), Rn. 2 ff.

¹¹³ von Bernstorff (Fn. 2), ZaöRV 67 (2007), S. 1041 (1046 f.).

¹¹⁴ Dazu oben zu III 2 b, c.

Abs. 4 BRK eine Bestimmung, die als Schrankenregelung verstanden werden könnte. Danach hat der Staat sicherzustellen, dass Maßnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit mit geeigneten und wirksamen Sicherungen gegen Missbrauch versehen werden. Einen solchen Missbrauchsschutz bezweckt etwa § 14 HeimG, der es Heimträgern und -beschäftigte grundsätzlich untersagt, sich von Heimbewohnern zusätzliche Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen. Diese Vorschrift soll die Heimbewohner vor Ausnutzung schützen und verhindern, dass sie durch offenen oder versteckten Druck zu Vermögensverfügungen gedrängt werden.¹¹⁵ Allerdings betrifft der gesamte Art. 12 Abs. 4 BRK nur Maßnahmen des Missbrauchsschutzes.¹¹⁶ Es muss also immer darum gehen, eine unangemessene Einwirkung Dritter abzuwehren.¹¹⁷ Trifft der Betroffene selbst Entscheidungen, die als unvernünftig erscheinen mögen, ohne dazu von anderen bewegt zu werden, greift weder die Schranke des Art. 12 Abs. 4 Satz 1 BRK ein noch die Schranken der folgenden beiden Sätze. Der Betroffene darf danach also beispielsweise nicht gehindert werden, sein Vermögen aus eigenem Antrieb zu verschwenden. Vielmehr muss jeder Betreuer oder Unterstützer gemäß Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BRK den Willen und die Präferenzen des Betroffenen beachten, was nach Ansicht des BRK-Ausschusses das Recht des Betroffenen einschließt, Risiken einzugehen und Fehler zu machen.¹¹⁸ Der einzelne darf also nicht vor sich selbst geschützt werden.

Wer die rechtliche Betreuung auch als Schutz des zu Betreuenden vor sich selbst verstehen will, müsste somit entgegen dem Ausschuss eine immanente, ungeschriebene Schranke neben Art. 12 Abs. 4 BRK konstruieren,¹¹⁹ Dann bliebe zu begründen, warum die eigens normierte Schranke des Art. 12 Abs. 4 Satz 1 BRK nicht abschließend sein soll.

b) Behindernsbedingte Freiheitsentziehung

Art. 14 Abs. 1 enthält mit dem Schutz vor Freiheitsentziehungen zunächst ein Freiheitsrecht, das selbstverständlich eingeschränkt werden kann. Art. 14 Abs. 1 lit. b schützt insoweit vor rechtswidriger oder willkürlicher

¹¹⁵ Siehe nur OLG Frankfurt a.M., NJW 2015, S. 2351, Rn. 13.

¹¹⁶ Ungenau BVerfGE 128, 282 (307).

¹¹⁷ Siehe auch CeeRPD, General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22.

¹¹⁸ General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22; dazu auch Devi (Fn. 101), S. 800.

¹¹⁹ Dahin gehend auch Philip Fennell/Urfan Khalil, Conflicting or complementary obligations? The UN Disability Rights Convention, the European Convention on Human Rights and English law, European Human Rights Law Review 11 (2011), S. 662 (669 f.), die allerdings in problematischer Weise Schutzpflichten aus der EMRK heranziehen wollen und nicht solche aus der BRK; siehe auch Valentin Aichele/Theresia Degener, Frei und gleich im rechtlichen Handeln – Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK, in Aichele (Fn. 71), S. 37 (55 ff.), die offenbar einen allgemeinen ungeschriebenen Schrankenvorbehalt annehmen, den sie allerdings restriktiv verstehen.

Freiheitsentziehung. Zusätzlich bestimmt die Norm freilich, dass das Vorliegen einer Behinderung keinesfalls eine Freiheitsentziehung rechtfertigen kann. Damit wird die Norm zu einem speziellen Freiheitsrecht für Menschen mit Behinderungen. Gleichzeitig wird die Behinderung zum unzulässigen Differenzierungsmerkmal, und der Gleichheitsaspekt tritt hervor.

Der BRK-Ausschuss betont den absoluten Charakter des Verbots der Freiheitsentziehung wegen einer Behinderung.¹²⁰ Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut, der nicht allein Gleichbehandlung verlangt, sondern ausdrücklich jede behinderungsbedingte Freiheitsentziehung verbietet. Der Ausschuss argumentiert zudem mit der Entstehungsgeschichte.¹²¹ Aus den Materialien ergibt sich in der Tat, dass die Formulierung in Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK gerade deshalb heiß umstritten war, weil man uneins war, ob eine Behinderung in Verbindung mit anderen Umständen wie einer Selbstgefährdung eine Freiheitsentziehung rechtfertigen könnte. Während der Ausschuss auch die kumulative Begründung einer Freiheitsentziehung mit einer Behinderung und zusätzlichen Umständen für eindeutig unzulässig hält, geht beispielsweise die deutsche Bundesregierung in ihrer Denkschrift zur BRK ebenso selbstverständlich davon aus, dass die kumulative Begründung möglich sei.¹²² Schaut man auf die nach wie vor weit verbreitete Staatenpraxis, muss man in der Tat bezweifeln, ob die Vertragsstaaten ein absolutes Verbot der auch behinderungsbedingten Freiheitsentziehung normieren wollten.¹²³ Dies leitet über zur Frage der Konventionsauslegung.

5. Methoden der Konventionsauslegung

a) Bedeutung der Staatenpraxis

Die Vertragsstaaten sind nicht nur den Verpflichtungen der BRK unterworfen, sondern sie sind es auch, die diese Verpflichtungen mit ihrer Ratifikation geschaffen haben. Sie sind die Herren der Verträge. Damit kommt auch bei der Vertragsauslegung dem zwischenstaatlichen Konsens eine wesentliche Bedeutung zu. Zwar kann der einzelne Staat alleine nicht über den Umfang seiner Bindung entscheiden. Sind sich die Staaten jedoch in einem bestimmten Verständnis des Völkerrechts einig, ist dies ein gewichtiges Auslegungskriterium. Positiv-rechtlich kommt dies in Art. 31 Abs. 3 lit. a und b Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹²⁴ zum Ausdruck, wonach sowohl spätere Übereinkünfte über die Auslegung oder Anwen-

¹²⁰ Guidelines (Fn. 17), Rn. 7.

¹²¹ Dazu noch unten zu III 5 c.

¹²² BT-Drs. 16/10808 vom 8.11.2008, S. 45 (52).

¹²³ Siehe auch Uerpman-Wittzack (Fn. 8), S. 56 f.

¹²⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.5.1969, UNTS, Bd. 1155, S. 331.

dung eines Vertrags zur Auslegung heranzuziehen sind als auch eine spätere Vertragsübung, aus der sich ein entsprechender Konsens ermitteln lässt.

Schaffen die Vertragsstaaten ein internationales Überwachungsgremium wie den BRK-Ausschuss, wird die Staatenpraxis durch die Praxis des Ausschusses überlagert, der zumindest die Rolle eines ergänzenden Auslegungsmittels gemäß Art. 32 BRK zukommt.¹²⁵ Akzeptieren die Vertragsstaaten die Ausschusspraxis, ergibt sich ein auslegungsrelevanter Konsens.¹²⁶ Zeigen die Staaten aber durch eine konsequente gegenläufige Praxis, dass sie nicht bereit sind, den Standpunkt des Ausschusses zu teilen, verliert dessen Praxis an Gewicht. Eine solche gegenläufige Praxis hat der Ausschuss selbst diagnostiziert, und zwar besonders deutlich in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht nach Art 12 BRK.¹²⁷ Dort wirft der Ausschuss den Vertragsstaaten ein „allgemeines Missverständnis hinsichtlich des genauen Umfangs der Pflichten der Vertragsstaaten gemäß Art. 12 BRK“¹²⁸ sowie einen „allgemeinen Mangel an Verständnis“¹²⁹ dafür, dass das menschenrechtsbasierte Behinderungsmodell einen Paradigmenwechsel von der substituierenden zur unterstützten Entscheidungsfindung mit sich bringe. Mit einem klassischen völkerrechtlichen Ansatz, der auf staatlichen Konsensen aufbaut, erscheinen diese Aussagen des Ausschusses kaum vereinbar. Sieht man den Geltingsgrund der BRK in der staatlichen Zustimmung, kann es kaum sein, dass sich die Staaten generell über den Umfang der von ihnen gewollten Verpflichtungen irren.

Sicher ist es auch bei einem mehr oder weniger klassischen Methodenverständnis möglich, im Rahmen einer teleologischen Argumentation mit den Grundprinzipien der Konvention zu argumentieren. Zudem steht die BRK zweifellos für einen Paradigmenwechsel von der staatlichen Fürsorge für Menschen mit Behinderungen hin zu einem menschenrechtssubjektierten Ansatz, der von den einzelnen Menschen mit Behinderung als Trägern individueller Rechte ausgeht. Es erscheint auch unproblematisch, aus Art. 12 BRK in diesem Rahmen eine starke Präferenz der unterstützten Entscheidungsfindung abzuleiten. Das klärt aber weder die Frage, ob eine Entscheidungssubstitution stets unzulässig ist, wie der Ausschuss meint, noch wo ggf. die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Entscheidungssub-

¹²⁵ Oliver Dörr, in ders./Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 32, Rn. 25.

¹²⁶ Robert Uerpman-Wittzack, The Law-Making Function of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, in Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, special issue in memoriam Karol Wolfke, zu V (erscheint demnächst).

¹²⁷ General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 15.

¹²⁸ Ebd., Rn. 1: „a general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under article 12 of the Convention.“

¹²⁹ Ebd.: „general failure to understand“.

stitution verläuft. Das lässt sich nur mit Hilfe weiterer Auslegungskriterien klären, zu denen nach klassischem Verständnis auch die Praxis der Vertragsstaaten gehört. Der Ansatz des Ausschusses greift also zu kurz.

b) Bedeutung anderer völkerrechtlicher Verträge

Eine besondere Form der Staatenpraxis bilden andere völkerrechtliche Verträge. Es ist anerkannt, dass zum völkerrechtlichen Auslegungszusammenhang über das konkrete Vertragswerk hinaus alle zwischen den Vertragsstaaten anwendbaren einschlägigen Völkerrechtssätze gehören, wie es Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK normiert. Damit kommen insbesondere die Kernabkommen des universellen Menschenrechtsschutzes in den Blick, an die die BRK mit ihrem Präambelabsatz d ausdrücklich anknüpft. Durch diese Regelungstradition sind die weiteren Abkommen für das Verständnis der BRK grundsätzlich auch dann relevant, wenn sie nicht von allen Vertragsstaaten der BRK ratifiziert sind.

Problematisch erscheint allerdings die Argumentation des Ausschusses in der Sache S. C./Brasilien.¹³⁰ Dort ging es um die Frage, ob auch eine vorübergehende Beeinträchtigung eine Behinderung i.S.d. BRK darstellen kann. Der Ausschuss weist zunächst auf die offene Teildefinition in Art. 1 Abs. 2 BRK hin, die eine solche Auslegung nicht ausschließt.¹³¹ Dann wird allerdings die Interamerikanische Konvention zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen vom 8.6.1999¹³² herangezogen, die ausdrücklich auch vorübergehende Beeinträchtigungen in den Begriff der Behinderung einschließt, und der Ausschuss folgert daraus auf die Anwendbarkeit der BRK. Richtig ist, dass Art. 4 Abs. 4 BRK weitergehende Schutzvorschriften und damit auch die Interamerikanische Konvention in ihrer Geltung unberührt lässt. Solch eine Günstigkeitsklausel ist menschenrechtlicher Standard. Sie findet sich in ähnlicher Form beispielsweise in Art. 5 Abs. 2 IPbpR sowie Art. 53 EMRK. Damit werden allerdings nicht konventionsfremde Standards in die Konvention inkorporiert.¹³³ Vielmehr bleibt es dabei, dass der BRK-Ausschuss Beschwerden gemäß Art. 1 Abs. 1 FP BRK allein am Maßstab der BRK prüfen kann und nicht am Maßstab der Interamerikanischen Konvention. Andernfalls würde es dazu kommen, dass der Ausschuss bei lateinamerikanischen Staaten, die die Interamerikanische Kon-

¹³⁰ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3.

¹³¹ Zur abweichenden französischen BRK-Fassung s. noch unten zu III 5 d.

¹³² Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination of Persons with Disabilities, abrufbar unter <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-65.html>.

¹³³ Entsprechend zum IPbpR *Manfred Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl. 2005, Art. 5 Rn. 14 a. E.

vention ratifiziert haben, einen strengeren Maßstab anlegen könnte als beispielsweise bei europäischen Staaten.

Wie problematisch der Ansatz des Ausschusses ist, zeigt ein Vergleich mit dem Afrikanischen Gerichtshof für Menschen- und Völkerrechte. Art. 7 seines Gründungsprotokolls¹³⁴ ermächtigt ihn ausdrücklich dazu, nicht nur die Banjul-Charta der Menschen- und Völkerrechte anzuwenden, sondern auch jedes andere einschlägige Menschenrechtinstrument, das die betreffenden Staaten ratifiziert haben. Damit ist dem Afrikanischen Gerichtshof der Rückgriff auf andere Menschenrechtsinstrumente gestattet. Dies ist jedoch eine seltene Ausnahme. Der BRK fehlt eine entsprechende Klausel.

Unabhängig von einer solchen Öffnungsklausel ließe sich der andere Vertrag zwar im Rahmen von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK bei der Auslegung der BRK heranziehen. Dafür müsste es sich aber um einen Vertrag handeln, der zwischen allen Vertragsparteien des auszulegenden Vertrages,¹³⁵ hier der BRK, gilt, was bei der Interamerikanischen Konvention schon wegen ihres regionalen Charakters ausscheidet. Zwar löst sich der EGMR von der Frage des formalen Geltungsbereichs eines Vertrages, wenn es darum geht, einen internationalen Konsens festzustellen, der die Auslegung der EMRK beeinflusst. Diese Methode ist aber nicht nur umstritten,¹³⁶ sondern sie setzt auch voraus, dass sich der im Entstehen begriffene Konsens tatsächlich auf den Geltungsbereich der jeweiligen Konvention bezieht. Nach Ansicht des EGMR ist darauf abzustellen, ob „die einschlägigen internationalen Instrumente eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts der Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarats zeigen und beweisen, dass bei einer bestimmten Frage eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften besteht ...“¹³⁷ Damit kann ein regionales Instrument wie die EMRK im Lichte einer universellen Rechtsentwicklung ausgelegt werden. Es erscheint aber ausgeschlossen, ein universelles Dokument wie die BRK im Lichte eines einzelnen regionalen Systems zu interpretieren.

Die Art und Weise, in der der Ausschuss die Interamerikanische Konvention heranzieht, kann damit nicht überzeugen.

¹³⁴ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, 10.6.1998, abrufbar unter <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/>.

¹³⁵ Siehe Dörr (Fn. 125), Art. 31 Rn. 110.

¹³⁶ Siehe nur Antje von Ungern-Sternberg, Die Konsensmethode des EGMR, AVR 51 (2013), S. 312 ff.

¹³⁷ EGMR, Urt. v. 12.11.2008, NZA 2010, 1425, Rn. 86 – Demir und Baykara/Türkei.

c) Historische Auslegung

Die historische Auslegung ist nach allgemeinen völkerrechtlichen Regeln nachrangig. Art. 32 WVK gestattet den Rückgriff nur, um eine anderweit ermittelte Auslegung zu bekräftigen oder wenn die Auslegungskriterien des Art. 31 WVK versagen. Besonders deutlich wird der Nachrang bei der EMRK. Ihre *travaux préparatoires* sind zwar in den Jahren 1975–1985 veröffentlicht worden.¹³⁸ Sie spielen für die Konventionsauslegung aber praktisch keine Rolle. Die BRK wurde in einem Ad-hoc-Ausschuss ausgehandelt,¹³⁹ dessen Materialien und Sitzungsprotokolle frei online verfügbar sind.¹⁴⁰ In seinen Leitlinien zum Recht auf Freiheit und Sicherheit gemäß Art. 14 BRK stützt der BRK-Ausschuss seine ausnahmslose Ablehnung einer behinderungsbedingten Freiheitsentziehung nicht nur auf den Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK, sondern auch auf eine Analyse der Beratungen im Ad-hoc-Ausschuss.¹⁴¹ Welche Rolle der BRK-Ausschuss diesen Beratungen zuschreibt, zeigt sich im apodiktischen Schlusssatz, dass das Problem des absoluten Charakters beim siebenten Treffen des Ad-hoc-Ausschuss gelöst worden sei.¹⁴² Der dezidierte Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte mag sich daraus erklären, dass zwei der derzeitigen Ausschussmitglieder als Vertreter ihrer Staaten an der Aushandlung der BRK beteiligt waren¹⁴³ und den Verhandlungsverlauf damit aus eigener Anschauung kennen.

d) Bedeutung der unterschiedlichen authentischen Sprachen

Als moderner, universeller Vertrag ist die BRK gemäß ihrem Art. 50 BRK in den sechs Arbeitssprachen der UNO Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch gleichermaßen verbindlich. Betrachtet man allein die drei westeuropäischen Staaten, fällt auf, dass sich die englische und die spanische Fassung terminologisch auf der Höhe des modernen Behindertenrechtsschutzes bewegen, während die französische Fassung mehrfach hinter diesem Standard zurückbleibt. Das gilt bereits für

¹³⁸ Council of Europe, Collected edition of the „Travaux préparatoires“ of the European Convention on Human Rights, 8 Bd., 1975–1985.

¹³⁹ Dazu Rothfritz (Fn. 4), S. 107 ff.

¹⁴⁰ Abrufbar unter <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>.

¹⁴¹ Guidelines (Fn. 17), Rn. 7; dazu schon oben zu III 4 b.

¹⁴² AaO.: „The issue was settled in the seventh meeting of the Ad Hoc Committee.“

¹⁴³ Theresia Degner für Deutschland sowie Damian Tatic für Serbien und Montenegro; siehe die Liste der derzeitigen Ausschussmitglieder, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>; Zusammensetzung bis zum 31.12.2016) einerseits und die Teilnahmeliste der 7. Sitzung des Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, A/AC.265/2006/INF/1 vom 20.1.2006 andererseits.

den offiziellen Titel, bei dem es die englische und die spanische Fassung vermeiden, eine Gruppe der Behinderten zu konstituieren, indem nicht gruppenbezogen formuliert wird, sondern individualbezogen auf Menschen mit Behinderungen abgestellt wird, wie es auch die offizielle deutsche Übersetzung tut. Demgegenüber spricht die französische Fassung von behinderten Menschen (*personnes handicapées*). Die Unterschiede setzen sich beim Konzept der Inklusion fort. Während die englische und die spanische Fassung konsequent den Begriff der Inklusion verwenden, ist die französische Fassung inkonsistent. In Art. 3 lit. c BRK, wo die englische Fassung „*inclusion*“ als Grundprinzip der Konvention benennt, heißt es im Französischen „*intégration*“. Demgegenüber spricht Art. 19 BRK in der Überschrift auch im Französischen von „*inclusion*“, während sich im Text, abweichend von der englischen und spanischen Fassung, wiederum „*intégration*“ findet. In Art. 24 BRK wird das englische „*inclusive*“ dann mit „*insersion*“¹⁴⁴ wiedergegeben, bevor in Abs. 2 lit. b der Begriff „*inclusif*“ folgt und in lit. e dann „*intégration*“¹⁴⁵, so dass sich im Französischen drei verschiedene Begriffe für das finden, was im Englischen und Spanischen ein in sich geschlossenes Konzept ist.

Die Abweichungen im französischen Text sind umso erstaunlicher, als das Spanische und das Französische eng verwandt sind, so dass die Unterschiede bei einem Vergleich ins Auge springen. Offenbar haben die an der Ausarbeitung der BRK beteiligten Protagonisten eines modernen Behindertenrechts Englisch und Spanisch gesprochen, aber nicht Französisch.

Der Ausschuss hätte Anlass gehabt, sich in der Unzulässigkeitsentscheidung in der Sache S. C./Brasilien mit den unterschiedlichen Sprachfassungen auseinanderzusetzen, wo es um den Begriff der Behinderung geht. Dieser Begriff wird in Art. 1 Abs. 2 BRK angesprochen, in der englischen und spanischen Fassung aber nicht abschließend definiert. Vielmehr handelt es sich nach der englischen und der spanischen Fassung, die in der deutschen Übersetzung korrekt wiedergegeben werden, um eine bloße Teildefinition: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen“, die die dort genannten Kriterien erfüllen, doch bleibt eine Ausdehnung des Begriffes möglich. Damit wird namentlich offen gehalten, ob eine Behinderung zwingend „langfristiger“ Natur sein muss. In der Sache S. C. betont der Ausschuss diesen nichtabschließenden Charakter und gelangt im Ergebnis zu einem weiter gefassten Begriff der Behinderung.¹⁴⁶ Dem widerspricht die französische Fassung, die in wörtlicher Übersetzung lautet: „Unter Menschen mit Behinderung versteht man Menschen, die ...“¹⁴⁷

¹⁴⁴ Entsprechend schon Art. 19 lit. b: „*insérer*“.

¹⁴⁵ Der Begriff findet sich nochmals in Art. 26 Abs. 1 BRK.

¹⁴⁶ S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3; dazu oben zu III 1.

¹⁴⁷ AaO.: „*Par personnes handicapées on entend des personnes qui ...*; eigene Übersetzung.

was den abschließenden Charakter deutlich macht. Nach dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 4 WVK wäre in diesem Fall eines klaren Wortlautwiderspruchs eine vermittelnde Auslegung zu versuchen. Der Ausschuss spricht die abweichende französische Fassung in der englischen Originalentscheidung freilich nicht einmal an. In der offiziellen französischen Übersetzung wird dies durch eine stillschweigende Ergänzung des französischen Konventionstexts überspielt. Dort heißt es dann, dass der Ausschuss der Ansicht sei, „dass nach Art. 1 der Konvention unter behinderten Menschen insbesondere, aber nicht nur, Menschen zu verstehen sind, die ...“.¹⁴⁸ Das mag im Ergebnis ein sinnvoller Umgang mit der abweichenden französischen Fassung sein. Es wäre aber angemessen gewesen, die Divergenz offenzulegen. Freilich scheint die französische Sprache in der Ausschusspraxis ebenso in den Hintergrund zu treten wie bei der Ausarbeitung der Konvention. Von den 18 Ausschussmitgliedern gehören derzeit vier einem spanischsprachigen Land an,¹⁴⁹ aber niemand einem Staat mit Französisch als Amtssprache.

6. Prüfungsmaßstab

Sind auf der Rechtfertigungsebene widerstreitende Belange zu gewichten und gegeneinander abzuwägen, liegt es nahe, den Vertragsstaaten je nach Fallgestaltung einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Soweit aber der BRK-Ausschuss die Konventionsrechte absolut versteht und jede Rechtfertigungsmöglichkeit ausschließt, bleibt kein Raum für einen nationalen Beurteilungsspielraum. Beurteilungsspielräume liegen auch dort nahe, wo der Staat eine positive Verpflichtung zu erfüllen hat. Das gilt namentlich für die Frage, welche Maßnahmen zur Verwirklichung von wirtschaftlichen und sozialen Rechten gemäß Art. 4 Abs. 2 BRK zu ergreifen sind. Allerdings neigt der BRK-Ausschuss dazu, den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 BRK eng zu fassen,¹⁵⁰ und grenzt damit den Bereich etwaiger Beurteilungsspielräume ein. So thematisiert er in keinem seiner beiden General Comments mögliche Beurteilungsspielräume. Ein Einfallstor für Beurteilungsspielräume findet sich allerdings beim Begriff der angemessenen Vorkehrungen i.S.v. Art. 2 BRK. So hat der Ausschuss Schweden einen Beurteilungsspielraum zugestanden, als es darum ging, ob angemessene Vorkehrungen in Betracht kamen, die das Computersystem der Sozialver-

¹⁴⁸ AaO.: „Le Comité considère qu'en vertu de l'article premier de la Convention, par personnes handicapées, on entend notamment, mais pas seulement, des personnes qui ...“.

¹⁴⁹ Chile, Guatemala, Kolumbien, Spanien; siehe die Zusammensetzung bis zum 31.12.2016, oben Fn. 143.

¹⁵⁰ Oben zu III 3.

sicherung für die sehbehinderte Beschwerdeführerin benutzbar gemacht hätten.¹⁵¹

7. Konkurrenzen

Beachtung verdient schließlich das Vorgehen in Fällen, in denen prima facie mehrere verschiedene Konventionsrechte als verletzt in Betracht kommen. Die deutsche Grundrechtsdogmatik ist in solchen Fällen um eine klare Abgrenzung bemüht, sei es, dass Schutzbereiche so konstruiert werden, dass sie sich nicht überlappen¹⁵² oder dass die allgemeinere Grundrechtsnorm durch die speziellere verdrängt wird¹⁵³ bzw. als subsidiär zurücktritt.¹⁵⁴ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht pragmatischer vor. Hat er die Verletzung eines oder mehrerer Konventionsrechte festgestellt, begnügt er sich vielfach mit dem Hinweis, dass es angesichts der festgestellten Verletzung keinen Anlass gebe, weitere Konventionsrechte zu prüfen.¹⁵⁵ Das gilt sogar im Verhältnis von Gleichheits- und Freiheitsrechten.¹⁵⁶ Das pragmatische Vorgehen des EGMR dient ebenso wie der formalistischere Ansatz der deutschen Grundrechtsdogmatik der Prozessökonomie: Ziel ist es, die wesentlichen rechtlichen Aspekte eines Falles anhand einer oder weniger zentraler Garantien zu erfassen und redundante Prüfungen zu vermeiden.

Der BRK-Ausschuss neigt hingegen dazu, alle in Betracht kommenden Konventionsrechte zu prüfen, auch wenn sich ihr Schutzgehalt überlappt. So behandelt der Ausschuss in den Fällen Beasley und, weitgehend übereinstimmend, Lockrey¹⁵⁷ die australische Praxis, Gehörlose generell als ungeeignet vom Geschworenenamt auszuschließen, zunächst als Diskriminierung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 und 3 BRK.¹⁵⁸ Er stellt einen Verstoß fest, weil Australien es versäumt habe, angemessene Vorkehrungen wie eine Übersetzung in Zeichensprache zu treffen, die Gehörlosen die Mitwirkung als Geschworene ermöglichen würden. Anschließend behandelt er dasselbe Problem als Verstoß gegen das Gebot der Barrierefreiheit gemäß

¹⁵¹ Jungeling/Schweden, Rn. 10.5.

¹⁵² Siehe etwa BVerfGE 86, 122 (128) zur Abgrenzung von Presse- und Meinungsfreiheit.

¹⁵³ So BVerfGE 100, 313 (358) zum Verhältnis des Fernmeldegeheimnisses zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

¹⁵⁴ Siehe BVerfGE 23, 50 (55 f.); 54, 237 (251); *Philip Kunig*, in *Ingo v. Münch/Philip Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 88, 90 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁵⁵ Siehe nur EGMR (Große Kammer), Urt. v. 17.1.2012, Rn. 252 – Stanev/Bulgarien; Urt. v. 22.1.2013, Rn. 167 – Mihailovs/Lettland.

¹⁵⁶ Siehe nur EGMR, Urt. v. 23.2.2016, Rn. 70 – Çam/Türkei.

¹⁵⁷ Lockrey/Australien (Fn. 26), Rn. 8.1–8.9; im Folgenden werden nur die Beasley-Auffassungen zitiert.

¹⁵⁸ Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.2–8.5.

Art. 9 BRK, wobei er diesen Artikel sowohl für sich genommen als auch in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 3 BRK für verletzt hält.¹⁵⁹ Sodann stellt der Ausschuss aus demselben Grund eine Verletzung des Rechts auf Kommunikationsfreiheit aus Art. 21 BRK fest, der den Staat in lit. b verpflichtet, „im Umgang mit Behörden die Verwendung von Gebärdensprache, ... ergänzenden und alternativen Kommunikationsformen ...“ zu akzeptieren und erleichtern.¹⁶⁰ Es erscheint durchaus zweifelhaft, ob diese Vorschrift tatsächlich anwendbar ist, wenn man bedenkt, dass ein Geschworener im Prozess selbst zum Teil der Staatsgewalt wird. Die weite Auslegung ist auch nicht im Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes geboten, weil der Sachverhalt ohnehin von anderen Konventionsbestimmungen erfasst wird. Anschließend wird der Ausschluss vom Geschworenenamt als Verwehrung des Zugangs zur Justiz gemäß Art. 13 Abs. 1 BRK gewürdigt. Art. 13 Abs. 1 BRK schützt zwar nicht nur diejenigen, die gerichtlichen Rechtsschutz suchen, sondern ausdrücklich auch Zeugen. Es erscheint aber wiederum zweifelhaft, ob die Norm auch denjenigen schützt, der als Geschworener Teil der rechtsprechenden Gewalt wird. Der Zugang zum Geschworenenamt wird eher durch das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben gemäß Art. 29 BRK geschützt, das der Ausschuss in Verbindung mit Art. 13 BRK prüft.¹⁶¹ Der Ausschuss versucht also nicht, die unterschiedlichen Schutzbereiche von Art. 13 und 29 BRK voneinander abzugrenzen, sondern versteht sie als überlappende Schutzbereiche, die sich wechselseitig verstärken. Diese parallele Würdigung desselben Sachverhalts anhand verschiedener Konventionsrechte findet sich auch in anderen Ausschussentscheidungen.¹⁶² Sie entspricht einem holistischen Ansatz, der alle Rechte miteinander verbunden sieht.

Allerdings ist das Vorgehen des Ausschusses nicht einheitlich. In der Sache Nyusti und Takász/Ungarn verzichtet er auf eine Prüfung aller in Betracht kommenden Rechte und stellt statt dessen die Prüfung des Diskriminierungsverbots aus Art. 5 Abs. 2 und 3 BRK in der Variante des Unterlassens angemessener Vorkehrungen¹⁶³ in Hinblick auf die tendenziell weiter gehende Verpflichtung zur Schaffung von Barrierefreiheit gemäß Art. 9 BRK zurück,¹⁶⁴ was der Praxis des EGMR ähnelt.

¹⁵⁹ Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.6.

¹⁶⁰ Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.7–8.8.

¹⁶¹ Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.9.

¹⁶² Siehe namentlich Bujdosó/Ungarn (Fn. 39), wo Art. 29 allein und in Verbindung mit Art. 12 BRK geprüft wird, obwohl sich Art. 29 als lex specialis zu Art. 12 BRK verstehen lässt; siehe auch den General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 31–49, zum Verhältnis des Rechts auf gleiche Anerkennung vor dem Recht zu anderen Konventionsrechten.

¹⁶³ Dazu oben zu III 2 d.

¹⁶⁴ Nyusti und Takács/Ungarn (Fn. 37), Rn. 9.2.

IV. Gesamtbewertung

In den ersten sieben Jahren seines Bestehens hat der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen eine bemerkenswerte Praxis entfaltet. Außerhalb des Staatenberichtsverfahrens, das hier nur am Rande interessiert, hat er 13 Individualbeschwerden beschieden¹⁶⁵ und in zwei General Comments zu einzelnen Konventionsrechten Stellung genommen.¹⁶⁶

Als hybrides und holistisches Instrument, das über einen gleichheitsrechtlichen Schwerpunkt hinaus bürgerliche und politische Rechte sowie wirtschaftliche und soziale Rechte integriert, ist die BRK ein modernes, innovatives Menschenrechtsinstrument. Wenngleich Art. 21 BRK die Bereitstellung von Informationen in leichter Sprache favorisiert, ist die BRK selbst nicht in leichter Sprache verfasst. Als anspruchsvolles Rechtsinstrument ist sie in hohem Maße auslegungsbedürftig und auslegungsfähig.

Der Ausschuss neigt dazu, die spezifischen Rechte von Menschen mit Behinderungen absolut zu verstehen. Gleichheits- und Freiheitsrechte versteht er tendenziell so, dass jede behinderungsbedingte Beeinträchtigung unzulässig erscheint.¹⁶⁷ Selbst positive Verpflichtungen legt der Ausschuss im Zweifel so aus, dass ein Erfolg geschuldet ist.¹⁶⁸ Die Frage verfügbarer Mittel und etwa kollidierender anderer Belange tritt in den Hintergrund. Dementsprechend wird der Bereich wirtschaftlicher und sozialer Rechte, der gemäß Art. 4 Abs. 2 BRK unter dem Vorbehalt progressiver Verwirklichung im Rahmen verfügbarer Mittel steht, eng gefasst. Dabei schöpft der Ausschuss die dogmatischen Argumentationsmöglichkeiten nicht aus, und seine Auslegungsmethoden weichen zum Teil von dem ab, was im allgemeinen Völkerrecht und Menschenrechtsschutz anerkannt ist, ohne dass der Ausschuss dies reflektieren würde.¹⁶⁹ So ist das vom Ausschuss selbst festgestellte Unverständnis der Vertragsstaaten kaum verwunderlich.¹⁷⁰

Dieser Befund verstärkt den bereits an anderer Stelle geäußerten Eindruck, dass der Ausschuss nicht etwa ein quasi-gerichtliches Organ ist, dem das letzte Wort bei der Auslegung der BRK zukommen könnte, sondern eher ein hochqualifizierter Anwalt von Behindertenrechten, dem eine Art Lobbyfunktion zukommt.¹⁷¹ Diese Aufgabe kann der Ausschuss nach seiner Zusammensetzung erfüllen, und sie spiegelt sich in seiner Praxis wieder. In diesem Sinne ist es durchaus richtig, wenn der Ausschuss für die Staaten lästig wirkt, weil er sie immer wieder auf Verbesserungsmög-

¹⁶⁵ Oben zu II.

¹⁶⁶ Oben Fn. 16; s. auch die Guidelines (Fn. 17).

¹⁶⁷ Oben zu III 2, 4.

¹⁶⁸ Oben zu III 3.

¹⁶⁹ Oben zu III 5.

¹⁷⁰ Oben Fn. 128 f.

¹⁷¹ Schmahl (Fn. 3), S. 538: „eher advokatorischer denn richterlicher Natur“; Uerpmann-Witzack (Fn. 8), S. 54 f.; ders. (Fn. 126), zu III 2.

lichkeiten hinweist. Gefährlich wird es jedoch, wenn sich der Ausschuss einerseits und die Vertragsstaaten andererseits in jeweils eigenen Argumentationsräumen bewegen, zwischen denen es keine Vermittlung gibt. Verstehen die Vertragsstaaten nicht, was der Ausschuss aus der Konvention herleitet,¹⁷² droht seine Praxis ignoriert zu werden. Hier ist es Aufgabe der Wissenschaft, die Praxis des Ausschusses sowie widersprechende staatliche Rechtsbehauptungen aufzuarbeiten und auf dieser Grundlage eine Konventionsdogmatik zu erarbeiten, die auf allgemein Anerkanntem aufbaut und zugleich die Besonderheiten der BRK erfasst. Dazu will dieser Aufsatz beitragen.

Summary

In the space of seven years, the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CeeRPD) established under Article 34 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) of 13 December 2006 has decided on 13 individual complaints and issued two general comments dealing with equality before the law and accessibility. This paper builds upon this practice in order to analyse general CRPD principles with regard to the notion of disability, equality rights, the progressive realisation of economic and social rights, possible justification of interferences, methods of interpretation, a margin of appreciation accorded to State parties, and the relationship between different rights.

The CRPD is a hybrid convention with a holistic ambition, which emphasises equality rights while combining civil and political rights with economic and social rights. The CeeRPD tends to hold CRPD guarantees as being absolute, excluding any negative effects on grounds of disability. Even positive obligations are likely to be construed as obligations of result regardless of limited resources or competing interests. This engaged reading of the CRPD challenges current State practice. It corresponds to the advocacy role of the Committee as a highly qualified expert body for the rights of persons with disabilities.

¹⁷² Darin gehend die Vorwürfe des Ausschusses in seinem General Comment No. 1, oben Fn. 128 f.