

- Der Gesetzgeber richtet mit seinem Entwurf zum Bundeskinderschutzgesetz implizit große Hoffnungen auf die Landesjugendämter, indem er ihnen umfassendere Kontrollaufgaben, Aufgaben der Organisationsberatung und die Erarbeitung fachlicher Leitlinien in allen Handlungsfeldern der Jugendhilfe zuordnet. Mit diesen Aufgabenzuweisungen kommen die Landesjugendämter in einen Status, bei dem Skepsis angesagt ist hinsichtlich ihrer faktischen Möglichkeiten. In einigen Bundesländern ist das Landesjugendamt funktional und personell so reduziert worden, dass man von einem annähernd funktionsfähigen Landesjugendamt im Sinne der jetzt bereits gesetzlich definierten Aufgabenwahrnehmung kaum noch sprechen kann. Es ist fraglich, ob die Landesjugendämter in dem Zustand, in den sie bzw. ein Teil von ihnen gebracht worden sind, die Aufgaben und Funktionen, die ihnen explizit und implizit im Entwurf zum Bundeskinderschutzgesetz zugesprochen werden, realisieren können. Auch in dieser Hinsicht ergibt sich eine Anfrage an den Reflexionsgrad der Steuerungserwartungen, die im Entwurf zum Bundeskinderschutzgesetz zum Ausdruck kommen.

Verf.: Prof. Dr. Joachim Merchel, Fachhochschule Münster, Fachbereich Sozialwesen, Hüfferstr. 27, 48149 Münster, E-Mail: jmerchel@fh-muenster.de

Jochen von Bernstorff

Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?

Die politische Debatte über die Wirkung des Menschenrechts auf Bildung im deutschen Recht ist wegen landespolitischer Kontroversen über den gemeinsamen Unterricht von behinderten und nicht-behinderten Kindern in der Regelschule in den letzten beiden Jahren wieder in Bewegung geraten. Nicht unwesentlich hat hierzu die 2008 von Deutschland ratifizierte neue Menschenrechtskonvention, die UN-Behindertenrechtskonvention, beigetragen.¹ Diese weist den inklusiven, d. h. gemeinsamen Schulunterricht von behinderten und nichtbehinderten Kindern in der allgemeinen Schule in Art. 24 als Regelfall einer menschenrechtskonformen Schulgesetzgebung aus.

In mehreren verwaltungsgerichtlichen Verfahren haben Eltern von behinderten Kindern unter Bezugnahme auf das Menschenrecht auf Bildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention seither versucht, den Zugang ihres Kindes zur ortsnahen Regelschule gerichtlich durchzusetzen. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof (VGH Kassel) und das Oberverwaltungsgericht Lüneburg (OVG Lüneburg) haben jeweils in einem solchen Fall die Anwendbarkeit des Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention verneint. Der VGH Kassel verneinte die Anwendbarkeit der Konvention im konkreten Rechtsstreit mit der Begründung, sie sei zum Zeitpunkt der Entscheidung vom

1 Zu Entstehung, Inhalt und rechtlichen Einordnung der Konvention *Aichele, V.*, Behinderung und Menschenrechte, in APuZ 2010 S. 13 ff., von Bernstorff, J., Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation, in: ZaöRV 2007, S. 1041 ff.

hessischen Gesetzgeber noch nicht in Landesrecht „umgesetzt“ worden.² In einer Entscheidung des OVG Lüneburg wird diese Ansicht des VGH Kassel bestätigt. Zudem stellen beide Urteile fest, dass, selbst wenn eine solche „Umsetzung“ der Konvention in Landesrecht vorläge, der in Rede stehende Art. 24 UN-Behindertenrechtskonvention als ein soziales Menschenrecht auf weitere staatliche Konkretisierungsmaßnahmen angewiesen und auch deswegen im deutschen Rechtsraum nicht unmittelbar anwendbar sei.³ Beide Begründungen erkennen in problematischer Weise die verfassungsrechtlich garantierte Stellung und Anwendbarkeit völkerrechtlicher Menschenrechtsnormen im deutschen Recht.

Der folgende Beitrag nimmt diese Urteile zum Anlass, die beiden angesprochenen Problemkomplexe staatsrechtlich einzuordnen und mit Blick auf die UN-Behindertenrechtskonvention und die bisherige verwaltungsgerichtliche Judikatur erneut zu thematisieren. Der erste Teil widmet sich der Stellung und Bindungswirkung von ratifizierten Menschenrechtsabkommen im deutschen Recht und kritisiert in diesem Zusammenhang die Aussagen des VGH Kassel zu dieser Frage (1). Teil 2 befasst sich mit dem Rang des ratifizierten menschenrechtlichen Abkommens. Der anschließende Teil 3 widmet sich dem Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen durch deutsche Rechtsanwender. Im letzten Abschnitt werden die Ergebnisse auf Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention mit dem Ziel übertragen, die Frage der Anwendbarkeit dieser Norm im landesrechtlichen Raum zu klären (4). Dabei wird in kritischer Absicht noch einmal auf die jüngste verwaltungsgerichtliche Judikatur zur Konvention einzugehen sein.

1 Das Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im föderalen Rechtsraum

Grundsätzlich bedürfen Menschenrechtsverträge nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG für ihre Inkorporation „der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in Form eines Bundesgesetzes“. Dieses Zustimmungserfordernis gilt insofern für Menschenrechtsverträge, als sie sich im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in der Regel zumindest auch auf „Gegenstände der Bundesgesetzgebung“ beziehen.

Das in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG vorgesehene Bundesgesetz, welches „Vertragsgesetz“ oder auch „Zustimmungsgesetz“ genannt wird, hat verschiedene Funktionen. Zum einen genehmigt es die in Abs. 1 geregelte Ratifikation des Vertrages durch den Bundespräsidenten und stellt eine Befassung des Parlaments vor Ratifikation sicher; die auswärtige Gewalt wird insofern im vertragsrechtlichen Bereich aus verfassungsrechtlicher Perspektive von Exekutive und Legislative gemeinsam ausgeübt. Die in der Praxis zu beobachtende faktische Prärogative der Exekutive bei Vertragsverhandlung, Abschluss und Ratifikation wird über Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG verfassungsrechtlich begrenzt.⁴ Zum anderen verleiht das Vertragsgesetz dem Vertragsinhalt innerstaatliche Anwendbarkeit im Sinne eines speziellen Anwendungsgebotes.⁵ Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält das Vertragsgesetz den *Vollzugs- bzw. Rechtsanwendungsbefehl*, der die Anwendung des Vertragsrechts als *völkerrechtlicher* Normkomplex innerhalb der deut-

2 VGH Kassel, Beschluss vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09, NVwZ-RR 2010, 602–603.

3 OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.09.2010 – 2 ME 278/10.

4 Zu dieser Problematik BVerfGE 68, 1 (129), abw. Meinung d. Richters Mahrenholz; *Wolftrum, R.*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 38, 40; *Rojahn, O.*, in: v. Münch, I./Kunig, P. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2: Artikel 20–69, München 2001, Art. 59 Abs. 2 Rn. 20 f.

5 BVerfGE 1, 396 (410f); 29, 348 (358); 99, 145 (158); BVerwGE 110, 363 (366).

schen Rechtsordnung gebietet.⁶ Wie bei Art. 25 GG lässt das Bundesverfassungsgericht, nachdem es früher eine transformationsfreundliche Sichtweise vertreten hatte, die Geltungsfrage als Frage der Systemzugehörigkeit letztlich unbeantwortet und macht die vertragsrechtlichen Normen über das Vertragsgesetz als *Völkerrecht* zum Bestandteil deutschen Rechts.⁷

Die obersten Bundesgerichte gehen dagegen traditionell und in Einzelfällen bis in die jüngste Zeit insofern von einem Transformationsakt aus, als nach ihrer Sichtweise der Vertrag durch das Vertragsgesetz in bundesdeutsches Recht überführt wird und damit seinen völkerrechtlichen Charakter verliert.⁸ Hier ist es zu einer Diskrepanz zwischen der Interpretation des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG durch die obersten Bundesgerichte und der neueren Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gekommen.⁹ Die vom Bundesverfassungsgericht vertretene Vollzugslehre hat eine Reihe von Konsequenzen für das Inkrafttreten, die Änderung und die Auslegung dieser Normen, die erheblich von den Annahmen der älteren Transformationslehre abweichen bzw. sich durch sie nicht erklären lassen. Diese Konsequenzen ergeben sich aus der Tatsache, dass der durch das Vertragsgesetz vollzogene Menschenrechtsvertrag nach der Vollzugslehre weiter als Völkerrecht behandelt wird.¹⁰ Daraus folgt, dass Inkrafttreten, Änderung und Auslegung dieser Normen nach völkerrechtlichen Regeln zu bestimmen sind.¹¹ Da die Transformationstheorien diese Grundannahme nicht teilen,¹² haben sie Probleme zu erklären, warum die Rechtswirkung des Vertragsgesetzes nach gängiger Praxis erst eintreten soll, wenn der völkerrechtliche Vertrag selbst Wirksamkeit erlangt und warum diese wieder entfallen soll, wenn der Vertrag gekündigt wurde.¹³

Nach der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Vollzugslehre, der hier im Blick auf Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG gefolgt werden soll, unterliegt der Menschenrechtsvertrag auch als zu vollziehender Bestandteil der deutschen Rechtsordnungen weiter völkerrechtlichen Regeln, deren Rechtsfolgen damit auf die deutsche Rechtsordnung durchschlagen.¹⁴ Dies hat z. B. die Konsequenz, dass die Auslegung grundsätzlich nach den in der Wiener Vertragsrechtskonvention vorgesehenen Kriterien und demzufolge auch anhand der im Vertrag festgelegten authentischen Sprachfassungen durchzuführen ist.¹⁵ Die vollumfängliche Bindung von deutschen Behörden und Gerichten an die

6 BVerfGE 59, 63 (90); 63, 343 (355); 77, 170 (210); 90, 286 (364); 104, 151 (209).

7 Hierzu ausführlich *Rojahn* (Anm. 4), Art. 59 Rn. 33a.

8 Siehe z. B. BVerwGE 44, 156 (160); 71, 139 (142); 86, 99 (119); 87, 11 (13); 95, 42 (45); 98, 31 (41); 99, 331 (333); BGHZ 52, 216 (219); BAGE 75, 171 (174); BFHE 175, 351 (352); 178, 59 (61 f.); BSGE 72, 25 (30); 83, 224 (235 f.).

9 Hierauf eingehend *Rojahn* (Anm. 4), Art. 59, Rn. 33a; *Weber, A.*, in: *Umbach, D./Clemens, T. (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. 2: Art. 38–146, Heidelberg 2002, Art 59 Abs. 2, Rn. 73 f.

10 *Bernhardt, R.*, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: *Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 7, Heidelberg 1992, § 174, S. 571 ff., Rn. 28.

11 Zur Auslegung BVerfGE 4, 157 (168); siehe allgemein *Hilf, M.*, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge, Berlin 1973.

12 *Rudolf, W.*, Völkerrecht und deutsches Recht. Theoretische und dogmatische Untersuchungen über die Anwendung völkerrechtlicher Normen in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1967, S. 205 ff.

13 *Geiger, R.*, Grundgesetz und Völkerrecht, München 2009, S. 157.

14 Art. 31 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland seit dem 20.08.1987 in Kraft (BGBl 1987 II, 757). Es gilt nicht rückwirkend für den vertraglichen Altbestand. Zur Beachtung völkerrechtlicher Prinzipien bei der Auslegung *Tomuschat, C.*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: *Isensee, J./Kirchhof, P. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 7, Heidelberg 1992, § 172, S. 483 ff., Rn. 23.

15 Nach den Art. 31 bis 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention sind – ohne Hierarchisierung – folgende Methoden bzw. Aspekte bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen: Der Wortlaut und dessen gewöhnliche Bedeutung, Treu und Glauben, der Zusammenhang der Bestimmungen einschließlich anderer anwendbarer Völkerrechtsätze, Ziel und Zweck des Vertrages sowie nur ergänzend die Vorarbeiten und die historischen Umstände des Vertragsabschlusses. Als spezielle Auslegungsregel für Menschenrechtsverträge hat das Bundesverwaltungsgericht im Blick auf die Recht-

Bestimmungen des Vertrages tritt zudem erst dann ein, wenn der Vertrag nach den einschlägigen völkervertragsrechtlichen Bestimmungen in Kraft getreten ist.¹⁶

Im Rahmen des Streites über das Recht auf inklusive Bildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 24) ist nun die Frage aufgetaucht, ob die innerstaatliche Bindungswirkung des Menschenrechtsabkommens, die über das Vertragsgesetz des Bundes erzeugt wird (Vollzugsbefehl), ihrerseits durch die föderale Kompetenzordnung der Bundesrepublik modifiziert wird. Wie verhält es sich also mit der Bindung landesrechtlicher Organe an eine innerstaatlich durch das Vertragsgesetz des Bundestages ratifizierte Menschenrechtskonvention? Kann insbesondere dem VGH Kassel in seiner Aussage gefolgt werden, dass durch das Vertragsgesetz des Bundestages immer nur diejenigen Bestandteile des völkerrechtlichen Übereinkommens „umgesetzt“ werden, die nicht nach Art. 70 Abs. 1 GG dem Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder unterfallen?¹⁷ Zunächst macht die vom VGH Kassel verwandte Terminologie deutlich, dass dieser im Blick auf das Vertragsgesetz von einem echten Transformationsakt und nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von einem Vollzugsbefehl ausgeht.¹⁸ Des Weiteren scheint der VGH anzunehmen, dass die Transformations- bzw. Vollzugsbefugnis aus Art. 59 Abs. 2 GG von der internen verfassungsrechtlichen Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen in den Art. 70 ff. GG überlagert wird. Der Menschenrechtsvertrag entfällt nach dieser Ansicht innerstaatlich nur dann Rechtswirkungen, wenn er von den innerstaatlich nach den Art. 70 ff. GG zuständigen Gesetzgebungsorganen in eigenständiges Bundes- oder Landesrecht „umgesetzt“ wurde.¹⁹

Dieser problematischen rechtlichen Bewertung liegen zwei Annahmen zugrunde, die kritisch hinterfragt werden müssen. Erstens die Annahme, die völkerrechtliche Konvention bedürfe, um Rechtswirkungen im deutschen Rechtsraum zu erzeugen, eines echten Transformationsakts, d. h. einer Umformung in ein deutsches Gesetz. Dem steht – wie oben erwähnt – die Vollzugslehre des Bundesverfassungsgerichts gegenüber, die im Vertragsgesetz nur einen Vollzugs- bzw. Rechtsanwendungsbefehl erblickt, ohne dass die anzuwendenden völkerrechtlichen Normen ihren völkerrechtlichen Status verlieren. Hiernach ist das Abkommen als Völkerrecht im gesamten deutschen Rechtsraum anzuwenden, wenn die Legislativorgane des Bundes durch das Vertragsgesetz den Vollzugsbefehl erteilt haben. Das schließt weitere Anpassungen der bisherigen, ggf. konventionswidrigen innerstaatlichen Rechtslage durch Bundes- und Landesgesetzgeber nicht aus. Im Gegenteil: solche Gesetzgebungsprojekte des Bundes und der Länder sind häufig sogar völkerrechtlich

sprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zudem die „evolutiv-dynamische“ Auslegungsmethode anerkannt, die als spezielle Ausprägung der teleologischen Auslegung angesehen werden kann; BVerfGE 100, 287 (296); 104, 265 (273); zur Genfer Flüchtlingskonvention *Masing, J.*, Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, in: *Grawert, R. (Hrsg.)*, Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde, Berlin 1995, S. 51 ff.; entwickelt wurde der Begriff der evolutiven Auslegung im Menschenrechtsbereich ursprünglich für die Europäische Menschenrechtskonvention, um z. B. Änderungen in der Rechtsprechung zu Fällen der Sexualmoral zu rechtfertigen, *Bernhardt, R.*, Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights, German Yearbook of International Law 1999 (42), S. 11, 20; für ein reflektiertes Verständnis der dynamischen Auslegung als einer aktualisierten „Normprojektion“, die sich durchsetzen muss, *Fastenrath, U.*, Lücken im Völkerrecht – zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, Berlin 1991, S. 189–194.

16 *Pernice, I.*, in: *Dreier, H. (Hrsg.)*, Grundgesetz, Bd. 2: Artikel 20–82, Tübingen 2006, Art. 59, Rn. 47; a.A.: *Burghart, A.*, Wann treten unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Vertragsregeln innerstaatlich in Kraft?, DÖV 1993, S. 1038, 1043 ff.

17 Zur Kritik des VGH-Beschlusses in diesem Sinne: Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, 2009, S. 11–12.

18 VGH Kassel, Urteil vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09, NVwZ-RR 2010, 602–603.

19 VGH Kassel, Urteil vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09, NVwZ-RR 2010, 602.

geboten. Die Anwendbarkeit und Bindungswirkung der völkerrechtlichen Normen hängt aber entgegen der Auffassung des VGH Kassel nicht von diesen gesetzgeberischen Projekten ab; sie ergibt sich nach der Vollzugslehre des Bundesverfassungsgerichts bereits vollumfänglich aus dem Vertragsgesetz unter Art. 59 Abs. 2 GG.²⁰ Das Vertragsgesetz, welches durch den Bund erlassen wird, ist also konzeptionell von weiteren spezifischen Gesetzgebungsprojekten zur Implementierung bzw. Durchführung des völkerrechtlichen Vertrages zu trennen, es handelt sich um einen Vollzugsbefehl und eben nicht um normale Gesetzgebung, die sich an den Art. 70 ff. GG messen lassen muss. Unter den materiellrechtlichen Vorgaben z. B. der neuen UN-Behindertenrechtskonvention sind eine größere Anzahl von Bundes- und Landesgesetzen zu ändern, wenn man zukünftig Verstöße Deutschlands gegen die Konvention vermeiden möchte. Insbesondere beim Recht auf inklusive Schulbildung besteht in vielen Bundesländern größerer legislativer Handlungsbedarf.²¹ Der Anwendbarkeit der Konvention steht aber das Fehlen solcher spezifischen Umsetzungsgesetze auf Bundes- oder Landesebene nicht entgegen. Sie ergibt sich bereits aus dem mit dem Vertragsgesetz erteilten Vollzugsbefehl für alle Formen deutscher Hoheitsausübung.

Die problematische Gleichsetzung des unter Art. 59 Abs. 2 GG geforderten Vertragsgesetzes mit einem gesetzgeberischen Transformationsakt verleitet den VGH Kassel zweitens auch zu der Annahme, die Kompetenz für die „Transformation“ werde nach den Art. 70 ff. GG geregelt und obliege in Bereichen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer nur dem Landesgesetzgeber. Dies wäre nur dann folgerichtig, wenn das Vertragsgesetz ein echtes Transformationsgesetz wäre. Nach der Lehre vom Vollzugsbefehl ist das aber gerade nicht der Fall. Zwar kann verfassungsrechtlich z. B. im Schulrecht in der Tat nur der Landesgesetzgeber die notwendigen gesetzgeberischen Durchführungs- und Anpassungsakte erlassen, soweit diese notwendig sind, um zukünftige Verstöße gegen die Konvention zu verhindern. Die Normen der Konvention gelten aber dessen ungeachtet im deutschen Rechtsraum schon durch das Vertragsgesetz des Bundes als Völkerrecht im Range einfachen Bundesrechts. Für völkerrechtliche Abkommen, bei denen die Bundesrepublik Vertragspartei geworden ist, hat der Bund nicht nur die Kompetenz zur völkerrechtlichen Außenvertretung, sondern als Annex auch die Kompetenz, den innerstaatlichen Vollzugsbefehl zu erlassen. Die Erteilung eines eigenen landesrechtlichen Vollzugsbefehls ist zwar nicht ausgeschlossen, für die Wirkung des Abkommens im landesrechtlichen Raum aber nicht erforderlich.²²

Als Kompensation für die Möglichkeit des Bundes, völkerrechtliche Verträge zu schließen, die Materien aus der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder umfassen, ist vor der Ratifikation gemäß dem Lindauer Abkommen die Zustimmung der Länder zu den vertraglichen Bestimmungen einzuholen. Nur wenn die Bundesländer nach Art. 32 Abs. 3 GG selbst Vertragsparteien eines völkerrechtlichen Abkommens werden, obliegt es auch den landesrechtlichen Organen, den Vollzugsbefehl für den landesrechtlichen Rechtsraum zu erteilen. Bei Menschenrechtsabkommen ist dies aber nicht der Fall. Vertragspartei ist hier die Bundesrepublik Deutschland. Der Bund ist damit nach den Art. 32 und 59 Abs. 2 GG zuständig für die völkerrechtliche Ratifikation und die Erteilung des innerstaatlichen Vollzugsbefehls, der seinerseits mit der Gesetzeskraft des Ver-

20 Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, 2009, S. 11–12.

21 Riedel, E./Arend, J.-M., Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, 1346.

22 Nettesheim, M. , in: Maunz, T./Dürig, G., Grundgesetz: Kommentar, Bd. 5, München 2010, Art. 59, Rn. 185; die Gegen-auffassung vertreten Fastenrath, U./Groh, T. in: Friauf, K.-H. /Höfling, W. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3: Art. 38–82, Berlin 2010, Art. 59, Rn. 99, die nur die landesrechtlichen Organe befugt sehen, den Vollzugsbefehl für die Bereiche zu erteilen, die die ausschließliche Gesetzgebung der Länder betreffen.

tragsgesetzes alle Staatsorgane im deutschen Rechtsraum, d. h. auch alle Landesbehörden bindet.²³ Die Vollzugskompetenz ist im Grundgesetz über Art. 59 Abs. 2, Art. 32 Abs. 1 GG also zentralistisch geregelt (Ausnahme Art. 32 Abs. 3 GG); nur die davon zu trennenden Implementierungs- und Anpassungsaufträge an den Gesetzgeber richten sich dann nach den Art. 70 ff. GG.

2 Die Rangfrage

Die Rangfrage wird nach herrschender Meinung durch den Rang des Vertragsgesetzes mitbestimmt. Das Menschenrechtsvertragsrecht hat nach herrschender Meinung wie das Vertragsgesetz einfachen Gesetzesrang.²⁴ Allgemein war die Literatur in diesem dogmatischen Kontext bislang fast ausschließlich auf die Europäische Menschenrechtskonvention fokussiert. Die Rangfrage und ihre Folgen für die Rechtsanwender kann aber für alle völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge gemeinsam beantwortet werden. Eine Differenzierung zwischen regionalem und universalem Völkervertragsrecht sieht das Grundgesetz unter Art. 59 Abs. 2 Satz 1 nicht vor.²⁵ Nach der *Görgülü*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts haben die rechtsanwendenden Organe die Gewährleistungen des Menschenrechtsabkommens zu berücksichtigen.²⁶ Dabei ist das nationale Recht nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nach Möglichkeit menschenrechtskonform auszulegen.²⁷ Es wird deswegen auch bei später erlassenen Gesetzgebungsakten widerlegbar vermutet, dass die Rechtsetzungsorgane nicht gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstößen wollten.²⁸ Im Ergebnis entsteht damit über das Art. 59 Abs. 2 GG Satz 1 – Verfahren ein formaler Gleichrang, der aber interpretatorisch durch die weitgehende Aushebelung des *lex posterior* Grundsatzes und eine Auslegung des nachfolgenden Bundesrechtes „im Lichte“ der Menschenrechts- bzw. Grundrechtsnorm zu einem Vorrang der Menschenrechtsnorm in der Interpretationspraxis wird.²⁹

Die neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Behindertenrechtskonvention hat aber die Frage aufgeworfen, wie die Rangzuweisung des völkerrechtlichen Vertrages als einfaches Bundesrecht sich auf das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Gewährleistungen und bestehenden

23 *Nettesheim* (Anm. 22), Art. 59, Rn 185.

24 BVerfGE 74, 358 (370), 82, 106 (120); überwiegende Meinung, siehe mit weiteren Nachweisen *Weber* (Anm. 9), Art. 59, Rn. 75. Versuche der Literatur, insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention einen höheren Rang zuzuordnen, konnten sich bislang noch nicht durchsetzen. Siehe die Ansätze bei *Bleckmann, A.*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, *EuGRZ* 1994, S. 149 (152 ff.); *Frowein, J.*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Fürst, W./Herzog, R./Umbach, D.* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1763 ff.; *Walter, C.*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, *ZaöRV* 1999 (59), S. 961 ff.; *Hoffmeister, F.*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung für Deutschland, *Der Staat* 2001 (40), S. 349, 365 ff.; hierzu *Fastenrath/Groh* (Anm. 22), Art. 59, Rn. 109.

25 Die Bestimmungen universaler Menschenrechtskonventionen haben unter Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG denselben Status wie die der Europäischen Menschenrechtskonvention, wenn sie von der Bundesrepublik nach dem in Art. 59 GG Abs. 2 Satz 1 GG vorgesehenen Verfahren ratifiziert wurden. Anderer Ansicht ist *Sternberg* unter Bezug auf Art. 23 GG, *Sternberg, N.*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, Berlin 1999, S. 227.

26 BVerfGE 111, 307 (323 f.).

27 BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 11, 307 (324); statt vieler *Sommermann, K.-P.*, Völkerrechtlich garantierter Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, *AöR* 1989 (114), S. 391 ff.

28 BVerfGE 74, 358 (370); hierzu *Fastenrath/Groh* (Anm. 22), Art. 59, Rn. 111.

29 Nach *Ulrich Fastenrath* und *Thomas Groh* „wirkt die genannte Vermutung in vielen Bereichen ähnlich wie die Zuerkennung eines übergesetzlichen Rangs“, in: *Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3: Art. 38–82 (2010), Art. 59, Rn. 111.

Landesgesetzen auswirkt. Ist hier der in Art. 31 GG niedergelegte Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ auch in Bereichen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder auf das Verhältnis von der – gemäß dem Vertragsgesetz – zu vollziehenden Völkerrechtsnorm und den einschlägigen landesrechtlichen Gesetzen anzuwenden? Auch hier gilt es, kompetenzielle Fragen der Gesetzgebung nicht mit Fragen des Vollzugs völkerrechtlicher Abkommen zu vermengen. Das Vertragsgesetz hat den Rang einfachen Bundesrechts und partizipiert insofern am Vorrangverhältnis zwischen Bundesrecht und Landesrecht, wie es in Art. 31 GG vorgesehen ist.³⁰ Der Tatsache, dass vom Vertragsgesetz auch ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen der Länder betroffen sind, wird verfassungspolitisch wie oben erwähnt durch das Lindauer Abkommen, d. h. durch die umfassende Beteiligung und Zustimmung der Länder bei den völkerrechtlichen Verhandlungen und vor der Verabschiedung des Vertragsgesetzes Rechnung getragen.³¹ Das Vertragsgesetz ist also nach Mitwirkung und Zustimmung der einzelnen Länder sowie ihres gemeinsamen Legislativorgans auf Bundesebene, dem Bundesrat, ergangen und damit als im Sinne des Art. 31 GG kompetenzgemäß zustandegekommenes Bundesrecht zu behandeln. Die verfassungsrechtliche Kompetenzfrage im Bereich der Gesetzgebung wirkt sich anschließend nicht mehr auf die Stellung und den Rang des vom Bund erlassenen Vertragsgesetzes aus. Im Falle einer echten Kollision des Inhalts des Menschenrechtsabkommens mit landesrechtlichen Regeln ergibt sich somit ein Vorrang der menschenrechtlichen Norm. Ansonsten ist das Abkommen bei der Anwendung des Landesrechtes zu beachten wie andere bundesrechtliche Normen auch.

3 Die Frage der (unmittelbaren) Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des menschenrechtlichen Vertragsrechts folgt aus dem im Vertragsgesetz enthaltenen Vollzugs- bzw. Rechtsanwendungsbefehl.³² Nach einer früher vertretenen Auffassung würden über das Vertragsgesetz aber nur die Normen in die deutsche Rechtsordnung übernommen, die „unmittelbar anwendbar“ oder *self-executing* seien.³³ Diese Ansicht wird heute ganz überwiegend abgelehnt.³⁴ Das Vertragsgesetz verleiht allen Vertragsbestimmungen den Rang einfachen Bundesrechts und ordnet zugleich deren Anwendbarkeit an.³⁵ Das durch Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG herbeigeführte Anwendungsgebot für ratifiziertes Völkervertragsrecht lässt sich – unabhängig von der völkerrechtlich geregelten Materie – in zwei konkretisierte Anwendungskonstellationen aufspalten: eine *allgemeine Berücksichtigungspflicht* und die *unmittelbare Anwendbarkeit*.³⁶

Zunächst zur *Berücksichtigungspflicht*. Die inkorporierte Menschenrechtsnorm dient in dieser Anwendungskonstellation als Auslegungshilfe für eine andere Norm, die ihrerseits als Entscheidungsgrundlage dient.³⁷ Bei der Auslegung einer Norm des deutschen Ausländerrechts z. B. wird Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom Gericht herangezogen. Hier führt die Existenz der inkorporierten Menschenrechtsnorm zu einer Berücksichtigungspflicht durch die rechtsanwendenden Organe. Die gebotene Einbeziehung der völkerrechtlichen Norm wird so zu

30 Riedel, E./Söllner, S., Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, 270 (277); a.A. Krajewski, M., Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, S. 120 (124).

31 Zum Lindauer Abkommen *Papier*; H.-J., DÖV 2003, S. 265 (267 ff.).

32 Bernhardt (Anm. 10), § 174, S. 571 ff., Rn. 28.

33 Vgl. Rudolf (Anm. 12).

34 Vgl. Geiger (Anm. 13), S. 159; Überblick bei Rojahn (Anm. 4), Art. 59 Rn. 34.

35 In diesem Sinne schon BVerfGE 6, 290 (294).

36 Aichele, V., Nationale Menschenrechtsinstitutionen, Frankfurt 2003, S. 155 f.

37 Fastenrath/Groh (Anm. 22), Art. 59, Rn. 103.

einem Begründungselement für die Entscheidung.³⁸ Von dieser Anwendungskonstellation sind die viel selteneren Fälle zu unterscheiden, in denen die Völkerrechtsnorm selbst als Entscheidungsgrundlage dient, d. h. unmittelbar angewendet wird. Die inkorporierte Völkerrechtsnorm bestimmt die entscheidungserhebliche Rechtsfolge. Sie ist Begründungsgrundlage.³⁹ In diesen Fällen kann von „unmittelbarer“ Anwendung der Völkerrechtsnorm gesprochen werden. Voraussetzung für eine solche unmittelbare Anwendung ist, dass die Norm bestimmt genug ist, um in der konkreten Anwendungskonstellation Rechtsfolgen zeitigen zu können.⁴⁰ Es geht bei der Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit immer um die einzelne vertragsrechtliche Norm im spezifischen Anwendungskontext, die pauschale Zuordnung von kompletten Menschenrechtsverträgen als (nicht) unmittelbar anwendbar, hat sich als zu undifferenziertes Vorgehen herausgestellt.⁴¹ Jeder menschenrechtliche Vertrag stellt ein komplexes Pflichten- und Rechtebündel dar, welches im Blick auf die unmittelbare Anwendbarkeit nach einzelnen Normen oder sogar Normbestandteilen differenziert beurteilt werden muss. Hierbei kommt es nach inzwischen wohl überwiegender Meinung nicht auf die vermeintliche Intention der Vertragsparteien an.⁴² Die Voraussetzung der Bestimmtheit für eine unmittelbare Anwendbarkeit stellt auch keine abstrakten Anforderungen an die Normstruktur, sondern kann nach neuerer Praxis des Bundesverfassungsgerichts nur in Relation zum konkreten Einzelfall überprüft werden.⁴³ Es geht nach dieser Praxis letztlich nur um die Frage, ob die Norm nach Wortlaut, Zweck und Inhalt „geeignet und hinreichend bestimmt ist“ eine rechtliche Wirkung im konkreten Fall zu entfalten.⁴⁴ Dieses Verständnis liegt auch einer jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Wiener Konsularrechtsübereinkommen zugrunde. In der Entscheidung prüft und bejaht das Bundesverfassungsgericht die Eignung der inkorporierten Völkerrechtsnorm als Rechtsgrundlage und zieht hieraus den Schluss, dass die Norm unmittelbar anwendbar (*self-executing*) sei⁴⁵:

„Art. 36 WÜK, der in der deutschen Rechtsordnung damit im Range eines Bundesgesetzes gilt, enthält Vorgaben, die unmittelbar für den deutschen Strafprozeß einschließlich des Ermittlungsverfahrens relevant sind,

38 Als Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung VG Frankfurt, NJW 1993, S. 2967 zur Auslegung von § 8 II Abs. 2 PostG im Lichte der Rassendiskriminierungskonvention, und VG Frankfurt, NVwZ 1994, S. 1137 zur Beachtung der Kinderrechtskonvention.

39 Ähnliche Differenzierung auch bei *Fastenrath/Groh* (Anm. 22), Art. 59, Rn. 102 f.

40 Diese Anwendbarkeitsvoraussetzungen werden in der Literatur teilweise als Elemente einer eigenständigen Dogmatik der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ oder der „self-executing“-Eigenschaft inkorporierter Völkerrechtsnormen behandelt; *Schweizer, M.*, Staatsrecht III, Heidelberg 2008, S. 165–169; mit einem anderen Verständnis der Problematik, welches die Lehre von den *self-executing treaties* als einen rechtlichen Mechanismus konzeptionalisiert, Völkerrechtsnormen mit grundlegenden Verfassungsprinzipien abwägen zu können, *von Bogdandy, A.*, Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international law and domestic constitutional law, International Journal of Constitutional Law 2008 (6), S. 397 ff.

41 So aber der VGH Baden Württemberg, Entscheidung vom 17.12.1991, Az. 9 S 2162/90, der die Normen des UN-Sozialpaktes pauschal als nicht unmittelbar anwendbar klassifizierte; hierzu kritisch: *Simma, B.*, The role of german courts in the enforcement of international human rights, in: *Conforti, B.* (Hrsg.), Enforcing international human rights in domestic courts, Den Haag 1997, S. 71 (86).

42 Hierzu *Rojahn* (Anm. 4), Art. 59, Rn. 35a; a. A. *Klein, E.*, Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: *Koeppl, P.* (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, Luchterhand 1996, S. 31 (39).

43 So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Genfer Flüchtlingskonvention zutreffend festgestellt: „Nach der Rechtsprechung des Senats führt die Transformation eines völkerrechtlichen Vertrages durch ein Zustimmungsgesetz zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsnorm, wenn sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, dafür also keiner weiteren normativen Auffüllung bedarf. Diese Voraussetzungen liegen bei den Vorschriften der Genfer Konvention einschließlich der Bestimmungen über den Reiseausweis vor [...]“; BVerwGE 88, 254 (257); *Schweizer* (Anm. 40), S. 167.

44 Vgl. die Formulierung in BVerfGE 29, 348 (360).

45 BVerfG, Beschluss vom 19.09.2006, 2BvR 2115/01, Abs-Nr. 53.

wenn – wie vorliegend – Staatsangehörige eines anderen Vertragsstaates verfolgt werden. Die Norm ist hinreichend bestimmt, um von den Strafverfolgungsbehörden unmittelbar angewendet zu werden; sie bedarf keiner Ausführungsgesetzgebung, sondern ist self-executing.“

Die der Entscheidung zugrunde liegende Norm des ratifizierten Konsularrechtsübereinkommens sieht in Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b Satz 3 vor, dass die Strafverfolgungsbehörden den Betroffenen unverzüglich über sein Recht, mit seiner konsularischen Vertretung in Verbindung zu treten, informieren müssen. Hierbei handelt es sich zunächst um eine objektive Verpflichtung der deutschen Behörden, d. h. um eine staatengerichtete Verpflichtung. Das Verfassungsgericht entnimmt dem objektiv formulierten Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b Satz WÜK interpretatorisch einen spiegelbildlichen Anspruch des Individuums. Dies entspricht dem hier bevorzugten Verständnis, nach dem auch eine staatengerichtete Norm unmittelbar anwendbar sein kann, wenn diese konkrete Handlungsgebote gegenüber Staatsorganen enthält, die subjektive Rechtspositionen schützen sollen. Nach der inzwischen wohl überwiegenden Auffassung ist die individualgerichtete Ausformulierung einer Norm zwar ein Indiz für das Vorliegen einer unmittelbar anwendbaren Norm, aber keine zwingende Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit.⁴⁶

Die fachgerichtliche Rechtsprechung hat sich bei der Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen aus UN-Menschenrechtsabkommen bislang eher zurückgehalten. Die Fachgerichte scheinen in den entschiedenen Fällen jedoch ebenfalls mehrheitlich auf das einzelfallorientierte Bestimmtheitskriterium abzustellen.⁴⁷ So befand das Bundesverwaltungsgericht Art. 8 der ILO-Konvention Nr. 97 in einem Urteil für unmittelbar anwendbar.⁴⁸ Das Bundesarbeitsgericht urteilte Art. 2 der ILO-Konvention Nr. 135 als nicht bestimmt genug, um unmittelbar anwendbar zu sein.⁴⁹ Für ratifizierte Menschenrechtsverträge bestätigt diese Rechtsprechung die obige Annahme, dass keine pauschalen Äußerungen über die unmittelbare Anwendbarkeit der enthaltenen menschenrechtlichen Verpflichtungen möglich sind.⁵⁰ Davon geht auch das Urteil des Verwaltungsgerichtes Frankfurt aus, in dem das Gericht eine Norm der UN-Kinderrechtskonvention für unmittelbar anwendbar befunden hatte, weil in der spezifischen Anwendungssituation kein nationaler Umsetzungsspielraum mehr bestanden hatte.⁵¹

Für die meisten Normbestandteile der Europäischen Menschenrechtskonvention wird inzwischen von einer unmittelbaren Anwendbarkeit ausgegangen.⁵² Die Normen des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) werden vom UN-Menschenrechtsausschuss insofern als zumindest potentiell unmittelbar anwendbar betrachtet, als er inzwischen in Staatenberichtsverfahren von den Vertragsstaaten verlangt, für eine *direct application* des Paktes zu sorgen.⁵³ Für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-

46 Geiger (Anm. 13), S. 160.

47 Uerpmann, R., The Implementation of UN-Human Rights Law by German Courts, German Yearbook of International Law 2003 (46), S. 87 (99 f.).

48 BVerwGE 94, 35 (50 ff.).

49 BAG, Urteil vom 03.12.1997, 7 AZR 236/97.

50 Fastenrath/Groh (Anm. 22), Art. 59, Rn. 102.

51 VG Frankfurt a. M., Urteil vom 24.11.1993, AZ 5 E 11833/93, NVwZ 1994, S. 1137 (1138); Giegerich, T. (Hrsg.), Decisions of German Courts Relating to Public International Law and European Law 1986–1993, Berlin 1998, S. 500 (502); Uerpmann (Anm. 47), S. 99 f.

52 Geiger (Anm. 13), S. 346.

53 UN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Denmark, vom 18.11.1996, UN-Dok. CCPR/C/79/Add.68, Ziff. 17; zu dieser Frage Seibert-Fohr, A. Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen ins nationale Recht. Das Verhältnis des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte zu nationalem Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 ff; zur Implementierungsdebatte unter dem Zivilpakt Schwelb, E., Civil and political rights; the international measures of implementation, AJIL 1968 (62),

Sozialpakt) ist es nach dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu vermeiden, die betreffenden Normen von vorneherein als nicht anwendbar zu betrachten.⁵⁴ Tatsächlich seien viele der Vorschriften ebenso deutlich und konkret formuliert wie Vorschriften in anderen Menschenrechtsverträgen, die regelmäßig von Gerichten als unmittelbar anwendbar erklärt werden.⁵⁵ Insbesondere bei der Anwendung einzelner Paktrechte in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Paktes wird von ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ausgegangen.⁵⁶ Auch die Tatsache, dass viele Menschenrechtsbestimmungen nach Nennung des Rechtes zu Beginn der Bestimmung durch die Formulierung „States parties shall take measures to [...]“ konkretisiert werden, ist kein ausreichender Hinweis darauf, dass diese Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist, wenn etwa solche speziellen Maßnahmen bislang durch staatliche Organe noch nicht ergriffen wurden. Vielmehr sollten die mit dieser oder ähnlichen Formulierungen im Abkommen konkretisierten staatlichen Handlungspflichten als bindende Effektivierungsaufträge an die Vertragsstaaten gelesen werden. Sie schließen als solche eine unmittelbare Anwendbarkeit im oben genannten Sinne nicht aus. Es kann sich im Gegenteil aus substantiierten völkerrechtlichen Aufträgen an nationale Organe eine konkretisierende Wirkung ergeben, die die Anwendbarkeit auf bestimmte Fallkonstellationen ermöglicht. Ob eine Menschenrechtsnorm unmittelbar anwendbar ist, kann also nicht abstrakt bestimmt werden, sondern bestimmt sich aus dem Verhältnis zwischen der konkreten Formulierung des relevanten menschenrechtlichen Normbestandteils und dem jeweiligen Lebenssachverhalt.

Daraus lassen sich folgende allgemeine Zwischenergebnisse für die Wirkung, den Rang und die Anwendbarkeit ratifizierten menschenrechtlichen Vertragsrechtes unter dem Grundgesetz festhalten. Das über Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG mit einem Vollzugsbefehl versehene menschenrechtliche Vertragsrecht hat den Rang einfachen Bundesrechts. Der Vollzugsbefehl gilt auch im landesrechtlichen Raum. Ein eigener landesrechtlicher Vollzugsbefehl ist auch in den völkerrechtlichen Bereichen, die die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder betreffen, nicht erforderlich. Aus diesem allgemeinen Status der Menschenrechtsnormen im bundes- und landesrechtlichen Raum ergibt sich im Anwendungskontext sowohl eine einfache Beachtungspflicht (Menschenrechtsnorm als Begründungselement) als auch die im Einzelfall ggf. gebotene unmittelbare Anwendung der Menschenrechtsnorm (Menschenrechtsnorm als Begründungsgrundlage). Der prinzipielle Gleichrang mit dem übrigen Bundesrecht wird bei Menschenrechtsverträgen durch die Annahme eines grundsätzlichen „interpretatorischen Vorrangs“ modifiziert. Hiernach wird die inkorporierte Menschenrechtsnorm durch nachfolgendes Bundesrecht so lange nicht derogiert, wie

S. 827 (841 f.); *Tomuschat, C.*, Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen. Neue Perspektiven weltweiter Verwirklichung der Menschenrechte, Vereinte Nationen 1978, S. 1, 3 f.; *Robertson, A. H.*, The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights, BYIL 1968/1969 (43), S. 21 (25 f.); *Das, K.*, United Nations Institutions and Procedures Founded on Conventions on Human Rights and Fundamental Freedoms, in: *Vasak, K./Alston, P.* (Hrsg.), The International dimensions of Human Rights, Vol. 1, Westport 1982, S. 303 (336); *Schachter, O.*, The obligation to implement the covenant in domestic law, in: *Henkin, L.* (Hrsg.), The International Bill of Rights: The covenant on civil and political rights, New York 1981, S. 311 ff.

54 *Riedel/Arend* (Anm. 21), S. 1347.

55 „There are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, including Art. 3, 7 (a) (i), 8, 10 (3), 13 (2) (a), (3) and (4) and 15 (3) which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems“, *UN-Sozialpaktausschuss*, General Comment Nr. 3: „The Nature of States Parties‘ Obligations“ vom 14.12.1990, UN-Dok. E/1991/23, Ziff. 5; *UN-Sozialpaktausschuss*, General Comment Nr. 9: „The domestic application of the Covenant“ vom 03.12.1998, UN-Dok. E/C.12/1998/24, Buchst. C, Ziff. 11; hierzu *Malinverni, G.*, Les pactes dans l‘ordre juridique interne, in: *Kälin, W./ders./Nowak, M.*, Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, Basel 1997, S. 71 (73 ff.).

56 *UN-Sozialpaktausschuss*, General Comment Nr. 3: „The Nature of States Parties‘ Obligations“ vom 14.12.1990, UN-Dok. E/1991/23, Ziff. 5; *Aichele* (Anm. 36), S. 156; *Riedel/Arend* (Anm. 21), S. 1347.

der Bundesgesetzgeber seine gegenläufige Intention nicht explizit im späteren Gesetz zum Ausdruck gebracht hat (Ausnahme vom *lex posterior* Grundsatz). Gegenüber landesrechtlichen Vorschriften genießt die über das Vertragsgesetz des Bundes vollzogene Völkerrechtsnorm – soweit sie mit Landesrecht kollidiert – schon gemäß Art. 31 GG Vorrang.

4 Schlussfolgerungen für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention, insbesondere des Rechts auf Bildung, im deutschen Verwaltungsrecht

Für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention ergeben sich aus den oben genannten allgemeinen Grundsätzen folgende erkenntnisleitende Thesen:

Erstens: *Alle Normen der UN-Behindertenrechtskonvention sind von staatlichen Organen bei der Anwendung von relevanten Bundes- oder Landesgesetzen zu beachten. Eine Reihe von Bestimmungen fordern zudem ein Tätigwerden des Gesetz- und Verordnungsgebers des Bundes oder der Länder.*

Zweitens: *Alle in der UN-Behindertenrechtskonvention enthaltenen Rechte bzw. die korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen sind in Verbindung mit dem Antidiskriminierungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 2 der Konvention zumindest potentiell unmittelbar anwendbar, d. h. sie können je nach Fallgestaltung in einem konkreten Rechtsstreit deutschen Gerichten als Entscheidungsgrundlage dienen.*

Die erste These ergibt sich aus den oben gemachten Ausführungen zur Wirkung von Menschenrechtsnormen im deutschen Recht. Da diese über das Vertragsgesetz im Rang einfachen Bundesrechtes gelten, haben sie am Vorrang des Gesetzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG teil und müssen von staatlichen Organen beachtet werden. Nach dem Bundesverfassungsgericht sind damit deutsche Behörden und Gerichte im Rahmen geltender methodischer Auslegungsstandards grundsätzlich verpflichtet, bei der Anwendung deutschen Rechts der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.⁵⁷ Neues staatliches Gesetzesrecht bricht die Menschenrechtsnormen zumindest so lange nicht, wie eine solche Intention des Bundesgesetzgebers nicht deutlich wird. In den in Art. 4 UN-Behindertenrechtskonvention genannten allgemeinen Verpflichtungen der Staaten ist zudem niedergelegt, dass die Möglichkeit der vollen Inanspruchnahme der in der Konvention genannten Rechte durch behinderte Menschen positive staatliche Maßnahmen voraussetzt:

„Art. 4 (1): States Parties undertake to ensure and promote the full realization of all human rights and fundamental freedoms for all persons with disabilities without discrimination of any kind on the basis of disability. To this end, States Parties undertake:

- a) To adopt all appropriate legislative, administrative and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention;
- b) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices that constitute discrimination against persons with disabilities;“

Hinzu kommen eine Reihe von konkretisierten Aufträgen an den Bundes- oder Landesgesetzgeber unter den einzelnen Rechten. Viele Einzelbestimmungen beginnen mit der Formulierung „*States parties shall all take appropriate measures to ensure (prevent) ...*“. Hier sind aktive Maß-

57 BVerfGE 111, 307 (317), Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, 2009, S. 9.

nahmen des Staates erforderlich, um das jeweilige Recht innerstaatlich vollumfänglich zu realisieren. Wenn dieser z. B. im Bereich von Ausbeutung und Gewalt in Heimen entgegen dem Auftrag aus Art. 16 Abs. 3 der UN-Behindertenrechtskonvention keine effektiven Schutzmechanismen durch unabhängige Kontrollinstanzen einrichtet, kann er sich einer Verletzung der Konvention schuldig machen.

Was die zweite These anbetrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass das Abkommen in genereller Hinsicht schon insofern auf eine subjektive Durchsetzung der dort vermittelten Rechtspositionen und statuierten Verpflichtungen angelegt ist, als es von vorneherein mit einem Individualbeschwerdeverfahren für alle Rechte der Konvention ausgestattet wurde.⁵⁸ Dieses in einem Zusatzprotokoll geregelte Verfahren hat Deutschland ebenfalls im Wege der völkerrechtlichen Ratifikation des Protokolls anerkannt. Auf der Grundlage der oben gemachten allgemeinen Ausführungen zum hinreichenden Bestimmtheitsgrad der Normbestandteile als Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit (Menschenrechtsnorm als Begründungsgrundlage) können drei typische Fallgruppen unmittelbarer Anwendbarkeit unterschieden werden: *erstens* ein subjektiver Anspruch, der sich aus einer objektiven Verpflichtung des Staates in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 5 der Konvention ergibt (4.1.); *zweitens* der Umschlag von objektiven Verpflichtungen des Staates zum Schutz von behinderten Menschen in einen subjektiven Anspruch im Wege der Ermessensreduzierung (4.2.); und *drittens* die subjektiv-rechtliche Durchsetzung von solchen Rechtspositionen aus der Konvention, die unter den bisherigen Menschenrechtskonventionen bereits als unmittelbar anwendbar gelten und in der Konvention an die Bedürfnisse behinderter Menschen angepasst werden (4.3.).

4.1 Unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Rechte bei staatlicher Diskriminierung

Art. 5 der UN-BRK enthält ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, welches als Querschnittsprinzip für alle Konventionsrechte gilt:

Art. 5 (2): “States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.”

Wie in den Formulierungen der einzelnen Rechte der BRK immer wieder deutlich wird, soll die Konvention nicht neue Rechte von behinderten Menschen schaffen, sondern sicherstellen, dass die Menschenrechte von Menschen mit Behinderung diskriminierungsfrei gewährleistet werden.⁵⁹ Im internationalen Menschenrechtsschutz ist anerkannt, dass Diskriminierungsverpflichtungen unmittelbar anwendbar sind, und zwar unabhängig von der Frage, ob es sich um ein Recht aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) oder aus dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) handelt.⁶⁰ Der Vorbehalt der (nur) progressiven Realisierbarkeit von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten wird insofern im Bereich der Antidiskriminierungsverpflichtungen begrenzt. Dies stellt Art. 4 Abs. 2 letzter Halbsatz der UN-BRK klar, der vom Vorbehalt der progressiven Realisierbarkeit der in der UN-BRK enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen

58 Riedel/Arend (Anm. 21), S. 1348.

59 Die einzelnen Rechte sind wie das Deutsche Institut für Menschenrechte zu Recht betont stets in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot zu prüfen, Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, 2009, S. 4; zum Folgenden auch eingehend Riedel/Arend (Anm. 21), S. 1347–1348.

60 Riedel/Arend (Anm. 21), S. 1348.

Rechte solche Verpflichtungen ausnimmt die nach allgemeinen völkerrechtlichen Regeln unmittelbar anwendbar sind.

“Art. 4 (2) With regard to economic, social and cultural rights, each State Party undertakes to take measures to the maximum of its available resources and, where needed, within the framework of international cooperation, with a view to achieving progressively the full realization of these rights, *without prejudice to those obligations contained in the present Convention that are immediately applicable according to international law.*”⁶¹

Diese anerkannte Differenzierung zwischen unmittelbar anwendbaren Verpflichtungen aus dem UN-Sozialpakt und lediglich progressiv zu verwirklichenden Verpflichtungen, die die Konvention an der hervorgehobenen Stelle explizit vornimmt, erkennen der VGH Kassel und das OVG Lüneburg in ihren Beschlüssen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Sonderbeschulung der behinderten Kinder. Sie halten die in der UN-Behindertenrechtskonvention enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte generell für „proklamationsartige soziale Ziele“, die nicht auf eine unmittelbare Anwendbarkeit im innerstaatlichen Bereich angelegt sind.⁶² Diese Annahme widerspricht in dieser Pauschalität Art 4 Abs. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention.

Eibe Riedel und Jan-Michael Arend haben anhand von Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention überzeugend deutlich gemacht, dass die dort enthaltene objektiv formulierte Verpflichtung des Staates, ein „inklusives“ Schulsystem bereitzuhalten – in Verbindung mit der Verpflichtung, diskriminierungsfreien Zugang für behinderte Kinder zum allgemeinen Schulsystem zu gewährleisten – zu einem subjektiv durchsetzbaren Anspruch des betroffenen Kindes auf Zugang zur Regelschule führen kann.⁶³ Zwar enthält das Recht auf Bildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention die objektive Verpflichtung, das deutsche Schulsystem insgesamt inklusiv auszugestalten und damit auch positive Handlungsaufträge, die von den Vertragsstaaten nur schrittweise umgesetzt werden können. Diese Tatsache schließt aber wiederum nicht aus, dass der von einer konkreten diskriminierenden Handlung betroffene behinderte Mensch sich im Blick auf diese staatliche Maßnahme unmittelbar auf Art. 24 der Konvention berufen kann. Diese Aussage gilt *mutatis mutandis* auch für die anderen sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte. In Verbindung mit dem Antidiskriminierungsprinzip können damit alle in der Konvention enthaltenen Rechte zu einer unmittelbar anwendbaren Norm werden, d. h. sie können nicht nur als Begründungselement, sondern darüber hinaus auch als Begründungsgrundlage für einen innerstaatlich einklagbaren subjektiv-rechtlichen Anspruch fungieren. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Recht in der Konvention objektiv-rechtlich formuliert wird oder eine explizite subjektiv-rechtliche Ausformulierung erhalten hat.

4.2 Unmittelbare Anwendbarkeit bei Ermessenreduzierung im Bereich von staatlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten

Eine weitere Normen- und Fallkonstellation, in der regelmäßig von unmittelbar anwendbaren Normbestandteilen auszugehen ist, sind staatliche Schutzverpflichtungen aus der UN-Behindertenrechtskonvention, die im Wege einer Ermessensreduzierung zu einen Anspruch auf ein bestimmtes aktives Tun staatlicher Organe führen. Die Schutzpflicht als dogmatische Figur ist im

61 Hervorhebung Jochen von Bernstorff.

62 OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.09.2010 – 2 ME 278/10; ähnlich zuvor VGH Kassel, Beschluss vom 12.11.2009 – 7 B 2763/09, NVwZ-RR 2010, 602–603.

63 Riedel/Arend (Anm. 21), S. 1247–1248.

internationalen Menschenrechtsschutz anerkannt.⁶⁴ Viele Normbestandteile aus der UN-Behindertenrechtskonvention können als vertraglich konkretisierte Schutzpflichten interpretiert werden. Das ist überall dort der Fall, wo staatliche Verpflichtungen zum Schutz vor- und zur Prävention von privaten Übergriffen statuiert werden.⁶⁵ Im Bereich von Gewalt gegen behinderte Frauen statuiert die Konvention z. B. staatliche Kontroll- und Untersuchungspflichten bei besonderen Gefährdungslagen:

„States Parties shall put in place effective legislation and policies, including women- and child-focused legislation and policies, to ensure that instances of exploitation, violence and abuse against persons with disabilities are identified, investigated and, where appropriate, prosecuted.“

Wichtig für die vorliegende Konstellation ist, dass die menschenrechtlichen Vertragsorgane bei positiven Verpflichtungen aus Menschenrechten, wie z. B. der Schutzpflicht, den Staaten prinzipiell einen erweiterten Ermessensspielraum bei der Wahl der Mittel zur Erfüllung dieser Verpflichtungen einräumen.⁶⁶ Begrenzt werden kann dieser Spielraum aus rechtlicher Sicht aber dann, wenn nur bestimmte Handlungen den menschenrechtswidrigen Zustand wirksam beenden können. So hat z. B. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner *Opuz*-Entscheidung eine Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention durch Untätigkeit bzw. inadäquate Schutzmaßnahmen der Behörden bei wiederholter und der Polizei bekannter exzessiver häuslicher Gewalt festgestellt und der betroffenen Frau einen Anspruch auf spezielle Schutzmaßnahmen zugesprochen.⁶⁷ Wenn also sich über den Weg der Ermessenreduzierung in einer bestimmten Fallkonstellation ein Anspruch auf konkrete staatliche Schutzmaßnahmen herleiten lässt, ist die entsprechende Norm der Konvention auch unmittelbar anwendbar. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn es konkrete Hinweise auf Gewaltausübung gegen behinderte Menschen in einem bestimmten privat betriebenen Heim gibt und staatliche Stellen untätig bleiben. Hier zeigt sich besonders anschaulich, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit keine statische Normeigenschaft, sondern eine Relation zwischen dem jeweiligen Einzelfall (Anwendungskontext) und der zu konkretisierenden Menschenrechtsnorm beschreibt.

4.3 Unmittelbar anwendbare Rechtspositionen, die aus anderen Menschenrechtskonventionen in die UN-Behindertenrechtskonvention übernommen wurden

Bei den „Rechten von Menschen mit Behinderungen“ gemäß der Konvention handelt es sich um ein- und dieselben Rechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 (AEMR), dem UN-Sozialpakt⁶⁸ und dem UN-Zivilpakt⁶⁹ niedergelegt sind. Die UN-Behinderten-

64 Kälin, W./Künzli, J., The law of international human rights protection, Oxford 2009, S. 96–98.

65 Beispielsweise Art. 16 BRK.

66 EMRK: „margin of appreciation“; IPBPR und IPWSKR: „discretion“; zum IPBPR Klein, E., The Duty to Protect and Ensure Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: ders. (Hrsg.): The duty to protect and to ensure human rights, Berlin 2000, S. 295 (315); für die EMRK: EGMR, Mathieu-Mohin & Clerfayt gegen Belgien, Urteil vom 02.03.1987, Ser. A Nr. 113, Beschwerde Nr. 9267/81, §§ 50 ff., hierzu Rensmann, T., Wertordnung und Verfassung – Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007, S. 227 f. und Lawson, R., Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, in: Coomans, A./Kammenga, M. (Hrsg.), Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Oxford 2004, S. 83 (106).

67 Auch hier greift der Gerichtshof zur Herleitung der Schutzpflicht auf die „duty to secure“ aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 3 EMRK zurück EGMR, *Opuz gegen die Türkei*, Urteil vom 9.06.2009, Application No. 33401/02, Ziff. 159, 170.

68 Vgl. BGBI. 1992, S. 391.

69 Vgl. BGBI. 1973 II, S. 1534.

rechtskonvention ist keine Spezialkonvention, die Sonderrechte oder Privilegien für Menschen mit Behinderungen formuliert. Die Leistung und der Gewinn der Konvention sind darin zu erkennen, dass sie die universellen Rechte aus den Perspektiven von Menschen mit Behinderungen präzisieren und im selben Zuge die staatlichen Verpflichtungen für ihren Schutz konkretisieren. Hieraus folgt, dass die Rechte der Konvention im Blick auf die menschenrechtlichen Gewährleistungen aus den beiden UN-Menschenrechtspakten aus dem Jahr 1966 auszulegen sind, deren Bestimmungen in der UN-Behindertenrechtskonvention an die Bedürfnisse behinderter Menschen angepasst wurden.⁷⁰ Für die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit bedeutet diese Feststellung, dass die oben erwähnten Normen, die unter den Ausgangskonventionen von völkerrechtlichen Spruchkörpern und der Rechtsprechung als unmittelbar anwendbar angesehen werden, auch unter der UN-Behindertenrechtskonvention als prinzipiell unmittelbar anwendbar angesehen werden müssen. Beim Recht auf Bildung beispielsweise sind wesentliche Bestandteile der Ursprungsnorm aus dem UN-Sozialpakt als unmittelbar anwendbare Normen anerkannt.⁷¹

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass völkerrechtliche Menschenrechtsabkommen über das Vertragsgesetz des Bundes gemäß Art. 59 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG im deutschen Rechtsraum von allen staatlichen Organen zu beachten sind. Eine große Anzahl ihrer Einzelbestimmungen können insbesondere im Antidiskriminierungsbereich auch ohne legislative Implementierungsmaßnahmen der Landesgesetzgeber als Anspruchsgrundlage für subjektiv-öffentliche Rechte gegenüber der deutschen Verwaltung dienen. Das gilt auch für das Recht auf inklusive Bildung aus Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention. Völkervertragsrechtlich garantierte Menschenrechte gehen im Kollisionsfalle insbesondere den Bestimmungen des einschlägigen Landesverwaltungsrechts vor.

Verf.: Dr. iur., LL. M. Jochen von Bernstorff, Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht und Verfassungslehre an der Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen, E-Mail: jvbernst@mpil.de

70 Siehe von Bernstorff (Anm. 1), S. 1041 ff.; Aichele (Anm. 1), S. 13 ff.

71 Siehe zu der unmittelbaren Anwendbarkeit der Normen bzw. Normbestandteile aus dem UN-Zivilpakt und dem UN-Sozialpakt die konkreten Ausführungen unter 3.