

## **Die Behindertenrechtskonvention – leicht überstrapaziert!**

von Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe\*

\* Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Ostfalia Hochschule und Universität Oldenburg sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für angewandte Rechts- und Sozialforschung (IRS)

### **A. Bundesgesetzliche Geltung**

Das „Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ (UN-BRK), das am 03.05.2008 in Kraft getreten und durch Vertragsgesetz zum Übereinkommen vom 21.12.2008 (BGBl II 2008, 1419) innerstaatlich verbindlich geworden ist, ist ein völkerrechtlicher Vertrag im Range eines Bundesgesetzes.<sup>1</sup> Seine Popularität ist vor allem auf das weit reichende Verständnis der Integration behinderter Menschen zurückzuführen. Die Konvention ist ihrem Selbstverständnis nach kein reiner Antidiskriminierungsvertrag, sondern ein inhaltlich umfassendes Menschenrechtsinstrument mit entwicklungspolitischer Komponente. Zu ihren allgemeinen Grundsätzen gehören Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit. Während das Diskriminierungsverbot (Art. 5 Abs. 2 BRK) gegenwärtige und individuelle Wirkung hat, bezieht sich die Gleichheit der Chancen stärker auf die Gesamtheit der behinderten Menschen und ihre zukünftige Lage (Art. 4 Abs. 1 BRK). Insbesondere durch das Chancengleichheitspostulat gewinnt die Konvention den Charakter eines auf die gesellschaftlichen Verhältnisse bezogenen Gestaltungsinstrumentes. Dies verdeutlicht vor allem der sog. Progressionsvorbehalt in § 4 Abs. 2 der Konvention, der von einer allmählichen bzw. schrittweisen Entwicklung behindertengerechter Strukturen in den jeweiligen Vertragsstaaten spricht.

### **B. Armutsbekämpfung als Ursprungsmotiv**

Für die Konvention steht der Zusammenhang von Armut und Behinderung im Vordergrund ihres Selbstverständnisses. Sie ist Bestandteil der Armutsbekämpfung in Entwicklungs- und Schwellenländern und richtet sich an Staaten, in denen behinderte Menschen als „Objekte der Fürsorge“, nicht aber als „Inhaber von Rechten“<sup>2</sup> behandelt werden. Bereits hieran wird deutlich: Auf bundesrepublikanische Verhältnisse ist die Konvention offensichtlich nicht zugeschnitten. Die mit „Inklusion“ betriebene Öffnung für die sozialen Bedingungen (siehe unter 3.) muss vor diesem Hintergrund gesehen werden. Die Konvention ist im Kern eben nicht nur Behinderten-, sondern auch allgemeine Demokratisierungs- und Menschenrechtspolitik für Staaten mit Reformbedarf. Ihr Grundkonzept der „sozialen Teilhabe“ will deshalb auch vordringlich die Gesellschaft ändern, nicht aber die behinderte Person mit Hilfe staatlicher Teilhabeleistungen.

### **C. „Inklusion“?**

Kennzeichen der Konvention ist der Schutz von „Menschen mit Behinderungen ..., die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“ (Art. 1 UN-BRK). Viele benutzen für dieses Teilhabeziel den Begriff der Inklusion.<sup>3</sup> Der Grundgedanke hierbei ist: Es geht nicht darum, dem behinderten Menschen dabei zu

<sup>1</sup> Näher zum völkerrechtlichen Hintergrund: Luthe in: ders. (Hrsg.), Rehabilitationsrecht, 2. Aufl. 2015, 51 ff., insbesondere 54-56, 59; vgl. ferner auch ders., Behindertenrecht 2014, 89 ff.

<sup>2</sup> So die UN-DESA in: Dt. Bundestag, Von Ausgrenzung zur Gleichberechtigung, Handbuch für Abgeordnete zur Beh.-rechtskonv., S. 4, zum Zusammenhang von Behinderung und Armut vgl. im Übrigen S. 1-4.

<sup>3</sup> Anstatt vieler: Schulte, Die UN-Behindertenrechtskonvention (Teil II), ZESAR 2012, 112 f. sowie ders., Soziale Inklusion im europäisch-vergleichenden Zusammenhang aus juristischer Sicht, 2008; Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Vorschläge zur Reform des Behindertengleichstellungsrechts in Bund und Ländern im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention, Dezember 2012.

helfen, sich an die Gesellschaft anpassen zu können (so der – angeblich unzulängliche<sup>4</sup> – Gedanke der Integration). Diese soll sich vielmehr den Bedürfnissen behinderter Menschen anpassen (so das deutsche Verständnis von Inklusion).<sup>5</sup> Ohne Frage eine bestechende Idee – an der Operationalisierbarkeit dieses Ansatzes darf jedoch gezweifelt werden. Vielmehr ist zu befürchten, dass der Inklusionsgedanke angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit bei genauer Betrachtung einer Einladung gleichkommt, hier alles hineinzuzinterpretieren, was dem jeweiligen Betrachter gerade wünschenswert erscheint.

Ob der Inklusionsbegriff in Deutschland offiziell überhaupt gilt, ist fraglich. Denn die deutsche Übersetzung der Konvention verwendet den Inklusionsbegriff kein einziges Mal (stattdessen „Integration“).<sup>6</sup> Und selbst wenn sie es täte, hätte allein dies auf die subjektive Rechtsstellung der behinderten Menschen im nationalen Rahmen, wie wir noch sehen werden, keinerlei Einfluss. Im englischen Sprachraum werden „Inklusion“ und „Integration“ dagegen synonym verwendet und zwar ganz ohne die vor allem in Deutschland<sup>7</sup> stattfindende Aufladung mit sozialpolitischen Reformideen. Der englische Sprachraum verwendet den Inklusions- bzw. Exklusionsbegriff nämlich ganz allgemein für Phänomene des gesellschaftlichen Ein- und Ausgeschlossenseins. Der engere deutsche Inklusionsbegriff ist dagegen im Kern eine reine Zweckschöpfung der Behindertenpädagogik und stimmt noch nicht einmal mit der älteren und theoretisch übergeordneten soziologischen Verwendungsweise von Inklusion überein.<sup>8</sup> Dass durch Interessenvertreter gleichwohl eine neue Sprachregelung forciert wird, mag nicht überraschen.<sup>9</sup> Denn ohne ein entsprechend radikalisiertes Inklusionsverständnis wäre die Konvention angesichts des bundesrepublikanischen Versorgungsniveaus rein politisch längst tot.

Rechtlich ist sie es ohnehin. Aus zwei wesentlichen Gründen: Völkerrechtliche Verträge sind zum einen nicht bereits deshalb in jeder Beziehung im deutschen Rechtsraum anwendbar, nur weil sie national durch Vertragsbeitritt verbindlich geworden sind. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht zum Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine ausgefeilte Dogmatik bereits entwickelt, die die Konvention praktisch leerlaufen lässt. Von ihr bleibt nicht mehr als ein – allerdings kaum bedeutsamer – Auslegungsgrundsatz. Dazu im Folgenden.

## D. Das BSG weist den Weg

Das BSG<sup>10</sup> hat mit Rücksicht auf geltende Transformationsregeln des Völkerrechts deutlich gemacht, dass sich die praktische Bedeutung der Konvention auf zwei Bereiche beschränkt: Erstens haben deutsche Gerichte die Konvention als Völkervertragsrecht – wie jedes andere Gesetzesrecht des Bundes auch – im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung der Grundrechte sowie des Gesetzesrechts

<sup>4</sup> So Schumann, Zeitschrift für Inklusion 2009, Nr. 2.

<sup>5</sup> Anstatt vieler vgl. Boban/Hinz (Hrsg.), Index für die Inklusion, Halle-Wittenberg 2003; Wocken in: Das Parlament 23/2010; Reich (Hrsg.), Inklusion und Bildungsgerechtigkeit, 2012; Breyer u.a. (Hrsg.), Sonderpädagogik und Inklusion, 2012.

<sup>6</sup> Lediglich der – amtlich maßgebliche (Art. 50 UN-BRK) – englische Vertragstext spricht in Art. 24 UN-BRK (Bildung) von einem inklusiven Bildungssystem, während die deutsche Übersetzung den Begriff des integrativen Bildungssystems verwendet. Die Kritik hieran ist verfehlt: „inclusive education“ meint nichts anderes als integrative Bildung in ihrer allgemeinen Bedeutung.

<sup>7</sup> Anders als in Deutschland zumindest im Jahr 2004 sogar die Europäische Kommission, Gemeinsamer Bericht über die soziale Eingliederung, Soziale Sicherheit und Integration 2004, 12: Soziale Inklusion als „Prozess, durch den gewährleistet wird, dass Personen, die von Armut und sozialer Ausgrenzung (Exklusion) bedroht sind, die erforderlichen Chancen und Mittel erhalten, um am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Geschehen voll teilzunehmen und in den Genuss des Lebensstandards und Wohlstands zu kommen, der in der Gesellschaft, in der sie leben, als normal gilt.“

<sup>8</sup> Zu „Inklusion“ als systemtheoretische Beschreibung der Integration von Personen in gesellschaftliche Funktions-, Interaktions- und Organisationssysteme vgl. anstatt vieler Luthe, Sozialtechnologie, ArchsozArb 2003, Heft 4, insbesondere S. 5 ff. (auch unter [http://www.irs-bs.de/pdf/lu\\_soztech.pdf](http://www.irs-bs.de/pdf/lu_soztech.pdf), abgerufen am 01.12.2014).

<sup>9</sup> Zuletzt etwa Schulte, Replik zu Luthe (SGB 2013, 391 ff.), SGB 2013, 691 ff.

<sup>10</sup> BSG, Urt. v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R sowie BSG, Beschl. v. 10.05.2012 - B 1 KR 78/11 B (medizinische Behandlung); auf der gleichen Linie: SG Karlsruhe, Beschl. v. 21.03.2013 - S 4 SO 937/13 ER (Schule); LSG NRW, Beschl. v. 06.02.2014 - L 20 SO 436/13 B ER (besondere Leistungen der Sozialhilfe/Wunschrecht); VG Köln, Urt. v. 24.01.2014 - 25 K 2338/13 (BAföG); VG Düsseldorf, Beschl. v. 06.12.2013 - 14 L 2330/13.A (Abschiebung); OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2013 - 4 ME 238/13 (Kindergartenbesuch).

heranzuziehen.<sup>11</sup> Zweitens enthält die Konvention ein national unmittelbar geltendes Diskriminierungsverbot (Art. 5 Abs. 2 UN-BRK). Unterpunkt dieses Diskriminierungsverbotes ist die staatliche Verpflichtung zu „angemessenen Vorkehrungen“ (Art. 5 Abs. 3 UN-BRK). Unter „angemessenen Vorkehrungen“ sind Maßnahmen zu verstehen, die gewährleisten sollen, dass Menschen mit Behinderungen nicht nur formal gleiche Rechte haben, sondern dass sie diese in der sog. Rechtswirklichkeit auch ausüben können. Neben dem bloßen Verbot von Diskriminierungen kommen deshalb auch Fördermaßnahmen in Betracht, allerdings nur im konkreten Einzelfall, nicht dagegen im Rahmen einer allgemeinen politischen Gestaltungspflicht.<sup>12</sup> Zudem muss dem Diskriminierungsverbot mittels eines geeigneten Verfahrens Rechnung getragen werden (Art. 2 UN-BRK).<sup>13</sup>

Die Konvention als Auslegungsgrundsatz ist jedoch keine Einbahnstraße. Als völkerrechtlicher Vertrag im Range eines Bundesgesetzes konkurriert sie mit etablierten Auslegungsgrundsätzen des nationalen Rechts, so dass sich im Kollisionsfall ein Ausgleichserfordernis ergibt.

Dem Diskriminierungsverbot in § 5 Abs. 2 UN-BRK wird im deutschen Recht im Übrigen bereits durch das inhaltsgleiche Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Rechnung getragen, einschließlich der Verpflichtung zu angemessenen Kompensationsmaßnahmen, wenn die formale Gleichbehandlung mit Nicht-Behinderten nicht ausreicht.<sup>14</sup> Leistungseinschränkungen, die alle und nicht nur behinderte Personen betreffen, sind in Ansehung der in legitimer Weise auf ein finanzierbares Maß beschränkten Leistungspflicht des Staates<sup>15</sup> damit nicht als Diskriminierung anzusehen. Denn: Die aus der Konvention sich „ergebenden Rechtfertigungsanforderungen sind nicht höher als die nach dem GG“.<sup>16</sup>

Rechtsansprüche auf Leistungen oder auf sonstige unmittelbar verpflichtende Gestaltungsmaßnahmen (etwa im Sozialrecht oder Schulrecht) enthält die UN-BRK regelmäßig nicht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die jeweilige Konventionsnorm aus sich heraus, d.h. ohne weitere inhaltliche Ausfüllung, anwendbar ist, wobei vor allem ihr Verpflichtungsgehalt bzw. Anspruchscharakter deutlich werden muss. Nur unter dieser Bedingung eines umsetzbaren klaren Anweisungsinhalts können die Normen der UN-BRK entgegenstehendes älteres Bundesrecht obsolet werden lassen und diesem gegenüber vorrangige Geltung beanspruchen. Im Normalfall bedarf es deshalb einer nationalstaatlichen Ausführungsgesetzgebung. Für diese aber gilt nur der sog. Progressionsvorbehalt: Nach Art. 4 Abs. 2 UN-BRK ist jeder Vertragsstaat hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen (wobei die Bundesregierung bereits festgestellt hat, dass die innerstaatliche Rechtslage den Anforderungen des Übereinkommens entspricht).<sup>17</sup>

## E. Folgerungen für die Rechtspraxis

Gegen eine unmittelbare Ableitung von Rechtsansprüchen aus der Konvention sprechen Formulierungen von der Art, dass Leistungen lediglich „anzubieten“ sind, dass nur ein Recht auf das „erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“ bestehen soll oder dass Maßnahmen erst noch zu „treffen“ sind (Art. 25 UN-BRK, Gesundheit), dass ferner nicht mehr als die „Anerkennung des Rechts auf Bildung“ durch die Vertragsstaaten gefordert wird (Art. 24 UN-BRK, Bildung) oder nur von der „Anerkennung“ des Rechts auf freie Wahl des Aufenthaltsorts die Rede ist (Art. 19 UN-BRK, unabhängige Lebensführung).

Rechte ergeben sich dagegen ausnahmsweise aus Art. 30 Abs. 4 UN-BRK (Anerkennung kultureller und sprachlicher Identität): „Menschen mit Behinderungen haben gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf ...“

<sup>11</sup> Vgl. zur Geltung der Konvention im Range eines Bundesgesetzes m.w.N zu den verfassungsrechtlichen Implikationen: Luthe in: ders. (Hrsg.), Rehabilitationsrecht, 2. Aufl. 2015, 54 f., 59.

<sup>12</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2013 - 4 ME 238/13 (Kindergartenbesuch).

<sup>13</sup> Zum Beispiel durch Beteiligung des Deutschen Behindertenrats an Verfahren zur Bewertung von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Gemeinsamen Bundesausschuss.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 10.02.2006 - 1 BvR 91/06; OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2013 - 4 ME 238/13 (Kindergartenbesuch).

<sup>15</sup> Etwa BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvR 347/98 - BVerfGE 115, 25, 45 (medizinische Behandlungsmaßnahmen).

<sup>16</sup> BSG, Urt. v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R.

<sup>17</sup> Bundesregierung, Nationaler Aktionsplan zur Umsetzung der BRK, Berlin, den 15.06.2011 (Kabinettsbeschluss).

Soweit ersichtlich, folgen aus der Konvention, aber auch durch Auslegung keine leistungsbezogenen Erweiterungen, zumindest was das deutsche Sozialrecht anbetrifft. Den hier anzutreffenden Leistungsrelativierungen durch gesetzliche Angemessenheitsklauseln und Wirtschaftlichkeitsgrundsätze verschafft im Übrigen der Progressionsvorbehalt (siehe unter D.) bereits hinreichend Anerkennung, sieht man einmal davon ab, dass das deutsche Sozialrecht schon immer den Kompromiss gesucht und gefunden hat bspw. zwischen dem „angemessenen“ Wunsch des Leistungsberechtigten im Hinblick auf eine bestimmte Leistungsgestaltung einerseits und dem staatlichen Interesse an ausreichender Finanzierbarkeit und Planbarkeit des Sozialleistungssystems andererseits.<sup>18</sup>

Da aber gesehen werden muss, dass die Konvention grundsätzlich für alle staatlichen Maßnahmen gilt, wie zum Beispiel aus dem Bereich des Immissionsschutzrechts und Baurechts (Stichworte: Behinderteneinrichtung in der Nachbarschaft), so zeigen sich außerhalb des Sozialrechts durchaus Angriffspunkte für die Konvention, die von der einschlägigen Rechtsprechung allerdings nicht zur Kenntnis genommen werden.<sup>19</sup>

## F. Der Behinderungsbegriff der Konvention und seine Risiken

Eine Behinderung ist rechtlich das Ergebnis einer Kausalkette: Aus der gesundheitlichen Störung entsteht ein körperliches/psychisches Funktionsdefizit, hieraus eine soziale Teilhabebeeinträchtigung (vgl. als Leitbegriff § 2 SGB IX). Anders § 1 der UN-BRK: Dieser geht von einer Wechselwirkung von gesundheitlicher Störung und Teilhabebeeinträchtigung aus.<sup>20</sup> Dies widerspricht nicht nur dem deutschen Gesetzesrecht fundamental (vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX: „daher“), sondern auch der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts. Noch im Jahre 2012 (!) hat das BVerfG gezeigt, dass es sich am überkommenen deutschen Behinderungsbegriff orientiert.<sup>21</sup>

Gemessen an ihrem Wortlaut ist die Konvention eindeutig, so dass man bei vordergründiger Betrachtung meinen könnte, der kausale Behinderungsbegriff sei durch das Wechselwirkungstheorem der Konvention abgelöst worden. Während der Vertragsverhandlungen gehörte der Behinderungsbegriff zu den umstrittensten Kapiteln.<sup>22</sup> Deshalb ist der Behinderungsbegriff innerhalb der Konvention auch nicht in den Begriffsbestimmungen des § 2 UN-BRK, sondern nur in die Zielbestimmung des § 1 UN-BRK aufgenommen worden. Zudem findet sich in der Präambel der Konvention die Bemerkung, das Verständnis von Behinderung ändere sich ständig, so dass sich eine konkrete Definition verbiete. Dies alles deutet unmissverständlich darauf hin, dass der Konvention der für ihre unmittelbare Geltung erforderliche klare Anweisungsgehalt fehlt (vgl. unter D.). Auch als Auslegungsdirektive aber kann die Konvention nicht greifen: Der kausal-lineare Behinderungsbegriff in § 2 SGB IX ist eindeutig und nicht interpretierbar.

Wer aus politischen Gründen gleichwohl das Konventionsverständnis von Behinderung implementieren möchte, muss angesichts der damit entfachten Rechtsprechungsdynamik auf alles gefasst sein.<sup>23</sup> Bislang ist es so, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung eine gewisse Intensität haben muss, um eine Teilhabebeeinträchtigung auslösen zu können. Objektivierbare und damit kalkulierbare medizinische

<sup>18</sup> Besonders deutlich bei den sozialrechtlichen Wahlrechten etwa Noftz in: Hauck/ders., SGB V, § 39 Rn. 114 ff.; Klückmann in: Hauck/Noftz, SGB V, § 76 Rn. 18; Luthe in: ders./Nellissen, juris-PK SGB VIII, § 5 Rn. 22, 37 ff., 50 ff., ferner Luthe in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 9 Rn. 26 ff., 32, 36, 52 f., 56, 76, 81, 83, 88, 108 sowie Luthe in: jurisPK-SGB IX, § 9 Rn. 27 f., 29 f., 32.

<sup>19</sup> Vor allem bei der Auslegung von § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO, von § 3 BImSchG und allgemein beim baurechtlichen Rücksichtnahmegebot. Für die Gerichte ist die Konvention als Auslegungshilfe aber offenbar entbehrlich: etwa Bay VGH, Urt. v. 18.12.2012 - 15 B 11.1938; VG Augsburg, Urt. v. 24.09.2012 - Au 5 K 12.265; Sächs. OVG, Beschl. v. 29.02.2012 - 1 B 317/11.

<sup>20</sup> „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1 Satz 2 UN-BRK).

<sup>21</sup> In BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 12.12.2012 - 1 BvR 69/09 - Rn. 17 bezieht sich das Gericht auf den Behinderungsbegriff der Sonderschulentscheidung aus dem Jahr 1997 (v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97) und hält damit in zu vermutender Kenntnis der Völkerrechtslage gleichwohl an der deutschen Rechtstradition des Schwerbehindertenrechts fest: „Behinderung ist danach die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.“

<sup>22</sup> Degener, Behindertenrecht 2009, 34 ff.

<sup>23</sup> Vgl. näher die Kritik an einem sozialen Behinderungsbegriff bei Luthe in: ders. (Hrsg.), Rehabilitationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 12 ff. sowie ders., SGB 2009, 569.

Gewissheiten präformieren das Begriffsverständnis. Diese brechen weg, wenn mit der Konvention der gesellschaftliche Kontext als Prädisposition für die Behinderung aufgewertet wird. Ausreichend sind nun auch geringe gesundheitliche Beeinträchtigungen, wenn ihre Auswirkungen auf die gesellschaftliche Teilhabe nur groß genug sind. Und ob letzteres der Fall ist, beurteilt sich nicht zuletzt an fehlenden sozialpolitischen Kompensationsmaßnahmen.

Auch die Anforderungen an den Nachweis der Behinderung durch den Bürger dürften eine Absenkung erfahren. Kann der Betroffene nachweisen, dass bestimmte soziale Vorkehrungen wie Sozialleistungen oder sonstige Gestaltungsmaßnahmen fehlen und es dadurch zu Problemen mit der sozialen Teilhabe kommt, dann wäre bereits ein wesentliches Merkmal der Behinderung erfüllt. Da es sich nicht auf einen hypothetischen Zustand, sondern auf eine aktuell bestehende Situation bezieht, ist ein solcher Beweis leicht zu führen. Der prozessual nun relevante Zusammenhang zwischen Teilhabe- und gesundheitlicher Beeinträchtigung ist in weiten Teilen eine Frage freier Beweiswürdigung und damit nicht mehr kalkulierbar. Nicht auszuschließen ist auch, dass die Gerichte in dieser Situation den Spieß umdrehen, diesen Zusammenhang prima facie „vermuten“ und die staatliche Seite in der Folge zur Widerlegung der Vermutung zwingen. Das dürfte fast nie gelingen, da es gewissermaßen den hypothetischen Teil des Problems betrifft.

Im Behindertenrecht gibt es im Übrigen schon heute Positionen, wonach das Vorliegen einer sozialen Teilhabeberechtigung im Zuge des Partizipationsgedankens (§ 1 SGB IX) auch von der Einschätzung des Behinderten selbst (mit-)abhängig soll.<sup>24</sup> So ist die staatliche Seite stets im Hintertreffen.

Chronische Erkrankungen, typische Altersleiden, Flüchtlingstraumata, Umweltängste usw. sind von Behinderungen nicht mehr zu unterscheiden. Angesichts der ausgeprägten Wertungsbedürftigkeit der Frage, ab wann der Schluss von unzureichender Sozialpolitik auf mangelnde soziale Teilhabe erlaubt ist, gibt es in einer Risikogesellschaft an sich nichts mehr, was nicht in irgendeiner Weise sozialen Kompensationsbedarf erfordert.

Potenziert wird die Willkürkomponente indes noch durch den in nahezu sämtlichen Leistungsbereichen vorherrschenden Begriff der drohenden Behinderung als einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass die Behinderung eintritt. Wenn die Behinderung auch deshalb zur Behinderung wird, weil sie nicht durch Sozialpolitik kompensiert wird, dann ist es eben auch wahrscheinlicher, dass in diesem Fall die gesundheitliche Beeinträchtigung eintritt. Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsmaßstab sinken.

Ergebnis: Die UN-BRK liefert einen Behinderungsbegriff mit abgesenkten Anforderungen an die Intensität der gesundheitlichen Beeinträchtigung, ihren Nachweis und ihren wahrscheinlichen Eintritt, dafür aber mit erhöhten Anforderungen an Sozialpolitik. Die Konsequenz: Ein deutlicher Anstieg von Leistungsempfängern, denen unter dem Etikett der Behinderung nunmehr Zugang zu einem vormals verschlossenen Bereich behinderungstypischer Teilhabeleistungen gewährt wird und denen gegenüber sich der Staat nicht nur kurativ, sondern auch präventiv und nachsorgend zum Handeln verpflichtet sehen muss. Am Ende der Entwicklung steht ein sozialutopischer Behinderungsbegriff, bei dem „behindert ist, wer behindert wird“. Hiermit wäre den Menschen mit einer wirklichen Behinderung vermutlich aber am wenigsten geholfen. „Die Gefahr besteht, dass die Mittel für die Behinderten fehlen, die schwerer und mit Leiden getroffen sind, die nicht so sehr der allgemeinen Lebenslast zuzurechnen sind ...“<sup>25</sup>

Dass das Verteilungsproblem für die „wirklich“ behinderten Menschen insofern alles andere als ein Phantasiegebilde ist, kann leicht verdeutlicht werden, wenn wir etwa an die gedeckelten Reha-Leistungen der Rentenversicherung denken, ferner an die haushaltsabhängigen Sozialsubventionen im Behindertenbereich und nicht zuletzt an das stark im Verborgenen wütende Phänomen impliziter Rationierungen durch die zuständigen Behörden bei der Entscheidung über Sozialleistungen.

## G. Beispielsbereiche

### I. Gesundheit

Gegen die unmittelbare Anwendung einer Konventionsnorm sprechen zum Beispiel

<sup>24</sup> Bspw. bei Welti, HK-SGB IX, § 2 Rn 31.

<sup>25</sup> So Zacher in Bezug auf ungebremste Leistungsausweitungen in: v. Maydell/Ruland, Abhandlungen zum Sozialrecht 1993, 548 f.

Formulierungen, dass Leistungen – wie in Art. 25 BRK – lediglich „anzubieten“ sind, oder dass lediglich ein Recht auf das „erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ besteht oder auch, dass Vertragsstaaten „alle geeigneten Maßnahmen“ (erst noch) „zu treffen“ haben. Die darin liegende Beschränkung spiegelt die prinzipiell eingeschränkte finanzielle Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme wider – ein Aspekt, der im Progressionsvorbehalt der Konvention (siehe unter D.) durchaus berücksichtigt wird.

Das häufiger ins Rennen geführte Argument, ein unmittelbar anwendbares Recht auf Gesundheitsschutz ergebe sich aus der Tatsache, dass Art. UN-25 BRK einen Bezug herstelle zum allgemeinen und unmittelbar anwendbaren Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, trägt jedoch nicht.<sup>26</sup> Richtig ist, dass eine Diskriminierung weder im Gesundheitsbereich noch in anderen Bereichen stattfinden darf. Dies aber folgt aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK und wird zur weiteren Untermauerung durch weitere spezielle Diskriminierungsverbote wie etwa im Recht auf Gesundheitsschutz in Art. 25 Abs. 1 Satz 3 lit. a) UN-BRK ggf. noch ergänzt. Die bloße Wiederholung und weitere Zuspitzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 25 UN-BRK macht deshalb aber aus der gesamten Norm noch keine unmittelbar anwendbare Anspruchsnorm, insbesondere auch dort nicht, wo die Konvention Leistungen zur Sprache bringt, deren Verweigerung im nationalen Rahmen alle Bürger und nicht nur behinderte Personen betrifft.

## II. Bildung

Auch der Passus „Anerkennung des Rechts auf Bildung“ in Art. 24 UN-BRK deutet darauf hin, dass ein solches Recht von den Vertragsstaaten erst noch geschaffen werden muss und sich jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Vertrag ergibt. Bedeutsam ist dieses Ergebnis vor dem Hintergrund, dass das BVerfG in seiner Sonderschulentscheidung<sup>27</sup> zwar eine nicht hinzunehmende „Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt“ anerkannt hat, „wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird“. Gleichwohl wurde die staatliche Kompensationsverpflichtung hier deutlich unter Finanzierungs- und Organisationsvorbehalt gestellt.

Diese Relativierung lässt die UN-BRK somit unangetastet<sup>28</sup> und wird auch durch den älteren UN-Sozialpakt nicht modifiziert, der ähnlich wie die BRK lediglich davon spricht, dass die Vertragsstaaten das Recht auf Bildung „anerkennen“ (und somit im nationalen Recht erst noch umsetzen müssen) und der Vertragsstaat „unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen“ treffen soll, um die anerkannten Rechte des Pakts zu erreichen (Art. 13, Art. 2 Abs. 1 UN-Sozialpakt). Es kann daher letztlich dahinstehen, ob von der erteilten und wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes (insofern Art. 70 GG) im Kultusbereich auch erforderlichen Zustimmung der Bundesländer zur UN-BRK auch eine finanziell und organisatorisch vorbehaltlose inklusive Beschulung erfasst wird. Das wäre im Falle eines Falles jedoch ein weiterer Punkt, der einer unmittelbaren Geltung der Konvention in Kultusbereich klar entgegenstehen würde.

Es ist daher festzuhalten: Alles, was an integrativer Beschulung in den einzelnen Bundesländern getan wird und wurde, ist nicht das Ergebnis internationaler Rechtsbindungen, sondern allein das Ergebnis grundsätzlich freier politischer Willensbildungsprozesse. Die Politik muss Farbe bekennen. Als vorgeschobener Grund für wahlkampfaktische Manöver im Verborgenen wird die Konvention auf Dauer nicht überzeugen können.

## III. Unabhängige Lebensführung

Insofern ein unmittelbar umsetzbares Recht auf Einräumung gleicher Wahlmöglichkeiten und insbesondere auf freie Wahl des Aufenthaltsortes (Art. 19 UN-BRK, unabhängige Lebensführung) behauptet wird, so muss auch in diesem Punkt darauf hingewiesen werden, dass im Vertragstext lediglich von der „Anerkennung“ dieses Rechts durch die Vertragsstaaten die Rede ist, mithin ein Umsetzungsakt des nationalen Gesetzgebers vorausgesetzt wird. Bislang wäre eine vorbehaltlose

<sup>26</sup> Welti in: Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, Forum D, Diskussionsbeitrag Nr. 9/2012 – 31.05.2012, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97.

<sup>28</sup> Zu den schulverfassungsrechtlichen Implikationen im Kontext der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe (SGB XII) auch SG Karlsruhe, Beschl. v. 21.03.2013 - S 4 SO 937/13 ER.

Anwendung der Vertragsbestimmung im Übrigen aber auch mit den in den einschlägigen Leistungsgesetzen anzutreffenden und ganz und gar durch ein nationales Sozialrechtssystem determinierten Angemessenheitsklauseln und Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen nicht zu vereinbaren. So sind bspw. beim sozialrechtlichen Einrichtungswahlrecht (§ 5 SGB VIII, § 9 SGB IX, § 9 SGB XII) zwar keine revolutionären Entwicklungen zu erwarten. Nicht auszuschließen ist jedoch, dass Art. 19 UN-BRK in der konkreten Abwägung zwischen Individualbelangen und staatlichem Finanz- und Planungsinteresse zukünftig das normative Gewicht von Individualbelangen stärken wird, insbesondere bei der geforderten Abwägung zwischen individuellem Wunsch und den entstehenden Mehrkosten bei der Wahl von Einrichtungen.

## H. Organisations- und Finanzierungsvorbehalt im deutschen Recht?

Ist die Konvention nicht anwendbar, insofern sie keinen das nationale Recht verdrängenden Anweisungseffekt enthält, so stellt sich die Frage eines gegen die Konvention gerichteten Organisations- und Finanzierungsvorbehalts, wie sie letztens in der Konferenz der Landessozialminister aufgeworfen wurde, an sich nicht. Die politischen Instanzen sind in ihren Entscheidungen frei, ob und wofür sie Haushaltsmittel verausgaben wollen.

Dass überdies alle sozialstaatlichen Leistungen, selbst dort, wo sie durch die Verfassung gefordert sind, einem grundsätzlichen Vorbehalt des finanziell Möglichen unterliegen, muss hier nicht expliziert werden. Auch und gerade im Bereich des Diskriminierungsverbots und insbesondere im Kontext der an sich gebotenen Integrationsbeschulung hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass „die integrative Erziehung und Unterrichtung unter den Vorbehalt des organisatorisch, personell und von den sächlichen Voraussetzungen her Möglichen gestellt ist ...“, was sich daraus erklärt, dass „der Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen auch andere Gemeinschaftsbelange berücksichtigen und sich die Möglichkeit erhalten muß, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel für solche anderen Belange einzusetzen, wenn er dies für erforderlich hält“.<sup>29</sup> Dieser Organisations- und Finanzierungsvorbehalt wird durch die Konvention nicht beseitigt, durch ihren Progressionsvorbehalt vielmehr sogar bestätigt.

Im Übrigen sollte ein mit dem Finanzierungsvorbehalt eng verwandter und im Kontext von Behinderungen oft verwendeter Argumentationsstrang des Bundesverwaltungsgerichts nicht unerwähnt bleiben, der für die Menschen in Entwicklungs- und Schwellenländern wie blanker Hohn klingen mag (siehe unter B.), bezogen auf hiesige Verhältnisse aber dem allgemeinen Hang zur Anspruchsinflation Grenzen setzt. Gemeint ist die Anmahnung von Selbstverantwortlichkeit: „Der Staat kann ... nicht jedem Einzelnen absolut gleiche Startbedingungen gewährleisten und erst recht jedem Einzelnen sein persönliches Lebensrisiko abnehmen ... Letztlich würde eine derartige Auffassung den Einzelnen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens machen und damit gegen den in Art. 1 GG niedergelegten Satz von der Menschenwürde jedes Einzelnen verstoßen.“<sup>30</sup>

## I. Zusammenfassung

Die Behindertenrechtskonvention wird präformiert durch das weltweite Ziel der Armutsbekämpfung. Ihr weit gefasster Behinderungsbegriff und ihr Teilhabeziel verdanken sich gerade diesem Hintergrund. Auf bundesrepublikanische Verhältnisse ist sie damit nicht zugeschnitten. Rechtlich beschränkt sich die Wirkungsweise der Konvention im nationalen Rahmen auf die Funktion eines Auslegungsgrundsatzes. Rechte auf Leistungen oder politische Gestaltungspflichten enthält sie im Regelfall nicht. Der Behinderungsbegriff der Konvention führt zur Auflösung berechenbarer rechtlicher Strukturen und zur Ausweitung des Kreises von Leistungsempfängern mit dem Risiko, dass für Personen mit erheblichen Beeinträchtigungen zumindest in der wirtschaftlichen Krise die finanziellen Mittel fehlen werden, wenn

<sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288-315.

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 26.01.1966 - V C 88.64 - BVerwGE 23, 149, 153; ebenso BVerwG, Urt. v. 10.05.1967 - 5 C 150.66 - BVerwGE 27, 59, 63; BVerwG, Urt. v. 10.02.1983 - 5 C 115/81 - BVerwGE 67, 1, 5; BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 - 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 - BVerfGE 100, 271, 284.

sie auf einen größeren Kreis von Leistungsbeziehern und insbesondere auch solchen mit einer „sozialen Behinderung“ verteilt werden müssen.