

Roland Rosenow

Zur normativen Bedeutung der UN-BRK

Vortrag im Rahmen einer Veranstaltung des
Landesverbandes der Angehörigen Psychisch Kranker Berlin
in Kooperation mit der Charité zum Thema:
UN-Behindertenrechtskonvention für Selbstbestimmung,
gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion in der Psychiatrie

Berlin, 13.9.2013

Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen

Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) ist ein internationaler Vertrag auf der Ebene der Vereinten Nationen. Sie wurde im Dezember 2006 von der Deutschen Regierungsdelegation in New York unterzeichnet und im November 2008 in Deutschland als Gesetz verabschiedet. Zum 26.03.2009 trat sie in Deutschland in Kraft.

Bereits wenige Jahre nach ihrem Inkrafttreten scheint sie – neben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – der bekannteste völkerrechtliche Vertrag zu sein, der Menschenrechte konstituiert oder konkretisiert. Wie andere völkerrechtliche Verträge auch gilt sie in Deutschland als einfaches Bundesrecht. Das wirft eine Reihe von Fragen auf, da die Regelungen, die sie trifft, sich ihrer Natur nach von den meisten Regelungen einfachen Bundesrechtes unterscheiden: Menschenrechtliche Regelungen sind überwiegend auf einem hohen Abstraktionsniveau formuliert und ähneln in ihrer Regulationsstruktur eher dem Grundgesetz als der großen Menge des deutschen Bundesrechtes.

Die EMRK verdankt ihre hohe Bekanntheit in erster Linie der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes. Erst durch die konkret in die Lebenswirklichkeit eines Landes hineinwirkenden Urteile eines internationalen Spruchkörpers ist vielen Menschen bewusst geworden, dass es hier eine internationale vertragliche Regelung gibt, die für Deutschland verbindlich ist. Dagegen dürfte schon weitgehend unbekannt sein, dass die EMRK kein Vertrag der Europäischen Union ist, sondern ein (sehr alter) Vertrag des Europarates, der 47 Mitglieder hat.

Die beratende Versammlung des Europarates nahm den Entwurf der EMRK am 09.09.1949 an. Im Juni 1950 wurde ein Konventionsentwurf verabschiedet, den das Ministerkomitee noch in einigen Punkten änderte und dann der beratenden Versammlung vorlegte. Die EMRK wurde am 04.11.1950 in Rom unterzeichnet und trat am 03.09.1953 nach Ratifizierung durch zehn Staaten in Kraft.¹ Es hat also Jahrzehnte gedauert, bevor die EMRK von einer relevanten Anzahl von Fachleuten überhaupt wahrgenommen wurde und noch einmal lange Zeit, bis sie die Wirksamkeit entfaltete, für die sie heute bekannt ist.

Andere Konventionen wie zum Beispiel die Europäische Sozialcharta – auch ein völkerrechtlicher Vertrag auf Ebene des Europarates – sind bis heute nahezu unbekannt. Auch die beiden wichtigsten völkerrechtlichen Verträge auf Ebene der Vereinten Nationen – der Sozialpakt und der Zivilpakt von 1966 – sind nur in Fachkreisen bekannt.

Die UN-BRK dagegen wird bereits kurz nach ihrem Inkrafttreten auf unterschiedlichsten gesellschaftlichen Ebenen diskutiert und als ein Instrument wahrgenommen, das zur Veränderung auffordert und in die soziale Wirklichkeit hineinwirkt oder wirken soll.

Internationale Menschenrechtsverträge

Man kann grundsätzlich zwei Arten von internationalen Verträgen unterscheiden: Es gibt Verträge, mit denen die Staaten untereinander ihre Rechtsbeziehungen regeln. Diese Regeln begründen Pflichten und Rechte zwischen Staaten und werden *traité contrat* genannt. Menschenrechtliche Verträge dagegen werden zwar von Staaten miteinander geschlossen, begründen aber Rechte der in den Staaten lebenden Menschen. Diese Verträge werden als *traité loi* bezeichnet.² In Deutschland haben Rechtswissenschaft und Rechtspraxis die direkte Wirkung solcher Verträge lange Zeit weitgehend verneint. Überwiegend herrschte die Auffassung, internationale menschenrechtliche Verträge hätten eher einen appellativen Charakter, der sich an die Regierungen und die Gesetzgeber wende. Die in den Staaten lebenden Menschen könnten aus solchen Verträgen selbst keine Rechte ableiten.³

¹ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 2. Auflage, S. 17f.

² Casals, Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Baden-Baden.

³ Wimalasena, Die Durchsetzung soziale Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, kj 2008, 2-23 mwN

Diese Auffassung kann heute nicht mehr vertreten werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg herausgearbeitet, wie internationale menschenrechtliche Verträge in das deutsche Recht hineinwirken. Ich komme später darauf zu sprechen.

Abwehr- und Leistungsrechte

Grundrechte werden traditionell unterschieden in Abwehrrechte und Leistungsrechte. International werden Rechte, die bei uns als Abwehrrechte gelten, als „negative liberties“ bezeichnet, Leistungsrechte dagegen als „positive liberties“ – also positive Freiheiten. Die Vereinigten Staaten sind dafür bekannt, negative liberties besonders stark und einseitig zu betonen.⁴ Diese Tradition ist auch in Deutschland sehr stark. Wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes – zum Beispiel zur Normenklarheit – genauer anschaut, stellt man schnell fest, dass das Bundesverfassungsgericht immer dort starke Präsenz zeigt, wo es Abwehrrechte in Gefahr sieht, während es in Bezug auf Leistungsrechte lange Zeit sehr zurückhaltend war. Das „Hartz-IV-Urteil“ ist deshalb ein Meilenstein, denn damit wurden Leistungsrechte in bis dahin wohl nicht dagewesener Weise als Grundrechte stark gemacht.⁵

Die einseitige Betonung der Abwehrrechte hat es den Kritikern des Konzepts der Menschenrechte leicht gemacht, das Konzept als Ideologie der Privilegierten zu desavouieren. Diese Kritik ist in ihrem Kern alt. In seinem 1894 erschienen Roman „Die rote Lilie“ lässt Anatole France den Bohemien Choulette sagen: „Das Gesetz in seiner erhabenen Gleichheit verbietet es Armen und Reichen gleichermaßen, zu betteln, unter den Brücken zu schlafen und Brot zu stehlen.“

Dieser Satz ist berühmt geworden, denn er bringt die Kritik an der formalen Gleichheit, die negative liberties alleine nur erzeugen können, auf den Punkt: Formale Gleichheit schafft die Voraussetzungen für extreme tatsächliche Ungleichheit, ohne Mittel bereitzuhalten, um dieser entgegenzuwirken.

„Der egalitäre Anspruch auf allgemeine Geltung und Einbeziehung [hat] auch dazu gedient, die faktische Ungleichbehandlung der stillschweigend

⁴ Colm O’Cinneide, Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks: Established Limits and New Possibilities, in: Arnardóttir, O./Quinn, G., The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden/Boston 2009, S. 163-198 <175>

⁵ BVerfG, 09.02.2010, 1 BvL 1/09

Ausgeschlossenen zu verschleiern. Diese Beobachtung hat den Verdacht geweckt, dass die Menschenrechte in dieser ideologischen Funktion aufgehen können.“⁶

Das Konzept der Menschenrechte muss diesen Vorwurf entkräften, denn konstitutiv für seinen Geltungsanspruch ist, dass es nicht nur Partikularinteressen bestimmter Gruppen dient. Menschenrechte müssen deshalb auf gesellschaftliche Entwicklungen reagieren: Sie haben einen detektivischen Zug.⁷

Die Hartz-IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes kann als Indiz dafür interpretiert werden, dass Menschenrechte auf gesellschaftliche Entwicklungen reagieren: Sie erging in einer historischen Situation, in der die tatsächliche Ungleichheit in Deutschland massiv zunimmt und formulierte erstmals einen grundrechtlich abgesicherten Anspruch auf Zurverfügungstellung eines *soziokulturellen* Existenzminimums. Kurz zuvor noch hatte der erste Senat des Bundessozialgerichtes vertreten, der aus dem Menschenwürdegrundsatz und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete Anspruch auf ein Existenzminimum umfasse nur das Allernotwendigste, also Nahrung, Kleidung, ärztliche Grundversorgung und Unterkunft.⁸

Die UN-BRK ist selbst Teil dieser Entwicklung. Anders als die beiden Pakte von 1966, die die Dichotomie von positive liberties (Sozialpakt) und negative liberties (Zivilpakt) repräsentieren, lässt sich die UN-BRK weder der einen, noch der anderen Seite zuordnen. In ihr verschmelzen positive und negative liberties. Deshalb könnte sie Rechtsgeschichte schreiben als das Gesetz, das zur Überwindung der Dichotomie Abwehr versus Leistung maßgeblich beigetragen haben wird.

Aktuelle Entwicklung

Obwohl die UN-BRK erst seit vier Jahren in Kraft ist, hat sie bereits deutlichen Niederschlag in der Rechtsprechung gefunden. Das zeigt, dass die UN-BRK in einem Maß als Recht wahrgenommen, rezipiert und von der Rechtsprechung angewendet wird, das ungewöhnlich ist. Das heißt nicht, die Befassung der Rechtsprechung und die Rezeption der UN-BRK schon ausreichend wären. Der Vergleich mit anderen menschenrechtlichen Verträgen zeigt aber, dass die UN-BRK bereits wenige Jahre nach

⁶ Habermas, Jürgen, Zur Legitimation der Menschenrechte, in: ders., Philosophische Texte Bd. 4, Frankfurt/M, 2009 S. 298-307 <300>

⁷ Wingert, L., Türöffner zu geschlossenen Gesellschaften, in: R. Elm, Ethik, Politik und Kultur im Prozess der Globalisierung, Bochum 2003, zit. nach Habermas aaO 300

⁸ BSG, Urteil vom 22.4.2008, B 1 KR 10/07 R, Rn 31

Inkrafttreten auf eine Erfolgsgeschichte zurückblicken kann, die einzigartig ist und für die Zukunft viel verspricht.

Eine einfache Abfrage in der Rechtsprechungsdatenbank Juris zeigt, dass die Sozialgerichtsbarkeit sich mit großem Abstand am meisten mit der UN-BRK zu befassen hatte: Von 44 in Juris veröffentlichten Entscheidungen zur UN-BRK sind 32 Entscheidungen der Sozialgerichte.⁹

Das heißt jedoch nicht, dass Einigkeit darüber bestünde, welche rechtlichen Folgen aus der BRK erwachsen. Die Meinungen gehen weit auseinander. Im Folgenden werde ich die am weitesten voneinander entfernten Positionen kurz und zugespitzt skizzieren und im Anschluss meine eigene Position erläutern. Anhand eines in meinen Augen wegweisenden Urteils des LSG Stuttgart lässt sich dann die rechtliche Relevanz auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG sehr gut darstellen.

Zuvor möchte ich jedoch auf die großen Erwartungen eingehen, die besonders von Seiten der Psychiatrieerfahrenen formuliert worden sind.

Überzogene Erwartungen

Der Bundesverband der Psychiatrieerfahrenen und Wolf-Dieter Narr¹⁰ haben vehement vertreten, dass aus der BRK folge, dass die zwangsweise Unterbringung und Zwangsbehandlung nun endgültig und in allen Fällen verboten seien. Das war und ist ein wichtiger Impuls in der normativen Debatte, die sich mit der Frage nach der Legalität von Zwangsmaßnahmen gegen Menschen mit psychischer Krankheit befasst. Dieser Impuls ist in Deutschland deshalb besonders wichtig, weil Zwangsmaßnahmen gegen Menschen mit psychischer Krankheit in einem quälend langsamen Prozess an das Licht eines *normativen* Diskurses gezerrt worden sind. Es ist kaum zu fassen, dass ein so drastischer Eingriff in grundgesetzlich geschützte Rechte, wie die Zwangsbehandlung ihn darstellt, bis zur Entscheidung des BVerfG vom 23.03.2011 ohne jeden Rechtsschutz nicht nur möglich war, sondern auch alltäglich stattfand. Das BVerfG hat bekanntlich entschieden, dass Zwangsbehandlung nur unter striktester Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und nur in besonderen Ausnahmefällen

⁹ Abfrage 01.08.2013, 6 mal SG, 16 mal LSG, 10 mal BSG

¹⁰ BPE, Bundesverfassungsgericht verbietet Zwangsbehandlung. Denkschrift 10.8.2011, online unter www.bpe-online.de
Narr, Die UN-Behindertenkonvention und das PatientenG: Konsequenzen für Behindertenrecht und PsychKG? (Vortrag anlässlich der 16. Jahrestagung der Leiterrinnen und Leiter von Betreuungsbehörden/-stellen am 14.5.2012 in Erkner/Berlin, online unter: http://www.pea-ev.de/fileadmin/download/btb_2012/Behindertenkonvention.pdf

zulässig ist. Außerdem hat das BVerfG klargestellt, dass der durch Zwangsbehandlung Bedrohte die Möglichkeit bekommen muss, gegen die Entscheidung über die Zwangsbehandlung vor deren Vollzug Rechtsmittel einzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber nicht entschieden, dass Zwangsbehandlung grundsätzlich und in allen Fällen rechtswidrig sei.¹¹

Nun kann man sich hinstellen – und viele tun das – und sagen: In der BRK „steht“ aber, dass Zwangsbehandlung immer verboten sei.

Es ist Teil der bisherigen Erfolgsgeschichte der BRK, dass ihre Geltung im Rahmen des deutschen Bundesrechtes weit über Fachkreise hinaus bekannt ist. Das Problem liegt darin, dass weniger bekannt ist, was es bedeutet, wenn ein Gesetz „gilt“. Nach der verbreiteten Vorstellung kann man dann, wenn ein Gesetz „gilt“ mehr oder weniger unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen, was rechtmäßig und was rechtswidrig ist – mit anderen Worten: Nach dieser Vorstellung kann man normative Fragen ohne Weiteres durch einen Blick in das Gesetzbuch beantworten. Diese Vorstellung ist recht naiv und greift zu kurz. Gesetzestexte im Allgemeinen und Gesetzestexte, die Grundrechte betreffen im Besonderen, sind dramatisch kurze Texte, die eine nicht zu antizipierende Breite von Lebenssachverhalten betreffen. Sie sind nicht in der Lage, *konkret* normativ zu wirken.¹² Der Gesetzestext selbst ist – noch – nicht in der Lage, konkretes Recht zu konstituieren. Davon mag es dann Ausnahmen geben, wenn Gesetzestexte besonders konkret formuliert sind. Das bleiben aber Ausnahmen. Konkret normativ wirken nicht Gesetzestexte, sondern konkret normative Entscheidungen – zum Beispiel Entscheidungen der Gerichte oder Entscheidungen der Verwaltung. Erst hier wird für den Einzelfall entschieden, was Recht ist und was nicht. Der Gesetzestext spielt im Rahmen der auf einen realen Lebenssachverhalt bezogenen Entscheidungsfindung zwar eine herausgehobene Rolle, aber er ist im normativen Diskurs letztlich nur ein Argument unter anderen. Man kann vielleicht sagen: Der Gesetzestext ist ein entscheidender normativer Impuls für die konkrete normative Entscheidung im jeweiligen Einzelfall. Die Rechtswissenschaft hat eine große Zahl von Argumenten entwickelt, um diese normativen Impulse zu konkreten Entscheidungen zu verarbeiten. Diese Verarbeitung ist jedoch kein mechanischer Prozess, von dem man sich vorstellen könnte, dass eine Maschine ihn übernimmt, sondern ein

¹¹ BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09

¹² „Die in Gesetzsammlungen und Gesetzesblättern stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die *Normtexte*, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen. Sie sind (noch) nicht-normative Eingangsdaten des Konkretisierungsvorgangs.“
Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, S. 232

normativer Diskurs, der grundsätzlich offen ist für neue Argumente und neue normative Impulse.

Das heißt keineswegs, dass die normative Praxis der Rechtsanwender beliebig sei. Es ist zwar ein weiter Weg vom Gesetzestext zur konkreten Entscheidung. Dieser Weg muss aber nicht jedes Mal von neuem in seiner ganzen Länge beschritten werden, denn Gerichte treffen tagtäglich Entscheidungen und konkretisieren so nach und nach die allgemeinen Vorgaben aus den Gesetzestexten, die wir etwas ungenau „Normen“ nennen.

Für Grundrechte gilt das ganz besonders, was am Beispiel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet hat, schlagend vor Augen tritt.

Es ist nur folgerichtig, dass sowohl der EGMR, als auch das BVerfG schon in den 70er Jahren entschieden haben, dass Gesetzestexte dynamisch auszulegen sind. Das bedeutet: Sie können heute etwas anderes bedeuten als morgen.

Das BVerfG hat das 1973 so formuliert: „Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln.“¹³

Die Formulierung des EGMR aus dem Jahr 1978 lautet: „The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“¹⁴

¹³ „Hier sieht sich der Richter der großen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber, die seit über 70 Jahren in Kraft steht. Das ist in doppeltem Sinn von Bedeutung: einmal wächst mit dem ‚Altern der Kodifikationen‘ [...] mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“
BVerfG, Beschluss vom 14.2.1973 „Soraya“, 1 BvR 112/65
vgl. a. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, 55

¹⁴ „Die Konvention ist ein lebendiges Instrument, das im Licht gegenwärtiger Verhältnisse zu interpretieren ist.“
EGMR Urteil vom 25.7.1978, Tyrer vs. The United Kingdom
vgl. a. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn

Der normative Diskurs, der am Ende zu einer Gerichtsentscheidung führt, findet in einem streng formalisierten Verfahren, eben dem Gerichtsverfahren statt. Die Formulierungen des EGMR und des BVerfG, mit denen beide Spruchkörper bestätigen, dass Normen dynamisch auszulegen sind, zeigen, dass dieser streng formalisierte normative Diskurs, nicht auf einer Insel stattfindet: Er beeinflusst einerseits und reagiert andererseits auf informelle normative Diskurse in der Gesellschaft.

Zurück zur BRK und der vom Bundesverband der Psychiatrieerfahrenen vertretenen Position: Die Position, die BRK „verbiete“ jede Art von Zwangsbehandlungen in allen Situation, ist ein Argument in einem informellen normativen Diskurs in der Gesellschaft – nicht mehr und nicht weniger. Die Position ist ernst zu nehmen, muss sich aber ihrerseits mit anderen Positionen, besonders mit der Rechtsprechung und ganz besonders mit dem Beschluss des BVerfG vom 23.03.2011 auseinandersetzen. Sie ist eine Minderheitenposition, die die Rechtsprechung – nach meiner Auffassung zu Recht – nicht überzeugen konnte.

Die rechtswissenschaftliche Diskussion um die Geltung der BRK

Ich möchte nun versuchen, anhand der am weitesten voneinander entfernt liegenden juristischen Positionen kurz zu zeigen, wie konträr die Frage nach der Geltung der BRK innerhalb der Rechtswissenschaft diskutiert wird. Zuvor aber möchte ich auf einen Aspekt hinweisen, der leicht übersehen wird: Es ist bereits ein kaum zu überschätzender Erfolg, dass es diese recht lebhafteste Debatte überhaupt gibt. Die normativen Impulse der BRK werden von der Rechtswissenschaft und der Praxis der Gerichte immerhin so ernst genommen, dass eine Auseinandersetzung in Wissenschaft und Rechtsprechung mit der Konvention stattfindet.

Die lex posterior-Position

Die Position, die eine besonders weitgehende Geltung der BRK vertritt, wurde besonders von Aichele und Lachwitz entwickelt und vertreten.¹⁵ Beide

12

¹⁵ Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll. Ein Beitrag zur Ratifikationsdebatte, online unter: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/policy_paper_9_die_un_behindertenrechtskonvention_und_ihr_fakultativprotokoll.pdf
Aichele/Bernstorff, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 UN-BRK, BtPrax 2010, 199-203
Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Zum Einfluss der Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen auf die deutsche Rechtsordnung Versuch einer Darstellung am

Autoren verstehen die Behindertenrechtskonvention als das jüngere Gesetz („lex posterior“), das nach einer der sogenannten Konfliktlösungsregeln das ältere Gesetz („lex anterior“) verdränge. Aichele geht soweit, mit diesem Argument zu vertreten, dass zum Beispiel im Mehrkostenvorbehalt für den Vorrang der offenen Hilfe aus § 13 SGB XII wegen Art. 19 Abs. 2 UN-BRK auf Grund der lex posterior-Regel nicht mehr anwendbar sei.¹⁶

Ich werde weiter unten erläutern, warum ich diese Position insoweit für richtig halte, als sie vertritt, dass menschenrechtliche Verträge subjektive Rechte der in den Vertragsstaaten lebenden Menschen gegen diese Staaten begründen. Die Auffassung allerdings, nach der die UN-BRK nationales Recht in Deutschland, das in Konflikt zu Vorschriften der BRK gerät, nach der lex-posterior-Regel verdränge, geht aus zwei Gründen zu weit: Sie geht davon aus, dass der Text der BRK „direkt“ normativ wirken könne. Zwar ist richtig, dass die UN-BRK als „unmittelbar anwendbare“ und „unmittelbar wirksame“ Rechtsquelle anzuerkennen ist, ohne dass es über die Ratifikation hinaus weiterer Umsetzungsakte bedürfte. Aber das ändert nichts daran, dass ein Gesetzestext – wie ich oben versucht habe zu zeigen –, der sich auf einem gewissen Abstraktionsniveau bewegt, nicht in der Lage ist, ohne Vermittlung durch die normative Praxis der Rechtswender normativ zu wirken.

Zum Zweiten sind die sogenannten Konfliktlösungsregeln keine mechanischen Regeln, die alle anderen Argumente verdrängen könnten, sondern im normativen Diskurs etablierte Argumente, die in der „Entscheidungsarbeit“¹⁷ herangezogen werden können und ggf. müssen. Welche Rolle sie dort spielen, hängt von vielen Faktoren ab, die grundsätzlich nicht vollständig und abschließend antizipiert werden können. Die Entscheidungsarbeit des Rechtsanwenders ist prinzipiell offen für neue normative Argumente.¹⁸ Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das BSG sich mit der lex posterior-Argumentation befasst und diese verworfen hat.¹⁹

Beispiel der Art 19 BRK (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft), RdLH 2010, 45-52

¹⁶ <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/aktuell/news/meldung/article/pressemitteilung-monitoring-stelle-zur-un-behindertenrechtskonvention-empfehl-ueberpruefung-des-s.html>

¹⁷ Müller/Christensen aaO, 238

¹⁸ Grundlegend zu Unmöglichkeit, einen abschließenden Kanon zulässiger normativer Argumente a priori zu bestimmen: Dworkin, Taking Rights Seriously

¹⁹ BSG, 06.03.2013, B 1 KR 10/11 R – in Bezug auf die Argumentation zu unmittelbaren Anwendbarkeit der UN-BRK ist die Begründung dieser Entscheidung allerdings diskussionswürdig.

Die traditionelle Position

Am anderen Ende der Skala der Positionen steht die traditionsreiche Auffassung, nach der menschenrechtliche Verträge sich in erster Linie an Regierung und Gesetzgeber richteten. Luthe schließt seinen Aufsatz über die rechtliche Bedeutung der BRK mit dem Satz: „Die BRK mag behindertenpolitisch für Unruhe sorgen und gesorgt haben. Rechtlich ist ihre Bedeutung gering.“²⁰

Beide Seiten argumentieren mit den Begriffen der *unmittelbaren Anwendbarkeit* und der *unmittelbaren Wirkung*. Diese Begriffe sind jedoch alles andere als klar:

„In Bezug auf die Frage, ob ein subjektives Recht auf völkerrechtlicher Ebene besteht, herrscht begriffliche Konfusion. Von zentraler Bedeutung für die Existenz eines subjektiv-völkerrechtlichen Rechts ist nämlich die unmittelbare Anwendbarkeit. Dies ist aber einer der ‚schillerndsten Rechtsbegriffe, den die völkerrechtliche bzw. staatsrechtliche Dogmatik je hervorgebracht hat‘.“²¹

Die traditionelle Position vertritt die Auffassung, dass menschenrechtliche Verträge für sich genommen nicht unmittelbar anwendbar seien und damit – erst recht – keine unmittelbare Wirkung entfalteten.²²

Meines Erachtens wird die normative Bedeutung der Begriffe der unmittelbaren Anwendbarkeit und der unmittelbaren Wirkung überschätzt. Gesetzestexte im Allgemeinen und Grundrechtstexte insbesondere sind ohnehin nicht in dem Sinne unmittelbar anwendbar, dass sich aus ihnen ohne das Zutun einer wie auch immer gearteten Rechtsanwendungspraxis konkrete Einzelfallentscheidungen ergeben könnten. Sie gehen immer erst

²⁰ Luthe, , Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, SGB 2013, 391-395

²¹ Dominik Steiger, Menschenrechte als subjektive Rechte. Unmittelbare Wirkung qua Ratifikation?, in: Binder u.a. (Hg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, Baden-Baden 2010, 129-156 <131>; Steiger referiert im Folgenden die Unterscheidung der Begriffe der unmittelbaren Anwendbarkeit, unmittelbaren Wirkung und unmittelbaren Geltung.

Masuch unterscheidet anders als Steiger nicht zwischen Geltung und Wirkung. Nach seiner Auffassung ist Geltung Voraussetzung für Anwendbarkeit, während Steiger des internationalen Diskurs so dahingehend referiert, dass Anwendbarkeit Voraussetzung für Geltung ist.

Masuch, Die Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt u.a., Grundrecht und Solidarität. Festschrift für Renate Jäger, Kehl 2010, 245-263 <255>

²² „Nach dem herkömmlichen Verständnis gelten völkerrechtliche Verträge und damit auch Menschenrechtsabkommen grundsätzlich nicht automatisch im innerstaatlichen Recht.“

Steiger aaO 138

Luthe (aaO) beruft sich letztlich auf diese (obsoletere) Position.

durch die Mühle der Rechtsanwendung, die ich oben etwas vornehmer als normativen Diskurs bezeichnet habe. Wir sollten uns also von der mitunter wirr anmutenden Debatte um unmittelbare Anwendbarkeit und Wirkung nicht verwirren lassen und stattdessen das case law des BVerfG zur Frage, wie die BRK in das deutsche Recht hineinwirkt, heranziehen.

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Anwendbarkeit und zur Methodik der Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention wird insgesamt nicht ausreichend rezipiert. Polemisch auf die Spitze getrieben stellt sich der Diskurs so dar: Die einen versuchen, die vermeintliche Regel vom Vorrang der jüngeren Norm als Brecheisen zu verwenden, um alles, was ihrer Auslegung der BRK entgegensteht, für ungültig zu erklären. Die anderen versuchen, die BRK so weit wie möglich aus dem Bereich des Rechtes herauszuhalten, indem sie sie in die unverbindliche Welt der politischen Appelle verbannen. Die methodischen Fragen, die sich auf dem langen Weg vom Gesetzestext zur konkreten normativen Entscheidung stellen, kommen dabei mitunter zu kurz.

Die BRK als Auslegungshilfe

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 herausgearbeitet, wie völkerrechtliche Normen, die menschenrechtliche Ansprüche zum Gegenstand haben, in das deutsche Recht hineinwirken. Der Streit um die „unmittelbare Anwendbarkeit“ der Gewährleistungen aus menschenrechtlichen Verträgen ist damit an und für sich obsolet, denn der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gebietet es, die deutsche Verfassung, die im Verhältnis zum einfachen Recht Vorrang genießt, im Rahmen vertretbarer Auslegung zu auszulegen, dass sie nicht in Konflikt mit völkerrechtlichen Normen gerät.

Anlass für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes war der unter dem Namen „Görgülü“ bekannte Fall eines jungen Vaters, der das Recht auf Umgang mit seinem Sohn einforderte und sich gegen eine Entscheidung des Familiengerichtes wehrte, durch die er gezwungen werden sollte, die Adoption zu akzeptieren.

Die deutschen Gerichte hatten die Entscheidung des Familiengerichtes bestätigt. Der EGMR, den der Vater nach Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges anrief, stellte jedoch eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest.²³ Der Betroffene wandte sich dann wieder an die deutschen Gerichte, die die Entscheidung des EGMR zwar zur Kenntnis nahmen und ihr Bedauern

²³ Aufheben konnte er die nationalen Entscheidungen nicht, da der EGMR keine Kassationskompetenz hat.

darüber ausdrückten, dass hier eine Konventionsverletzung vorliege. Sie sahen jedoch keinen Anlass, an ihrer Auffassung etwas zu ändern und entschieden erneut gegen den Vater. Denn die Konvention binde nur den Gesetzgeber, nicht aber die Gerichte.

Die diesbezügliche Verfassungsbeschwerde des jungen Vaters hatte Erfolg: Das Bundesverfassungsgericht hob die Entscheidungen der Fachgerichte auf und begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Rechtsauffassung des EGMR verbindlich und von den Fachgerichten im Rahmen vertretbarer Auslegung zu beachten ist. Das Bundesverfassungsgericht nahm den Fall zum Anlass, um so etwas wie ein grundlegendes Regelwerk des Hineinwirkens völkerrechtlicher Verträge in das deutsche Recht zu entwickeln, das ich kurz zusammenfasse:²⁴

1. Die Konvention rangiert in der deutschen Rechtsordnung im Rang einfachen Bundesrechtes. Das führt dazu, dass Gerichte und Verwaltung die Konvention wie anderes Recht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung beachten und anwenden müssen.
2. Die Gewährleistungen der Konvention sind wegen ihres Ranges als einfaches Recht kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Sie können aber ein mittelbarer Prüfungsmaßstab sein: Denn sie beeinflussen die Auslegung der Grundrechte und nationalen rechtsstaatlichen Grundsätze.

Auf der Ebene des Verfassungsrechtes dienen menschenrechtliche Verträge als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Vorgaben des Grundgesetzes. Damit partizipiert ein internationaler menschenrechtlicher Vertrag indirekt am Vorrang des Grundgesetzes über einfach gesetzliches Recht. In der Folge muss einfaches gesetzliches Recht stets im Rahmen vertretbarer Auslegung so ausgelegt werden, dass es nicht nur mit dem Grundgesetz selbst vereinbar ist, sondern auch mit dem Grundgesetz in der Konkretisierung, die dieses durch einen internationalen Vertrag findet.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert das so: „Die verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt, ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung

²⁴ BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü-Beschluss)

staatlicher Souveränität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik nicht entsteht. Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechtes Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt [...] und das Völkervertragsrecht [...] in das System der Gewaltenteilung eingeordnet.“²⁵

- 3.** Die Konvention darf jedoch nicht so ausgelegt werden, dass der nationale Grundrechtsschutz gemindert wird. Das Gericht nimmt hier ausdrücklich Bezug auf Art. 53 EMRK. Für die UN-BRK gilt dasselbe, denn sie trifft in Art. 4 Abs. 4 eine inhaltsgleiche Regelung: „Dieses Übereinkommen lässt zur Verwirklichung der Rechte von Menschen mit Behinderungen besser geeignete Bestimmungen, die im Recht eines Vertragsstaates oder in dem für diesen Staat geltenden Völkerrecht enthalten sind, unberührt. Die in einem Vertragsstaat durch Gesetze, Übereinkommen, Verordnungen oder durch Gewohnheitsrecht anerkannten oder bestehenden Menschenrechte und Grundfreiheiten dürften nicht unter dem Vorwand beschränkt oder außer Kraft gesetzt werden, dass dieses Übereinkommen derartige Rechte oder Freiheiten nicht oder nur in einem geringeren Ausmaß anerkenne.“
- 4.** Die vierte Grundregel besagt, dass die Rechte der EMRK in der Auslegung gelten, die der EGMR in Straßburg gefunden hat. Der EGMR in Straßburg hat also eine Auslegungsprärogative, die auch die deutsche Rechtsprechung bindet.

Das bedeutet einerseits, dass menschenrechtliche Verträge einfachgesetzliche Normen des deutschen Bundesrechtes nicht brechen. Einfachgesetzliche Regeln können menschenrechtlichen Regeln durchaus vorgehen, denn jedenfalls häufig verdrängt die speziellere Vorschrift die allgemeinere Vorschrift.²⁶ Andererseits partizipiert die UN-BRK so am Vorrang des Grundgesetzes. Das führt dazu, dass das gesamte einfachgesetzliche Recht daraufhin zu überprüfen ist, ob es so ausgelegt werden kann, dass es nicht gegen die UN-BRK verstößt.

²⁵ Görgülü-Beschluss, Rn 33

²⁶ Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“*, ZaöRV 65 (2005), 391-405, online unter www.zaoerv.de

Dieses Regelwerk gilt in gleicher Weise für die UN-BRK. Das BVerfG hat das im Zwangsbehandlungsbeschluss ausdrücklich bekräftigt.²⁷ Die Vorgaben der UN-BRK sind jedenfalls überwiegend so bestimmt, dass sie geeignet sind, um als Auslegungshilfe für das Grundgesetz zu fungieren. Einfachgesetzliche Vorschriften sind im Rahmen vertretbarer Auslegung stets so auszulegen, dass sie mit der Verfassung im Einklang bleiben. Da der Inhalt der Verfassung – die auf hohem Abstraktionsniveau formuliert und deshalb für Modifikationen offen ist – selbst durch die UN-BRK präzisiert und modifiziert wird, ist das deutsche Recht nach Möglichkeit so auszulegen, dass es nicht in Konflikt zur BRK gerät. Wenn das möglich ist, wird die BRK andere Vorschriften allerdings nicht einfach nach einer mechanischen Regel verdrängen können. Allerdings ist dann zu prüfen, ob eine Vorschrift, die nicht konventionskonform ausgelegt werden kann, verfassungswidrig ist.

Ich möchte nun anhand einer wegweisenden Entscheidung des Landessozialgerichtes Baden-Württemberg exemplarisch zeigen, welche konkreten normativen Konsequenzen aus diesem sehr abstrakten Regelwerk erwachsen.

Die Kraftfahrzeughilfeentscheidung des LSG Stuttgart

Das LSG Stuttgart hat mit dem Kraftfahrzeughilfeurteil vom 26.9.2012 den Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald verurteilt, einer jungen schwerstbehinderten Frau im Rahmen der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe die Kosten für die Anschaffung und den behinderungsgerechten Umbau eines PKWs zu tragen. Im Zusammenhang mit der UN-BRK ist diese Entscheidung in mehrfacher Hinsicht wegweisend.

Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben

Das LSG Stuttgart hat die oben dargestellten Vorgaben des BVerfG zur Anwendbarkeit völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge umgesetzt und Art. 20 UN-BRK – Mobilität – herangezogen, um die einschlägigen Vorschriften des Sozialhilferechtes auszulegen. In methodischer Hinsicht hat das LSG berücksichtigt und reflektiert, dass Art. 20 UN-BRK die Auslegung des grundrechtlichen Benachteiligungsverbots Behinderter (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) determiniert. Das hat zur Folge, dass die Vorschriften der Eingliederungshilfe – hier §§ 53, 54 SGB XII iVm § 55 SGB IX –

²⁷ so das BVerfG ausdrücklich in: BVerfG, 23.03.2011, 2 BvR 882/09

verfassungsgemäß dahingehend auszulegen sind, dass eine möglichst gleichberechtigte Mobilität erreicht wird.

Darüber hinaus ist Art. 20 UN-BRK auch unmittelbar – also ohne den „Umweg“ über das Grundgesetz – heranzuziehen, um die unbestimmten Rechtsbegriffe der Eingliederungshilfe auszulegen.²⁸ Das bedeutet nicht weniger als eine deutliche Veränderung der *bestehenden* Rechtslage. Denn die legislativen Vorgaben der Teilhabeleistungen im Allgemeinen und der sozialhilferechtliche Eingliederungshilfe im Besonderen sind in hohem Maß durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe geprägt.

Schließlich hat das LSG Stuttgart es nicht bei rechtstheoretischen Erwägungen belassen und – anders als das BSG im Urteil vom 6.3.2012²⁹ – u.a. aufgrund dieser Erwägungen tatsächlich einen Anspruch zugesprochen. Das Urteil zeigt damit, dass und in welcher Weise der UN-BRK *konkrete normative Bedeutung* zukommt.

Verschränkung von „Abwehr“ und „Leistung“

Darüber hinaus ist das Urteil ein Schritt zur Überwindung der Dichotomie Abwehrrechte/Leistungsrechte. Mobilität betrifft beides: Das Recht auf gleichberechtigte Mobilität kann durch Restriktionen (wie etwa eine Residenzpflicht) oder durch Barrieren beschränkt sein. Das Ergebnis ist aber dasselbe: nämlich die Beschränkung der Mobilität. Für den Betroffenen

²⁸ LSG Stuttgart, 26.9.2012, L 2 SO 1378/11: „Bei der Auslegung der genannten Vorschriften ist Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und der Zweck und die Aufgabe des Rehabilitationsrechts und des Neunten Buches Sozialgesetzbuch insgesamt zu beachten, nämlich behinderten Menschen einen Ausgleich (Kompensation, vgl. BVerfG 8.10.1997 a.a.O. juris RdNr. 69) der Behinderung zu ermöglichen, um ihnen – soweit es Art und Schwere der Behinderung zulassen – die Führung eines möglichst selbstbestimmten, autonomen Lebens zu ermöglichen (BT-Drucks 14/5074, S. 92; vgl. auch *Hassel/Gurgel/Otto*, Handbuch des Fachanwalts Sozialrecht, 3. Aufl. 2012, S. 926 und die Formulierung des Art. 20 UN-BRK, BGBl. II 2008, 1433 f., „...um für Menschen mit Behinderungen persönliche Mobilität mit größtmöglicher Unabhängigkeit sicherzustellen“ oder wie es im französischen Text plastisch heißt: „dans la plus grande autonomie possible“). Bereits in der Gesetzesbegründung des SGB IX vom 16.1.2001 (BT-Drucks 14/5074, S. 98 zu § 1 SGB IX) hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass sich im Rehabilitationsrecht ein Werte- und Paradigmenwechsel ereignet habe, wonach nicht mehr die bloße Versorgung/Fürsorge des behinderten Menschen im Mittelpunkt stehe, sondern seine möglichst selbstbestimmte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Diese Auslegung der §§ 53 ff. SGB XII i.V.m. § 55 SGB IX steht auch in Übereinstimmung und Einklang mit dem „Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ (UN-BRK), das am 3.5.2008 in Kraft getreten und durch Vertragsgesetz zum Übereinkommen vom 21.12.2008 (BGBl. II 2008, 1419) innerstaatlich verbindlich geworden ist. Aus der UN-BRK können keine über §§ 53 ff. SGB XII hinausgehenden individuellen Leistungsansprüche hergeleitet werden. Völkerrechtliche Verträge wie die UN-Behindertenrechtskonvention, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, stehen im Range eines Bundesgesetzes (BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 <317>). Die UN-BRK ist als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen, insbesondere auch des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; ebenso ist sie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung zu beachten (vgl. etwa BSG, Urteil vom 6.3.2012 – B 1 KR 10/11 R = juris RdNr. 31).“ (Rn 39)

²⁹ BSG, 06.03.2013, B 1 KR 10/11 R

macht es keinen großen Unterschied, ob diese Beschränkung sich aus einem Verbot ergibt, oder daraus, dass er in einer Umwelt lebt, in der gleichberechtigte Mobilität ein auf seine spezifischen Bedürfnisse zugeschnittenes Kraftfahrzeug voraussetzt, das er nicht bezahlen kann.

Den Zynismus, der darin liegt, das Mobilitätsdefizit desjenigen, der einer besonderen Vorkehrung bedarf, als sein Privatproblem zu apostrophieren, brachte Rappaport mit dem Satz auf den Punkt: „Freiheiten ohne die erforderlichen Ressourcen sind ein grausamer Scherz.“³⁰ Das LSG Stuttgart hat den Anfang gemacht, um diesen Zynismus zu überwinden.

Schluss

Die breite Rezeption der BRK in der Öffentlichkeit, die recht intensive rechtswissenschaftliche Debatte und die Auseinandersetzung der Gerichtsbarkeit mit der BRK zeigen, dass die Konvention schon vier Jahre nach In-Kraft-Treten eine eindrucksvolle Erfolgsgeschichte hinter sich hat. Das ist ein Anfang – ein vielversprechender Anfang.

Die Judikatur des BVerfG zur Anwendbarkeit und Wirksamkeit menschenrechtlicher Verträge ist noch jung und wurde von den Praktikern der Rechtswissenschaft leider noch nicht verinnerlicht. Aber solche Prozesse brauchen ihre Zeit. Wenn man einen Schritt zurücktritt, dann ist nicht zu übersehen, dass die Bedeutung der Nationalstaaten geringer und gleichzeitig das Recht internationaler wird. Ich halte das für eine gute Entwicklung: Nationalstaaten, die ihre jeweiligen Partikularinteressen verfolgen, ohne in internationale Strukturen eingebunden zu sein, haben sich nicht bewährt. Internationale Verträge, die Menschenrechte konstituieren, sind perspektivisch möglicherweise wirksamer als nationale Regelungen. Sie lassen sich nicht ohne weiteres wieder zurücknehmen.

Es kommt nun darauf an, diesen Prozess voranzutreiben und ein breites Bewusstsein dafür zu schaffen, dass die UN-BRK nicht irgendein nettes Programmpapier ist, das „behindertenpolitisch für Wirbel gesorgt hat“,³¹ sondern ein Gesetzestext, der in der normativen Praxis der Rechtsanwender Geltung beansprucht. Dieser Geltungsanspruch ist noch umstritten. Dieser Streit wird keineswegs nur in der Rechtswissenschaft und in der Spruchpraxis der Gerichte ausgetragen. Denn Gerichtsverfahren und rechtswissenschaftliche Diskurse finden nicht auf einer Insel statt, sondern

³⁰ Rappaport, Julian (1985): Ein Plädoyer für die Widersprüchlichkeit. Ein sozialpolitisches Konzept des "empowers" anstelle präventiver Ansätze. Verhaltenstherapie und psychosoziale Praxis, 17, 257-278

³¹ Luthe, Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, SGB 2013, 391-395

stehen – wie zu zeigen ich versucht habe – im Austausch und in Wechselwirkung mit einem informellen normativen Diskurs in der Gesellschaft. Deshalb möchte ich mit einem Appell schließen: Diskutieren Sie mit! Mischen Sie sich mit Ihrer spezifischen Kompetenz und Erfahrung ein in das große Gespräch über die Frage, was Recht ist. Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 1973, die ich oben zitiert habe, mit klaren Worten ausgesprochen, dass gesellschaftliche Anschauungen normative Relevanz haben. Was wir hier tun, nämlich im weitesten Sinne diskutieren, was Recht sein soll, lohnt sich also.