

Roland Rosenow

Das Menschenrecht auf Teilhabe

Vortrag im Rahmen des Rehasymposium der FAW gGmbH in Plauen,
24.10.2012

Einleitung

Es gibt keinen einheitlichen Begriff von Menschenrechten. Buergenthal und Thürer sprechen von „miteinander verwobenen Netzen ungleicher Dichte“.¹ Das Gesetz kennt zwar eine Legaldefinition von Leistungen zur Teilhabe², definiert aber nicht, was Teilhabe³ selbst sei. Noch weniger gibt es einen Konsens darüber, dass es ein Menschenrecht auf Teilhabe gibt. Dennoch möchte ich behaupten, dass das Recht auf Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben ein Menschenrecht ist – also ein überpositives Recht, das nicht zur Disposition eines Gesetzgebers steht.

Recht bedeutet: Es ist nicht bloß wünschenswert oder ein moralischer Anspruch, sondern: Es sollte in der Regel realisiert werden und im Streitfall durchsetzbar sein. Das „Bildungs- und Teilhabepaket“, mit dem der Gesetzgeber auf das Hartz-IV-Urteil des BVerfG reagiert hat, illustriert deutlich, dass es euphemistisch wäre, zum jetzigen Zeitpunkt von einem durchsetzbaren Recht auf Teilhabe zu sprechen.

Ich möchte nun wie folgt vorgehen:

Zum Ersten möchte ich etwas zu der Frage sagen, wie Recht sich konstituiert (1).

Im zweiten Schritt befasse ich mich mit der Differenz zwischen positivem Recht – also Recht, das sich mehr oder weniger aus Gesetzbüchern ergibt – und Recht, das über diesem positiven Recht steht (2).

Schließen werde ich mit Überlegungen zu der Frage, warum das Recht auf Teilhabe es so schwer hat und wie das zusammenhängt mit der etablierten

¹ Buergenthal/Thürer, Menschenrechte, Zürich 2010, S. 7

² § 4 SGB IX

³ zu den Schwierigkeiten der Konkretisierung exemplarisch Erhardt/Grüber, Teilhabe von Menschen mit geistiger Behinderung am Leben der Kommune, Freiburg 2011

Unterscheidung zwischen Leistungs- und Abwehrrechten oder – im amerikanischen Diskurs – zwischen positive and negative liberties (3).

1. Recht

Ich arbeite in einer Anwaltspraxis. Zu uns kommen täglich Menschen, die von uns wissen wollen, wie die Rechtslage sei. Sie glauben, die Antwort auf ihre Fragen ergebe sich aus dem Gesetz. Die Kodifikation des Gesetzes sei aber so kompliziert, dass nur Spezialisten aus dem Gesetz entnehmen könnten, wie die Rechtslage sei. Das ist ein Irrtum.

Gesetzestexte spielen für die normative Praxis zwar eine herausgehobene, keineswegs aber eine exklusive Rolle. Gesetzestexte sind sehr kurze Texte, die in unübersichtliche und weite Felder der sozialen Realität eingreifen sollen. Sie sind meistens viel zu unspezifisch, um konkret normativ wirken zu können. Das gilt ganz besonders für Grundrechte, die – soweit sie überhaupt in Gesetzestexten festgehalten werden – besonders abstrakt gefasst sind.

Damit Gesetzestexte normativ wirken können, müssen sie auf konkrete Fälle angewendet werden. Dieser Anwendungsprozess führt zu einer konkreten Entscheidung in einem konkreten Fall. Erst diese Entscheidung wirkt tatsächlich normativ: Sie greift regelnd in soziale Praxis ein.

Die Praxis des Entscheidens unter Bezugnahme auf Gesetzestexte kann man deshalb als normative Praxis bezeichnen. Diese Praxis findet natürlich – und daran denkt die Rechtswissenschaft immer zuerst – in den Gerichten statt. Wenn man das, was ich bisher gesagt habe, auf einen Slogan bringen möchte, dann würde er lauten: Das Recht kommt nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem Mund des Richters.

Die Spruchpraxis der Gerichte kommt jedoch erst dann zum Tragen, wenn über die Frage, was in einem konkreten Fall Recht sei, Streit besteht. Zunächst kommt eine sehr viel breitere normative Praxis ganz unterschiedlicher Akteure zur Geltung. In den Zusammenhängen, über die hier gesprochen wird, spielt die administrative Praxis – die Entscheidungspraxis der Verwaltung – eine besondere Rolle. Zum ganz überwiegenden Teil bleibt diese Praxis unangefochten. Für sozialrechtliche Ansprüche auf Teilhabeleistungen heißt das:

Das Recht auf Teilhabeleistungen konstituiert sich primär in der normativen Praxis der Sozialverwaltung.

Es gibt also eine Differenz zwischen den vermeintlich klaren Vorgaben des Gesetzes einerseits und dem konkreten Recht, das durch die normative Praxis der jeweiligen Akteure gesetzt wird, andererseits. Das gilt für Menschenrechte in besonderer Weise.

Nun könnte man einwenden, diese Differenz sei lediglich einem mehr oder weniger mechanischen Konkretisierungsvorgang geschuldet, der dann, wenn die dafür einschlägigen Methoden zutreffend angewendet werden, stets zu verlässlichen Ergebnissen führe. Das glaubt aber nicht einmal der US-amerikanische Rechtspositivismus in seiner prononciertesten Gestalt.⁴

Schon eine kursorische Betrachtung der Spruchpraxis der Gerichte zeigt, dass in die normative Praxis nicht nur Vorgaben aus dem Gesetz einfließen. Man kann dies ganz einfach daran zeigen, dass normative Vorgaben dynamisch interpretiert werden. Das bedeutet, dass dasselbe Gesetz heute einen anderen normativen Gehalt haben kann als gestern. Das BVerfG hat sich 1973 ausdrücklich zu einer dynamischen Auslegung legislativer Vorgaben bekannt:

„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.“⁵

Der EGMR hat 1978 formuliert: „The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“⁶ (Die Konvention ist ein lebendiges Instrument, das im Licht gegenwärtiger Verhältnisse zu interpretieren ist.)

⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*

⁵ „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

⁶ EGMR Urteil vom 25.7.1978, *Tyrer vs. The United Kingdom*; vgl. a. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn 12

In die normative Praxis – mit anderen Worten: den Prozess der Rechtsfindung – fließen also normative Vorgaben ein, die nicht im positiven Recht verankert sind und damit „außergesetzlich“ genannt werden können. Sie können neben dem Gesetz stehen, aber auch über dem formellen Gesetz.

Der US-amerikanische Rechtswissenschaftler Ronald Dworkin ordnet diese außergesetzlichen Imperative zwei Kategorien zu: policies und principles.⁷ Principles kann man einfach mit Prinzipien, – moralischen und anderen – übersetzen. Der Gleichheitsgrundsatz ist ein Beispiel für solch ein Prinzip. Für den englischen Begriff policy haben wir keine deutsche Entsprechung. Ich möchte den Begriff anhand eines aktuellen Beispiels konkretisieren:

In der aktuellen Beschneidungsdiskussion wurde einerseits vertreten, die Beschneidung sei eine Körperverletzung, die stets ungerechtfertigt sei, wenn sie nicht medizinisch erforderlich ist. Andererseits wäre ein Verbot der Beschneidung von Juden möglicherweise und auch verständlicherweise als Ausdruck von Antisemitismus interpretiert worden. Nun verbietet sich jedwede Einmischung in das Judentum, die nachvollziehbarer Weise als antisemitisch verstanden werden kann, in Deutschland in besonderer Weise. Man kann vertreten, dass deshalb ein Verbot der Beschneidung jedenfalls für Juden in Deutschland ganz undenkbar ist. Dies wäre ein Beispiel für eine policy in dem Sinne, in dem Dworkin den Begriff verwendet.

Wenn Prinzipien (hier die körperliche Unversehrtheit), policies (das Gebot eines besonderen Respekts vor der jüdischen Tradition) und einfachgesetzliche Vorgaben (das Verbot der Körperverletzung) zu divergierenden Ergebnissen führen, dann ist darüber hinaus zwischen diesen Imperativen abzuwägen. Dabei ist wiederum ein Grundsatz zu beachten, dessen verfassungsrechtlicher Rang in der deutschen Rechtswissenschaft allgemein anerkannt ist, nämlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – in der Nomenklatur Dworkins wiederum ein Prinzip.

Unabhängig von der Frage, welche Auffassung Sie in Bezug auf die Beschneidungsfrage vertreten, wird hier meines Erachtens etwas deutlich, was für Recht im Allgemeinen gilt:

Konkrete Normsetzung ist das Ergebnis eines Prozesses, durch den mittelbar normativ wirkende Eingangsdaten (Gesetzestexte, principles, policies) verarbeitet werden.

⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth 1997, deutsch: *Bürgerrechte ernst genommen*, Frankfurt 1984

Über das, was Recht ist, kann und muss man streiten. Der Verarbeitungsprozess ist damit ein diskursiver Prozess. Dieser Diskurs findet im Alltag normativer Praxis statt. Er findet einerseits statt in streng geregelter Weise in der Entscheidungspraxis der Gerichte. Und er findet statt in einer offenen Weise, die nicht zu verbindlichen Ergebnissen, sondern allenfalls zu Konsensen führt, in der Rechtswissenschaft.

Der rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskurs und der Diskurs der Spruchpraxis der Gerichte stehen in Wechselwirkung zueinander. Der rechtswissenschaftliche Diskurs wirkt in die Spruchpraxis der Gerichte hinein. (Bisweilen werden juristische Aufsätze in Urteilen zitiert.) Entscheidungen der Gerichte werden in der Wissenschaft rezipiert und diskutiert. Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskurse, die in die Spruchpraxis der Gerichte hineinwirken, sind normative Diskurse, denn sie zielen auf normative Praxis.

2. Menschenrechte

„Menschenrechte sind elementare Rechte, mit denen jeder Mensch, nur weil er Mensch ist, ausgestattet ist. Sie sind Ausdruck der allen Menschen in gleicher Weise zukommenden Würde.“⁸

Mit diesen Sätzen beginnen Buergenthal und Thürer ihr Lehrbuch Menschenrechte. Auch sie übersehen dabei nicht, dass „die Durchsetzbarkeit das spezifische Kennzeichen des Rechts“⁹ ist. Ihre Definition von Menschenrechten als elementaren Rechten wirft deshalb Probleme auf, denn bis zur Durchsetzbarkeit aller in Menschenrechtskonventionen kodifizierten Rechte ist es noch ein langer Weg.

Menschenrechte sind heute umfassend in völkerrechtlichen Verträgen formuliert. In Deutschland sind sie darüber hinaus im Grundgesetz, insbesondere in den Art. 1 bis 20, niedergelegt. Die Menschenrechtskonventionen wirken dabei in das Grundgesetz hinein und verändern und erweitern die sich aus dem Grundgesetz ergebenden Rechte.¹⁰ Die Kodifikation von Menschenrechten und das aus dieser Kodifikation abgeleitete case law des BVerfG und des EGMR positivieren menschenrechtliche Ansprüche. Das heißt: In Gestalt der Entscheidungen des EGMR und des BVerfG entwickelt sich nach und nach so etwas wie ein Gesetz – ein positives Recht – der Menschenrechte.

⁸ Buergenthal/Thürer aaO, S. 1

⁹ ebd. S. VI

¹⁰ BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü); BVerfG, 23.03.2011, 2 BvR 882/09

Es ist dem Konzept der Menschenrechte aber immanent, dass sie nicht davon abhängen, inwieweit sie in positives Recht umgesetzt werden.

Die Umsetzung in positives Recht ist erforderlich zur Durchsetzbarkeit. Sie aber kann nicht konstitutiv dafür sein, dass ein Mensch Menschenrechte hat. Die Idee der Menschenrechte ist es gerade, dass jeder Mensch mit ihnen ausgestattet ist – einfach weil er Mensch ist.

Hier zeigt sich das Problem des Konzeptes von Menschenrechten als überpositives Recht:

Das Konzept sagt: Menschenrechte sind mindestens der normative Horizont, an dem das Recht sich messen lassen muss. Sonst verliert es seinen Charakter als Recht und wird im äußersten Fall, was man im Deutschen gesetzliches Unrecht und im Englischen unlawful law nennt. Wenn aber streng daran festgehalten wird, dass nur das Recht ist, was durchsetzbar ist, dann verlieren Menschenrechte in diesem Sinne ihren Charakter als Recht. Und genau mit diesem Argument ist den Garantien des UN-Sozialpaktes von 1966 der Rechtscharakter auch abgesprochen worden.¹¹

Der Rechtscharakter eines Imperativs kann deshalb nicht auf die Durchsetzbarkeit beschränkt werden, wie ein radikaler Rechtspositivismus Glauben machen will. Mit anderen Worten: Das Prinzip der Legalität kann sich von dem Prinzip der Legitimität nicht emanzipieren, ohne sich selbst aufzugeben. Das ist nicht so selbstverständlich, wie es klingt: In den USA ist die rechtspositivistische Schule H.L.A. Harts bis heute einflussreich. In Deutschland war nach dem Terrorregime der Nationalsozialisten zwar ein strikter Rechtspositivismus unhaltbar, denn die Verbrechen der Nazis geschahen ja gerade nicht außerhalb des Rechts oder gar gegen das Recht, sondern sie waren nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung völlig legal. Trotzdem war der BGH lange Zeit nicht bereit, dem nationalsozialistischen Recht den Charakter als Recht kurzer Hand abzusprechen und verhedderte sich so in Widersprüche, die heute absurd anmuten und die dazu führten, dass viele Naziverbrecher straffrei davorkamen.¹²

¹¹ Wimalasena, Die Durchsetzung soziale Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2-23 mwN

¹² exemplarisch ist der Huppenkothenfall, dazu: Joachim Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz im Huppenkothen-Prozeß, in: ders., Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“. Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt/M 1999, S. 181-202; eingehend: Gerhard Werle/Thomas Wandres, Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz München 1995; Mauerschützenurteil des EGMR in Buergenthal/Thürer aaO S. 224

Ein Beleg für die Aktualität dieses Problems ist die Debatte um die Rehabilitation der Opfer des erst 1994 ganz aufgehobenen § 175 StGB (Strafbarkeit gleichgeschlechtlicher Beziehungen).¹³

Grundsätzlich ist zwar seit Langem anerkannt, was das BVerfG 1968 festgestellt hat:

„Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers.“¹⁴

Damit wurde zunächst nur ein „Notausgang“ geschaffen, durch den besonders drastisches gesetzliches Unrecht durch das Rechtssystem selbst für unwirksam erklärt werden kann. Die Tatsache, dass das Rechtssystem es nicht vermocht hat, die Strafbarkeit gleichgeschlechtlicher sexueller Beziehungen als gesetzliches Unrecht zu identifizieren, ist ein Beispiel, anhand dessen deutlich wird: Von der Radbruchschen Formel¹⁵ bis zu einer substantiierten Anerkennung des Konzepts der Menschenrechte ist es ein langer Weg.

Die heutige Situation formulieren Buergenthal und Thürer so:

„Wir sind [...] nunmehr an einem Punkt der Entwicklung angelangt, an dem die Kluft zwischen positivem Recht und Naturrecht überwunden ist und sich Recht nicht mehr mit dem Staat [...] identifizieren lässt. Vielmehr durchdringen Menschenrechte alle Kategorien von Recht und das Recht als solches. Der Staat als der ursprüngliche Träger und Garant des Rechts ist – wie uns dies in Prozessen vor dem EGMR plastisch vor Augen tritt – vor dem Rechtsprinzip selbst verantwortlich geworden. Allgemeine Rechtsprinzipien

¹³ Wikipedia deutsch, Art. § 175 StGB (aufgenommen in die Liste exzellenter Artikel); vgl. a. BT-Drucks. 70/4042; Derselbe Rechtspositivismus kommt in der Auffassung zum Ausdruck, die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 GG, durch die Art. 1 und 20 des Grundgesetzes unabänderlich sind, führe zwar dazu, dass eine *assemblée constituée* den Menschenwürdegrundsatz und das Rechtsstaatprinzip nicht abschaffen kann. Das gelte aber nicht unbedingt für eine *assemblée constituante*.

¹⁴ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 1992, zit. nach Studienausgabe 2011, S. 19, BVerfGE 3, 225 (232)

¹⁵ „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946, 105 (107)

scheinen immer bedeutsamer zu werden für die Gestaltung einer fairen Gesellschaft und Erschaffung einer besseren Welt.“¹⁶

Das Konzept der Menschenrechte besteht darauf, ein Konzept von Rechten zu sein – und zwar auch dann, wenn diese Rechte (noch) nicht durchsetzbar sind. Das Besondere der Idee überpositiven Rechts liegt gerade darin, dass es sich bereits als Recht versteht, auch wenn es ihm oft tatsächlich an Durchsetzbarkeit gebricht. Der Geltungsanspruch von Menschenrechten kann nicht von ihrer Durchsetzbarkeit abhängig gemacht werden, denn das würde die Preisgabe des Konzeptes selbst bedeuten. Wenn Sie so wollen, liegt darin die Aporie des Konzeptes der Menschenrechte.

3. Ein Menschenrecht auf Teilhabe

Die Kodifikation von Menschenrechten in internationalen Verträgen ist weit fortgeschritten, genügt aber alleine noch nicht, um die hier niedergelegten Rechte auch tatsächlich durchzusetzen und sie damit in den Stand wirksamen Rechtes zu erheben. Erst die Anerkennung der Menschenrechte in der normativen Praxis setzt sie in den vollen Stand des Rechtes.

Im deutschen und im US-amerikanischen Diskurs hängt der Umfang der Anerkennung menschenrechtlicher Ansprüche in hohem Maß davon ab, ob die jeweiligen Ansprüche den Abwehrrechten oder den Leistungsrechten zugeordnet werden. Im internationalen Sprachgebrauch entsprechen dabei die Abwehrrechte den negative liberties bzw. politischen und bürgerlichen Rechten und die Leistungsrechte den positive liberties bzw. den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (WSK-Rechte). Diese Unterscheidung nimmt Bezug auf die beiden großen Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen von 1966, nämlich den Pakt über die politischen und bürgerlichen Rechte und den Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.

Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben kann durch staatliche Eingriffe vereitelt werden. Sie kann auch durch den Mangel an Ressourcen vereitelt werden. Beide Aspekte gehen fließend ineinander über. Historisch sind zuerst unmittelbar diskriminierende Gesetze und erst im zweiten Schritt diskriminierende Praktiken, die Teilhabe beschränken, in den Fokus der Menschenrechte geraten. Schon die Beseitigung von Barrieren im öffentlichen Raum, die die Mobilität von Rollstuhlfahrern behindern, wird möglicherweise eher als Gegenstand von Leistungsrechten, denn als Gegenstand von Abwehrrechten wahrgenommen.

¹⁶ Buergenthal/Thürer aaO, S. 428 f.

Die einseitige Betonung von Rechten, die im deutschen Diskurs als Abwehrrechte verstanden werden, lässt sich an der Judikatur des BVerfG deutlich nachzeichnen. Im US-amerikanischen Diskurs spricht man von der „strong emphasis on negative liberty“.¹⁷ Die Rechtfertigung für die einseitige Betonung von Abwehrrechten beruft sich vor allem darauf, dass Leistungsrechte Geld kosten, während Abwehrrechte sich vermeintlich lediglich auf ein staatliches Unterlassen richten. Das ist aber nicht richtig. Denn: „All rights have costs.“¹⁸ Auch die Abwehr von Eingriffen ist nicht umsonst zu haben. Sie setzt staatliche Strukturen, eine funktionierende Justiz und vieles mehr voraus, was Geld kostet.

Die einseitige Betonung der Abwehrrechte mag unter anderem in der Geschichte des 20. Jahrhunderts historisch begründet sein. Normative Diskurse reagieren auf historische Erfahrungen – das ist die unkritische Interpretation des traditionellen Vorrangs der Abwehrrechte.

Die kritische Interpretation weist darauf hin, dass die Abwehrrechte diejenigen Rechte sind, von denen die Privilegierten der westlichen Industriegesellschaften profitieren. Sie gelten zwar formal auch für die Benachteiligten, aber den Benachteiligten nutzen sie nichts, da ihnen die erforderlichen Ressourcen fehlen. Aus dieser Erkenntnis rührt der Satz: „Rechte ohne die erforderlichen Ressourcen sind ein grausamer Scherz.“¹⁹ Choulette, der Bohémien in Anatol France´ Roman Die rote Lilie hat diese Erfahrung schon Ende des 19.Jahrhunderts in dem berühmten Satz zusammengefasst: „Das Gesetz in seiner erhabenen Gleichheit verbietet es Armen und Reichen gleichermaßen, zu betteln, unter den Brücken zu schlafen und Brot zu stehlen.“²⁰

Das Menschenrecht auf Teilhabe reagiert auf diese Kritik und damit auf die dramatischen Exklusionsgefahren, die moderne westlichen Gesellschaften erzeugen. Das Bild der Zentrifugalkraft, die alles weg vom Zentrum treibt und immer stärker wird, je weiter außen man sich befindet, illustriert diese Gefahren sehr treffend.

¹⁷ Colm O'Conneide, 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>

¹⁸ Ida Elisabeth Koch, From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Arnardóttir, O./Quinn, G., The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden/Boston 2009, S. 67-77 <70>

¹⁹ Rappaport, Julian (1985): Ein Plädoyer für die Widersprüchlichkeit. Ein sozialpolitisches Konzept des „empowerns“ anstelle präventiver Ansätze. Verhaltenstherapie und psychosoziale Praxis, 17, 257-278

²⁰ Anatol France, Die rote Lilie

Das Recht auf Teilhabe ist damit weit mehr als eine Ergänzung von bereits besser etablierten Menschenrechten: Er legt den Finger auf die Wunde einer Auffassung, die nur negative liberties als Menschenrechte gelten lassen will. Habermas formuliert diese Wunde so:

„Der egalitäre Anspruch auf allgemeine Geltung und Einbeziehung [hat] auch dazu gedient, die faktische Ungleichbehandlung der stillschweigend Ausgeschlossenen zu verschleiern. Diese Beobachtung hat den Verdacht geweckt, dass die Menschenrechte in dieser ideologischen Funktion aufgehen können.“²¹

Das sich entwickelnde Menschenrecht auf Teilhabe ergänzt also nicht nur Rechte, die bereits besser etabliert sind, sondern indem es das tut, leistet es einen Beitrag zur Legitimität des universalen Geltungsanspruchs der Menschenrechte insgesamt. Menschenrechte haben einen „detektivischen Zug“²²: Sie sind darauf „angelegt, allen Stimmen Gehör zu verschaffen.“²³ Ihre Legitimität steht und fällt damit, ob der Menschenrechtsdiskurs es vermag, diese Eigenlogik des Prinzips der Menschenrechte in normative Praxis zu transformieren.

Armut und Behinderung sind zwei mächtige Exklusionsfaktoren. Wer in unserer Gesellschaft arm oder behindert oder gar beides ist, erfährt nicht nur Exklusion, sondern auch eine Abwertung, die auf Dauer tief in die Identität eingreifen kann.

Die Erfahrung einer Armut, die auch den Mittelstand umfassend bedroht und die die Betroffenen sozial disqualifiziert, ist ein Phänomen moderner Industriegesellschaften. Dennoch ist das Problem der Armut in Deutschland erst in der jüngsten Vergangenheit in das öffentliche Bewusstsein gerückt. Der französische Soziologe Serge Paugam spricht von der „disqualifizierenden Armut“ als jüngster von drei „elementaren Formen der Armut“.²⁴

Das soziale Phänomen „Behinderung“ ist ein Spezifikum moderner Gesellschaften. Der Begriff selbst ist jung²⁵ und auch sein pejorativer Vorläufer „Krüppel“ etablierte sich erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts.²⁶

²¹ Jürgen Habermas, Zur Legitimation der Menschenrechte, in: ders., Philosophische Texte Bd. 4, Frankfurt/M 2009, S. 298-307 <300>

²² L. Wingert, „Türöffner zu geschlossenen Gesellschaften“, in: R. Elm, Ethik, Politik und Kultur im Prozess der Globalisierung, Bochum 2003, zit. nach Habermas aaO 300

²³ Habermas ebd.

²⁴ Serge Paugam, Die elementaren Formen der Armut, Hamburg 2008

²⁵ Hans-Walter Schmuhl, Exklusion und Inklusion durch Sprache – Zur Geschichte des Begriffs Behinderung, Berlin 2008; Felix Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005, S. 7-21

²⁶ ebd.

Es ist kein Zufall, dass das Wort „Krüppel“, um dessen Verwendung in den 20er Jahren viel gestritten wurde²⁷, mitunter sowohl für „behindert“, als auch für „arm“ stand. Armut und Behinderung haben etwas gemein: Beide Begriffe verweisen selbst auf einen Mangel an Teilhabe.

Der Begriff der Behinderung ist sowohl im SGB IX²⁸, als auch in UN-BRK²⁹ so definiert, dass er eine Teilhabebeeinträchtigung einschließt. Das positive Recht erkennt damit an, dass eine Behinderung (disability) sich nicht aus einer Beeinträchtigung (impairment) alleine ergibt, sondern erst aus dem konkreten Verlust an Teilhabe, der aus einer Beeinträchtigung in einem spezifischen gesellschaftlichen Kontext erwächst.³⁰

Den Begriff der relativen Armut definiert das Fachlexikon der sozialen Arbeit so:

„Relative Armut herrscht, wenn die Lebenslage der Betroffenen bzw. ihr verfügbares Einkommen so weit unter den im Land herrschenden durchschnittlichen Lebensverhältnissen liegt, dass sie ausgegrenzt (marginalisiert) werden, selbst wenn sie über das zum Überleben Notwendige verfügen, also nicht absolut arm sind.“³¹

Auf diese Erkenntnis hat das BVerfG in dem „Hartz-IV-Urteil“ vom 9.2.2010 reagiert und ausgeführt:

„Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Er gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit [...], als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen.“³²

²⁷ Schmuhl aaO

²⁸ § 2 SGB IX

²⁹ Art. 1 Abs. 2 UN-BRK

³⁰ zum sozialen Modell von Behinderung: Traustadóttir, Rannveig, Disability Studies, the Social Model and Legal Developments, in: Arnadóttir, O./Quinn, G., The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden/Boston 2009, 3-16; zur Entwicklung des zweidimensionalen Begriffs von Behinderung: Carol Poore, Disability Twentieth-Century German Culture, University of Michigan Press 2007, S: 273 ff.

³¹ Fachlexikon der sozialen Arbeit, 7. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 59

³² BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09, Rn 135 (Hervorhebung RR)

Das bedeutet: Das case-law des BVerfG hat aus dem Menschenwürdegrundsatz aus Art. 1 I GG nichts weniger als ein Menschenrecht entwickelt auf ein Mindestmaß an sozialer Teilhabe für Menschen, die arm oder von Armut bedroht sind.

Im März 2009 und damit nahezu zeitgleich trat in Deutschland die UN-BRK in Kraft, nach deren Art. 3 „die volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft“ zu den Grundsätzen des Übereinkommens zählt.

Der Anspruch auf Teilhabe am gesellschaftlichen Leben hat mit dem Inkrafttreten der UN-BRK und dem Hartz-IV-Urteil aus Karlsruhe in jüngster Zeit eine nie dagewesene Anerkennung durch das Recht erfahren. Diese Anerkennung ist spezifisch: Sie betrifft die Ausgrenzungsfaktoren Armut und Behinderung. Teilhabe kann auch durch andere Faktoren beeinträchtigt werden – zB durch Rassismus.

Diese Anerkennung bewegt sich einstweilen auf einer sehr abstrakten Ebene. Und sie ist noch fragil. Das abstrakte Menschenrecht auf Teilhabe muss in konkrete normative Praxis transformiert werden. Erst dann, wenn es aus der Sphäre des abstrakten Diskurses über allgemeine Rechte und Prinzipien hinaustritt und zu einem gewichtigen Argument im Diskurs der konkreten normativen Praxis wird, gelangt es in den vollen Stand des Rechtes. Gleichzeitig kann es sich so (und nur so) als abstraktes Recht auf Teilhabe mehr und mehr etablieren und stabilisieren.

Deshalb möchte ich Sie dazu ermutigen, Rechtsauffassungen, mit denen Sie in Ihrer jeweiligen Praxis konfrontiert sind, nicht einfach hinzunehmen, sondern sie kritisch zu hinterfragen und daran zu messen, ob sie vor dem Menschenrecht auf Teilhabe Bestand haben können.

Die Diskursivität des Rechtes ist ein Element, das das Recht demokratisch macht. In unserer Praxis nehmen wir teil an einem normativen Diskurs, den wir so auch beeinflussen. Ich hatte eingangs gesagt, dass ich in einer Anwaltspraxis arbeite. Das heißt: Ich weiß, wie bitter es sein kann, wenn man von einer Sache überzeugt ist, aber die Gerichte nicht überzeugen kann. Dennoch geht es immer weiter. Das, was ich hier den normativen Diskurs nenne, endet nicht mit einer Entscheidung oder einer Fallgeschichte, die uns ungerecht erscheint. Und wenn ich mir die jüngste Entwicklung des Rechtes in den Gebieten Grundsicherung und Teilhabeleistungen anschau, dann bin ich trotz aller Rückschläge voller Zuversicht, dass das Recht in unserer Gesellschaft einen relevanten Beitrag zu mehr Teilhabe für Benachteiligte leisten kann.