

Roland Rosenow

Vom Gesetzestext zu konkreter Normativität. Erfahrungen zur Umsetzung der BRK in Deutschland

Vortrag im Rahmen der Luzerner Tagung zur Behindertenrechtskonvention,
25.11.2016 in Luzern: Behindertenrechtskonvention konkret. Neue Wege und
innovative Ansätze zur Umsetzung der BRK

Einleitung

Die UN-Behindertenrechtskonvention wurde im Jahr 2006 verabschiedet. Bereits zwei Jahre später, im Herbst 2008, wurde sie in Deutschland ratifiziert und trat am 26.03.2009 in Kraft. Bereits wenige Jahre später war die Konvention nicht nur einer Fachöffentlichkeit, sondern weit darüber hinaus bekannt. Im Mai 2011 gaben 14% der Gesamtbevölkerung an, schon einmal von der UN-BRK gehört zu haben. Im August 2014 waren es bereits 22%.¹

Die derart breite Rezeption eines völkerrechtlichen Vertrages, der Menschenrechte kodifiziert, ist in Deutschland einmalig. Kein anderer menschenrechtlicher Vertrag wurde in der Bevölkerung so wahrgenommen wie die UN-BRK.

Die Konvention wird vor allem mit dem Begriff der Inklusion in Verbindung gebracht. Der Begriff selbst bleibt dabei vage und vieldeutig. Eine zentrale Rolle spielt der Anspruch auf inklusive Bildung, der aus Art. 24 der Konvention abgeleitet wird. Dieser Anspruch wird in Deutschland in erster Linie als Forderung nach Koedukation von Kindern und Jugendlichen mit und ohne Behinderung verstanden. Mehr als drei Viertel der Bevölkerung haben die Diskussion um die Inklusion in Schulen mindestens am Rande registriert.²

Die hohe Bekanntheit der UN-BRK findet ihren Niederschlag auch in der Rechtsprechung. Das deutsche System der Gerichte kennt fünf Gerichtsbarkeiten. Die ordentliche Gerichtsbarkeit ist zuständig für zivilrechtliche Streitigkeiten und für das Strafrecht. Die Arbeitsgerichte sind ausschließlich für arbeitsrechtliche Angelegenheiten zuständig. Für das öffentliche Recht sind primär die Verwaltungsgerichte zuständig. Daneben bestehen zwei Sonderzuständigkeiten, nämlich zum einen für Steuerangelegenheiten, für die die Finanzgerichte zuständig sind, und zum zweiten für den überwiegenden Teil des Sozialrechts. Dafür sind die Sozialgerichte zuständig. Ein Teil des Sozialrechts wird von den Verwaltungsgerichten verhandelt. Auch das Schulrecht ist Sache der Verwaltungsgerichte.

¹ Instituts für Demoskopie Allensbach: Gesellschaftliche Teilhabesituation von Menschen mit Behinderung. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V., 2014, <https://www.lebenshilfe.de/wData/downloads/presse/Allensbach-Studie-Internet.pdf>, Abfrage am 22.8.2016

² s. Fn. 1

Insbesondere vor den Sozialgerichten berufen sich Klägerinnen und Kläger immer häufiger auf die UN-BRK. Die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte, in denen die Frage, ob ein Anspruch auf die Konvention gestützt werden kann, thematisiert wird, liegt zwischen 100 und 200.³ Mehr als zwei Drittel dieser Entscheidungen sind Urteile und Beschlüsse der Sozialgerichte. Keine andere menschenrechtliche Konvention spielt eine derart große Rolle in der Rechtsprechung.

Schließlich wird die Konvention auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur breit und kontrovers diskutiert. Dabei gehen die Meinungen vor allem in Bezug auf die normative Bedeutung innerhalb des deutschen Rechtssystems auseinander. In Bezug auf die materielle Auslegung – also die inhaltliche Bedeutung der einzelnen Normen, lassen sich einzelne Diskurse identifizieren. Besonders umstritten ist die Frage, welche Konsequenzen sich aus Art. 12 – legal capacity– auf unterschiedliche Aspekte des Selbstbestimmungsrechtes innerhalb des deutschen Rechtes ergeben.

Im Folgenden möchte ich zuerst auf die breite Bekanntheit der Konvention und das entscheidende Schlagwort – Inklusion – eingehen, unter dem die Konvention bekanntgeworden ist **(1)**. Im Anschluss komme ich auf zwei Praxisfelder zu sprechen. Beide erleben eine starke Dynamik, die als Reaktion auf Imperative, die von der Konvention ausgehen, interpretiert wird **(2)**. Das betrifft zum einen die Schule und das Postulat der Koedukation von Kindern und Jugendlichen mit und ohne Behinderung **(a)**, und zum zweiten die Behindertenhilfe und den Imperativ der Ambulantisierung **(b)**.

Erst im dritten Schritt nehme ich eine im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Perspektive ein und spreche über die Entwicklungen, die die Konvention in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ausgelöst hat **(3)**.

1. Bewusstseinsbildung

Die Konvention enthält eine Vorschrift, mit der sich die Vertragsstaaten verpflichten, „wirksame politische Konzepte zur Bewusstseinsbildung zu verfolgen, um ein positives Bild von Menschen mit Behinderungen zu fördern.“⁴ Die Vorschrift zielt auf „grundlegende Faktoren“, die zu den Ursachen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung gehören.⁵

³ Das ergibt eine Abfrage in der der Entscheidungsdatenbank juris. Die Abfrage ist nicht zuverlässig, weil die Verschlagwortung von juris sehr unzuverlässig ist. Einige der wichtigsten veröffentlichten Entscheidung zur UN-BRK findet sich zwar in juris, nicht aber unter der Suche nach der Konvention, zB LSG Baden-Württemberg, 26.09.2012, L 2 SO 1378/11 und Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, 02.07.2015, Vf. 34-IV-15

⁴ Palleit in Welke, Antje (Hg.): UN-Behindertenrechtskonvention Kommentar, 1. Aufl. 2012, S. 119

⁵ ebd.

Bewusstseinsbildung tut in Deutschland durchaus Not. Die große Bekanntheit der Konvention kann als Aspekt von Bewusstseinsbildung verstanden werden. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass nicht die Konvention selbst, sondern lediglich ihre Existenz so bekannt ist. Der Begriff der Inklusion fungiert als Formel, auf die der Inhalt der Konvention gebracht wird. Auch diese Formel erklärt sich nicht selbst. Auf einer *abstrakteren* Ebene ist der Begriff für unterschiedlichste Deutungen offen. Er kann als Aufforderung verstanden werden, Menschen mit Behinderung in die Gemeinschaft aufzunehmen. Er kann ebenso als Forderung verstanden werden, die sich an Menschen mit Behinderung richtet: Alle sollen so leben wie mein Nachbar und ich und lernen, keine besonderen Ansprüche zu stellen.

Auf einer *konkreteren* Ebene wird der Begriff der Inklusion in Deutschland vor allem als Chiffre für Koedukation von Minderjährigen mit und ohne Behinderung verstanden. Daneben wird der Begriff oft als Gegenbegriff zu dem interpretiert, was Klaus Dörner „die Veranstaltung“ von Menschen mit Behinderung genannt hat.⁶ Vor Inkrafttreten der Konvention war der Begriff der Inklusion in Deutschland innerhalb der Fachsprache der Soziologie und innerhalb einer kleinen Fachöffentlichkeit, die sich mit Behinderung beschäftigt, gebräuchlich. Außerhalb dieser Fachöffentlichkeit war der Begriff weitgehend unbekannt.

Die hohe Bekanntheit der Existenz der Konvention ist eng damit verbunden, dass dem Begriff der Inklusion in sehr kurzer Zeit der Sprung über die Grenze der Fachsprache in den allgemeinen Sprachgebrauch gelungen ist. Dies ist ein Erfolg, dessen Bedeutung nach meiner Auffassung kaum überschätzt werden kann. Der Begriff der Inklusion wird so verstanden, dass er den jahrzehntelang geübten Umgang mit Menschen mit Behinderung in Frage stellt. Damit kann er jedoch nur der Anfang eines gesellschaftlichen Diskurses sein, der sich mit der Frage wird beschäftigen müssen, wie die Gesellschaft künftig mit dem sozialen Phänomen Behinderung umgehen will.

Ich bezweifle, dass es ohne die Reduktion auf die Kurzformel Inklusion hätte gelingen können, einen so hohen Bekanntheitsgrad der Konvention zu erreichen. Doch wäre es zu diesem erstaunlichen Prozess wahrscheinlich nicht gekommen, wenn das Inkrafttreten der Konvention nicht auf eine gesellschaftliche Dynamik gestoßen wäre, die bereits seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts zu beobachten ist und die sich mit den kulturellen Repräsentationen von Behinderung kritisch auseinandersetzt. Dieser Prozess ist nicht nur in der *Rechtsprechung*, sondern auch in der *Rechtsetzung* bis in die Verfassung hinein deutlich erkennbar. Zum 15.11.1994 trat eine Ergänzung des Gleichheitsgrundsatzes im Grundgesetz in Kraft. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz, das sich ursprünglich auf das Verbot der Diskriminierung wegen Geschlechtes, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben und religiöse Anschauungen beschränkte, wurde um einen Satz 2 erweitert, der lautet: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Zum

⁶ Dörner, Klaus: Ende der Veranstaltung, Neumünster 2015 (Neuaufgabe)

01.07.2001 trat mit dem SGB IX (Sozialgesetzbuch 9. Band) eine große Reform des Rechtes der Leistungen zur Teilhabe von Menschen mit Behinderung in Kraft, das aktuell umfassend reformiert wird. In der Begründung der Entwürfe, die in Deutschland zurzeit sehr kontrovers diskutiert werden, macht die Bundesregierung deutlich, dass sie die Reform u. a. als Umsetzung der Konvention in das deutsche Sozialrecht verstanden wissen will.⁷

2. Praxisfelder

Normativität hat unterschiedliche Ebenen. Im engen juristischen Sinne konkretisiert sie sich im Anwendungsbefehl, der Gesetzestexte von Texten, die keine Rechtsquellen sind, unterscheidet: An Gesetze muss man sich halten. In einem weiteren Sinne ist ein Text dann normativ, wenn er die Gestaltung sozialer Praxis bewirkt oder bewirken soll. Diese weitere Ebene der Normativität eines Textes ist für einen Rechtswissenschaftler schwer zu fassen. Die in diesem weiteren Sinne normative Wirkung der UN-Behindertenrechtskonvention scheint in Deutschland jedoch eine so große Rolle zu spielen, dass sie hier nicht übergangen werden kann. Dies möchte ich anhand zweier Praxisfelder zeigen, in denen die Bezugnahme auf die Konvention eine große Rolle spielt. In den Praxisfeldern Schule und Behindertenhilfe wird die Konvention als Appell interpretiert, der durchaus verbindlich ist, aber nicht ganz so scharf wie ein gesetzlicher Befehl. Beide Felder betreffen die in Deutschland sehr gut ausgebauten Systeme der besonderen Einrichtungen für Menschen mit Behinderung, nämlich zum einen die Sonderschulen und zum anderen die vollstationären Einrichtungen, in denen Menschen mit Behinderung leben. Die Konvention wird nicht so interpretiert, dass ihr Inkrafttreten die Praxis der besonderen Einrichtungen unmittelbar rechtswidrig werden ließ. Die Konvention wird aber als nachdrückliche Aufforderung verstanden, die derzeitige Praxis zu ändern.

a) Koedukation von Minderjährigen mit und ohne Behinderung.

In Bezug auf die Beschulung von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung hat Deutschland innerhalb der letzten 10 Jahre eine tiefgreifende Veränderung erlebt. Die Sonderschulen bestehen zwar fort. Eine immer größere Anzahl von Schülerinnen und Schülern besucht jedoch die Regelschulen. Diese erfordert häufig ergänzende Unterstützungsleistungen. Diese Leistungen werden auf Grundlage unterschiedlicher Vorschriften der verschiedenen Teile des Sozialgesetzbuches überwiegend als Einzelfallhilfen finanziert. Die Leistung „Schulbegleitung“ oder „Integrationshilfe“ hat sich innerhalb weniger Jahre bundesweit etabliert.

Das Rechtssystem der Behindertenhilfe in Deutschland unterscheidet drei Kategorien von Behinderungen nämlich geistige, seelische und körperliche Behinderungen. Minderjährige, die

⁷ Text des Gesetzentwurfes und Stellungnahmen online unter: http://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Bundesteilhabegesetz/Stellungnahmen_BTHG/Stellungnahmen_node.html

in diesem Sinne seelisch behindert sind, erhalten ergänzende Leistung in erster Linie durch die Jugendämter, während im Fall geistiger oder körperlicher Behinderung die Sozialämter zuständig sind. Auch hier befinden wir uns mitten in einer sehr kontroversen Reformdebatte. Das Recht der Kinder- und Jugendhilfe soll unter dem Schlagwort „inklusive Lösung“ reformiert werden. Die Reform soll bewirken, dass alle Minderjährigen, also auch diejenigen mit geistiger und körperlicher Behinderung, Hilfe nach dem Recht der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) erhalten.⁸

Die schnelle Zunahme der Koedukation war nur dadurch möglich, dass das Recht der Teilhabeleistungen in Deutschland individuelle Rechtsansprüche für Menschen mit Behinderung vorsieht. Jungen Menschen, die zum Besuch der Schule Unterstützung brauchen, wird ein klagbarer Rechtsanspruch auf individuelle Einzelfallhilfen gegen den jeweils zuständigen Sozialleistungsträger zuerkannt. Dieser klagbare Anspruch hat sich als sehr wirksamer Motor für Veränderungen erwiesen. Nachdem die Rechtsprechung den Anspruch anerkannt hatte, war zunächst vor allem die Abgrenzung zu den Verpflichtungen der Schule umstritten. Unmittelbare Ansprüche gegen die Schule auf angemessene Vorkehrungen, einschließlich besonderer Unterstützungsleistungen sind in Deutschland nur in sehr geringem Umfang anerkannt.⁹ Die Rechtsprechung zeigt zurzeit eine deutliche Tendenz, die Sozialleistungsträger ganz ausdrücklich zu Ausfallbürgen für möglicherweise unzureichende Ausstattungen der Schulen zu machen. Der Streit um die Kosten für angemessene Vorkehrungen für junge Menschen mit Behinderung könnte so zwischen den zuständigen Sozialleistungsträgern einerseits und den Schulträgern andererseits ausgetragen werden.

Die Sozial- und Jugendämter haben zunächst reagiert, indem sie Leistungsvereinbarungen mit freien Trägern, die Schulbegleitung anbieten, abgeschlossen haben. Dies erwies sich als relativ teure Lösung. Die aktuelle Diskussion hat deshalb vor allem die Frage zum Gegenstand, ob Unterstützungsleistungen für mehrere jungen Menschen mit Behinderungen zusammengefasst werden (sog. Leistungspooling).

b) Ambulantisierung der Behindertenhilfe

Das System der Leistungen für Menschen mit geistigen und Mehrfach-Behinderungen in Deutschland ist geprägt von großen Komplexeinrichtungen, die oft außerhalb der Städte errichtet wurden. Noch 1980 verurteilte ein deutsches Gericht einen Reiseveranstalter zu

⁸ Eine Übersicht über die ersten Entwürfe der Bundesregierung und die Debatte ist online unter: <http://kijup-sgbviii-reform.de/>

⁹ Das Verfassungsgericht der Landes Sachsen hat eine Schule verpflichtet, einem autistischen Schüler die Möglichkeit einzuräumen, die beiden letzten Schuljahre des Gymnasiums auf vier Jahre zu strecken und die Zahl der Unterrichtsstunden entsprechend zu reduzieren, um der behinderungsbedingten Einschränkung Rechnung zu tragen; Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, 02.07.2015, Vf. 34-IV-15. Die Entscheidung nimmt ausdrücklich und ausführlich Bezug auf die BRK.

Schadenersatz, weil die Reisenden in einem Urlaubshotel untergebracht worden waren, in dem auch eine Gruppe behinderter Menschen logierte.¹⁰ Der bloße Anblick von Menschen mit Behinderung galt als eine Beeinträchtigung.

Diese Sonderwelten sind bis heute mit den Gemeinden wenig vernetzt und haben über Jahrzehnte eine wirksame Aussonderung von vielen Menschen mit Behinderung bewirkt. Die Konvention wird als normative Vorgabe interpretiert, die diese Aussonderung diskreditiert. Auch dies ist jedoch ein Prozess, der lange zuvor begonnen hat. Auf gesetzlicher Ebene wird der Prozess durch den Vorrang der offenen Hilfe markiert, der bereits 1984 in das Recht der Eingliederungshilfe, das bis heute Teil des Rechtes der Sozialhilfe ist, eingefügt wurde.¹¹ Anders als im Bereich der Koedukation ist hier allerdings nicht zu beobachten, dass es zu einer signifikanten Zunahme der Geltendmachung von Ansprüchen auf Leistungen zur Unterstützung außerhalb von Einrichtungen gekommen wäre, obwohl die Konvention auch die Chancen für die Anerkennung des Rechts auf Versorgung im eigenen Wohnumfeld deutlich verbessert. Diese Diskrepanz kann als Hinweis darauf interpretiert werden, dass die Chancen zur Rechtsmobilisierung von Menschen mit Behinderung, die in einer Einrichtung leben, unzureichend sind. Rechtsmobilisierung erfordert Ressourcen, über die Eltern von Kindern mit Behinderung zum Teil verfügen, Menschen mit Behinderung, die in einer Einrichtung leben, aber nur selten.

Die Übersetzung des Postulats der Inklusion in das Ziel der Ambulantisierung der Behindertenhilfe findet bislang weniger auf Seiten der Betroffenen statt, wohl aber auf Seiten der großen Einrichtungen und auch auf Seiten der Sozialhilfeträger, die für die Eingliederungshilfe zuständig sind. Der Begriff der Inklusion wird von dieser Seite auch für das Interesse mobilisiert, Kosten einzusparen.

Zentrale Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der Entwurf der Bundesregierung für das Bundesteilhabegesetz, das noch in diesem Jahr verabschiedet werden soll. Anders als das bisherige System der Eingliederungshilfe wird das neu gefasste Leistungsrecht nicht mehr zwischen ambulanten und stationären Einrichtungen unterscheiden. Dass das Gesetz sich für diesen Unterschied blind macht, wird aber kaum etwas daran ändern, dass es stationäre

¹⁰ LG Frankfurt, Urteil vom 25.2.1980, 2/24 S 282/79; juris; NJW 1980, 1169-1170; ZfS 1980, 207-208; JZ 1980, 684-685; das Gericht führt in dem Urteil aus: „Die Anwesenheit einer Gruppe von jedenfalls 25 geistig und körperlich Schwerbehinderten stellt einen zur Minderung des Reisepreises berechtigenden Mangel dar. Es ist nicht zu verkennen, dass eine Gruppe von Schwerbehinderten bei empfindsamen Menschen eine Beeinträchtigung des Urlaubsgenusses darstellen kann. Dies gilt jedenfalls, wenn es sich um verunstaltete geistesgestörte Menschen handelt, die keiner Sprache mächtig sind, von denen einer oder der andere in unregelmäßigem Rhythmus unartikulierte Schreie ausstößt und gelegentlich Tobsuchtsanfälle bekommt. So wünschenswert die Integration von Schwerbehinderten in das normale tägliche Leben ist, kann sie durch einen Reiseveranstalter gegenüber seinen anderen Kunden sicher nicht erzwungen werden. Dass es Leid auf der Welt gibt, ist nicht zu ändern; aber es kann der Klägerin nicht verwehrt werden, wenn sie es jedenfalls während des Urlaubs nicht sehen will.“ Das Urteil war Anlass für die bis dahin größten Demonstrationen gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung in Europa am 8. Mai 1980, dem 35. Jahrestag der Befreiung Deutschlands vom Nationalsozialismus durch die Truppen der Alliierten.

¹¹ Rosenow, Roland: Wegfall des Vorrangs der ambulanten Hilfe im Arbeitsentwurf für ein Bundesteilhabegesetz – Fachbeitrag D12-2016 www.reha-recht.de, 2016, http://www.reha-recht.de/nc/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-d12-2016/?cHash=6ca61388f4c98899099bbd75963fcadc&sword_list%5B0%5D=rosenow

Einrichtungen der Behindertenhilfe auch künftig geben wird. Im Moment ist kaum vorherzusehen, ob und inwieweit das neue Recht der Eingliederungshilfe entscheidende Impulse für den Ambulantisierungsprozess setzen kann. Ob es überhaupt darauf angelegt ist, wird kontrovers diskutiert. Die Bundesregierung hat das Bundesteilhabegesetz unter zwei zentrale Imperative gestellt: An erster Stelle soll das Gesetz dazu dienen, die „Ausgabendynamik zu begrenzen“. An zweiter Stelle soll das Gesetz die Behindertenrechtskonvention umsetzen und die Teilhabe von Menschen mit Behinderung verbessern. Hier wird auf bundespolitischer Ebene deutlich sichtbar, dass das Postulat der Inklusion, das im politischen Diskurs als Chiffre für die Konvention steht, ambivalent interpretiert werden kann. So sieht das Bundesteilhabegesetz vor, dass Menschen in Einrichtungen der Behindertenhilfe, für die bislang ein Pflegesatz, der die Lebenshaltungskosten vollständig deckt, und daneben ein Taschengeld von etwas mehr als 100 € monatlich bewilligt wurde, künftig den Regelsatz der Sozialhilfe erhalten, der auch außerhalb von Einrichtungen gilt. Die Fachverbände der Behindertenhilfe befürchten, dass dies dazu führen wird, dass Menschen mit Behinderung in Einrichtungen künftig nicht einmal mehr das Taschengeld zur Verfügung haben werden, weil der Regelsatz kaum reichen wird, um die Lebenshaltungskosten in der Einrichtung zu tragen. Der Begründungszusammenhang für diese legislative Maßnahme steht im Kontext des Postulats der Inklusion.

Der Vergleich der beiden Praxisfelder, von denen hier die Rede war, deutet darauf hin, dass individuelle Rechtsansprüche auf Einzelfalleleistungen dann eine wichtige Rolle in Veränderungsprozessen spielen können, wenn die Anspruchsinhaber mit den erforderlichen Ressourcen zur Rechtsmobilisierung ausgestattet sind. Zum zweiten wird sichtbar, dass die „weichere“ Normativität, die die Konvention als Appell zur Veränderung versteht, ohne dass die derzeitige Praxis damit unmittelbar für rechtswidrig erklärt würde, auf Prozesse, die bereits seit langem im Gange sind, als Katalysator wirken kann. Die Konvention wird als mächtige Unterstützung für die Projekte der Koedukation und der Ambulantisierung verstanden.

3. Die Konvention als Gesetz

a) Wechselwirkung gesellschaftlicher und formeller normativer Diskurse

Die Konvention ist ein normativer Text auf hohem Abstraktionsniveau. Um konkrete Wirksamkeit zu entfalten, muss er für normative Praxis fruchtbar gemacht werden. Der prominenteste Ort normativer Praxis ist die Entscheidungspraxis der Gerichte. Andere Orte können allerdings größere Breitenwirkung entfalten. Dies gilt vor allem für die administrative Praxis der Verwaltung, aber auch für die Praxis von Bürgerinnen und Bürgern, die sich u. a. daran orientiert, was die Beteiligten für rechtmäßig erachten. Die Performance der normativen Praxis der Gerichte in Deutschland suggeriert, dass hier Recht nach verbindlichen Regeln, die sich *alleine aus dem Gesetzestext* ergeben, angewandt werde. Tatsächlich ist das

nur die halbe Wahrheit. Nichts zeigt das deutlicher, als die Bekenntnisse der beiden großen Spruchkörper, die für die Auslegung von Menschenrechten in Deutschland von zentraler Bedeutung sind: Das Bundesverfassungsgericht hat 1973 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.“¹²

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte formulierte in der berühmten Entscheidung *Tyrer vs. United Kingdom* im Jahr 1976: „The convention ist a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“¹³

Wäre die Konvention nicht bereits innerhalb der ersten Jahre nach ihrem Inkrafttreten in Deutschland innerhalb eines großen Teils der Bevölkerung als geltendes Recht wahrgenommen worden, das verbindliche normative Impulse setzt, wäre es der Behindertenrechtskonvention vor Gericht kaum besser ergangen als anderen menschenrechtlichen Verträgen: Sie wäre als Rechtsquelle wahrscheinlich weitgehend ignoriert worden. Deshalb steht die im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Perspektive nicht am Anfang dieses Vortrages, was aus juristischer Perspektive nahe läge, sondern am Ende. Es zeichnet sich deutlich ab, dass der Behindertenrechtskonvention in Deutschland eine besondere rechtsgeschichtliche Bedeutung zukommt. Sie könnte als derjenige menschenrechtliche Vertrag in die deutsche Rechtsgeschichte eingehen, anhand dessen die Gerichte begonnen haben, völkerrechtliche Verträge, die Menschenrechte konstituieren, als Rechtsquelle innerhalb des deutschen Rechtssystems wahrzunehmen und zu berücksichtigen. Zu einem solchen Prozess wäre es kaum gekommen, wenn die Konvention nicht eine derart herausragende Bedeutung im gesamtgesellschaftlichen Diskurs über die Frage, welche Rechte Menschen mit Behinderung haben sollen, erlangt hätte. Dies ist freilich eine optimistische Perspektive. Noch ist sowohl die Frage, inwieweit der Konvention normative Bedeutung zukommt, als auch die Frage, wie sie auszulegen ist, in hohem Maße umstritten.

b) Die Konvention als Rechtsquelle

Internationale Konventionen, die Menschenrechte konstituieren (*traité loi*), wurden von der Rechtswissenschaft in Deutschland lange Zeit in den unverbindlichen Bereich politischer Appelle exterritorialisert und damit nicht oder nur sehr eingeschränkt als geltendes Recht anerkannt.¹⁴ Erst mit Beginn des 21. Jahrhunderts hat das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen das Verhältnis von Menschenrechten, die durch internationale Konventionen kodifiziert werden, zum deutschen Recht ausgeleuchtet.

¹² BVerfG, 14.02.1973, 1 BvR 112/65 (Soraya), Rn. 41 = BVerfGE 34, 269-293, Rn. 41

¹³ EGMR, 25.7.1978, *Tyrer vs. The United Kingdom*

¹⁴ Wimalasena: Die Durchsetzung soziale Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, kj 2008, 2-23

Menschenrechtskonventionen rangieren danach in Deutschland im Rang einfachen Bundesrechts, determinieren aber über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes auch die Auslegung der Verfassung. Einfachgesetzliche Vorschriften sind im Rahmen vertretbarer Auslegung verfassungsgemäß auszulegen. Dies führt dazu, dass menschenrechtliche Konventionen und so auch die UN-Behindertenrechtskonvention am Vorrang der Verfassung vor dem einfachgesetzlichen Recht partizipieren.¹⁵

Das betrifft zunächst Normen, die das Rechtsverhältnis von Bürgerinnen und Bürgern zum Staat zum Gegenstand haben. Bürgerinnen und Bürger sind Grundrechtsträger. Der Staat ist Garant der Grundrechte. Im März 2016 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Konvention auch Ausstrahlungswirkung auf die Auslegung zivilrechtlicher Vorschriften entfaltet.¹⁶ Damit sind auch gesetzliche Regelungen, die das Verhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürgern betreffen, unter Berücksichtigung der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention auszulegen.

Die Fachgerichte tun sich allerdings noch schwer damit, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes umzusetzen. Mehrheitlich wird hier eine Haltung vertreten, die die Vorgaben der Konvention nur daraufhin betrachtet, ob sie als self-executing oder als non-self-executing zu verstehen sind.¹⁷ Nur Normen, die self-executing seien, seien von den Gerichten unmittelbar zu berücksichtigen. Die indirekte, aber folgenreiche Wirkung als Auslegungshilfe wird nur von einer kleinen Zahl von Entscheidungen bestätigt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur gehen die Meinungen noch weiter auseinander. Es wird sowohl vertreten, dass die Konvention für die Rechtsprechungspraxis nahezu bedeutungslos sei, als auch die Auffassung, dass die Vorgaben der Konvention im Fall des Konfliktes mit anderen Normen vorrangig seien. Ausgehend von den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes wäre weder das eine, noch das andere richtig. Die einschlägigen Urteile des höchsten deutschen Gerichtes fordern stattdessen, dass die Konvention mit dem nationalen Recht gleichsam verwoben wird. Die Postulate der Konvention müssten so als Argumente fungieren, die im Prozess der „Entscheidungsarbeit“¹⁸ neben anderen Argumenten heranzuziehen sind, um eine rechtmäßige Entscheidung zu treffen.

c) Materielle Auslegung der Konvention

¹⁵ BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü), BVerfG, 23.03.2011, 2 BvR 882/09 (Zwangsbehandlungsbeschluss), ausführlich: Rosenow, Roland: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93-98

¹⁶ BVerfG, 24.03.2016, 1 BvR 2012/13

¹⁷ Rosenow, Roland: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93-98 mwN

¹⁸ Müller/Christensen: Juristische Methodik Bd. 1, Berlin 2004, S. 232

In der Fachöffentlichkeit der Behindertenhilfe, aber auch weit darüber hinaus wirkt die Konvention durch das sehr abstrakte Postulat der Inklusion normativ. Dieses Postulat wird in Imperative übersetzt, die die Praxis der Behindertenhilfe auffordern, sich zu verändern. Die gegenwärtige Praxis wird als aus normativen Gründen veränderungsbedürftig, nicht aber als gegen das Gesetz verstoßend – rechtswidrig – wahrgenommen. Aus juristischer Perspektive hat Normativität eine schärfere, gleichzeitig jedoch eine enger begrenzte Funktion. Die Antwort auf eine normative Frage bewegt sich hier nicht zwischen den Werten *gut* und *schlecht*, sondern zwischen den Werten *rechtmäßig* und *rechtswidrig*. Das Verdikt *rechtswidrig* ist schärfer als das Verdikt *schlecht*. Im Regelfall ist es mit einem Instrumentarium zur Durchsetzung ausgestattet. Es kann jedoch nur wirksam werden, wenn es auf einen Fall zugeschnitten und für ihn konkretisiert wird. Die rechtswissenschaftliche Debatte befasst sich mit der Frage, was eine Norm der Konvention im Einzelfall konkret bedeutet.

In diesem Zusammenhang spielt Art. 12 der Konvention – legal capacity– eine herausgehobene Rolle. Auch hier gehen die Meinungen weit auseinander. Ich möchte das am Beispiel des Streites um die Frage, ob die hoheitliche Anordnung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht zulässig ist, illustrieren. In der Diskussion wird unterschieden zwischen ersetzender und unterstützender Entscheidungsfindung. Die Zuerkennung gesetzlicher Vertretungsmacht durch hoheitlichen Akt – in Deutschland also die Bestellung eines gesetzlichen Betreuers, § 1896 BGB – wird als Ermächtigung zu ersetzender Entscheidungsfindung interpretiert. Art. 12 fordere dagegen, dass das Ersetzen der Entscheidungsfindung vollständig durch Unterstützung bei der Entscheidungsfindung substituiert werde. Diese Auffassung wurde auch vom Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung nach Art. 34 der Konvention in den concluding observations über den ersten Staatenbericht Deutschlands vom 13. Mai 2015 vertreten. Danach wäre das deutsche Betreuungsrecht konventionswidrig und würde wegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Verfassung wohl auch gegen das dort kodifizierte Selbstbestimmungsrecht und gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Auf der anderen Seite steht die Auffassung, dass die Vorgabe der Konvention, nach der Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen legal capacity zuerkannt wird, in Fällen, in denen ein Mensch aufgrund einer Behinderung nicht in der Lage ist, selbst Entscheidungen zu treffen, der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters durch hoheitlichen Akt nicht entgegensteht. Möglicherweise hat die jakobinisch anmutende Radikalität der Auffassung des Ausschusses dazu beigetragen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung zum Ergebnis kommt, dass den Stellungnahmen des Ausschusses zwar erhebliches Gewicht bei der Auslegung der Konvention zukomme. Sie seien aber für internationale und nationale Gerichte nicht völkerrechtlich verbindlich.¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht behandelt den Ausschuss damit anders als den Europäischen

¹⁹ BVerfG, 26.07.2016, 1 BvL 8/15, Rn. 90

Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, dem es einen Auslegungsprimat für die Inhalte der Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich zuerkennt.²⁰

Neben diesen Debatten stehen andere. Ebenso kontrovers wird z. B. die Frage beantwortet, ob die Konvention Zwangsbehandlung vollständig ausschließt (was der Ausschuss vertritt), oder lediglich begrenzt (was das Bundesverfassungsgericht vertritt). Noch komplexer erscheint mir die Debatte um Art. 19 der Konvention und damit um die Frage, in welchem Umfang die Konvention es gebietet, Menschen mit Behinderung die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen, um an einem frei gewählten Wohnort leben zu können.

Die Breite, in der die Debatten um die Auslegung der Konvention in Deutschland geführt werden, ist eine Folge der breiten gesellschaftlichen Wahrnehmung der Konvention und ihrer Interpretation als Imperativ, der konkrete Veränderungen sozialer Praxis fordert.

4. Schluss

Meine Überlegungen führen mich dazu, dass ich den Titel meines Textes gerne umformulieren möchte. Der Begriff der Umsetzung scheint vorauszusetzen, dass die Konvention hinreichend konkrete normative Postulate bereithält, die in soziale Praxis zu transferieren – umzusetzen – seien. Das Modell der Umsetzung folgt einer Top-Down-Logik. An der Spitze stehen die Imperative der Konvention, die von der Gesellschaft aufzunehmen und in die Tat umzusetzen sind. Wenn ich auf die Erfahrungen mit der „Umsetzung“ der Konvention in Deutschland zurückblicke, scheint mir, dass es sehr viel komplizierter ist. Die Konvention wird in unterschiedlichen Sphären der Gesellschaft auf sehr unterschiedliche Weise rezipiert. Dies reicht von der bloßen Kenntnis, dass es eine Konvention gebe, die Behinderte betreffe, über die Wahrnehmung des Postulats der Inklusion als normative Vorgabe bis zur konkreten Auslegung der Texte unter Heranziehung juristischer Methoden. Diese Sphären verhalten sich jedoch nicht wie ein hierarchisches System zueinander. Vielmehr bedingen sie einander wechselseitig. Der top-down-Logik, der der Anwendungsbefehl des Gesetzes folgt, steht eine bottom-up-Logik gegenüber, die sich in breiten normativen Diskursen äußert, die schließlich in „gesellschaftlich-politische Anschauungen“ münden, deren normative Bedeutung das Bundesverfassungsgericht im Soraya-Beschluss von 1973 ausdrücklich anerkannt hat.

Hätte ich erst den Text und dann den Titel formulieren können, hätte ich den Begriff der *Umsetzung* wohl durch den Begriff der *Wirkung* ersetzt.

Die Konvention hat in Deutschland eine eindrucksvolle und breite Wirkung entfaltet. Vielleicht kann man drei Ebenen der Wirkung unterscheiden, nämlich eine bewusstseinsbildende Wirkung, eine normative Wirkung ohne *unmittelbaren* Bezug zum Recht und schließlich eine rechtliche Wirkung. Diese drei Wirkungsebenen bedingen und befruchten einander. Die

²⁰ BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04

Wirkungsgeschichte der Konvention in Deutschland erscheint als höchst dynamisches Wechselspiel dieser drei Wirkungsebenen. Und diese Wirkungsgeschichte ist eine Erfolgsgeschichte, deren Bedeutung, so scheint mir, in Deutschland noch unterschätzt wird.