

#### 4. Fazit

Die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit und Auslegung der Vorschrift des § 17c Abs. 4b Satz 3 KHG ist uneinheitlich. Im Hinblick auf Artikel 19 GG erscheinen die Entscheidungen zugunsten der Krankenhäuser verfassungsrechtlich bedenklich.

Aufgrund der Entscheidungen des Bundessozialgerichts<sup>22</sup> dürfen die Weichen für Entscheidungen der Untergerichte nunmehr gestellt sein.

<sup>22</sup> BSG a.a.O.

## Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis

— Roland Rosenow, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Freiburg

### 1. Aktuelle rechtsgeschichtliche Entwicklung

Wir sind gegenwärtig Zeugen einer rechtsgeschichtlichen Entwicklung, die lange sehr zögerlich verlief, mit dem beginnenden 21. Jahrhundert jedoch endlich Fahrt aufgenommen hat: Nachdem völkerrechtlich konstituierte Menschenrechte über Jahrzehnte aus dem exklusiven Bereich geltenden Rechts exterritorialisiert wurden,<sup>1</sup> finden sie nach und nach die rechtsdogmatische Anerkennung, die ihnen zukommt.

Die UN-BRK trat viereinhalb Jahre nach dem Görgülü-Beschluss des BVerfG und damit zu einem Zeitpunkt in Kraft, zu dem der rechtsdogmatische Boden frisch bereitet war. Sie wurde dann innerhalb kürzester Zeit intensiv rezipiert und diskutiert, und zwar sowohl in politisch-gesellschaftlichen, als auch in fachlich-juristischen Kontexten und – was in dieser Dichte vor sechs Jahren kaum zu erhoffen war – in der Rechtsprechung selbst: Bereits sechs Jahre nach ihrem Inkrafttreten haben sich neben einigen Instanzgerichten das BVerfG, das BSG, das BAG und das Sächsische Landesverfassungsgericht mit der normativen Bedeutung der BRK auseinandergesetzt. Dabei zeichnet sich eine zunehmende Bereitschaft ab, die BRK als das anzuerkennen, was sie ist: geltendes Recht des Bundes, das nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bei der Auslegung verfassungsrechtlicher und damit natürlich auch einfachgesetzlicher Normen zu berücksichtigen ist.

Die BRK profitiert damit nicht nur von dem Glücksfall, dass sie in einem historischen Moment in Kraft trat, in dem der Widerstand der deutschen Rechtspraxis gegen völkerrechtliche Normen etwas nachließ, sondern sie scheint derzeit auch die Konvention zu sein, anhand derer im informellen gesellschaftlichen normativen Diskurs wie im förmlichen normativen Diskurs des gerichtlichen Verfahrens verhandelt wird, in welchem Umgang völkerrechtlich konstituierten Menschenrechten Geltung zuerkannt wird. Mit anderen Worten: Es geht um etwas! Die rechtsdogmatischen Pflöcke, die im Kontext der BRK in den kommenden Jahren eingeschlagen werden, können Wirkungen entfalten, die weit über die BRK hinausreichen. In einer Zeit, in der die Zentrifugalkräfte der Gesellschaft immer gewaltiger

zu werden scheinen, liegt darin für die Akteure der aktuellen Diskurse die Chance, dazu beizutragen, dass das Recht in seiner Eigenschaft als integrative gesellschaftliche Kraft gestärkt und weiterentwickelt wird.

### 2. Rolle und Aufgabe der Anwaltschaft

Dieser Beitrag beschränkt sich auf sozialrechtliche Ansprüche und das sozialgerichtliche Verfahren, will damit aber nicht den Eindruck erwecken, das gelte auch für die BRK, die selbstverständlich in allen Rechtsgebieten zu beachten ist, wenn sie sich als einschlägig erweist.

Die rechtsgeschichtliche Perspektive, aus der sich die kurze Geschichte der BRK als Erfolgsgeschichte präsentiert, ist eine Vogelperspektive. Die Perspektive der anwaltlichen Arbeit im Sozialrecht gleicht eher der eines Maulwurfs, der sich durch steinigen Boden wühlt. Das sozialgerichtliche Verfahren ist ungeachtet des Amtsermittlungsprinzips und des Grundsatzes *iura novit curia* keineswegs eine Maschine, die, durch eine Klage einmal angeworfen, aus eigener Kraft zu schnurren begäunne und schließlich eine befriedigende Entscheidung produzierte.

Der Untersuchungsgrundsatz entbindet den Anwalt gerade im Bereich der Teilhabeleistungen (§ 4 SGB IX) nicht von der mitunter schwer zu bewältigenden Notwendigkeit, komplexe Sachverhalte engagiert aufzubereiten und darzulegen. Der Grundsatz *iura novit curia*<sup>2</sup> ist keineswegs ein Ruhekitzen, das den Anwalt der Mühe enthöbe, die Begründung des Anspruchs, den er geltend macht, selbst aus dem geltenden Recht zu entwickeln. Fast 14 Jahre nach seinem Inkrafttreten

<sup>1</sup> Vgl. *Wimalasena*, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2–23.

<sup>2</sup> „Das Gericht kennt das Gesetz.“ Grundsätzlich muss das Gericht auch im Verfahren, in dem Beibringungsgrundsatz gilt, nicht auf die Rechtslage hingewiesen werden. Im verwaltungsrechtlichen Verfahren (also auch vor den Sozialgerichten) gilt Untersuchungsgrundsatz. Der Grundsatz *iura novit curia* gilt daneben und dessen ungeachtet.

greifen Sozialgerichte regelmäßig von sich aus auf die Vorschriften des SGB IX zurück. Das ist bereits ein Erfolg. Die Erwartung, dass die Instanzgerichte aus eigener Initiative die Vorschriften der BRK heranzögen, um einen Fall zu entscheiden, ist zwar vollkommen berechtigt, aber zurzeit realitätsfern.

Wenn es darum geht, der UN-BRK zur Geltung zu verhelfen, reicht es daher nicht aus, die Normen der Konvention, die den Anspruch tragen sollen, im Einzelnen zu benennen.<sup>3</sup> Darüber hinaus ist es – zumindest einstweilen – notwendig, die *normative* Bedeutung der BRK rechtsdogmatisch zu begründen.

### 3. Rechtsdogmatische Argumentation

Die Auslegung völkerrechtlicher Normen richtet sich nach internationalen Vorgaben, insbesondere der Wiener Vertragsrechtskonvention.<sup>4</sup> Die Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Völkerrecht zu nationalem Recht ist dagegen keine einheitliche, die global gültig wäre, sondern hängt vom jeweiligen nationalen Rechtssystem ab.<sup>5</sup>

In Deutschland musste sich die nationale Gerichtsbarkeit unter dem Druck der Rechtsprechung des EGMR mit dieser Frage auseinandersetzen. Diese Auseinandersetzung führte schließlich zu der Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 14.10.2004<sup>6</sup> (Görgülü) zum Verhältnis nationalen Rechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention – und zwar in ihrer Auslegung durch den dafür berufenen Spruchkörper, den EGMR in Straßburg. Mit dem Zwangsbehandlungsbeschluss vom 23.3.2011<sup>7</sup> hat das BVerfG ausdrücklich bestätigt, was sich aus der Entscheidung vom 14.10.2004 ohnehin ergab: Für die UN-BRK gilt nichts anderes als für die EMRK. Der Görgülü-Beschl. v. 14.10.2004 ist damit die Quelle, die die Regeln für die normative Wirkung der BRK zur Verfügung stellt. Diese Regeln sind:

1. Die Konvention rangiert in der deutschen Rechtsordnung im Rang einfachen Bundesrechts. 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 am Vorrang des Grundgesetzes über einfachgesetzliches Recht. In der Folge muss einfachgesetzliches 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:

*„Die verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt, ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung 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.“<sup>8</sup>*

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. Diese Regel gewinnt in Bezug auf die UN-BRK an Bedeutung, seit die ersten beiden General Comments und die ersten Entscheidungen des UN-Behindertenrechtsausschusses vorliegen.

Das bedeutet einerseits, dass menschenrechtliche Verträge einfachgesetzliche Normen des deutschen Bundesrechts nicht

<sup>3</sup> Vgl. a. Tolmein, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, 2014, [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx\\_commerce/Gleichbehandlung\\_und\\_die\\_UN\\_BRK\\_in\\_der\\_sozialrechtlichen\\_Praxis.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Gleichbehandlung_und_die_UN_BRK_in_der_sozialrechtlichen_Praxis.pdf).

<sup>4</sup> Casals, Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2010.

<sup>5</sup> Petersen, Völkerrecht und Gewaltenteilung. Die aktuelle Rechtsprechung des Supreme Court zur innerstaatlichen Wirkung von innerstaatlichen Verträgen, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.): Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, 2010, 49–66 <49>.

<sup>6</sup> BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü).

<sup>7</sup> BVerfG v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 (Zwangsbehandlung).

<sup>8</sup> Görgülü-Beschluss, Rn 33.

brechen.<sup>9</sup> Einfachgesetzliche Regeln können menschenrechtlichen Regeln durchaus vorgehen, denn jedenfalls häufig verdrängt die speziellere Vorschrift die allgemeinere Vorschrift.<sup>10</sup> Andererseits partizipiert die UN-BRK am Vorrang des Grundgesetzes. Das einfachgesetzliche Recht ist deshalb daraufhin zu überprüfen, ob es so ausgelegt werden kann, dass es nicht gegen die UN-BRK verstößt. Wenn eine konventionsgemäße Auslegung nicht möglich ist, kann das zur Folge haben, dass das einfache Recht gegen die Verfassung verstößt.

Obwohl sie klar und überzeugend ist, steht die Dogmatik, die das BVerfG entwickelt hat, nicht im Zentrum der Diskussion um die normative Reichweite der BRK.

Stattdessen haben zwei andere Argumentationsstränge im rechtsdogmatischen Diskurs Prominenz erlangt, auf die deshalb hier einzugehen ist:

### a) Self-executing und non-self-executing

In der Literatur und der Rechtsprechung werden völkerrechtliche Normen in solche, die self-executing, und solche, die non-self-executing seien, unterteilt. Nur solche Normen, die self-executing seien, könnten subjektive Rechte von Personen gegen staatliche Institutionen begründen. Self-executing seien nur solche Regelungen, die hinreichend bestimmt seien, um ein subjektives Recht zu begründen.<sup>11</sup> Diese Begrenzung schon kann deshalb nicht überzeugen, weil in Deutschland alle Regelungen der BRK qua Ratifikationsgesetz geltendes Recht sind.<sup>12</sup> Noch schwerer wiegt, dass es nicht möglich ist, die Abgrenzung anhand des Kriteriums der hinreichenden Bestimmtheit des Gesetzestextes in einer Weise vorzunehmen, die in methodisch nachvollziehbarer und erst damit legitimer Weise Rechtssicherheit schüfe.<sup>13</sup> Das Verdikt, eine Norm sei non-self-executing, bietet eine gar zu einfache Möglichkeit, die Mühen der „Entscheidungsarbeit“,<sup>14</sup> die der Görgülü-Beschluss dem Rechtsanwender aufbürdet, zu unterlaufen und sich nach der Legislative rufend aus der Verantwortung zu ziehen.<sup>15</sup>

Die Unterscheidung zwischen self-executing und non-self-executing hat der Supreme Court der USA 1829 in *Foster & Elam v. Neilson* vor dem Hintergrund entwickelt, dass die US-amerikanische Verfassung mit der Supremacy Clause einen strikten Vorrang völkerrechtlicher Verträge normiert. Dieser Vorrang bindet ausdrücklich auch die einzelnen Staaten und deren Judikative und derogiert abweichende Regelungen in den Verfassungen und in einfachem Recht.<sup>16</sup> Die Situation in Deutschland ist eine ganz andere. Die deutsche Rechtsordnung kennt keine der Supremacy Clause vergleichbare Regelung. Darüber hinaus werden jedenfalls die sozialen Rechte aus völkerrechtlichen Verträgen ohnehin „überwiegend noch als bloße Programmsätze und Leitlinien, als Ausdruck eines rein politischen *good-will* angesehen.“<sup>17</sup> Es gibt in Deutschland – anders als möglicherweise in den USA – also keinen Grund, innerstaatliches Recht vor der Derogation durch völkerrechtliche Bestimmun-

gen zu bewahren. Der Görgülü-Beschluss lässt keinen Zweifel daran, dass einfachgesetzliche Bestimmungen, die nicht konventionskonform ausgelegt werden können, *gelten*. Darüber hinaus hat das BVerfG erst vor Kurzem der „Generalwaffe“ der verfassungsgemäßen Auslegung<sup>18</sup> Grenzen gesetzt und klar gestellt, dass das Verwerfungsmonopol nachkonstitutionellen Rechts beim BVerfG liegt.<sup>19</sup>

### b) Unmittelbare Anwendbarkeit

Wer die Rechtsprechung und Literatur zur „unmittelbaren Anwendbarkeit“ der einzelnen Vorschriften der BRK rezipiert, ist nicht überrascht, dass dieser Begriff als „einer der schillerndsten Rechtsbegriffe, den die völkerrechtliche bzw. staatsrechtliche Dogmatik je hervorgebracht hat“, bezeichnet wird.<sup>20</sup>

- <sup>9</sup> A.A. Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Zum Einfluss der Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen auf die deutsche Rechtsprechung, RdLH 2010, 45–52.
- <sup>10</sup> Vranes, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 65 (2005), 391–405, online unter [www.zaoerv.de](http://www.zaoerv.de).
- <sup>11</sup> Luthé, Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, SGB 2013, 391–395; Masuch, Die Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt u.a. (Hrsg.): Grundrechte und Solidarität. Festschrift für Renate Jäger, 2010, S. 245–263; Münning, Mehrkostenvorbehalt ad? Subjektiv-öffentliche Rechte aus der UN-BRK?, NDV 2013, 148–151.
- <sup>12</sup> Vgl. Steiger, Menschenrechte als subjektive Rechte. Unmittelbare Wirkung qua Ratifikation?, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.): Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, 2010, S. 129–156.
- <sup>13</sup> Das einfache Recht kennt eine Unzahl von sehr unbestimmten Regelungen, die ihrer Anwendbarkeit keineswegs entgegenstehen. Man denke an § 242 BGB – Treuwidrigkeit, § 55 SGB IX – Leistungen zur Teilhabe am Leben der Gemeinschaft, § 7 SGB IV – abhängige Beschäftigung, oder § 166 StGB – Blasphemieverbot.
- <sup>14</sup> Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. 1, 2004, S. 232 Rn 226.
- <sup>15</sup> Das BVerfG verwendet den Begriff *self-executing* zwar, aber eher zurückhaltend. Im Nichtannahmebeschluss vom 15.2.2006 hat das BVerfG entschieden, dass die Haager Landkriegsordnung keine Individualansprüche auf Entschädigung konstituiert: *Hiergegen spricht zum einen bereits der Wortlaut, wonach eine Kriegspartei im Falle eines Verstoßes gegen die Haager Landkriegsordnung „gegebenen Falles“ zum Schadensersatz verpflichtet ist. Da Art. 3 des IV. Haager Abkommens angesichts des einschränkenden Zusatzes insofern nicht vollzugsfähig („self executing“) ist, scheidet ein Verständnis der Norm als Anspruchsgrundlage für Individualansprüche bereits an ihrer fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit.* BVerfG v. 15.2.2006 – 2 BvR 1476/03, Rn 20).
- Im stattgebenden Kammerbeschluss vom 19.9.2006 hat das BVerfG Art. 36 des Wiener Konsularrechtsabkommens in Abgrenzung vom Supreme Court der USA in der Auslegung, die der IGH vorgeben hat, als self-executing anerkannt; BVerfG v. 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01.
- <sup>16</sup> Die Supremacy Clause lautet: *[A]nd all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.*
- <sup>17</sup> Wimalasena, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2–23 <4>.
- <sup>18</sup> Münder, Die Kosten des Umgangsrechts im SGB II und SGB XII, NZS 2008, 617–624 <620>.
- <sup>19</sup> BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11.
- <sup>20</sup> Steiger, Menschenrechte als subjektive Rechte. Unmittelbare Wirkung qua Ratifikation?, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.): Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, 2010, S. 129–156 <131>.

Das BSG hat in der Entscheidung vom 6.3.2012 ausgeführt, die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertragsrechtlicher Bestimmungen setze voraus, dass „die Bestimmung alle Eigenschaften besitzt, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben muss, um Einzelne berechtigen oder verpflichten zu können“. Dafür müsse „ihre Auslegung ergeben, dass sie geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, ohne dass es einer weiteren normativen Ausfüllung“ bedürfe.<sup>21</sup>

Unter dem Titel „Die Behindertenrechtskonvention anwenden!“ vertritt *Masuch*, eine völkerrechtliche Regelung sei dann ungeeignet, subjektive Rechte zu begründen, wenn ihr „Wortlaut [ ... ] erkennen“ lasse, dass ihre Anwendbarkeit weitere und über das Ratifizierungsgesetz hinausgehende Konkretisierung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber verlange.<sup>22</sup>

Es ist keine Überraschung, dass diese Überlegung dazu führt, dass vor allem denjenigen Regelungen der Konvention, die eine leistungsrechtliche Seite aufweisen, subjektiv-rechtliche Bedeutung regelmäßig abgesprochen wird.<sup>23</sup> Die BRK bewegt sich als menschenrechtliches Instrument notwendigerweise auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau. Wenn man der Auffassung folgt, dass sich einem allgemein gehaltenen oder abstrakten Wortlaut entnehmen lasse, dass die Vorschrift kein subjektives Recht begründet, dann akzeptiert man alten Wein in neuen Schläuchen und lässt sich darauf ein, Menschenrechte als „bloße Programmsätze und Leitlinien“<sup>24</sup> anzusehen.

Die Konvention ist durch das Ratifikationsgesetz einfaches Bundesrecht und damit mit demselben Rechtsanwendungsbefehl ausgestattet wie alle anderen formellen Gesetze. Ihre wichtigste Besonderheit ist das Verhältnis zum Grundgesetz. Dieses Verhältnis beeinflusst das Verhältnis zu anderen Gesetzen nach der oben skizzierten Maßgabe. Damit müssen für die Konvention dieselben Grenzen gelten, denen auch andere Normen unterliegen.<sup>25</sup> Diese Grenzen ergeben sich aus der Judikatur des BVerfG zur Normenklarheit und Normenwahrheit und zum Erfordernis hinreichender Bestimmtheit. Der Rede von der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ ist damit nur in dem Maß zu folgen, in dem für einfachgesetzliche Normen dasselbe gilt. § 9 SGB I ist als Anspruchsgrundlage für bedarfsdeckende Leistungen der Sozialhilfe nicht geeignet, denn die Norm ist zu unbestimmt. Es fehlt bereits an der Bestimmung des Anspruchsgegners. Diese Erkenntnis erfordert aber kein Dogma, sondern ergibt sich einfach daraus, dass Anspruchsgrundlagen hinreichend bestimmt sein müssen, um als solche fungieren zu können. Als Auslegungshilfe für die Vorschriften des SGB XII ist § 9 SGB I dessen ungeachtet heranzuziehen.<sup>26</sup>

Die dogmatischen Argumente der unmittelbaren Anwendbarkeit und der Regelung, die self-executing sei, führen im Ergebnis zu einer Beschränkung der normativen Reichweite der Konvention, die nicht rechtsdogmatisch überzeugend

begründet werden kann. Rechtsdogmatisch überzeugend wäre eine Argumentation nur dann, wenn sie auf einen Gesetzestext gestützt werden könnte. Gerade das ist aber jedenfalls in Bezug auf die scharfe Abgrenzung unmittelbar anwendbarer Normen von solchen, die nur in Gestalt eines legislativen Transformationsaktes anzuwenden wären, wie das BSG sie vornimmt, nicht der Fall.

Aus der Perspektive des Anwalts, der Menschen mit einer Behinderung vertritt, gibt es keinen Grund, diese Beschränkungen zu akzeptieren oder gar zu vertreten. Das BVerfG hat mit dem Görgülü-Beschluss und dem Zwangsbehandlungsbeschluss rechtsdogmatische Vorgaben entwickelt, die uneingeschränkt überzeugen und darauf warten, dass die Anwaltschaft sie rezipiert und engagiert in den normativen Diskurs des gerichtlichen Verfahrens einbringt.<sup>27</sup>

#### 4. Anwendungsfelder

Im folgenden Abschnitt werden sehr knapp und ausdrücklich exemplarisch einige Anwendungsfelder sozialrechtlicher Art angesprochen.

##### a) Begriff der Behinderung

Behinderung wird jedenfalls im sozialrechtlichen Kontext bis heute implizit oft im Sinne des medizinischen Modells verstanden, das sowohl im rechtlichen Kontext, als auch in der Wissenschaft der sozialen Arbeit obsolet ist. Ein prominentes Beispiel ist die Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Behinderungsausgleich, die die Kranken-

<sup>21</sup> BSG v. 6.3.2012 – B 1 KR 10/11 R, Rn 24.

<sup>22</sup> *Masuch*, Die Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt u.a. (Hrsg.): Grundrechte und Solidarität. Festschrift für Renate Jäger, Kehl 2010, S. 245–263 <255>.

<sup>23</sup> BSG v. 15.10.2014 – B 12 KR 17/12 R; BSG v. 2.9.2014 – B 1 KR 12/13 R; BSG v. 10.5.2012 – B 1 KR 78/12 B; BSG v. 6.3.2012 – B 1 KR 10/11 R.

<sup>24</sup> *Wimalasena* a.a.O.

<sup>25</sup> So im Ergebnis auch *Steiger*: „Es gilt, den nächsten Schritt im Menschenrechtsschutz zu gehen und die unmittelbare Wirkung einzufordern, welche in der subjektiv-rechtlichen Normierung der Menschenrechte und ihrem Charakter als neue Rechtsordnung angelegt ist.“, a.a.O., S. 154.

<sup>26</sup> *Aichele* behält den Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit zwar bei, kommt damit aber zum selben Ergebnis: *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl 2011, 727–730.

<sup>27</sup> *Tolmein* (a.a.O.) kritisiert die Entscheidung des BSG v. 6.3.2012 – B 1 KR 10/11 R in Bezug auf ihr Ergebnis, konzediert jedoch zuvor: „In dieser Entscheidung hat das BSG geradezu lehrbuchmäßig am Beispiel des Art. 25 Satz 3 Buchstabe b UN-BRK (der sich mit Gesundheitsleistungen für Menschen mit Behinderungen befasst) herausgearbeitet, wie die Anwendungsmöglichkeiten einer Norm der UN-BRK zu prüfen sind.“ Er übersieht, dass gerade die rechtsdogmatischen Überlegungen, die er hier ungeprüft akzeptiert, das Ergebnis erzeugen, das er für unzutreffend hält; an der Stelle, an der seine Kritik einsetzt, hat er das Gift schon geschluckt.

versicherungssenate des BSG im Hilfsmittelrecht entwickelt haben.<sup>28</sup> Diese Unterscheidung fußt auf der unzutreffenden Prämisse, dass eine Behinderung eine Eigenschaft der Person und nicht ein soziales Phänomen sei. Art. 1 Satz 2 der BRK determiniert die Auslegung des Begriffs der Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und verleiht so der bereits in § 2 Abs. 1 SGB IX normierten Geltung des sozialen Modells der Behinderung grundgesetzlichen Rang. Behinderung bedeutet demnach ein Teilhabedefizit, das in der Wechselwirkung einer Beeinträchtigung mit dem sozialen Kontext entsteht. Die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Kompensation der Behinderung ergibt im Rahmen der Legaldefinition des Begriffs keinen Sinn.

Für die anwaltliche Arbeit folgt daraus die Notwendigkeit, sich mit dem Rechtsbegriff der Behinderung auseinanderzusetzen und im gerichtlichen Verfahren die Darlegung des Verlustes an Teilhabechancen – anstelle der bloßen Beeinträchtigung – zu fokussieren. Das ist ein mühsames Geschäft. Meist werden sich alle gutachterlichen Unterlagen, die zur Verfügung stehen, auf medizinische Diagnosen beschränken.<sup>29</sup> Ein Bevollmächtigter kann fehlende fachliche Expertise nicht ersetzen. Er kann aber z.B. einfordern, dass das Gericht dem Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX) abverlangt, seinen Pflichten aus § 14 Abs. 5 SGB IX nachzukommen oder anregen, dass das Gericht selbst Gutachten einholt und die Kosten gem. § 192 Abs. 4 SGG der Behörde auferlegt.

## b) Auslegungshilfe im Recht der Teilhabeleistungen

Der Rechtsbegriff der Behinderung verweist auf eine grenzenlose Vielfalt von Lebenssituationen, die nur deshalb unter einen einzigen Begriff subsumiert werden, weil sie alle mit einem Verlust an gesellschaftlicher Teilhabe einhergehen können. Daher ist es kein Defizit der gesetzlichen Vorgaben, sondern der Natur der Sache geschuldet, dass das Gesetz überwiegend nicht die Art der Leistung im Einzelnen vorgibt, sondern das Ziel der Leistung bestimmt.

Für viele Bestimmungen der UN-BRK ist genau das ein wichtiger Anknüpfungspunkt im Recht der Teilhabeleistungen. Die Zielbestimmungen der BRK sind oft detaillierter als die einfachgesetzlichen Regelungen.<sup>30</sup> Sie gehen oft weiter, als Verwaltungspraxis und Rechtsprechung das Leistungsrecht bislang ausgelegt haben. In all diesen Fällen ist die konkrete Rechtslage im Einzelfall seit Inkrafttreten der BRK eine andere.

In einem Fall, in dem eine einmalige Hilfe zur Anschaffung eines behinderungsgerecht umgebauten Kraftfahrzeuges im Streit stand, hat das LSG Stuttgart Art. 20 UN-BRK (Mobilität) in mustergültiger Weise herangezogen und ausgeführt:

*„Bei der Auslegung der genannten Vorschriften [des SGB XII] 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 [...] der Behinderung zu ermöglichen, um ihnen – soweit es Art und Schwere der Behinderung zulassen – die Führung eines möglichst selbstbestimmten, autonomen Lebens zu ermöglichen ([...] vgl. auch [...] die Formulierung des Art. 20 UN-BRK [...], „... um für Menschen mit Behinderungen persönliche Mobilität mit größtmöglicher Unabhängigkeit sicherzustellen“ oder wie es im französischen Text plattdeutsch heißt: „dans la plus grande autonomie possible“).*

*[...] Völkerrechtliche Verträge wie die UN-Behindertenrechtskonvention, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, stehen im Range eines Bundesgesetzes [...]. 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 [...].“<sup>31</sup>*

Diese Argumentation ist in weiten Teilen des Rechts der Teilhabeleistungen (§ 4 SGB IX) anwendbar. Die Passage ist ein „gebrauchsfertiges“ Modell. Die Anwaltschaft muss nur noch zugreifen und es auf weitere Fälle von Hilfsmitteln über Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben bis in die Eingliederungshilfe übertragen.

## c) Diskriminierungsverbot

Eine Behinderung kann Ursache dafür sein, dass Pflichten, die mit dem Bezug bestimmter Sozialleistungen einhergehen, nicht erfüllt werden können. Das kann zur Kürzung oder zum Entzug der Sozialleistung führen. Die Folge wird regelmäßig ein noch weitergehender Verlust von Teilhabechancen sein.

Ein Beispiel dafür ist die Verhängung von Sanktionen nach § 31 SGB II gegen einen suchtkranken Leistungsbezieher, wenn die Suchterkrankung ursächlich dafür ist, dass der Leistungsbezieher seinen Obliegenheiten (z.B. aus einer Eingliederungsvereinbarung) nicht nachkommt.

Eine solche Entscheidung der Behörde verstößt in doppelter Hinsicht gegen das Diskriminierungsverbot in seiner Ausgestaltung durch Art. 5 BRK: Die Behinderung ist hier nicht nur

<sup>28</sup> Zuletzt BSG v. 16.7.2014 – B 3 KR 1/14 R: „Zur Frage der Erforderlichkeit eines Hilfsmittels zum Behinderungsausgleich i.S.d. dritten Variante des § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V (vgl. jetzt auch § 31 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX) wird stets unterschieden zwischen dem unmittelbaren Behinderungsausgleich einerseits und dem mittelbaren Behinderungsausgleich andererseits.“ (Rn 19).

<sup>29</sup> Zum social model of disability: *Traustadóttir, Rannveig*: Disability Studies, the Social Model and Legal Developments, in: Arnardóttir, O./Quinn, G (Hrsg.): The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden/Boston 2009, 3–16. Zum Rechtsbegriff der Behinderung: *Welti*, Behinderung als Rechtsbegriff, Forum D, Beitrag D22-2014 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 5.11.2014.

<sup>30</sup> Z.B. Art. 20 BRK im Vergleich zu § 55 SGB IX oder zu § 33 SGB V.

<sup>31</sup> LSG Stuttgart v. 26.9.2012 – L 2 SO 1378/11, Rn 39.

Anknüpfungspunkt für eine Schlechterstellung. Darüber hinaus kann die Kürzung oder der Entzug der Leistung zu einer drastischen Verschärfung der Lage des Betroffenen und damit zu einer Verschlimmerung der Behinderung führen.

Eine Schwierigkeit liegt in solchen Fällen oft darin, dass der Betroffene seine Behinderung aufgrund einer nachvollziehbaren Angst vor Stigmatisierung nicht geltend macht und seine Probleme auch gegenüber dem Bevollmächtigten verharmlost oder verleugnet. Die Behinderung kann damit nicht nur Ursache für ein vermeintliches Pflichtversäumnis sein, sondern auch dafür, dass der Betroffene es nicht vermag, einen „wichtigen Grund“ i.S.v. § 31 SGB II darzulegen und nachzuweisen. Auch deshalb liegt der Anknüpfungspunkt für das Diskriminierungsverbot nicht erst darin, die Behinderung als „wichtigen Grund“ i.S.v. § 31 Abs. 1 S. 2 SGB II zu interpretieren. Vielmehr muss der Umstand der Behinderung bereits im Tatbestand berücksichtigt werden, also bei der Frage, ob eine „Weigerung“ überhaupt vorliegt, ob eine Tätigkeit „zumutbar“ ist, oder ob ein Verhalten „versicherungswidrig“<sup>32</sup> ist. Die Behörde muss damit jedem Hinweis auf eine mögliche Behinderung nachgehen und das Ergebnis ihrer Ermittlungen von Amts wegen berücksichtigen wie sonst im Sozialrecht auch.<sup>33</sup> Ein Fall des § 31 Abs. 1 S. 2 SGB II, der eine Ausnahme von § 20 Abs. 2 SGB X ist, liegt nicht vor.

## 5. „Herbeireden von Menschenrechten“

*Fischer-Lescano* spricht am Ende seiner Dissertation von den „komplexen Prozessen des Herbeiredens der Menschen-

rechte“.<sup>34</sup> Diese Formulierung reflektiert die Erkenntnis, dass Recht dynamisch ist und diskursiv erzeugt wird. Das bedeutet nicht weniger, als dass die Verantwortung für das Recht in die Hände all derer gelegt ist, die die Möglichkeit haben, sich in diese heterogenen normativen Diskurse einzumischen. Die Anwaltschaft spielt in den „komplexen Prozessen des Herbeiredens der Menschenrechte“ eine spezifische und herausgehobene Rolle. Leider habe ich nicht den Eindruck, dass sie sich dessen in ausreichendem Maß bewusst ist. Gerade im Sozialrecht ist eine Haltung verbreitet, die noch die abenteuerlichste Begründung einer gerichtlichen Entscheidung achselzuckend hinnimmt und eher die Loyalität zum Mandanteninteresse in Frage stellt, als einen offenen Konflikt mit dem Gericht in Kauf zu nehmen.

Doch das „Herbeireden von Menschenrechten“ ist nicht konfliktfrei. Soziale Rechte haben nicht nur Freunde. Sie sind umkämpft. Die Kräfte sind dabei ungleich verteilt. Wenn Anwälte sich engagiert auf die Seite derjenigen stellen, die um ihre sozialen Rechte kämpfen, wird die Verteilung der Kräfteverhältnisse etwas gerechter gestaltet.

Die Anwaltschaft ist mit attraktiven Privilegien ausgestattet. Im Gegenzug darf von ihr erwartet werden, dass sie engagiert für Menschenrechte eintritt und damit ihren Beitrag für den Zusammenhalt der Gesellschaft leistet.

*Bei diesem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Vortrags des Verfassers im Rahmen des 10. Hans-Böckler-Forums für Arbeits- und Sozialrecht, 5./6.3.2015 in Berlin.*

<sup>32</sup> § 31 Abs. 2 SGB II i.V.m. § 159 SGB III.

<sup>33</sup> § 20 Abs. 2 SGB X. Offen bleibt hier, wie zu entscheiden ist, wenn es zwar Anzeichen für eine Suchterkrankung gibt, die Frage sich aber nicht klären lässt – ein vermutlich häufiger Fall. Die Lehre von der objektiven Beweislast müsste dazu führen, dass eine Sanktion verhängt wird. Sie gerät damit in ein Spannungsverhältnis zu Art. 5 UN-BRK i.V.m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, das genauer zu untersuchen ist.

<sup>34</sup> *Fischer-Lescano*, Universalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005 <271>.