

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung .....	1
I. Der Begriff der Inklusion .....	1
II. Das Problem .....	2
III. Die bisherige „Lösung“ .....	3
IV. Der richtige Weg zum Ziel .....	3
B. Einordnung der UN-BRK in die deutsche Rechtsquellen-systematik .....	4
I. Die UN-BRK: ein völkerrechtlicher Vertrag .....	4
II. Verfassungsrang der Menschenrechte von Menschen mit Behinderung .....	4
1. Die UN-Menschenrechtscharta.....	4
2. Besondere Menschenrechte für Behinderte? - der landläufige Irrtum.....	5
3. Die UN-BRK: ein Bundesgesetz .....	6
4. Verfassungsrang und Geltungsvorrang der UN-BRK.....	6
5. Das Recht auf Freiheit von Diskriminierung.....	8
C. Auswirkungen des Geltungsvorrangs der UN-BRK im Sozialrecht .....	12
I. Einordnung in die Systematik des Sozialgesetzbuches.....	12
II. Subjektiv-öffentliches Recht.....	13
III. Verdrängung von Leistungsausschlüssen.....	14
1. Leistungsansprüche aus der UN-BRK .....	15
2. Begrenzung von Leistungsbeschränkungen .....	17
a. Persönlicher Geltungsbereich .....	17
b. Sachlicher Geltungsbereich .....	19
c. Ausgestaltung des Leistungsanspruchs .....	21
d. Höhe des Leistungsanspruchs in Geld.....	22
3. Begründung noch nicht normierter Leistungsansprüche.....	23
4. Kein Finanzierungsvorbehalt .....	24
D. Kritik an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts .....	25

<b>I. Die Entscheidung des BSG .....</b>	<b>25</b>
<b>II. Stellungnahme .....</b>	<b>26</b>
<b>1. Traum und Wirklichkeit.....</b>	<b>26</b>
<b>2. Behinderung + Sozialhilfe = Hartz-IV-Niveau .....</b>	<b>26</b>
<b>3. Keine Hilfe vom BSG.....</b>	<b>27</b>
<b>4. Verfassungswidrige Verkennung des Menschenrechts.....</b>	<b>28</b>
<b>5. Verfassungswidrige Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze .....</b>	<b>29</b>
<b>E. Fazit.....</b>	<b>31</b>
<b>F. Ausblick .....</b>	<b>32</b>

## **Das soziale Menschenrecht auf Inklusion in Deutschland**

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-Behindertenrechtskonvention – UN-BRK) konkretisiert die allgemeinen Menschenrechte für Menschen mit Behinderung. Behinderte Menschen, ihre Angehörigen und Freunde verbinden mit der UN-BRK die Hoffnung einer raschen und nachhaltigen Verbesserung der Lebenssituation behinderter Menschen durch mehr Teilhabe und weniger Diskriminierung. In der Rechtswirklichkeit wird diese Hoffnung jedoch bislang weitgehend enttäuscht. Zwar ist der Begriff der „Inklusion“ das neue Modewort der Behindertenpolitik. Tatsächlich tun sich Gesetzgeber, Verwaltungen und Rechtsprechung aber schwer, die notwendigen Schlüsse zu ziehen und Inklusion tatsächlich umzusetzen. Der folgende Beitrag soll helfen, die UN-BRK grundlegend in das geltende Rechtssystem einzuordnen und aufzuzeigen, wie bestehende Konfliktlagen so gelöst werden können, dass die Belange behinderter Menschen angemessene Beachtung finden.

### **A. Einleitung**

#### **I. Der Begriff der Inklusion**

Bis vor wenigen Jahren sprach man landläufig davon, dass Menschen mit Behinderung zu integrieren seien. Das Wort der Integration (von lat. integrare = wieder herstellen / auffrischen / ergänzen / Zusammenhang herstellen), das auch im Bereich der Ausländer- bzw. Migrantenpolitik um sich griff, bedeutet, dass sich jemand in ein vorhandenes System „einfügt“. Integration verlangt also möglichst reibungslose Anpassung an bestehende Verhältnisse. Integration in diesem Sinne ist sonach eine Bringschuld desjenigen, der noch nicht „dazugehört“. In der Konsequenz blieben diejenigen Menschen mit Behinderung, die auf Grund ihrer körperlichen, geistigen oder seelischen Einschränkungen diese Bringschuld nicht ohne Weiteres erfüllen konnten, außen vor.

Mit der UN-BRK hat insoweit ein Perspektivwechsel stattgefunden. Seitdem sie in das öffentliche Bewusstsein getreten ist, ist der Leitbegriff der Behindertenpolitik nicht mehr die Integration, sondern die Inklusion. Inklusion (von lat. includere = einschließen / einbeziehen, aufnehmen) wird verstanden als die umfassende Möglichkeit für Menschen mit Behinderung zur Teilhabe in allen Lebensbereichen ohne Diskriminierung. Inklusion ist demnach die

Schaffung entsprechender rechtlicher und tatsächlicher Bedingungen als Bring-/Holschuld nicht mehr des Menschen mit Behinderung, sondern von Staat und Gesellschaft.

Die einseitige Konzentration auf die Integration des Menschen mit Behinderung als dessen Bringschuld wurde bereits als falsch erkannt. Sie wird derzeit weitgehend durch die einseitige Konzentration auf die Inklusion im Sinne einer Bringschuld von Staat und Gesellschaft ersetzt. Und auch das ist nur die halbe Wahrheit. Denn tatsächlich sind Integration und Inklusion zwei Seiten derselben Medaille, die ohne einander nicht sein können. Soll das Leben mit Behinderung gelingen, dann müssen beide Seiten ihren Teil beitragen.

Der Mensch mit Behinderung muss versuchen, trotz seiner Einschränkungen so „normal“ wie möglich zu leben. Und Staat und Gesellschaft müssen die Voraussetzungen schaffen, dass er das auch trotz seiner durch die Einschränkungen bedingten individuellen Besonderheiten kann. Letztlich geht es darum, gleich sein zu lassen, was gleich sein kann, und ungleich sein zu lassen, was nicht gleich sein kann. Denn „Normalität“ ist allenfalls subjektive Konformität, objektiv aber immer Fiktion. Das Ziel der Behindertenpolitik muss es also sein, das eine zu tun, ohne das andere zu lassen, also Integration und Inklusion gleichermaßen zu befördern. Im Lichte dieses Ziels ist die Umsetzung der UN-BRK anzugehen. Wesentliche Voraussetzung des Gelingens dieses Prozesses ist, dass anstelle einer bevormundenden Fürsorge die Menschen mit Behinderung als Menschen wahrgenommen, als gleichwertige Glieder der Gesellschaft angenommen, als gleichberechtigte Rechtssubjekte ernst genommen und als Experten in eigenen Angelegenheiten eingebunden werden. Das Ziel aller Bemühungen muss die Selbstbestimmung der Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen nach dem Motto „nichts über uns ohne uns“ sein. Inklusion in diesem weiteren Sinne ist der Auftrag der UN-BRK an alle Beteiligten in Staat und Gesellschaft.

## **II. Das Problem**

Über dieses Ziel besteht – jedenfalls oberflächlich – weitgehende Einigkeit. Die Praxis sieht sich auf dem Wege dorthin jedoch einigen Problemen ausgesetzt. Neben einem mangelnden Bewusstsein der Entscheidungstragenden für die Teilhabehemmnisse und Diskriminierungen, denen Menschen mit Behinderung noch immer ausgesetzt sind, und der Frage der Finanzierung notwendiger Voraussetzungen für Integration und Inklusion stellt sich v. a. als Problem dar, dass die Rechtsordnung in Deutschland nicht komplett in sich schlüssig ist, sondern für eine gestellte Frage mitunter unterschiedliche mögliche Antworten bereithält.

Tatsächlich ergeben sich häufig inhaltliche Widersprüche zwischen Regelungen der UN-BRK und anderen bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften. Die Rechtspraxis tut sich bei der Lösung dieser Konflikte bislang schwer. So bestehen zahlreiche Unsicherheiten v. a. hinsichtlich der Auswirkungen der UN-BRK im konkret zu entscheidenden Einzelfall. Hier scheiden sich die Geister. Denn wenn ein sonstiges Gesetz einer Regelung der UN-BRK widerspricht, gibt es mehrere mögliche rechtliche Konsequenzen:

1. die Nichtigkeit der betreffenden gesetzlichen Regelung,
2. ein Anwendungsverbot für die widersprechende gesetzliche Regelung,
3. eine teleologische Reduzierung der Geltung der widersprechenden Norm im Lichte der UN-BRK,
4. die Berücksichtigung der UN-BRK als bloße Auslegungshilfe mit der Folge, dass man sich jederzeit darüber hinwegsetzen kann.

### **III. Die bisherige „Lösung“**

Der bisherige Trend in der Rechtsanwendungspraxis geht dahin, die UN-BRK lediglich zu berücksichtigen (BSG Urteil vom 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 - R - und Dr. Steffen Luik in seiner Rezension zu BSG Urteil vom 18.05.2011 B 3 KR 10/10 R - = juris PR SozR 14/2012 Anm. 2). Zur Begründung wird dann meist ausgeführt, sie enthalte für den zur Entscheidung stehenden Fall keine hinreichend konkrete Regelung, um ein Abweichen von dem konkurrierenden Gesetz zu begründen. Insoweit bestehe zwischen den Vorschriften gar kein inhaltlicher Widerspruch. So bewegt man sich auf scheinbar sicherem, weil auf bekanntem Terrain. Die Anwendung der UN-BRK gerät damit jedoch weitgehend in den Hintergrund. Die beschriebene Rechtsansicht zäumt das Pferd von hinten, nämlich vom Ergebnis her, auf. Sie ist damit nicht vernünftig vertretbar.

### **IV. Der richtige Weg zum Ziel**

Richtigerweise muss die Rechtsanwendung unvoreingenommen erfolgen. Und, sofern zwei einschlägige und also im Ansatz anzuwendende Vorschriften im zu entscheidenden Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist ein inhaltlicher Widerspruch festzustellen. Ist ein inhaltlicher Widerspruch festgestellt, dann ist der Konflikt zu Gunsten der vorrangigen Geltung der einen oder der anderen Norm zu entscheiden. - Die Feststellung des vorhandenen inhaltlichen Widerspruchs darf nicht deshalb entfallen, weil man nicht

entscheiden kann oder will, welche Norm den Vorrang haben soll. - Bei der zu treffenden Entscheidung bleiben Zweckmäßigkeitserwägungen außer Betracht. Allein entscheidend ist insoweit das Rangverhältnis der inhaltlich konfligierenden Normen.

Um über das Rangverhältnis zwischen Normen zu befinden, ist es zunächst hilfreich und notwendig, sich über die Einordnung der jeweiligen Normen in die Rechtsquellenhierarchie klar zu sein. Nur so können im Ansatz falsche Ergebnisse vermieden werden.

## **B. Einordnung der UN-BRK in die deutsche Rechtsquellen-systematik**

### **I. Die UN-BRK: ein völkerrechtlicher Vertrag**

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung ( UN-BRK) ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Die UN-BRK wurde am 13.12.2006 von der UN-Vollversammlung verabschiedet und trat am 03.05.2008 in Kraft. Die UN-BRK wurde schon am 30.03.2007 von Deutschland unterzeichnet. Sie wurde mit Ratifikationsgesetz vom 21.12.2008 (BGBl II 2008 1419), das am 24.02.2009 verkündet wurde, in deutsches nationales Recht transformiert. Seit dem 26.03.2009 gilt die UN-BRK in der Bundesrepublik Deutschland.

### **II. Verfassungsrang der Menschenrechte von Menschen mit Behinderung**

Gemäß Art. 1 GG bekennt sich das Deutsche Volk zur Achtung und zum Schutze der Menschenwürde (Abs. 1) zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt (Abs. 2). Damit ist nicht vernünftigt bestreitbar, dass die Menschenrechte Verfassungsrang haben.

#### **1. Die UN-Menschenrechtscharta**

In der Charta der Vereinten Nationen über die allgemeinen Menschenrechte („Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ = UNO-Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948) (i. F. UN-Charta) bekennen sich zahlreiche Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland seit Beitritt zur UNO im Jahre 1973, zu den darin festgeschriebenen Menschenrechten. Die UN-Charta ist kein völkerrechtlicher Vertrag, aber Teil des Völkergewohnheitsrechts. - Ein Staat

unterwirft sich ihr durch Beitritt zur UNO, nicht durch Unterschrift. – Sie nimmt Menschen mit Behinderung nicht vom persönlichen Geltungsbereich der allgemeinen Menschenrechte aus. Sie enthält auch keinerlei Regelung, die die Diskriminierung oder Vorenthaltung eines Menschenrechts auf Grund einer Behinderung zuließe. Somit können sich nach Art. 1 Abs. 2 GG auch Menschen mit Behinderung ohne Weiteres auf die allgemeinen Menschenrechte der UN-Charta berufen.

## **2. Besondere Menschenrechte für Behinderte? - der landläufige Irrtum**

Bei den mit Inklusion befassten Akteuren findet sich immer wieder die unreflektierte sinngemäße Aussage, dass die UN-BRK die Menschenrechte der Menschen mit Behinderung erstmals regelt, diese also konstituiert. Das ist schlicht falsch. Dieser Lapsus ist umso bedauerlicher, als die Menschenrechte von Menschen mit Behinderung so als eine neue Erfindung erscheinen. Würde dieser Befund zutreffen, dann wären zuvor bereits bestehende Rechtsnormen an der UN-BRK nicht zu messen. Sie könnten also ungeachtet der UN-BRK weiterhin ihre, Teilhabe verhindernde und diskriminierende, Rechtswirkung entfalten, bis der Gesetzgeber sich zu einer Änderung durchringt. Damit wäre den Menschen mit Behinderung nicht geholfen. Sie wären vom Leben in der Gemeinschaft noch immer und auf unabsehbare Zeit in frustrierender Weise wie durch eine unsichtbare Glasscheibe getrennt. Das aber ist gerade nicht so, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

Mit der leichtfertigen Behauptung, die UN-BRK schaffe erstmals die Menschenrechte von Menschen mit Behinderung, wird so getan, als gebe es zwei hominide Lebensformen: zwei Menschheiten, „Normale“ Menschen einerseits und Behinderte andererseits. Aber das ist falsch! - „Menschen mit Behinderung“ sind – entgegen der bedauerlicherweise immer noch weit verbreiteten Wahrnehmung der übrigen Menschen -, das sagt schon der Begriff, „Menschen“. Ja, sie sind Menschen mit „Behinderung“ (zum Begriff s. Sigrid Boysen in v.Münch/Kunig zu Art. 3 GG Rn. 191 ff.), aber zuvörderst „Menschen“, nicht „Behinderte“. Menschen mit Behinderung sind u. a. behindert, so wie andere Menschen (ohne Behinderung) teilweise unsportlich sind, ohne damit ihre Zuordnung zu der einen Menschheit zu verlieren oder rechtlich als parallele Menschheit stigmatisiert zu werden.

Die UN-BRK stellt daher keine neuen Menschenrechte im Sinne eines parallelen Exklusivitätskataloges für alleine Menschen mit Behinderung auf, sondern konkretisiert die in der UN-Charta festgeschriebenen universellen Menschenrechte für Menschen mit Behinderung. Ihr Zweck ist es, der - auf Grund der oben beschriebenen verzerrten

Wahrnehmung - immer noch stattfindenden Missachtung der Menschenrechte von Menschen mit Behinderung mit besonderem Nachdruck entgegenzuwirken.

### **3. Die UN-BRK: ein Bundesgesetz**

Weil und soweit die UN-BRK die in der UN-Charta festgeschriebenen allgemeinen Menschenrechte für Menschen mit Behinderung konkretisiert, steht sie im Range eines formellen Bundesgesetzes (BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 - BVerfGE 111, 307, 317). Denn völkerrechtliche Verträge wie die UN-BRK, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, stehen in der deutschen Rechtsordnung jedenfalls im Range eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 111, 307, 317; 82, 106, 114; 74, 358, 370).

### **4. Verfassungsrang und Geltungsvorrang der UN-BRK**

Nach dem Anschütz'schen Modell (Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, zu Art. 13 WRV Anm. 1/3) genießt einerseits die UN-Charta nach Art. 1 Abs. 2 iVm. Abs. 1 GG iVm. Art. 25 GG und genießen andererseits inzidenter die Regelungen der UN-BRK in Deutschland Geltungsvorrang gegenüber damit inhaltlich in Widerspruch stehenden nationalen Regelungen.

Das Nämliche ist auch die logische Konsequenz aus dem obigen Befund, dass die UN-BRK die nach Art. 1 Abs. 2 GG und Art. 25 GG mit Verfassungsrang ausgestatteten allgemeinen Menschenrechte aus der UN-Charta konkretisiert.

Als formelles Bundesgesetz steht die aus dem Völkerrecht kommende UN-BRK zunächst auf derselben Rangstufe der Rechtsquellen wie sonstige formelle Bundesgesetze, unterhalb der Verfassung, also des Grundgesetzes, und oberhalb bloß materieller Bundesgesetze und untergesetzlicher Normen wie Rechtsverordnungen, Satzungen etc. Das Nämliche gilt auch gegenüber Verwaltungsvorschriften, die beispielsweise eine antizipierte Ermessensausübung beinhalten.

Im Verhältnis zu widersprechendem Landesrecht gilt Art. 31 GG. Dieser beinhaltet den normenhierarchischen Ordnungsgrundsatz: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“ Dieser Verfassungsgrundsatz der bundesstaatlichen Ordnung besagt, dass wenn eine Bundesnorm und eine Landesnorm an denselben Adressaten gerichtet sind und inhaltlich kollidieren, d. h. denselben Sachverhalt regeln und bei ihrer Anwendung zu unterschiedlichen Sachentscheidungen führen können, das Bundesrecht das Landesrecht „bricht“. Welche



Rechtsfolge genau damit gemeint ist, ist umstritten. Die mehrheitlich vertretene Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur geht davon aus, dass die Bundesnorm die kollidierende Norm im Sinne eines Geltungsvorrangs verdrängt. Das bedeutet, dass soweit die Bundesnorm reicht, die Landesnorm nicht gilt. Sonach gilt im Kollisionsfall die UN-BRK und nicht die dieser inhaltlich widersprechende Landesnorm. Das ist mehr als ein bloßer Anwendungsvorrang. Aber selbst wenn man der Mindermeinung folgen will, führt diese dazu, dass die UN-BRK vorrangig anzuwenden ist. Das Bundesverfassungsgericht schließlich lässt differenzierende Bedeutungen des Begriffs „bricht“ zu, wobei allerdings stets im Ergebnis die Entscheidung zu Gunsten der Anwendung der bundesrechtlichen Norm ausgeht.

Über das Ergebnis ist man sich also weitgehend einig.

Im Falle der auf Grund ihrer Herkunft aus dem Völkerrecht relativ abstrakt gefassten UN-BRK ist der Fall gegeben, den Gubelt in v. Münch/Kunig in Rn. 18 dahingehend beschreibt, dass der Bund eine Materie nicht erschöpfend geregelt hat, sondern nur den Ländern für ihre Regelungen inhaltliche Vorgaben macht. Genau das ist bei der UN-BRK gegeben.

Der UN-BRK kommt Geltungsvorrang gegenüber sonstigen bundes- oder landesgesetzlichen Regelungen jedenfalls zu, weil und soweit sie allgemeine Regeln des Völkerrechts beinhaltet. Gemäß Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. Mit „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ sind Regeln des universell geltenden Völkergewohnheitsrechts sowie aus den nationalen Rechtsordnungen tradierte allgemeine Rechtsgrundsätze gemeint (BVerfGE 117, 141, 149; 109, 13, 27; 16, 27, 33; 15, 25, 32 ff). Völkergewohnheitsrecht setzt eine gefestigte Praxis zahlreicher Staaten in der Überzeugung voraus, hierzu völkerrechtlich verpflichtet zu sein (BVerfGE 46, 342, 367 mwN). Auch wenn die Menschenrechte teils missachtet werden, so können sie doch als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts angesehen werden, die durch die Kodifikation der UN-Charta ihren normativen Niederschlag gefunden haben. Sie dürfen als allgemein anerkannt gelten. Entsprechend kommt ihnen nach Art. 25 GG ein Geltungsvorrang gegenüber sonstigen Bundesgesetzen zu.

Mit den durch sie konkretisierten allgemeinen Menschenrechten der UN-Charta haben die Regelungen der UN-BRK in Deutschland gemäß Art. 1 Abs. 2 GG Verfassungsrang. Die in der UN-Charta festgeschriebenen und durch die UN-BRK lediglich konkretisierten Menschenrechte wurden zeitlich vor den meisten Bundes- und Landesgesetzen festgeschrieben und völkerrechtlich vereinbart. Sie binden die deutschen Gesetzgeber, Bund und Länder (Art. 1 Abs. 2 iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 GG), auch insoweit, wie sie

Menschen mit Behinderung betreffen. Nach den Grundsätzen der allgemeinen intertemporalen Kollisionsregeln, namentlich nach dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“, geht die UN-BRK sämtlichen ihr inhaltlich zuwiderlaufenden Regelungen von Bund oder Land vor, die nach der UN-Charta und vor oder nach der UN-BRK in Kraft getreten sind.

Sonach kommt der UN-BRK – zugegebenermaßen nicht eo ipso, sondern als bloße Konkretisierung der UN-Charta - für Menschen mit Behinderung von Verfassungswegen ein Geltungsvorrang gegenüber übrigen Bundes- und Landesgesetzen zu. So verdrängt eine Regelung der UN-BRK eine bundes- oder landesgesetzliche Regelung, soweit sie der UN-BRK inhaltlich widerspricht.

## **5. Das Recht auf Freiheit von Diskriminierung**

Das Recht auf Freiheit von Diskriminierung betrifft seinem Schutzzwecke nach nicht nur unmittelbare Diskriminierungen, die es in Deutschland kaum geben dürfte. Es erfasst auch mittelbare Diskriminierungen, die noch häufig an der Tagesordnung sind.

Der EuGH (EuGH, Urteil v. 06.12.2007 - C-300/06 - in der Sache Ursula Voß ./ Land Berlin) hat eine gegen den Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EGV) verstoßende mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in einem Fall festgestellt, in dem sich eine Regelung mittelbar mehrheitlich zu Lasten von Frauen auswirkt und dafür keine nicht geschlechtsspezifischen Rechtfertigungsgründe ersichtlich waren.

Auf den Fall behinderter Menschen in Beschäftigung übertragen, bedeutet diese Rechtsprechung: Ein behinderter Mensch hat einen, aus dem Diskriminierungsverbot abgeleiteten, Anspruch auf faktisch dasselbe Entgelt wie eine nicht behinderte Vergleichsperson bei derselben geleisteten Arbeitszeit. Das Abverlangen eines wie gering auch immer bemessenen Eigenanteils an den Kosten der notwendigen Arbeitsassistenz oder sonstiger Hilfen zur Teilhabe im Arbeitsleben wie bspw. bei der Beförderung zur und von der Arbeitsstätte verstößt demnach mittelbar gegen das Diskriminierungsverbot.

Dasselbe gilt aber auch für den privaten Bereich. Wenn, um das gravierendste Beispiel zu wählen, ein behinderter Mensch - in Ergänzung der Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem Sozialgesetzbuch, Elftes Buch (SGB XI) - finanzielle Hilfe zur Pflege nach dem Sozialgesetzbuch, Zwölftes Buch (SGB XII) nur einkommens- und vermögensabhängig erhält.

Ein Beispiel: Marius Mustermann-Büffel (MMB) ist 30 Jahre alt. Mit 9 Jahren hatte er eine schwere Krankheit. Niemand war schuld. Es war einfach Schicksal. Seither ist MMB blind und sitzt im Rollstuhl. Er ist pflegebedürftig im Sinne von § 14 des Sozialgesetzbuches, Elftes Buch - SGB XI (Pflegestufe III). MMB hat sich nicht hängen lassen, sondern so weit, wie es ging, ins Leben zurückgekämpft. Denn er will so normal wie möglich leben – wie alle anderen. Trotz seiner behinderungsbedingten Einschränkungen hat er es geschafft, das Abitur zu machen, zu studieren und ein Referendariat zu absolvieren. MMB arbeitet jetzt als Beamter im höheren Dienst und sogar Vollzeit.

Er hat ein Einkommen von 3.000,- € monatlich. Die Kosten seiner Pflege und sonstiger Hilfen betragen 5.000,- € monatlich. Da weder ein Unfall noch ein Fehler eines anderen Ursache seiner Behinderung ist, bekommt er kein Geld von der Versicherung eines anderen. Und die Leistungen der Pflegeversicherung reichen nicht aus, um seine Pflegekosten und sonstigen Hilfebedarfe zu decken. MMB bedarf daher der ergänzenden Hilfe zur Pflege vom Träger der Sozialhilfe nach §§ 61 ff. SGB XII. Die gibt es aber nur einkommens- und vermögensabhängig. Das bedeutet, MMB verbleibt ein Eigenanteil an den Kosten des Ausgleichs seiner behinderungsbedingten Nachteile. Im Detail sieht das beispielhaft gerechnet wie folgt aus:

MMB verbleibt zunächst das Schoneinkommen. Das Schoneinkommen setzt sich grundsätzlich zusammen aus dem Regelsatz im Sinne von § 20 Abs. 2 S. 1 SGB II und den Kosten der angemessenen Wohnung. Auf Grund seiner Schwerbehinderung steht MMB der doppelte Regelsatz zu. Das sind derzeit zweimal 391,- € im Monat, also 782,- €.

Außerdem zählen die Kosten der angemessenen Wohnung zum Schonvermögen.

Wegen des Rollstuhls braucht MMB eine etwas größere Wohnung mit mehr Durchfahrbreite und Wendeplatz sowie breiteren Türen und einem entsprechenden Badezimmer.

Grundsätzlich steht ihm eine Wohnung mit maximal 80 m<sup>2</sup> Wohnfläche zu. Das ist die angemessene Wohnungsgröße für ein bis zwei Personen im Haushalt. Für jede weitere Person werden weitere 20 m<sup>2</sup> von den Sozialämtern als angemessen anerkannt. Für die schon etwas in die Jahre gekommene Wohnung in einer Kleinstadt 30 km von der nächsten Großstadt im Ballungsraum zahlt MMB monatlich 658,- €.

Zu dem doppelten Regelsatz von 782,- € kommen also die Kosten der angemessenen Wohnung von 658,- € hinzu. Somit beträgt das Schoninkommen im ersten Schritt mindestens 1.440,- € im Monat.

Dazu kommt jeweils ein weiterer Freibetrag wegen der Pflegestufe III (§ 64 Abs. 3 SGB XII) und ein Freibetrag wegen der Blindheit (§ 72 SGB XII), die individuell zu bemessen sind.

Hier kommt es darauf an, was das Sozialamt für angemessen hält.

Ungeachtet dieser Freibeträge gilt die den Eigenanteil deckelnde Angemessenheitsgrenze (§ 87 Abs. 1 S. 3 SGB XII). Danach muss der Eigenanteil, den MMB aus seinem Einkommen zu erbringen hat, geringer als 60 % des Betrages sein, um den das Einkommen von MMB sein Schoneinkommen übersteigt. Da MMB 3.000,- € monatliches Einkommen hat und sein Schoneinkommen 1.440,- € monatlich beträgt, darf also die Grenze von 60 v. H. von 1.560,- € monatlich nicht erreicht werden. Sie liegt bei 936,- €. MMB verbleibt von der Differenz zwischen Einkommen und Schoneinkommen ein Betrag geringfügig höher als 624,- € (1.560 € - 936 €). MMBs individuelles Schoneinkommen beträgt sonach mindestens 1.440,- € + 624,01 € = 2.064,01 €.

Selbst wenn das Sozialamt für die Blindheit noch einen Freibetrag von 200,- € und für die Pflegebedürftigkeit noch einen Freibetrag von 400,- € anerkennt, so verbleibt MMB in jedem Monat immer noch ein Eigenanteil von rund 336,- € im Monat (3.000 € - 2.040 € - 200 € - 400 €). Das sind 11,2 % seines Bruttoeinkommens.

Der behinderungsbedingte Nachteil für MMB gegenüber seinen Kollegen mit demselben Einkommen beträgt also in jedem Jahr 4.032,- € (336€ \* 12). In vierzig Jahren Beschäftigung sind das hochgerechnet 161.280,- € weniger Einkommen als ohne Behinderung. Damit könnte MMB sich das Leben schon erheblich schöner machen. Aber das war nur die Einkommenssituation. Und das war noch nicht alles. Denn ein weiterer Nachteil kommt noch hinzu: Wegen der Verortung der Hilfe zur Pflege in der Sozialhilfe unterliegt MMB auch einer Vermögensgrenze. Das Schonvermögen beträgt maximal 2.600,- €! Dieser Betrag bemisst sich inkl. Resten aus dem Schoneinkommen.

Zum Schonvermögen zählt wegen Art. 13 (nicht 14) GG auch angemessenes Wohneigentum iSv. § 90 SGB XII (durchschnittlich für ein bis zwei Personen 80m<sup>2</sup> und für jede weitere Person weitere 20m<sup>2</sup> (BSG Urteil vom 07.11.2006– B 7b AS 2/05 R -)). Wie soll so gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft möglich sein? Und auch der Aufbau selbst eines bescheidenen amtsangemessenen Wohlstandes durch Ansparen ist für MMB so nicht möglich, von einer angemessenen privaten Altersvorsorge ganz zu schweigen.- Selbst wenn ein Pkw als berufsbedingt notwendig anerkannt wird, kann er nicht angespart, sondern muss teurer kreditfinanziert und abbezahlt werden.

In Höhe des Eigenanteils (im Beispiel 336,- € in jedem Monat) und des 2.600,- € übersteigenden möglichen Sparguthabens ist der berufstätige Mensch mit Behinderung

schlechter gestellt als seine nicht behinderten Kollegen, deren Einkommen und Vermögen unangetastet bleiben, weil sie der Hilfe zur Pflege nicht bedürfen.

Zudem wird, da MMB pflegebedürftig und in die Pflegestufe III eingeordnet ist, weil er – wie es seinem Alter entspricht - nicht im Heim wohnt, sondern häusliche Pflege in Anspruch nimmt, das ihm zustehende Blindengeld nach § 3 Abs. 2 GHBG NW von derzeit 629,99 € monatlich auf 475,99 €, also um 154,00 € (24,44 %) gekürzt. Der blindheitsbedingte Nachteilsausgleich wird so jährlich um 1.848,- € weiter verkürzt. – Der Betrag, um den die Unterstützung hinter wirklichem Nachteilsausgleich zurückbleibt, beläuft sich – ohne Berücksichtigung der Vermögensdeckelung - zu Lasten von MMB somit jährlich auf 5.880,- € (4.032,- € + 1.848,- €)!

Hochgerechnet auf vierzig Jahre beträgt die behinderungsbedingte Benachteiligung zu Lasten von MMB 5.880,- € · 40 Jahre = 235.200,- €.

Abwandlung: Wenn MMB nicht Beamter, sondern Tarifbeschäftigter (Arbeiter oder Angestellter) ist, werden seine Sozialversicherungsbeiträge zu Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung von seinem nominellen Bruttoeinkommen berechnet. Der Eigenanteil am Nachteilsausgleich bleibt dabei unberücksichtigt. Auch das ist eine zusätzliche Benachteiligung auf Grund der Behinderung.

Die Tatbestandsvoraussetzungen, die der EuGH für die unzulässige mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts aufgestellt hat, sind auch hier erfüllt. Der Tatbestand würde hier entsprechend wie folgt lauten:

„Art. 7, 8, 17 Nr. 2, 22, insb. 23 Nr. 1 bis 3 und 28 UN-Charta iVm. Art. 5, 8 Nr. 2 a. ii. und 12 Nr. 5, 16 Nr. 1 und 5, 19, insb. 27 Nr. 1 und 28 Nr. 1 UN-BRK sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung der sozialen Fürsorge entgegenstehen, nach der zum einen sowohl die von voll- oder teilzeitbeschäftigten Behinderten geleistete Arbeit als auch die von voll- oder teilzeitbeschäftigten Nichtbehinderten geleistete Arbeit als Arbeit definiert wird, die in Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen oder dienstlichen Verpflichtung geleistet wird, und zum anderen diese Arbeit einem pflegebedürftigen Beschäftigten faktisch zu einem geringeren Satz vergütet wird als dem Stundensatz, der auf die von einem nichtpflegebedürftigen Beschäftigten geleistete Arbeit entfällt, so dass pflegebedürftige Beschäftigte für die Arbeit, die sie leisten, schlechter vergütet werden als nichtpflegebedürftige Beschäftigte, sofern von allen Beschäftigten, für die diese Regelung gilt, ein erheblich höherer Prozentsatz behinderter als nicht behinderter Beschäftigter betroffen ist und die Ungleichbehandlung nicht durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die

nichts mit einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zu tun haben." Von der Regelung des Eigenanteils an den (behinderungsbedingten) Pflegekosten sind freilich nur Behinderte, also statistisch mehr Behinderte als Nichtbehinderte betroffen, weil Nichtbehinderte von dieser Regel gar nicht betroffen werden. Es kann von der rechtlichen Wertung her hier keinen Unterschied machen, dass behinderten Berufstätigen in Deutschland nicht wie in anderen Ländern der Lohn oder das Gehalt direkt gekürzt, sondern ein sonderopfergleicher Eigenanteil an den Kosten der Pflege oder der Teilhabe im Arbeitsleben abverlangt wird. Diese Ungleichbehandlung kann nicht mit Faktoren jenseits der Behinderung gerechtfertigt werden. Sie knüpft ja nur insoweit an ein Verhalten an, als sie das Engagement behinderter Berufstätiger „bestraft“, die – trotz ihrer schweren Behinderung - so viel leisten, dass sie mehr als den doppelten Regelsatz zuzüglich der Kosten für die angemessene Wohnung (eines Hartz-IV-Empfängers) durch ihre eigene Arbeits- / Dienstleistung erwirtschaften.

## **C. Auswirkungen des Geltungsvorrangs der UN-BRK im Sozialrecht**

### **I. Einordnung in die Systematik des Sozialgesetzbuches**

Das Sozialgesetzbuch, Erstes Buch, (SGB I), „Allgemeiner Teil“, Dritter Abschnitt „Gemeinsame Vorschriften für alle Sozialleistungsbereiche dieses Gesetzbuchs“, Erster Titel „Allgemeine Grundsätze“ bestimmt in § 30 „Geltungsbereich“, Abs. 2 dann auch konsequenterweise: „Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts bleiben unberührt.“ Zwar sieht § 37 SGB I folgende Ausnahme vor: „Das Erste und Zehnte Buch gelten für alle Sozialleistungsbereiche dieses Gesetzbuchs, soweit sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt [...]. Der Vorbehalt gilt nicht für die §§ 1 bis 17 und 31 bis 36.“ Sonach griffe der Vorbehalt auch für § 30 Abs. 2 SGB I mit der Folge, dass die völkerrechtlichen Regelungen unbeachtlich wären. Diese Rechtsfolge kann jedoch nicht eingreifen, weil, wenn und soweit der Geltungsvorrang der Menschenrechte hier etwas anderes vorsieht. § 30 Abs. 2 SGB I stellt sich als Konkretisierung von Art. 1 Abs. 2 GG bzw. von Art. 25 GG in der Systematik des Sozialgesetzbuchs dar. Daher wurde er nicht von der Vorbehaltregelung ausgenommen, um abweichende Regelungen zuzulassen, sondern weil abweichende Regelungen ohnehin nicht zulässig wären. Es bleibt also bei der Regelung des § 30 Abs. 2 SGB I für alle Bücher des SGB mit der Folge, dass deren Regelungen suspendiert sind, soweit sie inhaltlich mit völkerrechtlichen Vorgaben kollidieren. Und das

gilt wegen der durch sie erfolgenden Konkretisierung der Menschenrechte der UN-Charta auch für die Regelungen der UN-BRK.

## **II. Subjektiv-öffentliches Recht**

Die UN-BRK vermittelt dem Menschen mit Behinderung neben dem Abwehrrecht gegen Diskriminierung sowohl inzidenter als auch verstärkend dazu parallel ein subjektiv-öffentliches Recht auf Ermöglichung umfassender Teilhabe (ohne Diskriminierung). Das beinhaltet einerseits ein Leistungsrecht und andererseits einen Unterlassungsanspruch. Beide sind nicht als bloße Überlebenssicherung für Menschen mit Behinderung gemeint. Vielmehr haben die Rechte aus der UN-Charta, die durch die UN-BRK konkretisiert werden, einen gesellschaftlichen Bezug. Es sind nicht nur existenzielle, sondern zugleich soziale Grundrechte.

Der Hinweis des BSG (BSG Urteil v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R - Rn. 24), dass Bestimmungen aus völkerrechtlichen Verträgen nur dann unmittelbar anwendbar sind, wenn sie für sich genommen hinreichend bestimmt sind und ihnen ein subjektiv-öffentliches Recht zu entnehmen ist, ist zutreffend. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Insoweit stellt das BSG zurecht fest: „Gemäß Art 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (BGBl II 1985, 926 und BGBl II 1987, 757) erfolgt die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks (vgl. auch Graf Vitzthum in ders., Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S 56 RdNr 123 mwN).“ Die UN-BRK soll nach dem Willen der Vertragsstaaten die Anerkennung und Gewährung der in der UN-Charta festgeschriebenen allgemeinen Menschenrechte für die Gruppe der Menschen mit Behinderung besonders schützen und fördern. Ihr Zweck ist gem. Art. 1 UN-BRK, „die volle und gleichberechtigte Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle behinderten Menschen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung ihrer angeborenen Würde zu fördern.“ Das geht effektiv allerdings nur dann, wenn Menschen mit Behinderung aus der UN-Charta iVm. der UN-BRK auch subjektiv-öffentliche Rechte ableiten und sie gegenüber dem Vertragsstaat durchsetzen können. Die Argumentation des BSG (Urteil v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R - Rn. 23), dass die Regelungen der UN-BRK zu unbestimmt seien, um ein subjektiv-öffentliches Recht herzugeben (HessVGH Beschl. v. 16.05.2012 – 7 A 1138/11.Z – BR 2013 Heft 1 S. 30 f.), ist daher nicht nachvollziehbar.

Schließlich darf erwartet werden, dass der nationale Gesetzgeber seine Rechtsordnung konsistent, d. h. in sich widerspruchsfrei und mithin schlüssig hält. Es darf erwartet werden, dass er sie gegebenenfalls anpasst, indem er vorhandene Vorschriften abschafft, ändert oder neue schafft, wenn ansonsten ein Widerspruch zu dem geschlossenen völkerrechtlichen Übereinkommen entstände. Und wo er das gleichwohl nicht tut, bedeutet das nicht, dass der Bürger / Einwohner aus einem qua Verfassung zum Grundrecht erhobenen Menschenrecht keine konkreten Ansprüche im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts herleiten könnte. Genau das Gegenteil ist der Fall. Denn Art. 1 Abs. 2 GG steht in direktem Zusammenhang mit dem Muttergrundrecht der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG. Und dieses wiederum ist von der rechtsstaatlichen Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG erfasst. Dieser läuft einer Rechtsprechung zuwider, die die Gewährung eines Menschenrechts mit dem Argument versagt, das Menschenrecht sei zu unbestimmt. Vielmehr muss sich das entscheidende Gericht immer damit auseinandersetzen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Menschenrecht vor dem Hintergrund der aktuellen gesellschaftlichen Gegebenheiten auch faktisch zur Geltung kommen kann. Schließlich liegt es in der Natur der Sache, dass eine globale Regelung wie die UN-Charta nicht auf jede nationale Besonderheit eingehen kann. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der einzelne Vertragsstaat in Kenntnis und im Bewusstsein seiner eigenen nationalen Rechtsordnung den betreffenden Vertrag unterzeichnet und sich insoweit nicht nur völkerrechtlich, sondern im Falle der Bundesrepublik Deutschland samt ihrer Bundesländer auch gegenüber ihren eigenen Bürgern und Einwohnern gebunden hat (Art. 1 Abs. 2 GG).

Schon gar nicht kommt es darauf an, ob, gäbe es die UN-Charta im Hintergrund der UN-BRK nicht, die UN-BRK für sich genommen für die betreffende Regelungsmaterie eine sog. „self-executing rule“ wäre oder ob sie ohne eine weitergehende gesetzliche Ausformung einen Anspruch des Menschen mit Behinderung im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts nicht begründen könne (so aber, BSG, Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 10/11 R - Rn. 23).

### **III. Verdrängung von Leistungsausschlüssen**

Der Geltungsvorrang der UN-BRK bedeutet, dass Ausschlussstatbestände in bestehenden bundes- oder landesgesetzlichen Leistungsanspruchsnormen ganz oder teilweise nicht zur Geltung kommen können, solange und soweit Leistungsbeschränkungen bei uneingeschränkter Geltung entweder Menschen mit Behinderung infolge der aus der Behinderung resultierenden besonderen Bedürftigkeit für die Leistung intensiver treffen oder



der Leistungsausschluss statistisch nachweisbar überwiegend Menschen mit Behinderung betrifft.

Wenn man sich schon auf Europarecht beruft, wie dies das BSG (BSG-Urteil v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R - in Rn. 21) tut, um den dortigen Anspruch zu verneinen, dann sollte man sich aber auch an die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgegebenen rechtlichen Leitlinien halten. Das BSG müsste dann konsequenterweise auch mittelbare Diskriminierungen (Sachs zu Art. 3 GG Rn. 311 uVa. BVerfGE 96, 288 (312f.)) durch seine Rechtsprechung zu beseitigen suchen und, wo dies unabweisbar ist, einen Anspruch auf Leistungen zur Ermöglichung der Teilhabe zugestehen. Das vermeidet es bisher weitgehend.

### **1. Leistungsansprüche aus der UN-BRK**

Anders als Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der besagt, dass niemand wegen einer ihn oder sie betreffenden Behinderung benachteiligt werden darf (Benachteiligungsverbot), enthält die UN-BRK nicht nur ein Diskriminierungsverbot, also ein Recht auf Unterlassung, sondern auch ein Gebot der Ermöglichung umfassender Teilhabe in allen Lebensbereichen. Zwar sind damit nicht per se konkrete Leistungsansprüche der behinderten Menschen verbunden. Konkrete Leistungsansprüche des behinderten Menschen lassen sich aber ableiten, wenn die begehrte Leistung erforderlich ist, um die Teilhabe des behinderten Menschen zu ermöglichen, indem die Behinderung im notwendigen Maße ausgeglichen wird. Somit gibt die UN-BRK ein Ergebnis vor. Wie dieses zu erreichen ist, hängt dann von der nationalen Systematik ab.

Soweit die UN-BRK ein bestimmtes Ergebnis in Gestalt der Ermöglichung der Teilhabe des behinderten Menschen in einem Lebensbereich vorgibt, hat der Nationalstaat sicherzustellen, dass dieses Ergebnis erreicht wird. Dabei ist Teilhabe nicht an einem internationalen Mindeststandard im Sinne des kleinsten gemeinsamen Nenners zu bemessen. Es geht vielmehr um die Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft in den einzelnen von der UN-BRK angesprochenen Lebensbereichen in der Gesellschaft des betreffenden Nationalstaates. Der Nationalstaat muss dann entscheiden, wie er die Erreichung dieses vorgegebenen Ergebnisses sicherstellt. Der Nationalstaat kann also, soweit ein Anspruch besteht, frei entscheiden, wie er ihn erfüllt. Das kann geschehen durch technische, sonstige sachliche oder persönliche Hilfen oder deren angemessene Finanzierung im Rahmen einer individuellen Förderung, als Darlehen oder als Zuschuss oder durch Steuererleichterungen. Um es klar zu sagen: Der Staat entscheidet frei, wie er den Anspruch auf die Ermöglichung umfassender Teilhabe erfüllt,

nicht inwieweit er ihn erfüllt. Denn so weit, wie der Staat eine umfassende Teilhabe nicht ermöglicht, liegt eine Benachteiligung vor, die sich als Diskriminierung erweist, wenn rechtlicher oder tatsächlicher Anlass für die Benachteiligung allein oder überwiegend die Behinderung ist.

Da also das Ergebnis durch die UN-BRK vorgegeben ist, kommt es nur für das Verfahren darauf an, wie im Nationalstaat, also hier konkret in Deutschland, das System der Leistungsansprüche ausgestaltet ist, von der Erfüllung welcher Voraussetzungen die Leistungsansprüche abhängen und welchen Begrenzungen sie gegebenenfalls unterliegen.

Anders herum gesagt: Der Nationalstaat darf zwar das Verfahren zur Anspruchsverwirklichung regeln, den Anspruch aber weder ganz noch teilweise ausschließen und seine Verwirklichung auch nicht durch unangemessene Verfahrensregelungen vereiteln. Und das gilt nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht.

Bei Anwendung der UN-BRK kann es dazu kommen, dass einzelne vom nationalen Gesetzgeber vorgesehene Tatbestandsvoraussetzungen oder Leistungsbegrenzungen unbeachtlich sind. Das ist immer dort und so weit der Fall, wo bzw. wie die geregelte Leistung dem Grunde und der Höhe nach erforderlich ist, um die Teilhabe im erforderlichen Maße zu ermöglichen.

Nur dort, wo die deutsche Regelung gegenüber dem durch die UN-BRK gesetzten Mindeststandard (für Deutschland) ein Mehr an Teilhabe ermöglicht, ist der deutsche Gesetzgeber in der Setzung von Voraussetzungen und Begrenzungen im Rahmen der verfassungsmäßigen Grenzen frei. Damit sind Leistungen angesprochen, die über einen nach der UN-BRK fälligen Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderung hinausgehen.

Bei der Bemessung des von der UN-BRK vorgegebenen Mindeststandards ist in Rechnung zu stellen, was in dem Teil der deutschen Gesellschaft, der als Vergleichsgruppe nicht behinderter Mitmenschen heranzuziehen ist, als üblicher, d. h. unter den jenseits der behinderungsbedingten Einschränkungen individuell gegebenen Bedingungen wie als aktueller empirischer Mindeststandard gilt. Relevante Parameter sind beispielsweise Ausbildungsstand, ausgeübte berufliche Tätigkeit, Familienstand und Alter.

**Ein Beispiel:** Sonach verbietet es sich beispielsweise, an voll berufstätige behinderte Akademiker in einem Amte des höheren Dienstes dieselben Maßstäbe anzulegen wie an einen nicht behinderten langzeitarbeitslosen Hartz-IV-Empfänger gleichen Alters ohne abgeschlossene Berufsausbildung. Vielmehr muss der Standard der nicht behinderten Vergleichspersonen in demselben statusrechtlichen Amt als Maßstab gelten. Ansonsten

entsteht ein unverhältnismäßiges Teilhabedefizit zu Lasten des Behinderten, das mit der UN-BRK nicht vereinbar ist.

## **2. Begrenzung von Leistungsbeschränkungen**

Eine häufig übersehene oder hinweg geleugnete Wirkung ist, dass sich aus der UN-BRK eine Begrenzung für nach nationalem Recht vorgesehene Leistungsbeschränkungen ergeben kann. Diese Begrenzung führt gegebenenfalls zu einer Erweiterung des im nationalen Recht vorgesehenen Leistungsanspruchs, wenn und soweit ansonsten eine behinderungsbedingte Benachteiligung für einen Menschen mit Behinderung entstände, die zu einer Verengung der Teilhabemöglichkeit oder einer Diskriminierung führt.

Dabei kann sich die Erweiterung beziehen auf:

- a. den persönlichen Geltungsbereich,
- b. den sachlichen Geltungsbereich,
- c. die Ausgestaltung des Leistungsanspruchs und / oder
- d. die Höhe des Leistungsanspruchs:

### **a. Persönlicher Geltungsbereich**

Die mögliche Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs einer Leistungsnorm bezieht sich nicht auf Menschen, die weder behindert noch Behinderten gleichgestellt sind. Sie kann sich aber beziehen auf Gruppen von behinderten oder ihnen gleichgestellten Menschen, die bislang von dem betreffenden Leistungsanspruch ausgenommen sind, obgleich sie die behinderungsbedingte Benachteiligung, die ohne den Leistungsanspruch besteht, ganz oder teilweise so trifft wie diejenigen Menschen mit Behinderung bzw. Gleichgestellten, die nicht von der Geltung des normierten Leistungsanspruchs ausgenommen sind.

**Ein Beispiel:** Um die kommunalen Haushalte von den Sozialhilfeausgaben u. a. der Blindenhilfe nach § 72 SGB XII zu entlasten, hat der NRW-Gesetzgeber die Landesleistung u. a. des Landesblindengeldes geschaffen. Die derzeitige gesetzliche Regelung von § 2 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über Hilfen für Blinde und Gehörlose im Land Nordrhein-Westfalen (GHBG NW) senkt die Blindenhilfe des Landes ab Vollendung des 60. Lebensjahres ab. Der Gesetzgeber geht ausweislich der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 12/2340) von zwei Annahmen aus:

1. Ab Vollendung des 60. Lebensjahres wirkt sich Blindheit nicht mehr existenzgefährdend aus.
2. falls doch eine Existenzgefährdung eintreten sollte, so bestand im Leben zuvor genügend Gelegenheit, entsprechend vorzusorgen. Notfalls hilft die Sozialhilfe.

Die erste Annahme ist unzutreffend. Es ist nicht erkennbar, dass Menschen, die älter als 60 Jahre sind, geringere blindheitsbedingte Nachteile bei der Teilhabe in den verschiedenen Lebensbereichen hätten, in denen die blindheitsbedingten Nachteile nach dem Willen des GHBG-Gesetzgebers ausgeglichen werden sollen. Zwar kann die Notwendigkeit der Kompensation der Blindheit im Bereich Ausbildung und Beruf in diesem Alter bereits abnehmen. Die Altersgrenze beruht offenbar auf der Vermutung, dass blinde Menschen, da dies schwerbehinderten Menschen zur Zeit der Gesetzgebung des GHBG NW tariflich bzw. gesetzlich zugebilligt war, mit Vollendung des 60. Lebensjahres in die Rente bzw. den Ruhestand übertreten konnten. Aber das ist lange her. Und mit dem Übertritt in Rente oder Ruhestand ist ersichtlich keine Verringerung des Bedarfs an Nachteilsausgleich verbunden. Da die Blindenhilfe zum Ausgleich blindheitsbedingter tatsächlicher Nachteile vorgesehen und diesem Zwecke gewidmet ist, ist vielmehr mit einer Erhöhung des Bedarfs zu rechnen. Denn nach dem Ende des Berufslebens erhöht sich der Anteil des privaten Lebensbereichs auf 100 v. H. Und dort greifen Leistungen für die Kompensation der Blindheit in Ausbildung oder Beruf des Dienstherrn, der überörtlichen Hauptfürsorgestelle /des Integrationsamtes sowie der Arbeitsagentur nicht mehr.

Auch die zweite Annahme ist unzutreffend, soweit sie auch im Zeitpunkt der Vollendung ihres 60. Lebensjahres Vorerblindete erfasst. Denn gerade sie hatten auf Grund ihrer behinderungsbedingten Benachteiligungen nicht dieselbe Chance zur rechtzeitigen angemessenen Vorsorge. Hier wäre also zumindest eine Differenzierung zwischen Vorerblindeten und Alterserblindeten angezeigt gewesen. Denn wer als Vorerblindeter behinderungsbedingte Nachteile hatte, aber nicht im Sinne der Sozialhilfe bedürftig ist und daher nicht die einkommens- und vermögensabhängige Blindenhilfe in Anspruch nehmen kann, fällt durch das Raster und wird mit seinen behinderungsbedingten Nachteilen allein zurückgelassen. Dies ist umso unverständlicher, als Alterserblindete, die nicht bedürftig sind, gleichwohl Blindengeld nach GHBG erhalten.

Auf Grund des Alters als Anknüpfungspunkt für die undifferenzierte Kürzung ist daher davon auszugehen, dass hier eine Diskriminierung vorliegt, die den vorerblindeten Menschen über 60 Jahren ihre gleichberechtigte Möglichkeit der Teilhabe entgegen der UN-BRK nicht nur im Vergleich zu nichtbehinderten Vergleichspersonen, sondern in diskriminierender Weise

auch gegenüber ebenso, aber später erblindeten Vergleichspersonen (teilweise) abschneidet. Das ist rechtswidrig. Entsprechend ist die Restriktion nicht anzuwenden und das die volle Blindenhilfe (Blindengeld) blinden Menschen auch dann ausbezahlen, wenn sie das 60. Lebensjahr bereits vollendet haben, aber vorerblindet waren.

### **b. Sachlicher Geltungsbereich**

Die mögliche Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs einer Leistungsnorm bezieht sich nicht auf körperliche, geistige oder seelische Einschränkungen, die wegen mangelnder Intensität oder Dauer nicht als Behinderung im Sinne der UN-BRK zu qualifizieren sind. Sie kann sich aber beziehen auf solche anderen Einschränkungen, die, wenn sie zugleich mit der einen Einschränkung vorliegen, für deren Vorliegen die Leistung vorgesehen ist, zu einem Leistungsausschluss führen. Es geht also um weitere Einschränkungen, die als negative Tatbestandsvoraussetzungen anspruchsausschließend wirken.

**Ein Beispiel:** Die derzeitige gesetzliche Regelung von § 3 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über Hilfen für Blinde und Gehörlose im Land Nordrhein-Westfalen (GHBG NW) sieht eine Kürzung des Blindengeldes vor, wenn der blinde Mensch zugleich anerkannt pflegebedürftig ist und daher Leistungen aus der gesetzlichen oder privaten Pflegeversicherung für häusliche Pflege bezieht. Zur Berechnung s. das obige Beispiel.

In der Begründung zum Gesetzentwurf der Regierungsfractionen (LT-Drs. 12/2340) heißt es:

„Damit wird der Teilkongruenz von Leistungen der Pflegeversicherung und des Blindengeldes Rechnung getragen und eine Doppelfinanzierung des Pflegebedarfs verhindert.“

Der Gesetzgeber geht also von der Annahme aus, dass Blinde iSd. GHBG, die zugleich anerkannt pflegebedürftig, d. h. in eine der Pflegestufen der gesetzlichen Pflegeversicherung eingestuft sind, bestimmte Sachleistungen in Anspruch nehmen oder vom Pflegegeld einkaufen, die zugleich durch das Blindengeld abgedeckt werden sollen. Daher sei in diesen Fällen eine Kürzung des Landesblindengeldes sachlich gerechtfertigt. Er nimmt also an, der Blinde, der zugleich in eine Pflegestufe eingestuft ist, könne bei seinem Nachteilsausgleich Synergien erzielen, die ohne Kürzung zu einer Doppelförderung bzw. von einem der beiden Leistungsträger eine Förderung über den Bedarf darstelle. Diese Grundannahme ist in dieser Allgemeinheit sachlich unzutreffend. Sie würde voraussetzen, dass es Hilfebedarfe bzw. technische oder persönliche Hilfeleistungen gibt, die sowohl ein blinder Mensch als auch ein

in eine der genannten Pflegestufen eingeordneter Mensch jedenfalls hat bzw. in Anspruch nehmen muss. Dann überschneiden sich insoweit die Leistungszwecke und Wirkungskreise beider Leistungen, Blindengeld einerseits und Pflegegeld oder Sachleistung andererseits, jedenfalls teilweise. Aber was sollte in diesen Überschneidungsbereich fallen? Wer pflegebedürftig ist, ist ja nicht zugleich blind iSd. GHBG. Und wer blind ist, ist nicht zugleich pflegebedürftig iSd. Sozialgesetzbuches, Elftes Buch (SGB XI). Das aber wäre die logische rechtliche Konsequenz, wenn man die Annahme, die der Kürzung der Blindenhilfe bei gleichzeitiger Pflegebedürftigkeit zu Grunde liegt, stringent zu Ende denkt. Der vom Gesetzgeber fiktiv vorausgesetzte synergetische Automatismus existiert indes grundsätzlich nicht. Tatsächlich verhält es sich doch so, dass der überwiegende Teil der Blinden iSd. GHBG NW die persönliche Lebensführung, d. h. insbesondere die alltäglichen Verrichtungen wie Körperpflege, Einkaufen, Teilnahme am Verkehr etc. weitgehend selbstständig bewältigen kann und zur Unterstützung allenfalls technische Hilfsmittel zur Wahrnehmung, zur Orientierung und Kommunikation benötigt. Pflegebedürftige in den Pflegestufen I, II oder III hingegen benötigen ein Mindestmaß an Hilfe bei der Körperpflege, bei Verrichtungen im Haushalt wie der Zubereitung von Mahlzeiten sowie Begleitung außerhalb der Wohnung. Und das gilt auch dann, wenn sie normalsichtig oder allenfalls leicht sehbehindert sind, also nicht unter die Leistungsberechtigten des GHBG NW fallen. Die Kreise der mit den jeweiligen Leistungen zu kompensierenden Einschränkungen der Blinden einerseits und der Pflegebedürftigen andererseits sind sonach klar von einander abgegrenzt und überschneidungsfrei. Vielmehr ist es so, dass eine zur Pflegebedürftigkeit hinzutretende Blindheit bzw. eine zur Blindheit hinzutretende Pflegebedürftigkeit regelmäßig zu einem zusätzlichen Hilfebedarf führt. Gemeint ist damit der Bedarf an zusätzlichen Hilfeleistungen, zumindest aber die Vertiefung eines vorhandenen Hilfebedarfs, also ein höherer qualitativer, sachlicher, persönlicher und/oder zeitlicher Aufwand für die fällige Hilfeleistung. Dieser Mehrbedarf bzw. Erstbedarf ist mit der am Regelfall bemessenen bedarfsorientierten Leistung des anderen Einschränkungskompensationsfeldes nicht abgedeckt.

Es kann auch nicht berechtigterweise davon ausgegangen werden, wer blind und schwer pflegebedürftig ist, sei damit automatisch „in seiner Wohnung gefangen“ oder gar „ans Bett gefesselt“ und bedürfe daher nur eines geringeren Nachteilsausgleichs für die Blindheit. Die Kürzung des Landesblindengeldes für Menschen, die zugleich pflegebedürftig iSd. SGB XI sind, knüpft sonach nicht an einen sachlichen Grund jenseits der Behinderung an und stellt folglich eine diskriminierende Benachteiligung auf Grund einer Behinderung iSd. UN-BRK dar. Nach dem Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ darf die Kürzungsvorschrift des §

3 Abs. 2 und 3 GHBG sonach nicht mehr angewendet werden, es sei denn, die dem Gesetzgeber vorschwebende Doppelförderung wäre im Einzelfall amtsärztlich festgestellt. Jede automatische Kürzung des Landesblindengeldes auf Grund dieser Vorschrift ist also wegen Verstoßes gegen die UN-BRK rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit kann auch nicht mit Verweis auf den einkommens- und vermögensabhängigen Anspruch auf Blindenhilfe nach § 72 SGB XII geheilt werden.

Und soweit die Kürzungsregelung nicht angewendet werden darf, ergibt sich bei Missachtung dieser Rechtsfolge, dass ein Leistungsanspruch in Höhe der Differenz zum Regelbetrag des Blindengeldes entsteht.

### **c. Ausgestaltung des Leistungsanspruchs**

Wo ein Leistungsanspruch nach nationalem Recht nur in bestimmter Form gewährt wird, kann sich aus der UN-BRK ergeben, dass er auch in anderer Form zu gewähren ist, wenn ansonsten eine behinderungsbedingte Benachteiligung festzustellen wäre. Das betrifft namentlich solche Leistungsansprüche, die nicht eine Leistung in Geld, sondern eine Sach- oder Dienstleistung vorsehen.

**Ein Beispiel:** Ein Mensch hat mehrere chronische Erkrankungen, die jede für sich zu einer Behinderung führen. Auf Grund der anderen Behinderung sind die bei der, der einen Behinderung zu Grunde liegenden, Erkrankung geeigneten Medikamente bei diesem Menschen ausnahmsweise kontraindiziert. Denn sie führen wegen der Kombination beider Erkrankungen bei diesem Menschen zu schädlichen Nebenwirkungen, die ohne die zusätzliche Behinderung nicht aufträten. Um diese schädlichen Nebenwirkungen zu vermeiden, muss auf ein Präparat zurückgegriffen werden, das, da üblicherweise nicht notwendig, nicht vom Gemeinsamen Bundesausschuss in die Positivliste im Sinne des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung aufgenommen wurde. Wenn nun der mehrfach behinderte Mensch das für ihn allein geeignete und daher notwendige Medikament haben will, muss er den Aufpreis, wenn nicht gar das ganze Medikament selbst bezahlen. Dadurch wird er auf Grund seiner (zusätzlichen) Behinderung benachteiligt, wenn nicht die (Mehr-)Kosten auf Grund einer individuellen Ausnahme gleichwohl von der gesetzlichen Krankenversicherung als notwendig anerkannt und übernommen werden. So wird er auf Grund einer Behinderung gegenüber denjenigen Leidensgenossen benachteiligt, die nicht zugleich die zusätzliche Behinderung haben. Um hier eine Diskriminierung auf Grund der

(zusätzlichen) Behinderung zu vermeiden, ist also die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung für das andere bzw. teurere Medikament in diesem Einzelfall angezeigt, und zwar auch dann, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss einer individuellen Ausnahme nicht zugestimmt hat.

#### **d. Höhe des Leistungsanspruchs in Geld**

Die Leistung, die gegebene Nachteile ausgleicht, muss einkommens- und vermögensunabhängig eigenanteilsfrei gewährt werden. Ansonsten ist wiederum eine Benachteiligung gegenüber nichtbehinderten Vergleichspersonen gegeben, die die im Vergleich mit Nichtbehinderten unverminderte Teilhabe an in der Vergleichsgruppe als adäquat angesehenen Formen der Lebensgestaltung auf breitem Feld unmöglich macht.

**Ein Beispiel:** Benötigt ein behinderungsbedingt pflegebedürftiger Mensch so viel Pflege, dass der Zuschuss zu den Pflegekosten aus der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem Sozialgesetzbuch, Elftes Buch (SGB XI) nicht ausreicht, um die Kosten zu decken, dann ist er auf Hilfe zur Pflege angewiesen. Diese ist derzeit nicht im SGB XI, sondern im SGB XII, also dem Nachfolgegesetz zum Bundessozialhilfegesetz (BSHG) geregelt. Die Hilfe zur Pflege wird wie jede andere Leistung der Sozialhilfe nur einkommens- und vermögensabhängig gewährt (s.a. Beispiel unter B. II. 5.).

Der Anknüpfungspunkt für diese Benachteiligung gegenüber nichtbehinderten Vergleichspersonen ist die Behinderung, die die hohen Pflegekosten verursacht. Insoweit ist eine Diskriminierung auf Grund der Behinderung festzustellen, die sich genauso auswirkt, wie wenn der Behinderte von seinem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn auf Grund seiner Behinderung einfach ein geringeres Entgelt (Lohn) oder eine geringere Alimentation (Gehalt) erhielte als nicht behinderte Vergleichspersonen in derselben Entgeltgruppe und –stufe bzw. Besoldungsgruppe mit demselben Besoldungsdienstalter. Faktisch trifft diese rechtswidrige Regelung v. a. die wenigen pflegebedürftigen Behinderten, die gleichwohl Vollzeit arbeiten gehen und unter ihnen insbesondere diejenigen mit Hochschulabschluss. Sie führt tatsächlich dazu, dass auch viele Schwerbehinderte, die an sich Vollzeit arbeiten könnten, max. drei Stunden täglich arbeiten, weil mehr zu arbeiten sich für sie nicht auszahlt.

Auch der behinderungsbedingten Beschränkung von national in Gesetzen vorgesehenen Leistungen setzt die UN-BRK Grenzen. Das gilt gemäß dem Grundsatz „Bundesrecht bricht



Landesrecht" auch dort, wo spezielle Landesgesetze eine Leistung vorsehen, die es im übrigen Bundesgebiet nicht oder so nicht gibt. Auf die obigen Beispiele zum GHBG NW wird hier verwiesen.

### **3. Begründung noch nicht normierter Leistungsansprüche**

Ob darüber hinaus, aus der UN-BRK ein im nationalen Recht noch nicht bestehender, dem Leistungsgrunde nach neuer Leistungsanspruch, abgeleitet werden kann, sofern er in der UN-BRK nicht schon explizit enthalten ist, ist eine davon getrennt zu beantwortende Frage.

Die Antwort, der sich das BVerfG bislang enthalten hat (Sachs zu Art. 3 GG Rn. 305), lautet: Ein im nationalen Recht noch nicht enthaltener Leistungsanspruch für Menschen mit Behinderung lässt sich aus der UN-BRK nur, aber immer dann ableiten, wenn und soweit die potenziell zu gewährende anspruchsgegenständliche Leistung geeignet, erforderlich und angemessen ist, um eine behinderungsbedingte Benachteiligung bei der Wahrnehmung eines in der UN-Charta, in der EMRK, der EU-Charta oder dem GG festgeschriebenen Menschenrechts auszugleichen. So „wird der Tatbestand der ‚verbotenen Benachteiligung‘ durch das Element der unzulänglichen Kompensation charakterisiert und so die Perspektive der weiteren Rechtmäßigkeitsprüfung auf Anforderungen an positive staatliche Leistungen eingestellt.“ (Sachs zu Art. 3 GG Rn. 313).

Dabei bezieht sich die Geeignetheit zum Ausgleich nicht auf eine Benachteiligung nach den Buchstaben des Gesetzes, sondern auf die faktischen Auswirkungen für den Menschen mit Behinderung im Vergleich zu von dieser konkreten Behinderung nicht betroffenen Menschen mit und ohne Behinderung.

Erforderlich heißt wie immer, dass es alternativ keine gleich geeigneten Mittel gibt, um die Benachteiligung auszugleichen.

Und die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) bezieht sich auf das Ergebnis einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Dabei ist der Aspekt der mit dem Nachteilsausgleich gegebenenfalls verbundenen Kosten und finanziellen Belastungen zu Lasten der Gemeinschaft kein Maßstab (s. dazu auch direkt im Anschluss). - So kann dann auch nicht mehr, wie bisher häufig anzutreffen, die eine Behinderungsgruppe gegen die andere argumentativ dergestalt ausgespielt werden, dass der eine Behinderte mit dem unzureichenden Nachteilsausgleich zufrieden sein solle, weil ansonsten für die anderen Behinderten nicht mehr genügend Geld übrig sei, um ihre behinderungsbedingten Nachteile –

ebenfalls unvollständig - auszugleichen. Für ein schlechtes Gewissen des einen Behinderten gegenüber dem anderen ist hier kein Grund gegeben.

#### **4. Kein Finanzierungsvorbehalt**

Oft wird den berechtigten Belangen von Menschen mit Behinderung entgegengehalten, die Erfüllung ihrer „Wünsche“ sei mit erheblichen Kosten verbunden und jedenfalls auf mittlere Sicht nicht finanzierbar. Ihr Verlangen sei daher unverhältnismäßig, weil unangemessen. Zwar sieht Art. 4 Abs. 2 UN-BRK vor, dass sich jeder Vertragsstaat hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet, die UN-BRK schrittweise „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“ umzusetzen. Damit ist aber kein Finanzierungsvorbehalt dergestalt gemeint, dass der Vertragsstaat die mögliche Finanzierung entsprechender Maßnahmen ad ultimo aufschieben und die Betroffenen unbegrenzt vertrösten kann. Vielmehr muss, wo die Finanzierung möglich ist, das Menschenrecht zur Verwirklichung gebracht werden. So gilt der Finanzierbarkeitsvorbehalt (nicht Finanzierungsvorbehalt) denn nach der Vorschrift auch „unbeschadet der in diesem Übereinkommen enthaltenen Verpflichtungen, die nach dem Völkerrecht unmittelbar anwendbar sind“. Der deutsche Staat, der für vielerlei Dinge und Interessen Geld verausgabt, kann das Argument, dass die mit dem Nachteilsausgleich verbundenen Kosten nicht finanzierbar seien, nicht berechtigterweise in die Waagschale werfen. - Bei Entwicklungsländern mag das anders sein. Dazu zählen aber weder Hessen noch die anderen Bundesländer. Der HessVGH (Beschl. v. 16.05.2012 – 7 A 1138/11.Z) liegt daher falsch. Denn Unterschiede bei der Gewährung desselben Menschenrechts dürfen nicht finanziell begründet werden. - Sonst könnte man mit derselben Argumentation z.B. die öffentliche Trinkwasserversorgung auf dem Lande einstellen. - Die in der UN-Charta festgeschriebenen, von der Bundesrepublik Deutschland mit vereinbarten und anerkannten, Menschenrechte stehen nicht unter Finanzierungsvorbehalt. Es ist vielmehr Aufgabe der nationalstaatlichen Politik, die einzelnen Lebensbereiche unter Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit so zu gestalten, dass Kosten für etwaige Nachteilsausgleiche möglichst gering ausfallen, so z. B. durch eine rechtzeitige Berücksichtigung des Aspekts der Barrierefreiheit von Gebäuden, Verkehrsanlagen, Informationsangeboten usw. bereits im Stadium der Planung. Und wo der Nachteilsausgleich unvermeidbar Geld kostet, ist dieses in die Hand zu nehmen und zweckgerecht für die tatsächliche Verwirklichbarkeit des Menschenrechts zu verausgaben. Diese Verwendung hat dann unter rechtsstaatlichem Blickwinkel - in Ausgleich

der Demokratie, etwaig entgegenstehenden anderweitigen Prioritäten der Mehrheit im Wahlvolk oder seiner politischen Repräsentanz - den Vorrang.

#### **D. Kritik an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts**

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu betrachten, das als oberstes Fachgericht im Bereich des Sozialen die Balance zwischen sozialstaatlichen Versprechen und begrenzten finanziellen Ressourcen herzustellen hat, ohne sich dabei allerdings an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen. Exemplarisch soll hier eine Entscheidung herausgegriffen werden, die zwar von der Bedeutung für den betroffenen Menschen mit Behinderung nicht existenzielle Not brachte, die aber von ihrer Argumentationsweise symptomatisch ist für das, woran die sozialgerichtliche Rechtsprechung noch heute vielfach „krankt“. Es ist dies die Beurteilung zu entscheidender Sachverhalte vom Ergebnis her die eine oft „fußleidende“ Begründung nach sich zieht, bei der der betroffene Mensch, insbesondere jener mit Behinderung, in seinem berechtigten Interesse bei Gericht nicht mehr das verfassungsmäßig garantierte rechtliche Gehör findet.

#### **I. Die Entscheidung des BSG**

In seiner Entscheidung (BSG, Urteil v. 18.05.2011, - B 3 KR 10/10 R -) hatte das Bundessozialgericht darüber zu entscheiden, ob in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Kinder und Jugendliche Anspruch auf Versorgung mit einem Sportrollstuhl zur Teilnahme am Vereinssport haben. Es hat die Revision des Kl. zurückgewiesen. Zur Begründung stellt das Bundessozialgericht mit Bezug auf die UN-BRK im Wesentlichen folgende Thesen auf:

- Der geltend gemachte Anspruch sei nicht Bestandteil des Anspruchs auf unmittelbaren Behinderungsausgleich. Alle weiteren mittelbaren Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen eines Basisausgleichs lägen, Bedürftigkeit vorausgesetzt, in der Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers im Rahmen der Eingliederungshilfe. Ob diese vorliegend einschlägig sei, könne dahinstehen, da der Kl. jedenfalls nicht bedürftig sei.
- Die UN-BRK vermittele dem Einzelnen kein subjektiv-öffentliches Recht, ein konkretes und der persönlichen Mobilität dienendes Hilfsmittel von einem bestimmten Leistungsträger verlangen zu können.

- Die Bundesrepublik Deutschland trage den allgemeinen Menschenrechten für Menschen mit Behinderung ausreichend durch das gegliederte Leistungssystem des SGB und insbesondere durch dessen Neuntes Buch (*Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - SGB IX*) Rechnung.
- Darüber hinaus könnten keine konkreten Ansprüche aus der UN-BRK hergeleitet werden, die den nach dem Gesetz zuständigen Leistungsträger zu einer einkommens- und vermögensunabhängigen Leistung zur Ermöglichung umfassender Teilhabe des Menschen mit Behinderung verpflichten.

## II. Stellungnahme

### 1. Traum und Wirklichkeit

Dem vorzitierten Urteil des BSG fehlt es jedenfalls nicht an der nötigen Klarheit. Eindeutig geht der 3. Senat offenbar davon aus, dass in Deutschland schon alles in Ordnung sei, die Interessen der Menschen mit Behinderung hinreichend gewahrt seien und daher auch vor dem Hintergrund der UN-BRK kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe und schon gar keine Anpassung der Rechtsprechung des BSG erforderlich sei.

Tatsächlich aber führt das zergliederte System der sozialen Sicherungen in Deutschland dazu, dass Menschen mit Behinderung von einem Buch des Sozialgesetzbuches in das andere und von einem Leistungsträger zum anderen Leistungsträger geschickt, ja verschoben werden, ohne dass am Ende ein sachgerechtes Ergebnis herauskommt, das dem betroffenen Mensch mit Behinderung umfassende Teilhabe ohne Diskriminierung ermöglicht. Hintergrund ist, dass jede Stelle nur ihr - gemessen an den gestellten Herausforderungen meist zu knappes - Budget im Blick hat und sich genötigt sieht, berechtigte Anliegen „abzuwimmeln“, um im finanziellen Zielkorridor zu bleiben. So greift letztlich das Prinzip des "Heiligen Florian". Und der Mensch mit Behinderung hat das Nachsehen. Am Ende landet er mit seinem Anspruch im Zweifel im Bereich der Sozialhilfe, die freilich nur einkommens- und vermögensabhängig gewährt wird.

### 2. Behinderung + Sozialhilfe = Hartz-IV-Niveau

In der Sozialhilfe aber ist der Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderung nicht richtig verortet. Denn die einkommens- und vermögensabhängige Gewährung der notwendigen

Hilfen führt letztlich dazu, dass, wer über Einkommen und Vermögen oberhalb der Bemessungsgrenzen (derzeit 764,- € Einkommen monatlich und 2.600,-€ Vermögen) verfügt, zu einem Eigenanteil an seinem eigenen Nachteilsausgleich herangezogen wird. Damit aber findet niemals ein wirklicher Nachteilsausgleich statt, weil nicht behinderte Vergleichspersonen mit gleichem Einkommen und Vermögen diesen Eigenanteil nicht bringen müssen und also entsprechend mehr Geld zur freien Gestaltung ihres Lebens zur Verfügung haben. Diese Folge trifft insbesondere diejenigen Menschen mit Behinderung, die trotz der Behinderung und der damit verbundenen Erschwernisse erwerbstätig sind. Sie werden nicht wie ein gleichwertiges Mitglied der Gesellschaft in derselben beruflichen Funktion behandelt. Vielmehr werden sie finanziell gestellt wie ein Hartz-IV-Empfänger, der nicht erwerbstätig ist, obwohl er nicht oder nicht so behindert ist, dass er nicht arbeiten könnte. Wer sich Mühe gibt und sich anstrengt, trotz der mit der Behinderung verbundenen Schwierigkeiten erwerbstätig zu sein, wird genauso behandelt wie derjenige, der sich „auf seiner Behinderung ausruht“. – Die Frage, ob sich das wirtschaftlich lohnt, darf gestellt werden. Und sie kann auch klar beantwortet werden: Nein, wirtschaftlich lohnt sich das nicht. Dieses unwiderlegliche Ergebnis steht im Widerspruch zu den Zielen der UN-BRK. Diese will für Menschen mit Behinderung die Möglichkeit der umfassenden Teilhabe ohne Diskriminierung auf Grund der Behinderung schaffen. Dem widerspricht es, Menschen mit Behinderung ungeachtet ihrer persönlichen Leistung im Erwerbsleben auf Sozialhilfeniveau abzuspeisen und einzufrieren und somit „auf das gesellschaftliche Abstellgleis zu schieben“ ohne Chance, sich daraus durch eigene Leistung zu befreien. Die UN-BRK verlangt für Menschen mit Behinderung, die für die Gesellschaft mehr Leistung erbringen als lediglich lebendig zu sein, also schlicht zu existieren, nicht nur die Sicherstellung des Existenzminimums auf Hartz-IV-Level, sondern die Möglichkeit der Teilhabe, wie sie Menschen in ansonsten gleicher Situation ohne die betreffende Behinderung haben.

### **3. Keine Hilfe vom BSG**

Doch wie gesehen: Selbst wer klagt, hat kaum Chancen auf ein sachgerechtes Urteil. Um es klar zu sagen: Nicht jeder gestellte Anspruch ist berechtigt. Und nicht jedes Urteil ist falsch. Aber es ist doch die Tendenz erkennbar, die aufgeworfenen Rechtsfragen nur durch die „fiskalische Kostenbrille“ zu beurteilen. Hier sollte eigentlich die UN-BRK hilfreich sein. Doch sie wird von den entscheidenden Stellen, auch der Rechtsprechung, zu oft einfach beiseitegeschoben. Die möglichen Gründe dafür sind vielfältig. Jedenfalls sind diejenigen, die

an sich berufen sind, den Menschen mit Behinderung in ihrer beneidenswerten Lage zur Seite zu stehen, in dieser Beziehung mitunter keineswegs hilfreich. Die oben zitierte Entscheidung des BSG ist hierfür bedauerlicherweise ein Paradebeispiel.

#### **4. Verfassungswidrige Verkennung des Menschenrechts**

Der Ansatz des BSG ist ein klarer Verstoß gegen geltendes Verfassungsrecht und gegen das Völkerrecht. Das BSG (Urteil v. 18.05.2011, - B 3 KR 10/10 R -) verweigert Menschen mit Behinderung - unter Verkennung des Rangs der UN-BRK in der deutschen Rechtsquellen-systematik - einen eigenanteilsfreien Nachteilsausgleich in Ausfüllung des Sozialstaatsprinzips auf Grund des zergliederten Anspruchsgeflechts des Sozialgesetzbuches. Denn es verweist sie auf die einkommens- und vermögensabhängigen Leistungen der Sozialhilfe. Damit gesteht es ihnen nicht das gleiche Recht auf ein Leben ohne behinderungsbedingte Nachteile wie nichtbehinderten Vergleichspersonen zu. So verweigert das BSG Menschen mit Behinderung das Menschenrecht auf Schutz vor willkürlicher Eigentumsentziehung aus Art. 17 Nr. 2 UN-Charta und auf eine soziale Ordnung, in der die allgemeinen Menschenrechte verwirklicht werden, aus Art. 28 UN-Charta. Das BSG spricht Menschen mit Behinderung damit konkludent eine qualitativ andere Menschenwürde als anderen Menschen (ohne Behinderung) zu. Damit verstößt es nicht nur gegen die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 (iVm. Abs. 2) GG. Denn es gibt nur eine allen Menschen eigene Menschenwürde. Es verstößt auch gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und das besondere Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Das Grundgesetz gesteht dem Grundrechtsträger das Grundrecht unabhängig von persönlicher Leistungsfähigkeit zu. Ja, es erklärt sogar, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Es geht davon aus, dass Menschen mit Behinderung den anderen Menschen gegenüber gleichberechtigt und mit derselben Würde ausgestattet sind (Art. 1 Abs. 1 GG) und keine parallele Menschheit mit anderen Rechten und Pflichten darstellen. Und das ist keine deutsche Erfindung. Nein, auch die UN-Charta (iVm. Art. 1 Abs. 2 GG) macht keinen Unterschied zwischen „normalen“ Menschen einerseits und Menschen mit Behinderung andererseits.

Das BSG (Urteil v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R - Rn. 21) glaubt, seine unzutreffende Rechtsansicht darauf stützen zu können, dass auch im Europäischen Rahmen, namentlich in der „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten - Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)“ des Europarates vom 04.11.1950 mit Stand 01.06.2010

und der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Grundrechte-Charta (EU-Charta)“ (2010/C 83/02 DE 30.3.2010 Amtsblatt der Europäischen Union C 83/389) keine besonderen Menschenrechte für Menschen mit Behinderung kodifiziert sind, wenn man einmal vom Diskriminierungsverbot zu Gunsten Behinderter in Art. 21 Abs. 1 EU-Charta absieht. Daher könne von einer völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung der aus den Menschenrechten für Menschen mit Behinderung folgenden Konkretisierungen der UN-BRK nicht ausgegangen werden. Die Grundlage ist richtig. Die Schlussfolgerung ist falsch. Denn sie „zäumt das Pferd von hinten auf“. Wenn die dort geregelten Menschenrechte vom Normgeber als allgemein im Sinne von „für alle Menschen“ und also auch für jene mit Behinderung gültig intendiert sind, besteht keinerlei Veranlassung oder gar Grund, für Menschen mit Behinderung gesonderte Normen zu erlassen oder die Rechtsfähigkeit von Menschen mit Behinderung oder irgend einer anderen statistischen Minderheit insoweit gesondert zu regeln.

Die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG verbietet es gerade, Menschen ihre gleichwertige Subjektsqualität abzusprechen und sie lediglich für fremde Interessen zu „verobjektieren“. Das gilt auch, wenn es der Inhaber des fremden Interesses mit den Behinderten „gut meint“.

Die Rechtsprechung des BSG zielt ersichtlich allein auf Kosteneindämmung ab. Sie verfolgt insoweit ein legitimes Ziel.

Dies zeigt allerdings, dass die UN-Charta für Menschen mit Behinderung tatsächlich nicht ausreichend ist und wie notwendig deshalb die UN-BRK ist.

## **5. Verfassungswidrige Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze**

Und ein Weiteres kommt hinzu, das aus juristischer Sicht mindestens ebenso beanstandenswert ist: Mit seiner Argumentationsweise verstößt das BSG, das immerhin ein deutsches oberstes Bundesgericht ist, gegen elementare nationale und internationale rechtsstaatliche Grundsätze:

Das BSG verstößt gegen das Menschenrecht auf wirksamen Rechtsschutz durch die Gerichte aus Art. 8 UN-Charta. Denn es verstößt gegen das Grundrecht auf rechtliches Gehör vor Gericht aus Art. 103 GG. Denn vom BSG werden die betroffenen Menschen mit Behinderung mit ihren Einwänden aus der UN-BRK nicht bzw. nicht in sachangemessenem Maße gehört. Art. 103 Abs. 1 GG bestimmt: „Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.“ Dieses „prozessuale Urrecht“ (BVerfGE Bd. 6 S. 12, 14; Bd. 55 S. 1, 6; Bd. 63 S. 332, 337;

Bd. 70 S. 180, 188; Bd. 107 S. 395, 408; Schmahl in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf zu Art. 103 GG Rn. 1), das sich auch in Art. 14 Abs. 1 und 3 IPBPR und Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK sowie als fundamentaler Grundsatz des Unionsrechts (Schmahl aaO. Rn. 2 u. V. a. EuGH Slg. 1979, 461, Rn. 8 ff. - Hoffmann La Roche st. Rspr.) in Art. 47 EU-Charta findet, steht damit in direktem funktionalen Zusammenhang mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG (Schmahl aaO. Rn. 1). „Das Äußerungsrecht ist nur sinnvoll, wenn der Berechtigte damit die gerichtliche Entscheidung beeinflussen kann.“ (Schmahl aaO. Rn. 9; Sachs zu Art. 103 GG Rn. 28). Diese Möglichkeit wird ihm abgeschnitten, wenn ihm das rechtliche Gehör ganz oder teilweise versagt wird, d. h. er entweder vor Gericht gar kein Gehör findet oder einzelne seiner Argumente nicht oder suboptimal angemessen in der stattzuhabenden Abwägung berücksichtigt und erwogen werden. Mit „jedermann“ sind auch Menschen mit Behinderung gemeint. Das Grundrecht auf rechtliches Gehör vor Gericht ist nicht bloß ein formelles Grundrecht. Die rechtsstaatliche Garantie des rechtlichen Gehörs vor Gericht bedeutet nicht lediglich, dass sich das Gericht anhören muss, was er oder sie vortragen möchte. Es bedeutet auch, dass die vorgetragenen Argumente vor der Entscheidung mit anderen, gegenläufigen, Argumenten abzuwägen sind. Und diese Abwägung hat unter Beachtung von Zweck und Inhalt von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Verfassung und Gesetzen zu erfolgen. Dabei kommt es insoweit auch auf die richtige Gewichtung der vorgefundenen Vorschriften im Verhältnis zu einander an. Diese wird maßgeblich durch ihren Rang in der Rechtsquellenhierarchie bestimmt. Indem das BSG (Urteil v. 18.05.2011, - B 3 KR 10/10 R -) den Rang der UN-BRK nicht bzw. falsch bestimmt hat, leidet seine Entscheidung unter einem Abwägungsmangel, der, weil er im Sinne adäquater Kausalität für das Entscheidungsergebnis ursächlich ist, nicht nur zur Rechtswidrigkeit, sondern zur Verfassungswidrigkeit der getroffenen Entscheidung führt. Denn insoweit ist das Grundrecht auf wirksamen Rechtsschutz (Sachs zu Art. 103 GG Rn. 48) des Menschen mit Behinderung verletzt. Und da sich der Abwägungsmangel als „conditio sine qua non“ für das Entscheidungsergebnis herausstellt, wäre die Entscheidung aufzuheben. In der Entscheidung des BSG liegt zugleich ein Verstoß gegen das Willkürverbot. Er wäre hier nur dann nicht festzustellen, wenn sich das BSG hinreichend mit der Frage beschäftigt hätte, ob vor dem Hintergrund der UN-BRK der Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile im Wege der Sozialhilfe nach dem Sozialgesetzbuch, zwölftes Buch, (SGB XII) überhaupt noch einkommens- und vermögensabhängig und mithin unter Abverlangen eines Eigenanteils des Menschen mit Behinderung gewährt werden darf. Das Gericht hätte sich damit beschäftigen müssen, ob die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit des Antragstellenden als



Bedingung für die Gewährung eines Nachteilsausgleichs überhaupt noch rechtskonform ist und vor dem Hintergrund höherrangiger Rechtsnormen bestehen kann. Diese – zugegebenermaßen neue – Frage zu beantworten, hat das BSG (BSG, Urteil v. 18.05.2011, - B 3 KR 10/10 R – und zuvor bereits BSG, Urt. v. 19.05.2009 - B 8 SO 32/07 R - BSGE 103, 171 -) jedoch umgangen, indem es nur auf die mangelnde Bedürftigkeit des Kl. verwiesen hat. Das Recht auf uneingeschränkte und effektive Anerkennung der Rechtsfähigkeit zur Justiz aus Art. 6 bis 8 UN-Charta bzw. Art. 12 UN-BRK hat auch nicht nur eine formelle Seite. Es schließt mit ein, dass die Interessen von Menschen mit Behinderung vor Gericht auch tatsächlich Gehör im Sinne von „sachangemessener“ (Schmahl aaO. Rn. 1) inhaltlicher Beachtung finden. Bislang ist das in Deutschland leider nur vereinzelt erkennbar. Ein Negativbeispiel ist die oben bereits kritisierte Entscheidung des BSG (BSG Urteil v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R -), die obendrein den Grundsatz des fairen Verfahrens missachtet.

## **E. Fazit**

Die allgemeinen Menschenrechte aus der UN-Charta werden durch die UN-BRK lediglich konkretisiert. Sie genießen auf Grund ihres völkergewohnheitsrechtlichen Charakters in Deutschland von Verfassungen wegen Geltungsvorrang gegenüber ihnen inhaltlich zuwiderlaufenden bundes- und landesrechtlichen Normen. Die allgemeinen Menschenrechte können im Lichte der UN-BRK zur Verdrängung von Leistungsausschlüssen und Leistungsbeschränkungen bis hin zur Etablierung neuer Leistungsansprüche führen. Das ist die notwendige rechtliche Konsequenz aus UN-Charta und UN-BRK, sofern dies erforderlich ist, um eine umfassende Teilhabe von Menschen mit Behinderung in der deutschen Gesellschaft zu ermöglichen, die - gemessen an der Lebenssituation nicht behinderter Vergleichspersonen - frei von Diskriminierung ist.

Daher bleibt zu wünschen, dass alsbald die Frage, ob ein behinderungsbedingter Nachteil vorliegt, der auszugleichen wäre, nicht mehr im Quervergleich unter „Behinderten“, sondern im jeweiligen Quervergleich mit Nichtbehinderten in ansonsten vergleichbarer Lebenssituation beantwortet wird. Es muss so weit kommen, dass der Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile für Menschen mit Behinderung aus dem Sozialhilferecht herausgelöst und in ein umfassendes Antidiskriminierungs- und Teilhabegesetz aufgenommen werden wird.

Dieses muss Ansprüche auf Nachteilsausgleich am individuellen Bedarf ausrichten. Es darf nicht mit am Durchschnitt bemessenen Pauschalierungen arbeiten, weil ansonsten der Nachteil des einen Behinderten nicht ausgeglichen wird, während ein anderer zu viel und mithin einen unangemessenen Vorteil erhält.

Erst wenn Menschen mit Behinderung keinen einkommens- und vermögensabhängigen Eigenanteil an dem Ausgleich ihrer behinderungsbedingten Nachteile mehr leisten müssen, wenn sie nicht mehr ungeachtet ihrer persönlichen Leistung auf Hartz-IV-Niveau eingefroren und damit „auf das soziale Abstellgleis geschoben“ werden, sind sie wahrhaft gleichberechtigt und auf Augenhöhe mit nichtbehinderten Vergleichspersonen.

Leider tut sich die Rechtsprechung bis dato größtenteils schwer, hier entsprechende wegweisende Akzente zu setzen.

Um die Entwicklung zu dem nötigen Paradigmenwechsel zu unterstützen, sollte daher für Verwaltungsverfahren und Gerichtsprozesse unter Beteiligung von Menschen mit Behinderung als Partei ein unabhängiger, weisungsfreier Vertreter des öffentlichen Interesses installiert werden, der die Interessen der Menschen mit Behinderung im Allgemeinen wahrnimmt und auf eine hinreichende Beachtung ihrer rechtserheblichen Belange achtet und hinwirkt. Er sollte selbst behindert sein und immer dann am Verfahren beteiligt werden müssen, wenn und soweit der betreffende Mensch mit Behinderung das wünscht.

## **F. Ausblick**

Je mehr die UN-BRK im allgemeinen Bewusstsein, insbesondere der Entscheidungstragenden in Politik, Verwaltung und Rechtsprechung, ankommt, umso mehr werden bestehende Regelungssysteme und Regelungsinhalte hinterfragt werden. U. a. folgende Fragestellungen drängen sich auf:

- Konkretisiert UN-BRK (insb. Art. 10 und 5) das Recht auf Leben aus Art. 3 UN-Charta bzw. das Recht auf Freiheit von grausamer unmenschlicher Behandlung aus Art. 5 UN-Charta zu einem Recht auf Nichtabtreibung behinderter Föten aus anderen Gründen als aus jenen, aus denen heraus nicht behinderte Föten abgetrieben werden dürfen? -Nein (s. Präambel UN-Charta „Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen unveräußerlichen Rechte aller Menschen“)?
- Konkretisiert UN-BRK (insb. Art. 7) das Recht auf Bildung aus Art. 26 UN-Charta zu einem Recht auf gemeinsamen Kindergartenbesuch behinderter Kinder mit nichtbehinderten Kindern? -Ja.

- Konkretisiert UN-BRK (insb. Art. 24) das Recht auf Bildung aus Art. 26 UN-Charta zu einem Recht auf gemeinsamen Unterricht (GU) behinderter Schülerinnen und Schüler mit nichtbehinderten Schülerinnen und Schülern an allgemein bildenden Schulen? Und gilt das für jede Schulform? -Ja, jedenfalls in der Grundschule. Und hernach an der Schulform, die den kognitiven Fähigkeiten des Kindes mit Behinderung am nächsten gerecht wird. Dazu im Grundsatz Sachs zu Art. 3 GG Rn. 316 uVa. BVerfGE 96, 288 (303 ff.)?
- Konkretisiert die UN-BRK (insb. Art. 24) das Recht auf Bildung aus Art. 26 UN-Charta zu einem Recht auf nichtinkluisiven Unterricht an Förderschulen? -Ja, wenn das Kindeswohl das verlangt und die Eltern es wollen (Art. 26 UN-Charta)?