

## Forum D

Entwicklungen und Reformvorschläge  
– Diskussionsbeitrag Nr. 14/2013 –

27.05.2013

### **Verfassungsrecht und „Eingliederungshilfe“ – Ein Leistungsgesetz zur sozialen Teilhabe für Menschen mit Behinderungen? – Teil 2**

*von Dr. Wolfgang Schütte, Professor für Sozialrecht an der Hochschule für Angewandte  
Wissenschaften Hamburg, Fakultät Wirtschaft und Soziales*

Glaukt man den Berichten über die Bund-Länder-Verhandlungen zum Europäischen Stabilitätsmechanismus ESM, dann wird der Bund in der kommenden Legislaturperiode den Ländern und Gemeinden bei der Finanzierung der „Eingliederungshilfe für behinderte Menschen“ nach §§ 53 ff. SGB XII weit entgegenkommen.<sup>1</sup>

Die ganz große „Koalition“, die im Bundestag und im Bundesrat für die Ratifizierung der EU-Vereinbarungen erforderlich war, um eine verfassungsändernde Mehrheit zu erreichen, hat damit den Weg für ein Leistungsgesetz zur sozialen Teilhabe bei Behinderungen frei gemacht. Dabei soll der Bund künftig einen wesentlichen Anteil der heute für die „Eingliederungshilfe“ verauslagten gut 13 Milliarden Euro übernehmen.<sup>2</sup>

Die sozialrechtlichen Konturen eines künftigen Leistungsgesetzes lassen sich aus einer kritischen Betrachtung der bisherigen §§ 53 ff. SGB XII und ihrer Garantie- und Steuerungsfunktion erarbeiten. Wichtige Informationen zum Stand der Fachdebatte ergeben sich auch aus den Beratungen der Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) in den vergangenen sechs Jahren: Dazu Teil 1 dieses Aufsatzes.<sup>3</sup>

Teil 2 befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Bezügen eines solchen Gesetzesvor-

---

derte Menschen e. V. vom 26. Juni 2012, <http://www.bagwfbm.de/article/1798>. Alle Beobachter scheinen sich aber einig zu sein, dass die „Eingliederungshilfe“ des SGB XII nunmehr durch ein eigenes Leistungsgesetz des Bundes abgelöst werden soll. Für den 22. Oktober 2012 hatte das BMAS zu einem ersten Gespräch über dieses Gesetzesprojekt die Verbände geladen. Siehe den Fronttext von RdLH. 3/2012.

<sup>3</sup> NDV 12/2012. Siehe auch die einschlägigen Stellungnahmen des Deutschen Vereins, u. a.: NDV 2009, S. 253 ff. (Bedarfsermittlung), NDV 2010, S. 467 ff. (Eingliederungshilfe und Kinder-/Jugendhilfe), NDV 2010, S. 527 ff. (Pflegebedürftigkeit und Eingliederungshilfe).

---

<sup>1</sup> Z. B. FAZ vom 13. Juli 2012, S. 14, „Grundsicherung für Kommunen“.

<sup>2</sup> Im Gespräch ist eine hälftige Aufteilung der gegenwärtigen Aufwendungen für die „Eingliederungshilfe“ von 13,8 Mrd. Euro, siehe FAZ, Anm. 1. Andere Berichte legen nahe, dass ein Streit um die Höhe der Bundesbeteiligung noch bevorsteht; siehe die Pressemitteilung der Bundesarbeitsgemeinschaft Werkstätten für behin-

habens.<sup>4</sup> Ziel ist es, dieses rehabilitationsrechtliche legislative Projekt in der verfassungsrechtlichen und -politischen Diskussion zu verorten und damit den gesetzgeberischen Auftrag und seinen Rahmen zu präzisieren. Betrachtet werden vor allem die Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.

Der Beitrag schließt mit einem Aufgabenkatalog, der sich aus weitergehenden sozialrechtlichen Optionen des Gesetzesvorhabens für ein modernes Leistungsgesetz zur sozialen Teilhabe ergibt.

Dabei wären dann einzubeziehen: die Systematik und Entwicklung des Sozialgesetzbuchs – SGB – außerhalb des SGB XII, die UN-Behindertenrechtskonvention – BRK –, die Diskussionen zur Rolle staatlicher Instanzen als Gewährleistungsträger („Neues Verwaltungsrecht“), Positionen von Betroffenenverbänden, etwa des Forums behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) und die Resultate der Modellversuche und Fachdiskussionen zur Autonomieförderung und zum Sozialraumbezug. Die im Augenblick kursierenden Stellungnahmen und Grundlagenpapiere aus den Fachverwaltungen<sup>5</sup> nehmen von diesem rechtspolitischen Kontext noch recht wenig Notiz.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Thematisch geht es in diesem Beitrag um Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft. Teilhabe am Arbeitsleben und medizinische Rehabilitation bleiben weitgehend außen vor. Zum rechtlichen Schwerpunkt und zur funktionalen Breite der heutigen „Eingliederungshilfe“ bezogen auf die Leistungsgruppen nach § 5 SGB IX: Teil 1, sub 2.3.

<sup>5</sup> Grundlagenpapier zu den Überlegungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen“ der Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) vom 23. August 2012; dazu im gleichen Papier: Vorbemerkungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

<sup>6</sup> Der Aufsatz fußt insgesamt auf einer Buchveröffentlichung, mit der eine Reihe von Tagungen zum Behindertenrecht an der Hochschule für An-

## I. Reformpolitik und Verfassung: Überblick

Das Verfassungsrecht kann in die sozialpolitische Diskussion um ein künftiges Leistungsgesetz zur sozialen Teilhabe zwei maßgebliche Gesichtspunkte einbringen, indem es den doppelten Auftrag des Sozialgesetzgebers präzisiert: Er möge die Grundrechte zeitgemäß konkretisieren; und die rechtsstaatlichen Verfahren und angemessenen Ressourcen zur Implementierung sozialer Rechte bereitstellen.

Im Folgenden möchte ich der Betrachtung verfassungsrechtlicher Bezüge ein paar methodische Bemerkungen zum Wechselverhältnis von Politik und Verfassung voranstellen (siehe II.). Sodann soll auf die Verfassungsgeschichte zum bisherigen Gesetzesstand der „Eingliederungshilfe“ verwiesen werden, wobei einige Anfragen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) an das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) und das SGB XII noch heute aktuell sind (siehe III.). Die wichtigsten grundrechtlichen Prüfmaßstäbe für ein künftiges Leistungsgesetz finden sich im Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und in den Benachteiligungsverboten sowie in den rechtsstaatlichen Transparenzgeboten (Art. 1, 3, 20 GG) (siehe IV.<sup>7</sup>). Kompetenzordnung und Finanzverfassung spricht das Grundgesetz (GG) in den Staatszielbestimmungen des Art. 20 GG und im organisationsbezogenen Teil des

---

gewandte Wissenschaften Hamburg – HAW – abgeschlossen wurde: W. Schütte (Hrsg.): Abschied vom Fürsorgerecht. Von der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen zum Recht auf soziale Teilhabe, Münster u. a. (Lit-Verlag) 2011. Darin Beiträge von C. Hohmann-Dennhardt, P. Masuch, G. Igl, T. Flint, H.-S. Haas, M. Treber, T. Klie, A. Welke, P. Gitschmann, I. Tscheulin, L. Flemming, U. Holschbach, K. Lachwitz, H. Frehe u. a. sowie W. Schütte.

<sup>7</sup> Diese Punkte erscheinen im nächsten Beitrag, Teil 3 dieses Aufsatzes.

Grundgesetzes an; sie werden hier nicht weiter erörtert. In einem Fazit soll vielmehr der grundrechtliche verfassungsrechtliche Korridor beschrieben werden, in dem sich ein Teilhabegesetz bewegen müssen (siehe V.<sup>8</sup>). Welche weiteren Fragen auf den Gesetzgeber aus sozialrechtlicher Sicht warten, listet am Schluss der Ausblick auf (siehe VI.<sup>9</sup>).

## II. Leistungsgesetz und „verfassungsmäßige Ordnung“

„Die Gesetzgebung“, so bestimmt es Art. 20 Abs. 3 GG, „ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Auch der demokratisch legitimierte parlamentarische Gesetzgeber wird also durch den Verfassungstext auf eine höhere Ordnung verpflichtet, die seine Handlungsfreiheit begrenzt. Verletzt das Parlament diesen Rahmen, gerät es in Gefahr, auf diese Grenzen von anderen Verfassungsorganen folgenreich hingewiesen zu werden: Der Bundespräsident hat die Macht, einem vom Parlament beschlossenen Gesetz die Ausfertigung zu versagen.<sup>10</sup> Und insbesondere das Bundesverfassungsgesetz kann kraft seiner richterlichen Prüf- und Verwerfungskompetenz Gesetze für nichtig erklären und Korrekturen fordern.<sup>11</sup>

Nun ist die „verfassungsrechtliche Ordnung“ als Maßstab des Behindertenrechtes nicht etwas, was durch einen Blick in den Text des Grundgesetzes einfach zu entdecken wäre. Sie ist juristisch-dogmatisch ein Konstrukt

der Fachgesellschaft (Scientific Community), ein Arbeitsergebnis praktisch und wissenschaftlich arbeitender Juristen. Methodisch ist sie günstigenfalls das Ergebnis einer Auslegungshermeneutik, die die Verfassungsgeschichte und die soziokulturellen Veränderungen in der gesellschaftlichen Reaktion auf Behinderungen miteinander in Verbindung bringt. Verfassungsexegese in jeglicher Form schließt die Betrachtung des Grundgesetzes und seiner Aktualisierung in Rechtsprechung und Wissenschaft mit ein. Gleichzeitig haben der Gesetzgeber wie auch die Justiz die außerrechtlichen Sachgebiete zu erschließen, um im Rahmen ihrer sozialstaatlichen Gewährleistungspflichten zu möglichst gut begründbaren Lösungen zu gelangen.<sup>12</sup>

Die Deutung der Verfassung als aktualisierter Text hat dabei eine begrenzende und eine visionäre Funktion: Sie limitiert den Spielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf Mindeststandards bei der Bereitstellung sozialer Leistungen und bei der Kompetenzordnung des Grundgesetzes. Und: Sie eröffnet Brücken zu gesellschaftlichen Entwicklungen und gewandelten Anschauungen und macht das Sozialrecht damit „anschlussfähig“ an eine moderne Rechts- und Sozialkultur. Im Sozialrecht begegnet man dabei allerdings einer besonderen Politiknähe – und damit spezifischen Schwierigkeiten, eine ranghöhere Rechtsordnung als Kontrollmaßstab gesetzgeberischer Entscheidungen ins Feld zu führen.

Die in Art. 20 Abs. 3 GG angesprochene „verfassungsmäßige Ordnung“ verweist zwar auf einen „sozialen“ Rechts- und Bundesstaat, in dem die Wahrung der Menschenwürde eine herausragende Verpflichtung aller staatlichen Gewalt darstellt und in dem die kodifizierten Grundrechte unmittelbare

<sup>8</sup> Dieser Punkt wird im nächsten Beitrag erläutert, in Teil 3 des Aufsatzes.

<sup>9</sup> Dieser Punkt wird im nächsten Beitrag erläutert, im dritten Teil des Aufsatzes.

<sup>10</sup> Zur Aufgabe des Bundespräsidenten im Rahmen der Gesetzgebung des Bundes: Art. 82 GG.

<sup>11</sup> Zur Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts: Art. 93 GG. Zur Bindungswirkung der Entscheidungen gegenüber anderen Verfassungsorganen: § 31 BVerfGG.

<sup>12</sup> Zur Methodik des Verfassungsrechts statt vieler: F. Müller/R. Christensen: Juristische Methodik, Bd. 1, 10. Aufl., 2009. Kritisch zur Verfassungsinterpretation durch das BVerfG etwa: C. Möllers u. a.: Das entgrenzte Gericht, 2011.

rechtliche Wirkung entfalten (Art. 1, 20, 28 GG). Damit ist der soziale Rechtsstaat „ein Staat, dessen soziale Politik durch das soziale Staatsziel eine wesentliche Rechtfertigung und einen Ansporn von höchster Autorität bekommt. Und er ist zudem ein Staat, dessen Politik kraft der Institutionen und Prinzipien des Rechtsstaats eine differenzierte und vertrauenswürdige Gestalt gewinnt. Aber die Inhalte der Politik kommen aus der Dynamik der bundesstaatlich strukturierten Demokratie.“<sup>13</sup>

Versuche, aus der Verfassung direkt Maßstäbe für sozialrechtliche Anpassungen zu deduzieren, können daher zu Missverständnissen führen. Nach der langen staatsrechtlichen Kontroverse um den normativen Gehalt des Sozialstaatsprinzips<sup>14</sup> ist Hans Zacher solchen Fehldeutungen immer wieder entgegengetreten: „Es ist an der Zeit, von der Erwartung Abstand zu nehmen, Verfassungsinterpretation ergäbe den Sozialstaat. Den Sozialstaat zu definieren, ist ein politisches Geschäft.“<sup>15</sup> Das hat im Wesentlichen zwei Hintergründe: Die Unschärfe der verfassungsrechtlichen Vorgaben; und die Verpflichtung des sozialen Rechtsstaates auf das demokratische Prinzip, die nicht nur eine Mehrheitsbildung ad hoc erlaubt und verlangt, sondern auch eine Entwicklung der Rechtsmaterie in der Zeit. Klargestellt hat Hans Zacher immer wieder, dass das Sozialrecht seine politischen Wurzeln nicht verleugnen kann. Es muss sich selbst als „geronnene Politik“ begreifen.

Die Diffusion von Politik und Recht ist allerdings eine wechselseitige; und sie gilt auch

in die Zukunft hinein. Wenn im Dialog mit dem Verfassungsrecht die Interpretation des Grundgesetzes dabei allerdings auf die limitierende Wirkung begrenzt wird, gelangt man zu einer künstlichen Gegenüberstellung von Recht und Politik.<sup>16</sup> Denn die Erfahrungen im Umgang mit rechtlichen Regelungen und deren Wirkungen sind maßgebliche Erfahrungstatbestände einer Politik der Verfassungskonkretisierung. Damit erhält die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Verfassungsrecht und der bisherigen Entwicklung des Sozialrechts eine zukunftsgerichtete Funktion als Politikquelle.<sup>17</sup>

Das ist für die Jurisprudenz nicht ohne Risiken: Je näher sich die Jurisprudenz auf politische Handlungsbedingungen einlässt, umso gefährdeter werden disziplinäre Selbstbeschreibungen und Erwartungen entlang der Linie richtig/falsch und stabil/instabil.<sup>18</sup> Das folgt schon aus der Zeitdynamik des Sozialen. Wenn ein Gesetz absehbar nur eine sozialpolitische Etappe markiert, quasi ein Innehalten in der Zeit, dann enthält jede Novellierung eines Gesetzes ein Moment der Wahl, jedes Gesetz einen Aspekt von Kontingenz.

Insofern bietet es sich an, das Thema „Verfassungsrecht und ‚Eingliederungshilfe‘“ im Wege einer diskursiven Annäherung zu bearbeiten und auf den Habitus der Wahrheitsverkündung möglichst zu verzichten. Dazu erscheint ein Blick auf rechtshistorische Erfahrungen geeignet (III.), ehe auf den Stand der Verfassungsdogmatik und ihre Bezüge zum Behindertenrecht eingegangen wird (IV., V.).

<sup>13</sup> H. Zacher, Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen, in: G. Igl/F. Welti: Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaates für Personen mit Behinderung, Wiesbaden 2001, S. 1 ff.

<sup>14</sup> Dazu jüngst mit breitem historischem Hintergrund: M. Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, S. 278 ff.

<sup>15</sup> H. Zacher: Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? Festschrift H.P. Ipsen, Tübingen 1977, S. 207 ff., 266.

<sup>16</sup> Sehr abgrenzend: F. Ruland: Sozialpolitik und Sozialrecht, NZS 2012, S. 321 ff.

<sup>17</sup> Wie auch die Gesetzesbegründungen als „historische“ Quellen für juristische Auslegungen und Einzelfallentscheidungen herangezogen werden. Zur „historischen Methode“: F. Müller/R. Christensen: Juristische Methodik (Fn. 9).

<sup>18</sup> Zur Ambivalenz von Kontinuität und Anpassungsfähigkeit: Ruland (Fn. 13), S. 326.

### III. Verfassungsgeschichte

Die Verfassungsgeschichte der vergangenen fünf Jahrzehnte kann uns zu einigen sensiblen Themen im Schnittbereich von Grundgesetz und Behindertenrecht leiten, die auch bei einem künftigen Leistungsgesetz zur sozialen Teilhabe Gestaltungsfragen aufwerfen. Die Einführung des BSHG im Jahre 1961 war begleitet von einer Verselbstständigung des fürsorgerechtlichen Diskurses, der erhebliche verfassungsrechtlich relevante Gefahren für die Autonomie der Leistungsberechtigten mit sich brachte. Es sind vor allem die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu zwei Themen, die in die Jetztzeit fortwirken und bei einer nächsten Gesetzesnovelle zur „Eingliederungshilfe“ Beachtung verdienen, nämlich zur Stellung des Leistungsberechtigten zwischen Freiheit und Zwang und zur individuellen Leistungsbestimmung hin zu sozialer Teilhabe.

#### Autonomie des Leistungsberechtigten

Das mit maßgeblicher verbandlicher Beteiligung ausformulierte BSHG enthielt noch die Möglichkeit, Prostituierte oder nach damaligen Maßstäben in anderer Weise unangepasste Personen gegen ihren Willen in geschlossene Einrichtungen einzuweisen. Die Zwangseinweisung „Gefährdeter“ in geschlossene Anstalten zum Zweck der „Besserung“ wurde am 18. Juli 1967 vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit dem schneidenden Hinweis aufgehoben, der Staat habe nicht die Aufgabe, seine Bürger zu „bessern“, und deshalb auch nicht das Recht, ihnen die Freiheit zu entziehen, nur um sie zu „bessern“, ohne dass sie sich selbst oder andere gefährdeten, wenn sie in Freiheit blieben<sup>19</sup>. Dementsprechend wurde

<sup>19</sup> Stolleis: Geschichte des Sozialrechts, Stuttgart 2003, S. 221. Zum Streit um § 73 Abs. 2 BSHG und die zwangsweise Unterbringung „gefährdeter“ Mädchen und Frauen detailliert: Willing: Das

§ 73 Abs. 2 Satz 3 BSHG alte Fassung für nichtig erklärt.<sup>20</sup>

Eine andere Konfliktlinie ergab sich aus dem Zusammenwirken staatlicher Finanzierung und wohlfahrtsverbandlich organisierter Leistungserbringung. Hier kämpften die Verbände in den 1960er-Jahren bis zum Bundesverfassungsgericht um ihre ökonomische und auch leistungsdefinierende Vormachtstellung, die ihnen das Bundesverfassungsgericht allerdings letztlich versagte.<sup>21</sup> Die damals gefundene Kompromissformel zu den wechselseitigen Kooperationspflichten ermöglichte eine regionale und örtliche Verständigung zwischen staatlichen Leistungsträgern und gemeinnützigen Einrichtungen und Diensten, verlagerte die Konflikte aber auch in Vertragskommissionen und Schiedsstellen.<sup>22</sup>

Hinter beiden Themen lauert die nach wie vor ungeklärte Frage nach der rechtlichen Autonomie eines Leistungsberechtigten, wenn er denn in die Situation eines fürsorgerechtlichen „Hilfebedarfs“ gerät. Die mit Zwangseinweisungen verknüpfte direkte Freiheitseinschränkung, die einige Fürsorgeverbände 1961 mit ihrem Insistieren auf sozialkontrollierenden moralisierenden „Hilfsangeboten“ nicht aufgeben mochten, dürfte in der Zukunft keine Rolle mehr spielen. Doch ganz vom Tisch ist das Thema „Zwangseinweisung“ nicht, wie der nach wie vor gültige Mehrkostenvorbehalt gegenüber ambulanten Leistungen ahnen lässt.<sup>23</sup> Offen

Bewahrungsgesetz, Tübingen 2003, dort auch zur Rolle des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge und des Katholischen Vereins für Mädchen, Frauen und Kinder.

<sup>20</sup> BVerfGE 22, 218 ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 22, 180 ff.

<sup>22</sup> Siehe die heute gültigen Regelungen in §§ 75 ff. SGB XII; dazu die Kommentierung von T. Flint, in: Grube/Wahrendorf: SGB XII. Kommentar, 4. Aufl., München 2012. Grundsätzlich zum Verhältnis von staatlichen Leistungsträgern und Freier Wohlfahrtspflege: V. Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, Berlin 1992.

<sup>23</sup> § 13 Abs. 3 Sätze 3–5 SGB XII.

erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des Zusammenwirkens staatlicher Leistungsträger und staatsexterner Leistungsanbieter, wie der Gesetzgeber mit den mittelbaren Autonomiebeschränkungen umgeht, die sich für die Berechtigten aus der Implementierung der Unterstützungsangebote und der Gestaltung der Infrastruktur ergeben (können).

Die Eckpunkte der Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) nehmen zwar die alte Konfliktlinie um das Verhältnis staatlicher Leistungsträger und nichtstaatlicher Leistungsanbieter wieder auf – zugunsten einer Verlagerung der Leistungssteuerung in den staatlichen Bereich. Doch die Rolle der Leistungsberechtigten und ihre Freiheit zur individuellen Lebensgestaltung bleiben dort ebenso im Dunkeln wie etwaige fachliche Qualitätsmaßstäbe bei der Ermittlung des Leistungszugangs und der Assistenzgestaltung.<sup>24</sup> Da Menschen mit Behinderungen auch in Zukunft die Strukturen der Dienstleistungslandschaft nicht erst selbst schaffen können, wenn sie darauf angewiesen sind, wird die realisierte Autonomie ganz wesentlich von der Ausgestaltung der Leistungen und dem Einfluss ihrer Vertretungen auf die Verträge und Schiedsentscheidungen abhängen.

### **Soziale Teilhabe und Benachteiligungsverbot**

Zur Verfassungsgeschichte des Behinderterrechts gehören – neben der Spannung zwischen Hilfesystem und Autonomie der Leistungsberechtigten – auch noch die Versuche, soziale Teilhabe im Angesicht des Benachteiligungsverbotese näher zu bestimmen.

Grundrechtsdogmatisch ist Teilhabe ein Aspekt der Grundrechtsrealisierung, der Ausgestaltung und Realisierung individueller Freiheitsräume im Umfeld des Sozialstaates. Dies hat die Verfassungsrechtsprechung

frühzeitig erkannt, als sie aus der Gewährung subjektiver Freiheitsrechte durch das Grundgesetz folgerte, mit der programmatischen Deklaration einer Staatsferne sei real und individuell für die Freiheitssphäre der Grundrechtssubjekte oft wenig gewonnen, vielmehr hänge die Verwirklichung der Freiheitsrechte vielfach von positiv gestaltendem staatlichen Handeln ab. Insofern könnten aus den staatsfern und „negativ“ konstruierten grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen des Grundgesetzes „positive“ Handlungspflichten staatlicher Gewalten resultieren.<sup>25</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat die wichtigsten Eckpunkte bereits 1975 in seiner Entscheidung über die Waisenrente für Erwerbsunfähige beschrieben:<sup>26</sup>

*„Gewiss gehört die Fürsorge für Hilfsbedürftige zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates (...) Die staatliche Gemeinschaft muss ihnen jeweils die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie soweit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung in der Familie oder durch Dritte zu fördern sowie die nötigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen.“*

Das Gericht verweist in der genannten Entscheidung insbesondere auf die staatlichen Schutzpflichten und bezieht sich dabei auf eine erweiterte Grundrechtsgeltung, die über eine Gewährleistung von Abwehrrechten hinausgeht. Im Angesicht extremer Hilfebedarfe mutieren grundrechtliche Freiheiten zu Handlungspflichten des Gesetzgebers, weil

<sup>24</sup> Siehe Teil 1, NDV 12/2012, sub 3.

<sup>25</sup> Zum Charakter der Grundrechte als Teilhaberechte: F. Welti: Behinderung und Rehabilitation, 2005, S. 540 ff. Zur Wissenschaftsgeschichte: M. Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (Fn. 11), S. 506 ff.

<sup>26</sup> BVerfG vom 18. Juni 1975, BVerfGE 40, 121, 133 f.; ähnlich auch vom 21. Juni 1977, BVerfGE 45, 187, 228; vom 29. Mai 1990, BVerfGE 82, 60, 85.

die Berechtigten bei der Realisierung ihrer Grundfreiheiten auf sozialstaatliche Leistungen als Freiheitsvoraussetzungen existenziell angewiesen sind.<sup>27</sup> Wo dies der Fall ist, hat der Gesetzgeber Vorsorge zu treffen, dass auch atypische Bedarfe gedeckt und auch solche Leistungen gewährt werden, deren „Erfolg“ im Sinne positiver Veränderungen nicht als wahrscheinlich anzusehen ist.<sup>28</sup> Wieweit diese Erweiterung des grundrechtlichen Geltungsbereichs auch für Gleichheitsrechte ausgedehnt wurde, kann man an der Verfassungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG anschaulich demonstrieren. Hier wurde 1994 ein zunächst negativ gemeintes Diskriminierungsverbot, die Gleichberechtigung von Mann und Frau, ergänzt um die Möglichkeit einer „positiven Diskriminierung“ im Sinne besonderer staatlicher Förderung, die auch zulasten der gesellschaftlichen Stellung anderer gehen darf.<sup>29</sup>

Der Gesetzgeber ist als „Grundrechtskonkretisierer“ bei solchen Gestaltungsaufträgen nicht nur gehalten, die Grundrechte als abstrakte Orientierungen wahrzunehmen, sondern auch gleichsam ihre Implementierung im gesellschaftlichen Austausch im Auge zu behalten – und auch zu verantworten. Die Interpretation der Grundrechte als Teilhaberechte ist verfassungsgeschichtlich gesehen der Versuch, diese Wechselwirkungen von Norm und Realität dogmatisch zu bearbeiten und Aspekte des gesellschaftlichen Wandels normverträglich so zu transformieren, dass daraus rechtsverträgliche Geltungsansprüche resultieren. Diese Bezugnahme von Norminterpretation auf ge-

sellschaftliche Realitäten nötigt zur empirischen Sorgfalt bei der Beschreibung normrelevanter Sachbereiche und der Bewertung dessen, was denn aus den Grundrechtspostulaten in der gesellschaftlichen Realität wird; andererseits nötigt es zu einer großen Vorsicht bei der Identifikation von rechtlichen Interventionspunkten, will man den gesetzgeberischen Handlungsspielraum nicht über angenommene Verfassungspflichten so weit reduzieren, dass Konflikte mit dem demokratischen Prinzip unausweichlich werden.

Was dies bislang für den gesetzgeberischen Auftrag zur Grundrechtskonkretisierung bedeuten kann, lässt sich im Recht der Behinderungen am inzwischen historischen Sonderschulbeschluss des Bundesverfassungsrechts ersehen.<sup>30</sup> Das Gericht hatte 1997 darüber zu entscheiden, ob der damals noch neue Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG<sup>31</sup> eine gemeinsame Erziehung und Unterrichtung von schulpflichtigen behinderten und nichtbehinderten Kindern an allgemeinen öffentlichen Schulen verlangt. Im Ergebnis hat das Gericht dem schul- und integrationspolitischen Anliegen bezeugt, programmatisch spreche Einiges dafür, eine solche gemeinsame Bildung im Regelschulwesen anzustreben; doch mochte das Gericht sich nicht darauf festlegen, dass dies für alle Zeit und jeden Fall verbindlich aus den Grundrechten zu folgern sei. Insbesondere sah es das Gericht nicht als Verletzung des Benachteiligungsverbot an, wenn der niedersächsische Landesgesetzgeber dieses Bildungsangebot unter den Vorbehalt des organisatorisch und finanziell Machbaren stellte.

Gleichzeitig sicherte das Gericht der ausführenden Schulbehörde eine Einschätzungsprärogative zu, um im Rahmen schulpolitischer und schulrechtlicher Leitentscheidungen im Einzelfall abzuwägen, ob die mit der

<sup>27</sup> Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung und zu den Diskussionen in der Vereinigung der Staatsrechtslehrer: jetzt M. Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (Fn. 11), S. 509 ff.

<sup>28</sup> Dies scheint mir der Kern des „Nikolausbeschlusses“ des Bundesverfassungsgerichtes zu sein. BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2004, 1 BvR 347/98.

<sup>29</sup> Art. 3 Abs. 2 in der Fassung des 42. GG-ÄnderungsG vom 27. Oktober 1994.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1997, 1 BvR 9/97.

<sup>31</sup> F. Welti: Behinderung und Rehabilitation (Fn. 22), S. 292 ff. u. ö.

Regelbeschulung eröffneten Chancen nicht zu unververtretbaren Belastungen der Einrichtungen oder anderer Dritter, etwa anderer Schüler, führen könnte. Hier gebe es eine Letztverantwortung der Schulbehörde mit einer Entscheidungsfreiheit, die nicht auf den Vollzug gutachterlicher Stellungnahmen festgelegt sei. Andererseits erscheine es notwendig, die Grundrechtspositionen des behinderten Schülers und seiner Eltern aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 3 Satz 2 „angemessen zur Geltung“ zu bringen. Widerspricht der Entscheidung den Wünschen der Beteiligten, so obliegt „im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 ... der Behörde aber gerade in diesem Fall eine gesteigerte Begründungspflicht“.<sup>32</sup>

Eine die staatliche Leistungspflicht aus Art. 3 Abs. 3 GG begrenzende Sichtweise hat das Verfassungsgericht auch auf das Sozialrecht, nämlich auf die Nichtaufnahme eines behinderten Kindes in einen integrativen Regelkindergarten, angewandt. Nach dem SGB VIII bzw. den landesrechtlichen Vorschriften im niedersächsischen Kindertagesstättengesetz besteht danach kein unbedingtes subjektives öffentliches Recht auf Aufnahme eines behinderten Kindes in eine solche Regelbetreuung.

Zwar sei „mit Rücksicht auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ... der Staat grundsätzlich gehalten, für behinderte Kinder Einrichtungen bereitzuhalten, die auch ihnen eine sachgerechte Erziehung, Bildung und Ausbildung ermöglichen. Danach wäre ein genereller Ausschluss der Möglichkeit einer gemeinsamen Erziehung von behinderten Kindern mit nichtbehinderten Kindern nicht zu rechtfertigen (vgl. in Bezug auf die schulische Erziehung, BVerfGE 96, 288, 304). Es ist allerdings von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass der Staat die zielgleiche wie die zieldifferente integrative Erziehung unter den Vorbehalt des organisatorisch,

<sup>32</sup> Welti (Fußn. 22), Rdnr. 66.

personell und von den sächlichen Voraussetzungen her Möglichen stellt (vgl. BVerfGE 96, 288, 305).“<sup>33</sup> So der erste Senat noch 2005.

Die damalige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hat bei Betroffenen und Eltern, auch bei Verbänden und in Teilen der Verfassungsrechtswissenschaft Enttäuschung hervorgerufen: Was war von einem neuen Grundrecht (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) zu halten, das erst im Zuge der Verfassungsrevision nach der Wiedervereinigung absichtsvoll in das Grundgesetz eingefügt worden war, wenn es in entscheidenden Fragen wie der integrativen Beschulung keine Handhabe gegen zweideutige gesetzliche Vorschriften und eine zögerliche Verwaltungspraxis bieten konnte?

Eine der damals maßgeblichen Richterinnen, Christine Hohmann-Dennhardt, hat in einem Hamburger Vortrag die Beschlüsse des BVerfG damit kommentiert, das Gericht habe das Grundrecht sehr wohl ernst genommen und die rechtliche Existenz besonderer gesetzgeberischer Schutzpflichten betont, die konkrete Ausgestaltung aber in der Obhut von Politik und Fachverwaltungen belassen müssen.<sup>34</sup> In einer mündlichen Diskussion hat sie darauf hingewiesen, dass das Kind, das die Eltern in Niedersachsen im Jahre 2005 so gern in einen Regelkindergarten gebracht hätten, an einer „Glasknochenkrankheit“ leidet. Die Gefahr von Knochenbrüchen sei durch ärztliche Gutachten belegt gewesen. Unter diesen Umständen sei es dem Gericht unmöglich gewesen, einen unbedingten Rechtsanspruch auf Zugang zu einer Regeleinrichtung anzunehmen, wenn gleichzeitig Zweifel nicht ausgeräumt sein

<sup>33</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2006, 1 BvR 91/06, hier Rdnr. 10. Die 1. Kammer des Ersten Senats hat die Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf den Beschluss aus dem Jahre 1997 zum niedersächsischen Sonderschulgesetz nicht zur Entscheidung angenommen.

<sup>34</sup> C. Hohmann-Dennhardt, in: W. Schütte (Fn. 6), S. 61 ff.



konnten, ob das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit darunter leiden würde.

Man kann an den Entscheidungen zu den niedersächsischen Gesetzen den Prozesscharakter der Verfassungsrechtsprechung und seine Randbedingungen verdeutlichen, wenn man nicht gar von historischen Zufälligkeiten sprechen möchte. In einer etwas anderen Fallkonstellation hätten die Verfassungsbeschwerden durchaus Erfolg haben können. Ob die Verbände danach gut beraten waren, von einer verfassungsrechtlichen Klärung abzusehen, wieweit das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG als Leistungsversprechen zur sozialen Teilhabe anzusehen ist, ist eine offene Frage. Jedenfalls lehrt uns die Verfassungsgeschichte, dass die juristische Balancierung von Verfassung und sozialen Rechten durch Beteiligung gesellschaftlicher Akteure durchaus gestaltbar ist – im Positiven wie im Negativen.

### Desiderate 2010

Mit Blick auf die „Eingliederungshilfe“ und ihre schon damals diskutierte Novellierung verweist die ehemalige Verfassungsrichterin Christine Hohmann-Dennhardt auf die bisherigen Entscheidungslinien der Bundesverfassungsgerichts und mahnt für eine künftige gesetzliche Regelung zur sozialen Teilhabe eine stärkere Berücksichtigung der Berechtigten und ihrer Grundrechte an. Anlässlich der Debatte um die Sonderschulen reflektiert sie die Schwierigkeit des Verfassungsrechts, jenseits eines Grundbekenntnisses zur Menschenwürde, zum Gleichheitssatz, zum Benachteiligungsverbot und zum Sozialstaatsprinzip konkrete Gestaltungsalternativen aus der Verfassung zu entnehmen. Um dann fortzufahren:

*„Allerdings bedeutet das nicht, dass die Verfassung über das Ob von Integrationshilfen für Behinderte hinaus keine weiteren Vorgaben enthält. Denn, wie schon erwähnt, hat*

*das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, dass bei allem staatlichen Handeln zur Erfüllung seines Sozialstaatsauftrages und seiner grundrechtlichen Schutz- wie Förderpflichten ein Mindeststandard nicht unterschritten werden darf. Das gilt nicht nur für die Sicherung des Existenzminimums, sondern auch für ein Minimum an Unterstützung zur Eingliederung Behinderter in das berufliche, gesellschaftliche und kulturelle Leben.<sup>35</sup> Es ist zwar auch hier sehr schwierig, dieses Mindestmaß an Hilfe bezogen auf eine bestimmte Leistung verfassungsrechtlich festzumachen. Doch es kann Art. 3 Abs. 1 GG entnommen werden, dass der Gesetzgeber gehalten ist, selbst bestimmte Mindeststandards für Hilfen festzulegen, die fachlichem Rat genügen und allen Behinderten zukommen bzw. zugänglich sind. Darüber hinaus kann aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gefolgert werden, dass die Hilfen individuell zugeschnitten und vorrangig darauf ausgerichtet sein müssen, dem Behinderten ein möglichst selbstständiges Leben nach eigenen Vorstellungen zu führen. Und schließlich kann dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und den Teilhabeansprüchen der Grundrechte der verfassungsrechtliche Impetus entnommen werden, Nachteilsausgleiche für Behinderte nicht generell von ihrer Bedürftigkeit abhängig zu machen. Denn es geht dabei nicht darum, ihnen etwas zu gewähren, weil sie es sich selber nicht leisten können, sondern Nachteile zu kompensieren, die sie aufgrund ihrer Behinderung haben. Diesen grundsätzlichen Richtungsweisungen entsprechen die derzeitigen rechtlichen Regelungen, vor allem aber die realen Umsetzungen von Hilfen für Behinderte noch nicht in hinreichendem Maße. Da sind zum einen*

<sup>35</sup> C. Hohmann-Dennhardt bezieht sich hier u. a. auf die Entscheidung des BVerfG zum Waisengeld bei Erwerbsminderung. BVerfG vom 18. Juni 1975, BVerfGE 40, 121, 133 f.; ähnlich auch vom 21. Juni 1977, BVerfGE 45, 187, 228; vom 29. Mai 1990, BVerfGE 82, 60, 85.

*die vielverzweigten vor- oder nachrangigen Ansprüche gegenüber den diversen Leistungsträgern zu nennen, die die Behinderten nicht nur in zwei Gruppen aufteilen: in diejenige, denen aus abhängiger Beschäftigung Versicherungsansprüche auf Rehabilitation erwachsen sind, und in diejenige, denen Eingliederungshilfe als Fürsorgeleistung erbacht wird, auch wenn hier die äußerst komplizierten Einkommensanrechnungen im Laufe der Jahre gelockert worden sind. Die Vielfalt der Regelungen, zudem verteilt auf verschiedene Gesetze, führt auch zu mangelhafter Transparenz für die Betroffenen, welche Ansprüche ihnen nun vorrangig oder nachrangig gegen welche Leistungsträger zustehen, auch wenn das SGB IX hier mittlerweile die Voraussetzungen für eine bessere Koordination der Leistungserbringung durch die Leistungsträger geschaffen hat.*

*Vor allem aber ist noch eine deutlich unausgeglichenere Versorgungslage mit Hilfeeinrichtungen zu verzeichnen, ist der Leistungs- und Angebotsteppich für Behinderte und ihre jeweiligen Bedürfnisse noch nicht gleichmäßig über das Land gelegt. Während es zum Beispiel in den Großstädten Frühförderstellen für behinderte Kinder gibt, haben Eltern auf dem Land oftmals noch weite Wege zurückzulegen, um für ihr behindertes Kind die entsprechende und gewünschte Förderung zu erhalten. Das führt zu regionalen Nachteilen für Behinderte.“<sup>36</sup>*

(wird fortgesetzt)

---

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

---

<sup>36</sup> C. Hohmann-Dennhardt, in: W. Schütte (Hg.), S. 68 f.; s. Fn. 6.