

**Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen
in der deutschen Rechtsordnung**

Felix Krah / Lea Zimmermann

**Working Paper Nr. 6
2015**

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (HLCMR)
in Kooperation mit Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben
in Deutschland e.V. (ISL)

Betreuung: Doris Liebscher (HLCMR)

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
A. Fragestellung, Inhalt und zentrale Ergebnisse	1
B. Angemessene Vorkehrungen	2
I. Adressat_innen	3
II. Maßnahmen	3
III. Angemessenheit	4
IV. Positive Maßnahmen	4
V. Gleichheitsbegriffe	5
VI. Behinderungsbegriffe	5
1) Behinderungsbegriff im Völkerrecht	6
2) Behinderungsbegriff im deutschen Recht	7
VII. Zusammenfassung	7
C. Angemessene Vorkehrungen im Rahmen der UN-Behindertenrechtskonvention	8
I. Leistungs- und Schutzpflicht der Vertragsstaaten	9
II. Angemessene Vorkehrungen in der BRK	9
1) Anspruch auf angemessene Vorkehrungen	10
2) Progressionsvorbehalt	10
3) Maßnahmen	11
III. Zusammenfassung	11
D. Europarechtliche Perspektive	12
I. Die Europäische Union	12
1) Rechtliche Grundlagen des Diskriminierungsschutzes der Europäischen Union	12
2) Richtlinie 2000/78/EG	13
3) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung	14
4) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	15
5) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)	16
a) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	16
b) Die Rechtsprechung des EGMR	16
E. Die deutsche Rechtslage in Bezug auf das Institut der angemessenen Vorkehrungen	18
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen und die BRK als Rechtsgrundlage in der deutschen Rechtsordnung	18
1) Verfassungsrechtliche Grundlagen	18
2) Die BRK als Rechtsgrundlage in der deutschen Rechtsordnung	19
a) Innerstaatliche Geltung der BRK	19
b) BRK als Auslegungshilfe	20
c) Unmittelbare Anwendbarkeit und Einklagbarkeit der BRK	21

3)	Zusammenfassung	23
II.	Einfaches Recht	23
1)	Öffentlich-rechtliche Gesetzgebung	23
a)	BGG	23
b)	LGG der Bundesländer Berlin und Sachsen-Anhalt	25
c)	SGB IX	26
i.	§ 81 II SGB IX	26
ii.	§ 81 IV, V SGB IX	26
iii.	§§ 81 I, 82 SGB IX	27
iv.	§§ 81 III, 83 SGB IX	27
v.	§ 84 SGB IX	27
vi.	BAG	28
2)	Zivilrechtliche Gesetzgebung	28
a)	AGG	28
i.	Allgemeiner Teil	29
ii.	Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung	29
iii.	Schutz vor Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr	29
b)	Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG	30
3)	Rechtsprechung	31
4)	Zusammenfassung	33
F.	Angemessene Vorkehrungen in anderen Rechtsordnungen	34
I.	Einleitung	34
1)	Historischer Überblick zum Antidiskriminierungsrecht	34
2)	Rechtliche Eingliederung der Antidiskriminierungsnormen	34
3)	Diskriminierungsbegriffe und ihre Verortung im Vergleich	35
II.	Die Vereinigten Staaten von Amerika	35
1)	Das Rehabilitationsgesetz von 1973, Section 504	36
2)	Der Americans with Disabilities Act	36
a)	Aufbau und Entwicklung	36
b)	Vorschriften des ADA zu den angemessenen Vorkehrungen	37
3)	Das Fallrecht der Vereinigten Staaten zum Antidiskriminierungsrecht	38
a)	Kurze Zusammenfassung zum Fallrecht	38
b)	Die Praxis und ihre möglichen Probleme	39
III.	Anderen Staaten der EU	40
1)	Verschiedene Terminologien für das Konzept der angemessenen Vorkehrungen	40
a)	Die unterschiedlichen Interpretationen des Wortes “angemessen”	40
2)	Arten und Einordnung des Instituts der angemessenen Vorkehrungen	41
IV.	Zusammenfassung	42
G.	Empfehlungen	43
I.	Allgemein	43

II. Auslegung und Rechtsprechung.....	44
III. Rechtsetzung	45
1) Öffentlich-rechtliche Gesetze (BGG und LGGs).....	45
2) Zivilrechtliche Gesetze (AGG)	46
3) Das Strafgesetzbuch	46
Literaturverzeichnis	47

Abkürzungsverzeichnis

ADA	Americans with Disabilities Act
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGG	Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen / Behindertengleichstellungsgesetz
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
BSG	Bundessozialgericht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GG	Grundgesetz
GRCh	Grundrechtecharta der Europäischen Union
LGBG	Landesgleichberechtigungsgesetz Berlin
LGGs	Landesgleichstellungsgesetze
LGG LSA	Landesgleichstellungsgesetz vom Land Sachsen-Anhalt
RL	Richtlinie
SGB IX	Sozialgesetzbuch 9
UA	Unterabsatz
WHO	World Health Organization
WSK-Rechte	Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte

A. Fragestellung, Inhalt und zentrale Ergebnisse

Das vorliegende Gutachten untersucht, inwieweit das Konzept der angemessenen Vorkehrungen Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden hat, wie es umgesetzt wird, welche Ansprüche bereits bestehen und welche rechtlichen Weiterentwicklungen noch erforderlich sind.

Entstanden ist die Arbeit in der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (HLCMR) in Kooperation mit der Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e.V. (ISL). Hintergrund sind vor allem die Verankerung der angemessenen Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention und die daraus folgenden Fragen zur Umsetzung durch den Vertragsstaat Deutschland. Angesichts der Situation, dass keine vollkommene Barrierefreiheit in der deutschen Gesellschaft besteht – nicht in jedem Bereich sind Quoten oder andere positive Maßnahmen vereinbart – sind behinderte Menschen in ihrer Handlungs- und Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Somit ist die Vornahme angemessener Vorkehrungen dringend notwendig.

Zwischen dem deutschen Sozialrecht, das entsprechend SGB IX vor allem der Rehabilitation dient, und der Entwicklung des modernen internationalen Behindertenrechts, das sich stark an den Grundsätzen der Selbstbestimmung, gleichberechtigter Teilhabe und Inklusion orientiert, besteht an vielen Stellen eine Diskrepanz. Die Aufgabe des Antidiskriminierungsrechts, Menschen mit Behinderungen vor Diskriminierung zu schützen, wird dadurch erschwert. Im Rahmen dieser Arbeit soll untersucht werden, wie die angemessenen Vorkehrungen als international anerkanntes Konzept Einzug in das deutsche Behindertenrecht finden und dieses somit reformieren und modernisieren können.

In Teil A wird das Konzept der angemessenen Vorkehrungen analysiert. Es werden relevante Begriffe wie Diskriminierung oder Behinderung geklärt und in Bezug gesetzt, sodass es auch zu einer weiteren Verortung der angemessenen Vorkehrungen und dem ihnen zugrundeliegenden Verständnis kommt. Teil B stellt das Konzept und die einzelnen Regelungen zu angemessenen Vorkehrungen in der BRK dar. Dazu werden die Pflichten der Vertragsstaaten und die Möglichkeiten der Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen erörtert. Die rechtlichen Fragen auf europäischer Ebene werden in Teil C behandelt. Dabei steht die Richtlinie 2000/78/EG im Vordergrund, die den Schutz behinderter Menschen im Arbeitsleben regelt. Daneben werden die EMRK sowie zentrale Entscheidungen des EuGH und des EGMR dargestellt.

In Teil D wird das bestehende deutsche Recht analysiert. Dies umfasst im Verfassungsrecht einen Blick auf Art. 3 III 2 GG, zentrale Entscheidungen des BVerfG und die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit und Einklagbarkeit von Normen der BRK. Vom einfachgesetzlichen Recht werden insbesondere das BGG sowie ausgewählte LGG und im Zivilrecht insbesondere das AGG als Umsetzung der EU Richtlinie und die Rechtsprechung des BAG untersucht. In Teil E werden Fragen zur vorzugswürdigen Konzipierung, des Prozesses und der Angemessenheit von angemessenen Vorkehrungen aus anderen Rechtsordnungen untersucht. Es wird das amerikanische Recht, insbesondere der Americans with Disabilities Act (ADA), und das Antidiskriminierungsrecht aus anderen Staaten innerhalb der EU betrachtet. Letztlich werden die Empfehlungen für die Notwendigkeit und die Möglichkeiten der Weiterentwicklung des deutschen Rechts formuliert.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die deutsche Rechtsordnung keine umfassenden Regelungen zu angemessenen Vorkehrungen enthält. Die Versagung von angemessenen Vorkehrungen erfüllt infolgedessen keinen Diskriminierungstatbestand und rechtliche Ansprüche können nicht direkt geltend gemacht werden. Weder das BGG noch das AGG kennen Regelungen zu angemessenen Vorkehrungen. Dies widerspricht zunächst der völkerrechtlichen Verpflichtung der Vertragsstaaten gem. Art. 4 I a) BRK, die Rechte der Konvention sofort umzusetzen und gem. Art. 5 III BRK angemessene Vorkehrungen bereitzustellen, um Diskriminierung entgegenzuwirken.

Zudem steht die deutsche Rechtsordnung nicht im Einklang mit dem europäischen Recht. Hier sind angemessene Vorkehrungen in der Richtlinie 2000/78/EG für das Arbeitsleben festgeschrieben, wobei ein neuer Richtlinienentwurf die Verankerung auch außerhalb des Arbeitslebens vorsieht. Der EuGH befürwortet aufgrund des Vorrangs der BRK vor europäischen Rechtsakten eine weite Auslegung des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen. Zudem lässt sich auch aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR die Verpflichtung zur Festschreibung eines Anspruchs auf angemessenen Vorkehrungen ableiten.

Von der BRK und dem europäischen Recht geht also eine klare Pflicht zur Verankerung der angemessenen Vorkehrungen im deutschen Recht aus. Zunächst ist dem durch unionskonforme Auslegung der relevanten Normen insbesondere des AGG und BGG zu begegnen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist Art. 3 III 2 GG durch Auslegung nach Art. 5 BRK mit dem Völkerrecht in Einklang zu bringen.

B. Angemessene Vorkehrungen

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen („reasonable accommodations“) hat seinen Ursprung im US-amerikanischen Civil Rights Act von 1964 und wurde für behinderte Menschen im Rehabilitation Act von 1973 konkretisiert.¹ Angemessene Vorkehrungen können in einem konkreten Fall ergriffen werden um Menschen mit Beeinträchtigung die Überwindung individueller Barrieren zu ermöglichen. Damit soll Diskriminierung² entgegengewirkt werden. Die Betrachtung der angemessenen Vorkehrungen gelingt schwerlich ohne das Konzept der Barrierefreiheit, denn dieses stellt eine fundamentale Grundlage zur Umsetzung der Ziele gleichberechtigter Teilhabe, Selbstbestimmung, Nichtdiskriminierung und Inklusion dar. Aufgrund des noch nicht erreichten Zustandes umfassender Barrierefreiheit innerhalb der Gesellschaft sind in einzelnen Situationen, in denen eine Barriere vorliegt, speziell angemessene Vorkehrungen geeignet und notwendig.³ Klar wird die Verbindung zwischen angemessenen Vorkehrungen und Barrierefreiheit auch dadurch, dass nahezu keine Erforderlichkeit einer angemessenen Vorkehrung besteht, wenn der Zustand der Barrierefreiheit erfüllt ist.

Angemessene Vorkehrungen ergänzen somit als konkret individuelle Maßnahmen die Barrierefreiheit, als abstrakt generelles Ziel, den öffentlichen und auch privaten Raum so zu gestalten, dass Men-

¹ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 240.

² Im deutschen Recht wird anstelle von Diskriminierung der Begriff der Benachteiligung verwendet. In diesem Schriftstück wird im Folgenden der im internationalen Rechtsdiskurs übliche Begriff der Diskriminierung übernommen.

³ BRK-Allianz, Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion, S. 22.

schen trotz Beeinträchtigung nicht in ihrer Lebensausübung eingeschränkt werden.⁴ Angemessene Vorkehrungen sind daher für einen behinderten Menschen „der Schlüssel zu einem gleichberechtigten Leben“, denn durch sie können Barrieren überwunden werden, „die ihn andernfalls behindern würden, seine Menschenrechte voll und gleichberechtigt mit anderen wahrzunehmen“.⁵ Sie werden ergriffen, wenn in einem Einzelfall die Diskriminierung einer Person wegen einer Behinderung droht, die konkrete Maßnahme geeignet ist die Diskriminierung aufzuheben und dabei der notwendige Aufwand verhältnismäßig ist.⁶

I. Adressat_innen

Adressat_innen dieser Maßnahmen sind alle Menschen mit Behinderungen.⁷ Es muss dabei von einem Recht auf die Vornahme von angemessenen Vorkehrungen ausgegangen werden. Einerseits wird dies durch die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) statuiert und andererseits durch das Verständnis von Diskriminierung, dass das Vorenthalten einer angemessenen Vorkehrung selbst eine Diskriminierung darstellt und somit gegen das Recht auf Nichtdiskriminierung verstößt.

Voraussetzung ist, dass die behinderte Person die Fähigkeit besitzen muss, eine bestimmte Tätigkeit grundsätzlich ausüben zu können. So kann beispielsweise eine blinde Person nicht befähigt werden Schulbus zu fahren. Durch diesen Einwand darf jedoch nicht der Maßstab verloren gehen, dass die angemessenen Vorkehrungen gerade die Betätigung in neuen Tätigkeitsfeldern ermöglichen sollen.⁸

II. Maßnahmen

Die Maßnahmen sind jegliche Anpassungen, Modifikationen und Veränderungen der Umwelt im materiellen Sinn, wie auch von normativen Grundlagen. Konkrete Maßnahmen können die Übersetzung von Dokumenten in Blindenschrift oder in leichte Sprache oder die Übersetzung durch eine Gebärdensprachdolmetscherin sein. Genauso zählt die Anpassung des Arbeitsplatzes an die speziellen Bedürfnisse einer Person dazu, wodurch zwischen den Beschäftigten tatsächliche Gleichheit in der Möglichkeit, ihre Arbeit auszuüben, hergestellt wird. Die Schaffung und Erhaltung solcher barrierefreier Arbeitsplätze gelingt durch technische Arbeitshilfen, wie eine Einhand-Tastatur oder barrierefreie Computersoftware. Hilfen zur Erreichung des Arbeitsplatzes können eine Rampe oder ein Fahrstuhl sein. Auch Arbeitsassistenz durch Aushilfspersonal oder psychosozialer Betreuung sowie eine flexible Arbeitszeiteinteilung sind mögliche Maßnahmen. Im Bereich des Waren- und Dienstleis-

⁴ Aichele, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessenen Vorkehrungen gesetzlich verankern, S. 2.

⁵ Aichele, Leiter der Monitoringstelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Pressemitteilung des Deutschen Instituts für Menschenrechte vom 19.01.2012. aus Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Art. 2, Rn. 8.

⁶ Aichele, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessenen Vorkehrungen gesetzlich verankern, S. 2.

⁷ Die auch für den Kreis der Adressat_innen relevante Diskussion über die Grenze zwischen Krankheit und Behinderung wird in diesem Rahmen nicht diskutiert. Vgl. dazu Pärli/ Naguib, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 58 ff.

⁸ De Campos Velho Martel, Reasonable Accommodation: The new Concept from an Inclusive Constitutional Perspective, S. 102.

tungsverkehrs sind die vom Mieter eigenständig vorzunehmenden baulichen Veränderungen zur behindertengerechten Nutzung der Mietsache zu nennen.⁹

Eine angemessene Vorkehrung zielt neben der effektiven Anpassung an die Bedürfnisse des Menschen auch auf die Vermeidung von Demütigung und den Abbau von Vorurteilen. Wichtig dafür ist der Prozess der Vornahme einer Maßnahme, der aus einem Dialog zwischen Adressat_in und Bereitsteller_in besteht. Dabei sollte die Adressat_in, die eine Maßnahme verlangt, diese auch begründen, da sie die meiste Erfahrung und das beste Einschätzungsvermögen für die Bestimmung der effektivsten Maßnahme hat.¹⁰

III. Angemessenheit

Eine besondere Problematik besteht in der Angemessenheit einer Maßnahme, also der verhältnismäßigen oder billigen finanziellen Belastung des Bereitstellers.¹¹ Fraglich ist, wann eine Vorkehrung als angemessen gilt. Nach dem deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzip erfordert dies zunächst das legitime Ziel, eine Person vor einer drohenden Diskriminierung zu bewahren und eine Maßnahme, die geeignet und erforderlich ist, dieses Ziel zu erreichen. Des Weiteren muss der dafür notwendige Aufwand verhältnismäßig sein, also nach einer Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen und betroffenen Rechtsgüter, die Vornahme der Maßnahme erfordern.¹² Demnach ist eine Maßnahme in jedem Fall unverhältnismäßig, wenn die Erreichung des Ziels überhaupt nicht möglich erscheint, offensichtlich andere, die Bereitsteller_in weniger belastende Maßnahmen in Aussicht stehen oder die Abwägung der entgegenstehenden Interessen der Parteien eine Unverhältnismäßigkeit ergibt. Bei letzterem dürfen nicht nur finanzielle Aspekte betrachtet werden. So ist beispielsweise auch mit einzubeziehen, dass Ausgaben für angemessene Vorkehrungen auch durch eine bessere soziale Reputation des Unternehmens oder des Staates ausgeglichen werden.¹³

IV. Positive Maßnahmen

Abzugrenzen sind angemessene Vorkehrungen von positiven Maßnahmen („appropriate measures“). Auch diese sind Maßnahmen, die auf den ersten Blick eine Ungleichbehandlung darstellen. Sie verfolgen jedoch, wie auch die angemessenen Vorkehrungen, die Gleichstellung strukturell benachteiligter Menschen und sind daher trotz der Ungleichbehandlung legitimiert. Zum Beispiel sind Bevorzugungsregeln und Quoten positive Maßnahmen, die der Chancengleichheit dienen und auf strukturelle Veränderungen, unabhängig vom Einzelfall zielen. Insofern besteht eine Verbindung, da es umso weniger angemessener Vorkehrungen bedarf, desto mehr positive Maßnahmen ergriffen wurden.¹⁴

⁹ Vgl. dazu weiter unten unter E.I.2)a) Die innerstaatliche Geltung der BRK.

¹⁰ De Campos Velho Martel, ebd., S. 103 f.; Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 243.

¹¹ Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Art. 27, Rn. 24 f.

¹² Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 399.

¹³ De Campos Velho Martel, Reasonable Accomodation: The new Concept from an Inclusive Constitutional Perspective, S. 104.

¹⁴ Welti, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK, S. 6.

Differenziert wird zwischen ihnen, da positive Maßnahmen gruppenorientiert sind und im konkreten Fall keine individuelle Diskriminierung vorliegen muss. Eine Quote beispielsweise bevorzugt generell qua Zugehörigkeit zu einer Gruppe unabhängig von der konkreten individuellen Diskriminierungserfahrung. Die individualorientierten angemessenen Vorkehrungen haben hingegen immer eine Verbindung zum konkreten Fall. Sie können daher auch individuell einklagbar sein und Schadensersatzansprüche auslösen, sofern die rechtlichen Anspruchsgrundlagen vorhanden sind.

V. Gleichheitsbegriffe

Die formelle Gleichheit entspricht dem liberalen Prinzip, dass alle Menschen die gleichen Rechte und Pflichten haben. Es darf also gerade keine bevorzugende Behandlung vorgenommen werden. Entscheidend ist die Gleichheit im Moment der Behandlung.¹⁵

Der materiellen Gleichheit dagegen liegt kein starres Gleichbehandlungskonzept, sondern das Ziel tatsächlicher Gleichheit zugrunde. Entscheidend ist demnach nicht die Behandlung selbst, sondern das Ergebnis der Behandlung, sodass auch von Ergebnisgleichheit gesprochen wird.¹⁶

Im Falle der Anpassung eines Arbeitsplatzes liegt zwar beispielsweise durch die Bereitstellung einer persönlichen Aushilfskraft eine Ungleichbehandlung der Angestellten vor, denn die nichtbehinderten Angestellten müssen ihre Arbeit ohne Hilfskraft in gleicher Zeit verrichten. Dies führt im Ergebnis jedoch zu Gleichberechtigung und somit zu materieller Gleichheit.¹⁷ Eine positive Maßnahme verfolgt entsprechend die gruppenbezogene Ergebnisgleichheit und die angemessene Vorkehrung verfolgt die individualbezogene Ergebnisgleichheit.¹⁸

VI. Behinderungsbegriffe

Der Begriff der Behinderung lässt sich grundsätzlich in zwei verschiedenen Varianten beschreiben. Zum einen durch den defektzentrierten (oder medizinischen) Ansatz und andererseits durch den menschenrechtlichen (oder auch sozialen) Ansatz.

Der defektzentrierte Ansatz stellt den medizinischen Defekt eines Menschen ins Zentrum der Definition.¹⁹ Hiernach soll die Leistungsfähigkeit des Menschen verbessert werden in dem der medizinische Defekt geheilt oder gelindert wird.²⁰ Folglich werden vor allem Fürsorge und Rehabilitation durch Sozialleistungen bereitgestellt um die Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen zu verbessern.²¹

Nach der menschenrechtlichen Definition geht eine Behinderung des Menschen von der Umwelt aus, weil diese nicht entsprechend barrierefrei gestaltet ist. Hiernach soll die verbesserte Teilhabefähigkeit des Menschen durch die Beseitigung der Barrieren herbeigeführt werden. Im Fokus steht das Problem

¹⁵ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 200

¹⁶ Rothfritz, ebd, S. 201.

¹⁷ Degener, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, in: ZaöRV 65 (2005), S. 913.

¹⁸ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 201.

¹⁹ Welti, HK-SGB IX, § 2, Rn. 20.

²⁰ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 155.

²¹ Degener, Verfassungsrechtliche Probleme mit Behindertendiskriminierung in Deutschland, S. 427.

der behindernden Umwelt statt des medizinischen Problems in Form der dem Menschen vermeintlich innewohnenden Behinderung.²² Folglich sind Menschen nicht behindert, sondern sie werden behindert. Es entsteht eine soziale Situation, in der die Behinderung eine Folge der Wechselwirkung zwischen betroffener Person und der Umwelt ist.²³ Die Behindertenrechte werden als Gleichheitsrechte mit einbezogen, um die Verantwortung der Gesellschaft aufzuzeigen.²⁴ Dieser Begriff der Behinderung stellt neue und hohe Anforderungen an die sozialpolitischen Entscheidungen und die rechtlichen Rahmenbedingungen.²⁵ Die angemessenen Vorkehrungen stellen in dieser Konzeption ein erforderliches Mittel dar, um die noch bestehenden Barrieren zu überwinden, die menschlichen individuellen Unterschiede zu tolerieren und so selbstverständlich allen Menschen gleichberechtigte Partizipation zu garantieren.

1) Behinderungsbegriff im Völkerrecht

Ein wichtiger Schritt in Richtung des menschenrechtlichen Behinderungsbegriffs stellt die 2001 von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) veröffentlichte „International Classification of Functioning, Disability and Health“ (ICF) dar. Diese wird von der WHO selbst als medizinisch-psychologisch-sozial beschrieben.²⁶ Es werden medizinische und soziale Faktoren einbezogen und somit gleichzeitig der medizinische und der menschenrechtliche Ansatz verwirklicht.²⁷

Daran anknüpfend entwickelt sich der Behinderungsbegriff der BRK weiter in Richtung der menschenrechtlichen Perspektive. Die Präambel benennt sogar an erster Stelle die Wechselwirkung zwischen Mensch und Barriere. Diese Definition ist jedoch nicht Teil des eigentlichen Vertragstextes geworden.²⁸ Im vertragsgegenständlichen Text ist der Behinderungsbegriff in Art. 1 II BRK definiert²⁹:

„Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

Zwar beruft sich die BRK hier weiter auf das Vorliegen medizinisch erfassbarer Schäden, dies geschieht jedoch vorwiegend zur Sicherstellung des Rechts auf Zugang zu medizinischer Versorgung.³⁰

Durch die explizite Nennung der Wechselwirkung zwischen Mensch und Barriere als Ursache für Behinderung stellt die BRK klar, dass es sich bei einer Behinderung vorwiegend um ein soziales Problem handelt.³¹ Im Vordergrund steht die Handlungsfähigkeit (supported decision making) und

²² Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 160 f.

²³ Welti, HK-SGB IX, § 2, Rn. 20.

²⁴ Degener, Verfassungsrechtliche Probleme mit Behindertendiskriminierung in Deutschland, S. 427.

²⁵ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 161.

²⁶ Vgl. Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 25

²⁷ Rothfritz, ebd., S. 162.

²⁸ Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Präambel, Rn. 9.

²⁹ Deutsche Übersetzung der Originalfassung, aus: Welti, Behindertengleichstellungsrecht. Schattenübersetzung in: BRK-Allianz, Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion.

³⁰ De Campos Velho Martel, Reasonable Accommodation: The new Concept from an Inclusive Constitutional Perspective, S. 87.

³¹ Welti, HK-SGB IX, § 2, Rn. 20, 22.

Selbstbestimmung behinderter Menschen, anstatt sie von anderen Menschen vertreten zu lassen (substituted decision making).³² Die Anerkennung der menschenrechtlichen Perspektive und die Definition von Diskriminierung aufgrund von Behinderung als Folge von Umweltfaktoren ist ein entscheidender Paradigmenwechsel des Behinderungsbegriffs auf internationaler Ebene.³³

2) Behinderungsbegriff im deutschen Recht

Der spezielle Gleichheitssatz aus Art. 3 III 2 GG verbietet jede Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, enthält jedoch keine Definition von Behinderung. Das einfachgesetzliche Recht hält in § 2 II 1 SGB IX und § 3 BGG eine Begriffsdefinition bereit:

„Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“

Damit knüpfen der § 2 II S. 1 SGB IX und § 3 BGG an die Definition der ICF an und anerkennen das Wechselwirkungsprinzip zwischen Gesundheitsproblem und Umweltfaktoren. Damit wird zwar die menschenrechtliche Betrachtung stärker gewichtet, medizinische Faktoren stehen aber weiterhin im Vordergrund.³⁴ Dieser gemischt bio-psycho-soziale Behinderungsbegriff kann die weiterhin bestehende Diskrepanz zum menschenrechtlichen Verständnis nicht überwinden.³⁵ Insbesondere die Formulierung des Abweichens „von dem für das Lebensalter typischen Zustand“ ist ungeeignet für eine angemessene menschenrechtliche Definition.³⁶ Diese Legaldefinition wurde in § 3 BGG und in manchen Behindertengleichstellungsgesetzen der Länder übernommen. Auch das AGG übernimmt nach der Gesetzesbegründung diesen Begriff für die Zielbestimmung nach § 1 AGG, aber ohne ihn explizit in einer Norm zu nennen.³⁷

VII. Zusammenfassung

Angemessene Vorkehrungen sind als konkret individuelle Maßnahmen notwendig, um Barrieren in allen Bereichen des Lebens zu überwinden. Die ergriffenen Maßnahmen können jegliche Anpassungen, Modifikationen und Veränderungen der Umwelt umfassen, durch die die Bedürfnisse der behinderten Menschen berücksichtigt werden. Sie dürfen jedoch keine zu hohe Belastung für die Bereitsteller_innen der Maßnahme darstellen. Angemessene Vorkehrungen unterscheiden sich von gruppenorientierten positiven Maßnahmen. Ihnen liegt ein materieller Gleichheitsbegriff zugrunde, der sich an Ergebnisgleichheit orientiert. Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen erkennt zudem die Problematik der von der Umwelt ausgehenden Behinderung des Menschen (menschenrechtliche Perspek-

³² Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Art. 3, Rn. 3 f.

³³ Degener, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, in: ZaöRV 65 (2005), S. 889.

³⁴ BT-Drs 14/ 5074, S. 98; Welti, HK-SGB IX, § 2, Rn. 11, 20; Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 181.

³⁵ BRK-Allianz, Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion, S. 10, Art. 1; Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 184.

³⁶ Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Art. 1, Rn. 5.

³⁷ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 184, 186.

tive) an und verlangt daher auch im Einzelfall Verantwortung zu übernehmen und Abhilfe für jedes Hindernis zu schaffen.

C. Angemessene Vorkehrungen im Rahmen der UN-Behindertenrechtskonvention

Als prägendste Weiterentwicklung in Richtung eines Behindertenrechts mit menschenrechtlicher Perspektive gilt die UN-Behindertenrechtskonvention von 2006, die auf völkerrechtlicher Ebene die angemessenen Vorkehrungen ausdrücklich benennt. Die BRK wird als sehr gelungenes Instrumentarium zum Schutze behinderter Menschen vor Diskriminierung angesehen.³⁸ Sie ist eine verbindliche Rechtsgrundlage auf völkerrechtlicher Ebene für Belange behinderter Menschen.³⁹ In Deutschland trat sie am 26.03.2009 in Kraft und wurde bisher von 147 Staaten⁴⁰ ratifiziert.⁴¹ Das Individualbeschwerdeverfahren ermöglicht Einzelpersonen Beschwerden bei dem Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Art. 34 BRK) einzureichen, nachdem die innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft wurden.⁴² Es ist im Fakultativprotokoll festgeschrieben, das von Deutschland ebenfalls ratifiziert wurde.⁴³

Zweck der Konvention ist es gemäß Art. 1 BRK, allen Menschen den gleichberechtigten Genuss der Menschenrechte zu ermöglichen. Sie fußt auf den allgemeinen Grundsätzen der Menschenwürde, Entscheidungsfreiheit, gleichberechtigten Teilhabe und insbesondere der Nichtdiskriminierung (Art. 3, 5 BRK). Weiter ist das Verständnis zentral, die einzelnen Menschen trotz Behinderungen, ihre eigenen Entscheidungen fällen zu lassen (supported decision making). Das regelt auch Art. 12 BRK, wonach die Menschen bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit durch geeignete Maßnahmen unterstützt werden müssen.

Die BRK formt einen Menschenrechtskatalog gemäß den Bedürfnissen behinderter Menschen und vollzieht einen Wandel hin zu einem menschenrechtlichen Verständnis von Behinderung.⁴⁴

Das Diskriminierungsverbot einschließlich der angemessenen Vorkehrungen aus Art. 5 III BRK wird als das Kernelement der Konvention zum Schutz der Menschen mit Beeinträchtigungen vor Diskriminierung angesehen.⁴⁵ Danach wird allen Menschen ihre Gleichheit anerkannt und die Vertragsstaaten verpflichten sich zu einem generellen Diskriminierungsverbot für Menschen mit Behinderungen. Konkretisiert wird dies in Absatz 3 durch die ausdrückliche Nennung der Bereitstellung von angemessenen Vorkehrungen zur Beseitigung von Diskriminierung durch die Vertragsstaaten.

³⁸ Rothfritz, ebd., S. 239.

³⁹ Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S. 727.

⁴⁰ Aktueller Stand vom 12. Juni 2014, abrufbar unter: <http://www.brk-allianz.de/index.php/m-newsletter.html>.

⁴¹ Lachwitz, in: Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 19.

⁴² Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 59.

⁴³ Lachwitz, in: Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 19.

⁴⁴ Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, S. 1.

⁴⁵ Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Art. 2, Rn. 7.

I. Leistungs- und Schutzpflicht der Vertragsstaaten

Die BRK legt in Art. 4 zwei verschiedene Pflichten für die unterzeichnenden Vertragsstaaten fest: die Leistungs- und Schutzpflicht.

Die staatliche Leistungspflicht⁴⁶ fordert unter anderem Diskriminierung zu verbieten (Art. 5 II BRK) und die Bereitstellung von angemessenen Vorkehrungen zu gewährleisten (Art. 5 III BRK).⁴⁷ Der Staat muss zu diesem Zweck gem. Art 4 I a BRK alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen ergreifen. Art. 4 I c BRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Berücksichtigung des Schutzes und der Förderung der Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen in allen politischen Konzepten und Programmen. Die staatliche Pflicht umfasst damit nicht nur die Abschaffung konventionswidriger Gesetze, sondern auch das Unterbinden von diskriminierendem Verhalten Privater.⁴⁸ Art. 4 I e BRK beschreibt die staatliche Schutzpflicht⁴⁹, wonach von den Vertragsstaaten die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Private zu ergreifen sind. Der Staat hat also die Garantienpflicht⁵⁰, die Achtung der Freiheitsrechte faktisch und mit Schutznormen zu gewährleisten. Es besteht damit eine Wirkung in den Privatrechtsverkehr hinein, die jedoch nur mittelbar sein kann, da aus der Konvention nur Staaten direkt verpflichtet werden.⁵¹ Der Staat soll dabei nur in nicht mehr hinnehmbaren Fällen eingreifen, um die Würde und Gleichheit von behinderten Menschen wiederherzustellen.⁵²

II. Angemessene Vorkehrungen in der BRK

Die Festschreibung der angemessenen Vorkehrungen in der BRK ist eine Konsequenz des bestehenden internationalen Menschenrechtsschutzsystems. Die angemessenen Vorkehrungen sind bereits seit 1994 vom UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in den allgemeinen Bemerkungen Nr. 5 vorgesehen.⁵³ Zusammen mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 5 BRK wird das Institut der angemessenen Vorkehrung aus Art. 2 BRK ausdrücklich auf völkerrechtlicher Ebene verankert. Nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 BRK sind angemessene Vorkehrungen:

„Notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können.“

⁴⁶ Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 22.

⁴⁷ Lachwitz, in: Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 21.

⁴⁸ Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention, in: VN, 2/ 2010, S. 59.

⁴⁹ Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 17.

⁵⁰ BRK-Allianz, Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion, S. 10.

⁵¹ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 213 f.

⁵² Rothfritz, ebd., S. 214.

⁵³ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 241.

1) Anspruch auf angemessene Vorkehrungen

In Art. 2 BRK wird die Vorenthaltung einer angemessenen Vorkehrung explizit als eine Diskriminierung definiert. Daraus kann sich grundsätzlich ein Anspruch gegenüber den Vertragsstaaten auf Vornahme von angemessenen Vorkehrungen ablesen lassen.⁵⁴ Der weite und offene Diskriminierungstatbestand nach Art. 2 BRK umfasst alle Formen der Diskriminierung, die zur Folge haben, dass das Ausüben aller Menschenrechte oder Grundfreiheiten für Menschen mit Behinderungen beeinträchtigt oder vereitelt wird.⁵⁵ Diese Orientierung an den Folgen der Diskriminierung lässt darauf schließen, dass der BRK ein materieller Gleichheitsbegriff zugrunde liegt. Der Diskriminierungsbegriff einschließlich der Vornahme angemessener Vorkehrungen betrachtet Barrieren als absehbare und vermeidbare Ursachen der Ungleichbehandlung. Außerdem wurde der Diskriminierungsbegriff erweitert, sodass neben unmittelbaren auch mittelbare Diskriminierungen erfasst sind.⁵⁶ Daneben besteht gem. Art. 5 II BRK ein absolutes Diskriminierungsverbot, das keinen Aufschub duldet, wodurch behinderte Menschen sich gegenüber ihrem Vertragsstaat unmittelbar darauf berufen können, die WSK-Rechte zu gewährleisten, also gem. Art. 2 BRK auch angemessene Vorkehrungen zur Beseitigung von Diskriminierung vorzunehmen.⁵⁷ Deutlich wird auch hier die Unterteilung in erstens einen Diskriminierungstatbestand einschließlich der angemessenen Vorkehrungen (Art. 2 BRK) und zweitens den Anspruch auf angemessene Vorkehrungen aus der grundsätzlichen Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Bereitstellung angemessener Vorkehrungen (Art. 5 II BRK). Damit besteht gem. Art. 5 II iVm. Art. 2 BRK grundsätzlich ein Anspruch gegen die Vertragsstaaten auf Vornahme von angemessenen Vorkehrungen.

2) Progressionsvorbehalt

Eine Einschränkung dieser Pflichten besteht gem. Art. 4 II BRK durch den sogenannten Progressionsvorbehalt. Die Vertragsstaaten sind bezüglich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet, Maßnahmen unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel zu ergreifen, um nach und nach die Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen. Die Beschränkung auf die schrittweise Umsetzung mit den verfügbaren Mitteln steht jedoch gem. Art. 4 II BRK selbst unter Vorbehalt. Der Progressionsvorbehalt greift nur, wenn die umzusetzenden Rechte nicht ohnehin unmittelbar anwendbares Recht darstellen.⁵⁸ Die unmittelbare Anwendbarkeit kann grundsätzlich insbesondere dann angenommen werden, wenn ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 2 und Art. 5 II BRK vorliegt.⁵⁹ In jedem Fall werden laut des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte angemessene Vorkehrungen, wie sie in der BRK definiert sind, als ein Antidiskriminierungsinstrument angesehen,

⁵⁴ Rothfritz, ebd., S. 241.

⁵⁵ Lachwitz in Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 21.

⁵⁶ Welti, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK, S.4; De Campos Velho Martel, Reasonable Accommodation: The new Concept from an Inclusive Constitutional Perspective, S. 87 f.

⁵⁷ Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, S. 95, Rn. 29.

⁵⁸ Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von einzelnen Normen aus der BRK wird im Folgenden vertieft als Problem innerhalb des deutschen Rechts behandelt.

⁵⁹ Lachwitz, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, S. 95, Rn. 29.

dass mit sofortiger Wirkung umgesetzt werden muss.⁶⁰ Demnach hat der Staat eine Garantienpflicht für die tatsächliche Vornahme (Leistungspflicht) sowie die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für angemessene Vorkehrungen (Schutzpflicht) und kann dabei keinen Progressionsvorbehalt geltend machen.

3) Maßnahmen

Angemessene Vorkehrungen eignen sich grundsätzlich, um in allen von der BRK geregelten Bereichen die Verpflichtung der Vertragsstaaten zu erfüllen, das Diskriminierungsverbot aus Art. 5 BRK einzuhalten.⁶¹ Zudem sind angemessene Vorkehrungen bereits in einzelnen Artikeln der BRK speziell festgeschrieben und regeln folgende Bereiche: Zugang zu Justiz (Art. 13), Freiheit und Sicherheit (Art. 14), Bildung (Art. 24) und Gesundheit (Art. 27).

Nach Art. 13 I BRK soll Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt der Zugang zur Justiz gewährleistet werden. Dafür sollen verfahrensbezogene und altersbezogenen Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnahme an Gerichtsverfahren, auch als Zeugen und in der Ermittlungsphase, zu erleichtern. Angemessene Vorkehrungen sollen nach Art. 14 II BRK bereitgestellt werden, um Menschen mit Behinderungen ihre menschenrechtlichen Garantien nach der Freiheitsentziehung durch ein gerichtliches Verfahren zu gewährleisten. Art. 24 II c BRK sieht angemessene Vorkehrungen vor, um das Recht auf Bildung von Menschen mit Behinderungen in einem inklusiven Bildungssystem zu ermöglichen und nach Art. 24 V BRK sollen ihnen auch der Zugang zu Hochschulen und anderen Bildungsformen gewährleistet werden. Gemäß Art. 27 I i BRK sichern und fördern die Vertragsstaaten das Recht auf Arbeit. Darin ist auch die Pflicht enthalten sicherzustellen, dass für behinderte Menschen am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen getroffen werden.

III. Zusammenfassung

Die BRK schreibt die Menschenrechte speziell für behinderte Menschen fest und vollzieht den Wandel hin zu einem menschenrechtlichen Verständnis von Behinderung. Ihr liegen besonders die Werte der Entscheidungsfreiheit des Individuums, der gleichberechtigten Teilhabe und der Nichtdiskriminierung zugrunde. Die Verankerung der angemessenen Vorkehrungen im allgemeinen Diskriminierungsverbot ist eine logische Konsequenz daraus. Zudem hat das Konzept der angemessenen Vorkehrungen bereits ausdrücklich Eingang in spezielle Normen der BRK gefunden. Die Konvention legt dabei unmittelbare staatliche Leistungs- und Schutzpflichten fest, wonach die angemessenen Vorkehrungen von den Vertragsstaaten vorbehaltlos und unmittelbar mit Gesetzgebungsmaßnahmen umzusetzen sind. Dem einzelnen Menschen kann aus Art. 5 II iVm Art. 2 BRK sowie aus den einzelnen Normen der BRK ein Anspruch auf die Vornahme von angemessenen Vorkehrungen gegenüber dem Vertragsstaat entstehen.

⁶⁰ Thematic study on the right of persons with disabilities to education, UN-Dok. A/HRC/25/29 vom 18. Dezember 2013, S. 11, Nr. 41, Wortlaut: „[...]an anti-discrimination measure to be realized with immediate effect.“

⁶¹ Aichele, Barrieren im Einzelfall überwinden, S. 3.

D. Europarechtliche Perspektive

Auch im Unionsrecht und der EMRK hat sich das Konzept der angemessenen Vorkehrungen durchgesetzt, wenn auch nicht in dem Rahmen, den die BRK vorschreibt. Im Folgenden wird untersucht, in welchem Umfang das Konzept der angemessenen Vorkehrungen, die BRK und der Wandel in der Diskriminierungspolitik behinderter Menschen im Recht der europäischen Union und ihrer Rechtsprechung durchgesetzt wurden, welche Zukunftspläne es zu diesen Aspekten gibt und wie der EGMR mit dem Konzept umgeht.

I. Die Europäische Union

1) Rechtliche Grundlagen des Diskriminierungsschutzes der Europäischen Union

Das europäische Antidiskriminierungsrecht ist in vielen primärrechtlichen Grundlagen verankert, so in den Verträgen der Europäischen Union (EUV, AEUV) und der Grundrechtecharta (GRCh), die gemäß Art. 6 III EUV den Verträgen rechtlich gleichgestellt ist⁶². Auf dem Gebiet der Verträge sind für das Verbot einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung die Art. 3 III UA 2 EUV, Art. 10 AEUV und der Art. 19 AEUV von Bedeutung. Die Art. 3 III UA 2 EUV und Art. 10 AEUV sind Zielbestimmungen für die Organe der EU.⁶³ Art. 3 EUV umfasst ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Er ist keine Handlungs- oder Kompetenzvorschrift, sondern muss zur Auslegung von europäischem Recht herangezogen werden.⁶⁴ Art. 10 AEUV ist eine Querschnittsklausel⁶⁵, die die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der dort genannten Gründe, unter anderem aufgrund einer Behinderung, bei der Durchführung europäischer Politik vorschreibt. Das Diskriminierungsverbot muss bei der Ermessensausübung der Union beachtet werden.⁶⁶

Dahingegen ist Art. 19 AEUV eine Kompetenznorm für den Rat und das Europäische Parlament, die in Abs. 1 das Treffen von geeigneten Vorkehrungen und in Abs. 2 das Festlegen von Grundprinzipien zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der in Abs. 1 genannten Gründe, u.a. wegen einer Behinderung, zulässt. Gemäß Abs. 1 können sekundärrechtliche Bestimmungen erlassen werden, durch die sich das Diskriminierungsverbot auch auf die Mitgliedsstaaten und ihre Bürger_innen erstrecken kann.⁶⁷

Auch in der Grundrechtecharta wird Diskriminierung aufgrund einer Behinderung verboten. Das Diskriminierungsverbot beruht auf der Unantastbarkeit der Würde des Menschen aus Art. 1 GRCh und dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 GRCh. Letzterer wird für das Merkmal Behinderung in Art. 21 und Art. 26 der Grundrechtecharta konkretisiert.⁶⁸ Art. 21 GRCh verbietet Diskriminierungen unter anderem aufgrund von Behinderung. Adressatin ist die Union, die bei der Ausübung ihrer Kompeten-

⁶² Streinz, Europarecht, S. 24, Rn. 64.

⁶³ Folz, Art. 10 AEUV, S. 269, Rn. 2; Geiger, Art. 3 EUV, S. 16 f., Rn. 2.

⁶⁴ Geiger, Art. 3 EUV, S. 16, Rn. 2.

⁶⁵ Kotzur, Art. 10 AEUV, S. 201, Rn. 1; Folz, Art. 10 AEUV, S. 268, Rn. 1.

⁶⁶ Kotzur, s.o.

⁶⁷ Folz, Art. 19 AEUV, S. 287, Rn. 3; Wernsmann, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, S. 224; Khan, Art. 19 AEUV, S. 221, Rn. 4.

⁶⁸ Folz, Art. 20 GRCh, Rn. 1.

zen an das Diskriminierungsverbot gebunden ist.⁶⁹ Jede_r einzelne EU-Bürger_in hat ein Recht auf Abwehr von Diskriminierungen im Bereich des Unionsrechts und damit einen subjektiven durchsetzbaren Anspruch.⁷⁰ Dahingegen bezieht sich Art. 26 GRCh direkt auf das Merkmal Behinderung. Danach achtet und anerkennt die Union den Anspruch behinderter Menschen auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gesellschaft. Jedoch begründet Art. 26 GRCh kein subjektives Recht, sondern gilt als allgemeiner Grundsatz.⁷¹

Des Weiteren haben die Europäische Union, wie auch ihre Mitgliedstaaten, die Behindertenrechtskonvention ratifiziert. Demnach gilt diese im gesamten Gebiet der EU und muss dementsprechend berücksichtigt werden.⁷²

2) Richtlinie 2000/78/EG⁷³

Ziel der RL 2000/78/EG ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durch die Bekämpfung der Diskriminierung bestimmter benachteiligter Gruppen.⁷⁴ Die Richtlinie ist auf Art. 19 I AEUV gestützt.⁷⁵ Sie legt einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf fest. Der genaue Geltungsbereich ist in Art. 3 der Richtlinie festgelegt.

Im Erwägungsgrund Nr. 4 werden die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung statuiert und im Art. 1 der Richtlinie wird die Bekämpfung von Diskriminierung als eine Komponente der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes gesehen. Der Begriff Diskriminierung wird für diese Richtlinie im Erwägungsgrund Nr. 12 als Untersagung unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung dargestellt. Eine genauere Definition befindet sich in Art. 2 der Richtlinie. Gemäß Art. 2 II b) ii) liegt eine mittelbare Diskriminierung nicht vor, wenn die Arbeitgeber_in der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen nachgekommen ist. Somit können sich die Verpflichteten rechtfertigen, wenn sie angemessene Vorkehrungen vornahmen.

Laut dem Erwägungsgrund Nr. 8 und dem Art. 1 RL 2000/78 sollen Diskriminierungen benachteiligter Gruppen bekämpft werden. Explizit wird im Erwägungsgrund die Gruppe der behinderten Menschen genannt. Auch Erwägungsgrund Nr. 24 legt ein besonderes Augenmerk auf die Gruppe der behinderten Menschen.

In den Erwägungsgründen Nr. 16, 17, 20 und 21 werden die angemessenen Vorkehrungen genannt und näher beschrieben. In Nr. 16 wird die wichtige Rolle von Maßnahmen hervorgehoben, die den Bedürfnissen von behinderten Menschen am Arbeitsplatz Rechnung tragen. In Nr. 17 können unbeschadet der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen, die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildung verwehrt werden, wenn die

⁶⁹ Folz, s.o., Rn. 2.

⁷⁰ S.o., Rn. 3.

⁷¹ S.o., Art. 26 GRCh, S. 1144.

⁷² KOM (2010) 636.

⁷³ vom 27.11.2000.

⁷⁴ Erwägungsgrund Nr. 4, 8, Art. 1 der RL 2000/78/EG.

⁷⁵ Khan, Art. 19 AEUV, Rn. 11.

betroffene Person bezüglich der Erfüllung der jeweiligen wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder der Absolvierung einer Ausbildung nicht fähig, kompetent oder verfügbar ist. Eine ähnliche Einschränkung ist auch im amerikanischen ADA zu finden (siehe Kapitel F II 2 b). Der Erwägungsgrund Nr. 20 nennt Beispiele für wirksame und praktikable Maßnahmen, um den Arbeitsplatz entsprechend der Behinderung einzurichten. Dazu gehören die Gestaltung der Räumlichkeiten, die Anpassung von Arbeitsrhythmen oder der Aufgabenverteilung. Nr. 21 gibt Beispiele für Gründe, die in der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle spielen und ein Indiz für eine übermäßige Belastung der Arbeitgeber_innen sein könnten, wie zum Beispiel der Aufwand, finanzielle Ressourcen und die Verfügbarkeit öffentlicher Mittel.

In der Richtlinie selbst werden die angemessenen Vorkehrungen in Art. 5 festgelegt. Danach müssen angemessene Vorkehrungen getroffen werden, um den Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf behinderte Menschen zu gewährleisten. Deshalb muss die Arbeitgeber_innenseite die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die gleiche Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen. Belastet die konkrete Maßnahme die Arbeitgeber_innenseite unverhältnismäßig, ist die Pflicht zur konkreten angemessenen Vorkehrung erloschen. Die Belastung ist in keinem Fall unverhältnismäßig, wenn sie durch den Mitgliedstaat ausreichend kompensiert wird.

3) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung⁷⁶

Der Vorschlag für diese Richtlinie wurde 2008 verabschiedet, dennoch ist sie bis heute nicht in Kraft getreten. Sie stützt sich auf Art. 19 I AEUV⁷⁷ und ergänzt die auf diesem Artikel basierenden Richtlinien, insbesondere die RL 2000/78/EG, die einen gesetzlichen Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen bisher nur im Bereich der Beschäftigung, des Berufes und der Berufsausbildung gewährleistet.⁷⁸ Sie soll gemäß Art. 1, Art. 3 des Vorschlags Diskriminierungen außerhalb des Arbeitsmarktes, insbesondere im Waren- und Dienstleistungsverkehr, in der Bildung und im Sozialschutz unter anderem aufgrund von Behinderung verhindern. Die Konzepte und Regelungen sind größtenteils an die RL 2000/78/EG angelehnt, weshalb im Folgenden nur die Unterschiede aufgeführt werden.

Unter anderem orientiert sich die Richtlinie an der BRK und führt auf S. 5 aus, dass die Mitgliedstaaten diese durchführen sollen. Wie in der RL 2000/78/EG werden behinderte Menschen explizit genannt (Erwägungsgrund Nr. 9, 19, 20). Neu ist jedoch, dass das Verweigern angemessener Vorkehrungen wie in der BRK als Diskriminierung angesehen wird (Art. 2 V i.V.m. Art. 2 I; Erläuterung zu Art. 2; Erwägungsgrund Nr. 2, 12). Eine Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen, wenn im konkreten Fall erforderlich, besteht gemäß Art. 4 (Gleichbehandlung behinderter Menschen). Demnach kann unbeschadet der Maßnahmen gemäß Art. 4 I a eine Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrun-

⁷⁶ KOM (2008) 426.

⁷⁷ S.o., S. 6.

⁷⁸ S.o., S. 2 f.

gen bestehen, solange diese keine unverhältnismäßige Belastung für die Verpflichteten darstellt (Art. 4 I a). In Abs. 2 werden mögliche Aspekte der Bestimmung der unverhältnismäßigen Belastung dargelegt: die Größe und Ressourcen der Organisation, die Art der Organisation, die voraussichtlichen Kosten, der Lebenszyklus der Güter und Dienstleistungen und die möglichen Vorteile eines verbesserten Zugangs für behinderte Menschen. Die Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie durch die Mitgliedstaaten in ausreichendem Maße ausgeglichen wird (so auch RL 2000/78/EG, Art. 5).

4) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Die Leitentscheidungen des EuGH zum Diskriminierungsverbot bezogen auf behinderte Menschen sind die Urteile „Chacón Navas“⁷⁹, „Coleman“⁸⁰ und die „HK Danmark“ Entscheidungen („Ring“ und „Skouboe Werge“)⁸¹.

Erstere bezieht sich auf die RL 2000/78/EG (Rn. 43) und definiert den Begriff Behinderung in diesem Zusammenhang, da eine eigenständige Definition in der Richtlinie fehlt (Rn. 39). Insbesondere soll der Begriff Behinderung zur Krankheit abgegrenzt werden, da das Merkmal Krankheit nicht in den Schutzbereich der Richtlinie fällt und dieser auch nicht dementsprechend erweitert werden soll (Rn. 44, 46, 47, 52, 57). Behinderung ist laut dieser Rechtsprechung eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bildet und wahrscheinlich von langer Dauer ist (Rn. 43, 45). Somit basiert die Behinderungsdefinition des EuGH auf dem gemischt medizinisch-sozialen Modell. Allerdings haben die Kommission, der Rat und das Parlament anerkannt und sich dazu verpflichtet, dass die europäische Behinderungspolitik auf dem sozialen Behinderungsbegriff basieren muss.⁸²

Der EuGH erwähnt in seinem Urteilsschluss sowie in der Rn. 52 des Urteils angemessene Vorkehrungen, zu denen die der Arbeitgeber_in verpflichtet ist.

In der Coleman-Entscheidung urteilte der EuGH, dass es Zweck der RL 2000/78/EG ist, jede Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zu verhindern (Rn. 38). Demnach kommt es auf die Merkmale des Art. 1 an und nicht auf die Kategorie der Person (Rn. 38, 50). Deshalb sei auch eine Mutter, die im Wesentlichen die Pflegeleistung für ihr behindertes Kind erbringt, von dem Diskriminierungsschutz der Richtlinie erfasst (Rn. 56).

In den HK Danmark Entscheidungen vom 11.04.2013 erweiterte der EuGH sein Verständnis von Behinderung und passte dieses den Vorgaben der BRK an.⁸³ Demnach entwickelt sich der Begriff ständig weiter (Rn. 37.) Behinderung umfasst „Einschränkungen, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichbe-

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 17.07.2008, Rs. C-303/06.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Rs. C-335/11 und C-337/11.

⁸² Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 16.

⁸³ EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Rs. C-335/11 und C-337/11, Rn. 28 ff.

rechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können“ (Rn. 38). Die Beeinträchtigung muss langfristig sein (Rn. 39) und kann auch von einer Krankheit herrühren. Eine Krankheit kann, entgegen der alten Rechtsprechung, unter den Behinderungsbegriff fallen, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die auf eine oben genannte Beeinträchtigung zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit Barrieren an einer vollen und wirksamen Teilhabe i.S.d. obigen Definition hindern können. Krankheit als solche, ohne die obigen Einschränkungen, fällt, wie in „Chacón Navas“ erörtert, nicht unter den Schutzbereich der RL 2000/78/EG (Rn. 40, 42).

In demselben Urteil entschied der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren bezüglich der Auslegung der Art. 1, 2 und 5 der RL 2000/78/EG. Die EU-Organe sind nach Art. 216 II AEUV an internationale Verträge, die daher Vorrang gegenüber den Rechtsakten der EU haben, gebunden. Aufgrund dessen müssen Rechtsakte der EU nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Verträgen ausgelegt werden.⁸⁴ Folglich muss die RL 2000/78/EG im Lichte der BRK ausgelegt werden. Dies beachtet der EuGH bei der Frage, ob eine Verkürzung der Arbeitszeit eine angemessene Vorkehrung i.S.d. Art. 5 der Richtlinie sein kann (Rn. 26, 48). Im Erwägungsgrund Nr. 20 befindet sich eine Aufzählung möglicher Maßnahmen, die eine angemessene Vorkehrung i.S.d. Art. 5 sein können (Rn. 49). Darunter befindet sich die Anpassung der Arbeitsrhythmen. Der EuGH hält eine weite Auslegung des Begriffs „angemessene Vorkehrungen“ gemäß der weiten Definition in der BRK für angebracht und hält es für möglich, dass die Verkürzung der Arbeitszeit unter den Begriff der Anpassung des Arbeitsrhythmus fällt (Rn. 53, 55). Des Weiteren beinhaltet der Erwägungsgrund Nr. 20 keine abschließende Aufzählung, weshalb die Arbeitszeitverkürzung eine angemessene Vorkehrung i.S.d. Art. 5 sein kann (Rn. 56).

5) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

a) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Art. 14 EMRK statuiert ein Diskriminierungsverbot und legt fest, dass die Ingebrauchnahme der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere aufgrund eines der dort genannten Merkmale und weiterer, ungeschriebener Merkmale wie das der Behinderung, gewährleistet werden soll. Die EMRK ist gemäß Art. 6 III EUV als allgemeiner Grundsatz Teil des Unionsrechts⁸⁵. In Deutschland, das die EMRK ratifiziert hat, gilt sie des Weiteren als einfaches Gesetz und muss zur Auslegung herangezogen werden.⁸⁶

b) Die Rechtsprechung des EGMR

In der Entscheidung *Semikhvostov v. Russia*⁸⁷ bezieht sich der EGMR auf die Vornahme angemesse-

⁸⁴ Urteil des Gerichtshofs (Zweite Kammer) vom 11. April 2013, In den verbundenen Rechtssachen C-335/11 und C-337/11, Rn. 28-32.

⁸⁵ Streinz, Europarecht, Rn. 79.

⁸⁶ Streinz, Europarecht, Rn. 79.

⁸⁷ *Semikhvostov v. Russia*, 6.02.2014, No. 2689/12.

ner Vorkehrungen in Bezug auf Freiheitsentzug im Gefängnis. Bereits in jüngerer Rechtsprechung⁸⁸ akzeptierte das Gericht das Konzept der angemessenen Vorkehrungen und urteilte, dass dessen Verweigerung das Freiheitsrecht des Antragsstellers verletzt. Im vorliegenden Fall entschied der EGMR, dass der Antragssteller, der mit mehreren Behinderungen seine Strafe in einem normalen Gefängnis absaß, in seinem Recht aus Art. 3 EMRK⁸⁹ verletzt wurde, unter anderem wegen der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen.⁹⁰ Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass das Fehlen angemessener Vorkehrungen, im konkreten Fall der fehlenden Anpassung der Einrichtungen der Gefängnisräume wie der Schlafsäle, Bäder und Essensräume, einen “dehumanising effect” (unmenschliche Auswirkungen) hatte und das daraus folgende Fehlen von organisierter Assistenz zu fehlender Mobilität und zur Abhängigkeit von den Mitgefangenen zu unmenschlicher Behandlung führte, die Art. 3 EMRK verletzt.⁹¹ Ähnlich wie der EGMR formulierte der frühere UN Special Rapporteur on torture 2008: “The denial or lack of reasonable accommodations (=angemessene Vorkehrungen) for persons with disabilities may create detention and living conditions that amount to ill-treatment and torture.”⁹² Für das Urteil wurde auch Art. 14 II BRK herangezogen, der die Staaten verpflichtet, alle Menschen im Freiheitsentzug durch die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen im Einklang mit der BRK zu behandeln, einschließlich durch die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen. Aufgrund der Schwere der Rechtsverletzung entschied der EGMR, dass eine bloße Feststellung der Verletzung nicht genüge und sprach dem Kläger neben der Erstattung der Kosten im Zusammenhang mit der Klage auch einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe von 15000 € zu.⁹³

II. Zusammenfassung

Auf Europäischer Ebene schützt RL 2000/78/EG behinderte Menschen vor Diskriminierung im Arbeitsleben. Als eigenständiger Anspruch und um den Gleichbehandlungsgrundsatz durchzusetzen, wurden die angemessenen Vorkehrungen in Art. 5 der Richtlinie als eigenständiges Konzept aufgenommen. Der Anspruch besteht nicht, wenn die behinderte Person den wesentlichen beruflichen Anforderungen nicht entspricht oder die angemessenen Vorkehrungen eine unverhältnismäßige oder übermäßige Belastung darstellen. Dieser Anspruch fehlt außerhalb des Arbeitslebens, da der neue Richtlinienentwurf KOM (2008) 426 noch nicht in Kraft trat. Der Vorschlag weist jedoch auf die Pflicht zur Umsetzung der BRK hin. Fehlt eine korrekte Umsetzung der Richtlinie, hat diese Vorrang vor nationalem Recht.

Die Rechtsprechung des EuGH schützt auch Dritte vor Diskriminierung und hat den Schutzbereich der RL 2000/78/EG durch eine Anpassung an den Behinderungsbegriff der BRK erweitert. Diese

⁸⁸ ZH v. Hungary, 8.11.2012, No. 28973/11, Rn. 43.

⁸⁹ “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment (or punishment).” / “Niemand soll Folter oder erniedrigender Behandlung (oder Bestrafung) ausgesetzt werden.“

⁹⁰ Semikhvostov v. Russia, 6.02.2014, No. 2689/12, S. 26.

⁹¹ s.o., S. 24, 26.

⁹² Interim report of the Special Rapporteur on Torture 2008: „Die Verweigerung oder das Fehlen angemessener Vorkehrungen für behinderte Menschen könnte Verwahrung und Lebensumstände hervorbringen, die zu Schlechtbehandlung und Folter führen.“, Rn.54.

⁹³ Semikhvostov v. Russia, 6.02.2014, No. 2689/12, S. 27.

weite Auslegung sollte auch in deutschen Gerichten angewandt werden. Der EuGH betont den Anwendungsvorrang der von der Union unterzeichneten BRK gegenüber den Rechtsakten der EU. Diese sollen im Lichte der BRK ausgelegt werden. Insbesondere nimmt er eine weite Auslegung der angemessenen Vorkehrungen vor. Auf diese Weise könnte die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung ausgelegt werden, da dies noch umstritten ist (mehr dazu S.42). Folglich ist Deutschland nicht nur durch seine Ratifizierung der BRK, sondern auch aus dem Europarecht verpflichtet, die BRK umzusetzen und geltende Normen in diesem Sinne auszulegen. Auch der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR lässt sich eine Pflicht ableiten, einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im deutschen Recht einzuführen.

E. Die deutsche Rechtslage in Bezug auf das Institut der angemessenen Vorkehrungen

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen und die BRK als Rechtsgrundlage in der deutschen Rechtsordnung

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Als grundlegendste Norm der deutschen Verfassung zum Schutz vor Diskriminierung verbietet der Gleichheitssatz gem. Art. 3 III 2 GG speziell für Menschen mit Behinderungen jede Diskriminierung. Die Achtung der Menschenwürde und die Pflicht des Staates diese zu schützen verlangen, jedem einzelnen Menschen die volle Ausübung seiner Rechte und Freiheiten zu ermöglichen (Art. 1 I GG).

Auch die Landesverfassungen enthalten teilweise spezielle Normen zur Gleichstellung der Menschen mit Behinderungen. Beispielsweise verpflichtet Art. 11 der Verfassung von Berlin das Land, die gleichen Lebensbedingungen für Menschen mit und ohne Behinderung zu schaffen. Trotz unterschiedlicher Ausgestaltung ist in allen entsprechenden Landesverfassungsnormen die Pflicht zur Gleichbehandlung festgeschrieben. Zudem muss die Behandlung von Menschen mit Behinderungen, in jedem Fall in den staatlich gestalteten Lebensbereichen, ihre Entfaltungsmöglichkeiten nur so gering wie möglich einschränken.⁹⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zur Sonderbeschulung festgehalten, dass die Einschränkung der Entfaltungsmöglichkeiten eines Menschen durch die öffentliche Gewalt eine Diskriminierung darstellt, wenn sie nicht in ausreichendem Maß kompensiert wird.⁹⁵ In diesem Fall wurde einer behinderten Schülerin die Regelbeschulung versagt. Nach dem BVerfG stellt die fallgegenständliche Versagung des Besuchs einer Regelschule für die Klägerin zunächst eine Diskriminierung dar. Zur Begründung der Rechtmäßigkeit der Ablehnung des Besuchs der Regeschule nennt das BVerfG die Maßgaben „des personell, finanziell, sachlich und organisatorisch Möglichen“. Danach müssen jedoch zusätzliche Maßnahmen, um in Fällen wie diesem die Regelbeschulung zu ermöglichen, nur vorgenommen werden, wenn kein besonderer personeller, finanzieller, sachlicher oder organisatorischer Aufwand betrieben werden muss. Mit dem Verweis, der gegenwärtige Zustand reiche aus, wurde der Zugang zur Regelschule oftmals abgelehnt.

⁹⁴ Welti, in: Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 76.

⁹⁵ BVerfG, 1 BvR 9/97 vom 8.10.1997, Absatz-Nr. 52.

Demnach spricht die heutige Praxis für eine abwehrrechtliche Funktion des Art. 3 III 2 GG und keiner anspruchsbegründenden, insbesondere bezüglich der angemessenen Vorkehrungen.⁹⁶ Es sollen also aus dem Grundgesetz keine über das Diskriminierungsverbot hinausgehenden subjektiven Ansprüche auf Leistungen vermittelt werden.⁹⁷ Eine Weiterentwicklung durch Auslegung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes über Art. 5 iVm. Art. 2 BRK hin zu einem Anspruch auf angemessene Vorkehrungen scheint aber möglich.⁹⁸

2) Die BRK als Rechtsgrundlage in der deutschen Rechtsordnung

Die BRK ist die zurzeit maßgebliche Rechtsgrundlage für die internationale Behindertenrechtsentwicklung. Entscheidend ist, wie weit diese Wirkung auch innerhalb Deutschlands und somit auch für die deutsche Rechtsordnung und die Implementierung und Weiterentwicklung der angemessenen Vorkehrungen Wirkung entfaltet. Dabei ist zentral, ob von den Normen der BRK auch subjektive Rechte abgeleitet werden können, diese also gerichtlich einklagbar sind.

a) Innerstaatliche Geltung der BRK

Das dualistische Rechtssystem Deutschlands verlangt für die innerstaatliche Geltung eine Überführung der völkerrechtlichen Normen der BRK in das deutsche Recht. Notwendig sind daher die Zustimmung der zuständigen Organe, also Bundestag und Bundesrat.⁹⁹ Dieses Zustimmungsgesetz wurde gem. Art. 59 II GG erlassen und im Bundesgesetzblatt verkündet. Somit gelten die BRK und das Fakultativprotokoll in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁰⁰ Auch beinhaltet das Zustimmungsgesetz den nach der Vollzugslehre¹⁰¹ notwendigen Rechtsanwendungsbefehl, der sich an alle staatlichen Stellen richtet. Ein weiterer Transformationsakt wird daher nicht vorausgesetzt, um Konventionsnormen anzuwenden, auch wenn die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt.¹⁰² Bereits hier zeichnen sich Rechtsfolgen für die deutsche Rechtsordnung und speziell für die Behindertenrechte ab. So ist die BRK für sich ein völkerrechtlich verbindliches Instrument. Darüber hinaus ist sie bereits ein politisches Programm, da nach Art. 4 c) BRK die Vertragsstaaten verpflichtet sind, die Rechte von behinderten Menschen in allen politischen Konzepten und Programmen zu berücksichtigen.¹⁰³ Zudem vermitteln andere Normen auch individuelle Menschenrechte für die einzelnen Menschen, wie beispielsweise das Recht auf Leben aus Art. 10 BRK.¹⁰⁴

Dazu hat das BVerfG die grundsätzliche Bedeutung der Menschenrechte herausgestellt, sodass in Fällen mit grundrechtlicher Relevanz auch die deutschen Grundrechte im Lichte der Menschenrechte

⁹⁶ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 248.

⁹⁷ Starck, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hrsg.), GG Kommentar, Band 1, Art. 3 Abs. 3 Rn. 417.

⁹⁸ Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderungen, S. 248.

⁹⁹ BeckOK GG/Pieper GG Art. 59 Rn. 27.

¹⁰⁰ Lachwitz in Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 19.

¹⁰¹ Sauer, Staatsrecht III § 6, Rn. 10

¹⁰² Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S.727.

¹⁰³ Lachwitz, in: Frehe/Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 19.

¹⁰⁴ Lachwitz, s.o., S. 20.

auszulegen sind (Görgülü-Beschluss).¹⁰⁵ Entscheidend ist dabei die Bindung jedes Rechtsanwenders an Recht und Gesetz aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 III GG) und dementsprechend auch das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit, welches gebietet, jeden Völkerrechtsbruch Deutschlands zu vermeiden.¹⁰⁶ So stellt das BVerfG in einer weiteren Entscheidung fest, dass auch die BRK als völkerrechtlicher Vertrag zur Auslegung der Grundrechte herangezogen werden kann.¹⁰⁷ Hinsichtlich Art. 3 III 2 GG ist dieser folglich dem Äquivalent aus der BRK, also gemäß Art. 5 BRK auszulegen.¹⁰⁸ Dazu hat das BSG in der „Cialis“-Entscheidung festgehalten, dass Art. 5 BRK dem Regelungsgehalt des Art. 3 III 2 GG entspricht.¹⁰⁹ Somit ist Art. 5 BRK, einschließlich der Vornahme angemessener Vorkehrungen, eine taugliche Rechtsgrundlage, um auf verfassungsrechtlicher Ebene herangezogen zu werden.

Die dargestellte Berücksichtigungspflicht ist also auch für den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz relevant, da in Fällen der Vornahme besonderer Förder- oder Schutzmaßnahmen abgewogen werden muss, ob diesem widerstreitende Grundrechtsinteressen entgegenstehen. So entsteht beispielsweise dem Mieter aus Art. 3 II S. 2 GG ein Recht auf barrierefreie Nutzung seiner Mietsache, welches sogar das Recht des Vermieters aus Art. 14 GG auf Bestimmung über sein Eigentum und dessen baulicher Gestaltung einschränken kann.¹¹⁰ Diese Entscheidung wurde entsprechend vom Gesetzgeber aufgegriffen, der das Recht auf barrierefreie Nutzung der Mietsache in § 554a BGB festschrieb, wodurch der Mieter selbst die Zustimmung zu baulichen Veränderung verlangen kann, soweit kein überwiegendes Interesse an der unveränderten Erhaltung der Mietsache besteht. Es entsteht also, zusätzlich zu der Bindung des Staates an den Grundrechtsschutz auch eine mittelbare Drittwirkung für Private, die Gleichbehandlung im Sinne des Art. 3 II S. 2 GG zu achten. Dabei bleibt die Verhältnismäßigkeit in jedem Einzelfall zu berücksichtigen.

b) BRK als Auslegungshilfe

Eine Möglichkeit der Anwendung von Völkerrecht ist die Heranziehung einer völkerrechtlichen Norm als Auslegungshilfe. Dazu führt das VG Frankfurt in seiner Entscheidungsbegründung auch das Konzept der angemessenen Vorkehrungen der BRK an und stellt dabei die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber fest, eine andere Beschäftigung in einem anderen Bereich zu suchen.¹¹¹ So sind von 2009 bis 2011 in Berlin 35 gerichtliche Entscheidungen ergangen, die Bezug zur BRK nehmen und etwa 10 Entscheidungen, bei denen die BRK als Auslegungshilfe diente.¹¹² Somit ist hier der Vorteil der BRK bereits sichtbar, denn unabhängig von der streitigen unmittelbaren Anwendbarkeit, nutzen die Gerich-

¹⁰⁵ BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004.

¹⁰⁶ Sauer, Staatsrecht III, § 7, Rn. 19.

¹⁰⁷ BVerfG, 2 BvR 882/09 vom 23.3.2011, Rn. 52.

¹⁰⁸ Welti, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK, S. 3.

¹⁰⁹ BSG, 6.3.2012, B 1 KR 10/ 11 R. Hier wird der gleiche Regelungsgehalt insbesondere für die Leistungsbestimmung der gesetzlichen Krankenversicherung für die streitgegenständliche Vergabe von Cialis zu Behandlung einer erektilen Dysfunktion.

¹¹⁰ BVerfG, 1 BvR 199/00 vom 04.04.2000.

¹¹¹ VG Frankfurt, Beschluss vom 21.12.2009, 9 L 3763/09, Ziffer 22.

¹¹² Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S. 728 f.

te bereits in mehreren Entscheidungen die BRK als Auslegungshilfe, sodass auf diese Weise die Menschenrechte der BRK Einfluss auf deutsches Recht nehmen. Diese Praxis der insgesamt noch zurückhaltenden Anwendung der BRK ist jedoch aufgrund der klaren Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zur Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen und der BRK überraschend.¹¹³

c) Unmittelbare Anwendbarkeit und Einklagbarkeit der BRK

Wichtig ist nun die Abgrenzung der festgestellten innerstaatlichen Geltung der BRK von der tatsächlichen unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm und dem subjektiv-rechtliche Gehalt für den Einzelnen. Die Norm muss dafür hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingt sein („self-executing“). Das heißt sie muss so deutlich und konkret formuliert sein, dass ein Gericht sie ohne weitere gesetzliche Konkretisierung anwenden kann. Eine Norm ist zudem einklagbar, wenn der Einzelne sich auf die rechtliche Norm berufen kann. Voraussetzung ist, dass sie zusätzlich zur unmittelbaren Anwendbarkeit dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht. Dies ist häufig bei Menschenrechtsabkommen wie der BRK der Fall, da sie gerade bezwecken, den einzelnen Individuen ihre Menschenrechte zu verleihen.¹¹⁴ Die Anwendbarkeit hängt also vom materiellen Inhalt der jeweiligen völkerrechtlichen Norm und der Bedeutung für die einzelne Person ab.¹¹⁵ Allgemein kann festgehalten werden, dass die meisten Normen der BRK, die den bürgerlichen und politischen Menschenrechten entsprechen (Art. 14 bis 18 BRK), so entworfen wurden, dass sie subjektive Rechte enthalten. Dagegen besteht bei den sozialen Menschenrechten öfter Unklarheit und weiterer rechtlicher Konkretisierungsbedarf.¹¹⁶ Insbesondere bei dem Diskriminierungsverbot (Art. 5 II BRK) wird ein subjektives Recht angenommen, denn „[e]in nur objektiv wirkender rechtlicher Schutz vor Diskriminierung ohne subjektives Recht ist kaum vorstellbar“.¹¹⁷ Das BSG stellt entsprechend in seiner „Cialis“-Entscheidung fest, dass Art. 5 II BRK unmittelbar anwendbar ist.¹¹⁸ Konsequenterweise muss diese Garantie auch auf die in Art. 5 III BRK beschriebene Bereitstellung angemessener Vorkehrungen erweitert werden. Wird hier ein subjektiv-rechtlicher Gehalt angenommen, ließe dieser sich grundsätzlich auch auf andere Bestimmungen zu angemessenen Vorkehrungen aus der BRK übertragen. Dazu werden verschiedene Meinungen vertreten.

In der Denkschrift der Bundesregierung zu der BRK heißt es zu Art. 4 I BRK, dass das Übereinkommen keine subjektiven Ansprüche begründe, denn diese ergäben sich grundsätzlich erst aufgrund innerstaatlicher Regelungen.¹¹⁹

Zu der streitigen Frage der subjektiven Ansprüche vertritt unter anderen Welti zutreffend, dass immer, wenn die BRK Rechte mit Bezugnahme auf das Diskriminierungsverbot formuliert, auch unmittelbar

¹¹³ Ebd., S. 730.

¹¹⁴ Sauer, Staatsrecht III, § 6, Rn. 15 ff.

¹¹⁵ Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 34; Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, S. 3.

¹¹⁶ Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden, S. 3 ff.

¹¹⁷ Welti, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK, S. 2.

¹¹⁸ BSG, 6.3.2012, B 1 KR 10/ 11 R.

¹¹⁹ BT-Brucks 16/10808, S. 48.

anwendbare Rechte für Einzelne gegenüber dem Staat entstehen.¹²⁰ Also sind auch die angemessenen Vorkehrungen durch Art. 5 III BRK unmittelbar anwendbar und wirken im deutschen Recht über Art. 3 III 2 GG. Somit könnten beispielsweise auch die Art. 12, 13, 24, 25 und 27 BRK durch die Verbindung zum Diskriminierungsverbot unmittelbar anwendbar sein.¹²¹

Dem wird von Luthe entgegnet, dass kein Rechtsanspruch auf Leistungen bestehen kann, da die BRK meist nicht hinreichend bestimmt sei. So sei die Formulierung aus Art. 25 BRK „bieten die Vertragsstaaten die Gesundheitsleistung an“ zu unkonkret, da somit bewusst Raum für die finanzielle Leistungsfähigkeit gelassen werden soll (Progressionsvorbehalt). Das Argument des Bezugs zum allgemeinen Diskriminierungsverbot von Welti reiche für sich nicht aus, um die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 25 BRK zu bejahen. In der „Cialis“-Entscheidung wird die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 25 BRK aufgrund der Unbestimmtheit der Norm ebenfalls abgelehnt.¹²² Bezüglich des Rechts auf Bildung (Art. 24 BRK) wird die Formulierung „die Vertragsstaaten anerkennen das Recht“ von Luthe als Indikator verstanden, dass dieses Recht zwar ein anerkanntes, aber eben ein noch zu schaffendes sei. Dazu wird weiter angeführt, dass die BRK und insbesondere der nicht unmittelbar anwendbare und somit unter dem Progressionsvorbehalt stehende Art. 24 BRK auch nicht die Sonderschulentscheidung¹²³ des BVerfG in Frage stellen könne. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende strenge Organisations- und Finanzierungsvorbehalt würde also dem Progressionsvorbehalt und damit der BRK entsprechen.

Dagegen stellt Aichele bezüglich der Sonderschulentscheidung zutreffend fest, dass heute nach Inkrafttreten der BRK nicht mehr pauschal auf Mehrkosten verwiesen werden kann, um dem Finanzierungsvorbehalt zu genügen, sondern es soll für das Recht auf Bildung im Einzelfall eine Anpassung vorgenommen werden, die gerade über das Bestehende hinausgeht und dementsprechend auch mehr Aufwand und Kosten verlangen kann. Somit könne unter der Heranziehung des Art. 5 iVm. Art. 2 als Auslegungshilfe das enge Verständnis von Art. 3 GG und dem Organisations- und Finanzierungsvorbehalt nicht mehr überzeugen.¹²⁴ Auch sei die Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit mit pauschalen inhaltlichen Argumenten abzulehnen. Zunächst setze die BRK selbst die unmittelbare Anwendbarkeit von Normen nach Art. 4 II BRK grundsätzlich voraus. Außerdem könne die unmittelbare Anwendbarkeit auch nicht aufgrund von mangelnder Bestimmtheit abgelehnt werden, da ansonsten im durch die BRK gewährleisteten Individualbeschwerdeverfahren Sachverhalte einzelner Personen schwierig am Maßstab der BRK-Normen gemessen werden könnten.¹²⁵

¹²⁰ Welti, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK, S. 2.

¹²¹ Welti, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes am 11.09.2013 im BMAS, Workshop-Modul 2: Das BGG und die UN-Behindertenrechtskonvention; So auch Masuch bzgl. Art. 24 BRK in: Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden; Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 35.

¹²² Behindertenrecht 03/ 2014, S. 85.

¹²³ BVerfG, 1 BvR 9/97 vom 8.10.1997.

¹²⁴ Aichele, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessenen Vorkehrungen gesetzlich verankern, in: Postionen Nr. 5, Monitoringstelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, S. 4.

¹²⁵ Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S. 730.

Luthe geht letztlich unzutreffend von einer geringen rechtlichen Bedeutung der BRK aus.¹²⁶ Dieses Verständnis verkennt die dargestellte Bedeutung des Diskriminierungsverbots für andere Normen der BRK und verkürzt somit die Rechte behinderter Menschen und die Wirkkraft des Art. 3 III 2 GG. Die Versagung der Anmeldung einer behinderten Schülerin ist zudem als ein Verstoß gegen die „non-rejection clause“ des Art. 24 II a BRK anzusehen. Es ist nach Art. 24 II a BRK verboten, Schüler von einer Regelschule auszuschließen („non-rejection clause“). Dieses Verbot wird umgesetzt durch angemessene Vorkehrungen. So wird in 24 II c) BRK jedem Einzelnen ein Recht auf angemessene Vorkehrung zugesprochen.¹²⁷ Dieses ist bedingt und klar formuliert, vermittelt ein subjektives Recht und wäre daher auch gegenüber dem staatlichen Bildungsträger einklagbar.

Schlussendlich ist die Betrachtung der Anwendbarkeit und der Einklagbarkeit eine Einzelfallfrage die vor den Gerichten entschieden werden muss.¹²⁸ Auch wenn von der Anwendbarkeit der Normen der BRK ausgegangen wird, ist bisher noch kein Fall der unmittelbaren Anwendung vor deutschen Gerichten dokumentiert.¹²⁹

3) Zusammenfassung

Zentrale Grundlage für das deutsche Antidiskriminierungsrecht ist Art. 3 GG. Dieser selbst vermittelt nach bisherigem Stand keinen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz entspricht dem Art. 5 BRK auf völkerrechtlicher Ebene und muss sich an diesem messen lassen und entsprechend ausgelegt werden. Verfassungsrechtlich bestätigt ist zwar durch die Sonderschulentscheidung, dass die Behandlung von behinderten Menschen ihre Selbstbestimmung nicht einschränken sollte, jedoch wird dabei bislang von einem weiten Organisations- und Finanzierungsvorbehalt ausgegangen. Dieser verhindert das Ergreifen von angemessenen Vorkehrungen und anderen Maßnahmen, die die Entfaltungsmöglichkeiten behinderter Menschen ermöglichen und steht nicht im Einklang mit der BRK. Die unmittelbare Anwendbarkeit und folglich die Einklagbarkeit von völkerrechtlichen Normen mit Relevanz für das Konzept der angemessenen Vorkehrungen kann nicht pauschal ausgeschlossen und muss im Einzelfall gerichtlich überprüft werden.

II. Einfaches Recht

1) Öffentlich-rechtliche Gesetzgebung

a) BGG

Das Behindertengleichstellungsgesetz¹³⁰ ist ein Gesetz zur öffentlich-rechtlichen Gleichstellung behinderter Menschen und trat Mai 2002 in Kraft¹³¹. Es bindet Dienststellen und sonstige Einrichtungen

¹²⁶ Luthe, Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, in: SGB 07/ 13, S. 393 ff.

¹²⁷ Übersetzt aus: Thematic study on the right of persons with disabilities to education, UN-Dok. A/HRC/25/29 vom 18. Dezember 2013, S. 9, Nr. 26.

¹²⁸ Trenk-Hinterberger, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Einführung, Rn. 36, 39.

¹²⁹ Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S. 729.

¹³⁰ Literatur für diesen Abschnitt: Ritz, SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, S. 555 ff.

¹³¹ U.a. Frehe, Behindertengleichstellungsrecht: Entstehung und Konzeption, S. 3.

der Bundesverwaltung einschließlich bundesunmittelbarer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Landesverwaltungen, landesunmittelbarer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, soweit diese Bundesrecht ausführen. Des Weiteren gibt es Landesgleichstellungsgesetze in jedem Land für Bereiche der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder.¹³² Diese stimmen im Wesentlichen mit der Bundesgesetzgebung überein. Ausnahmen sind die Landesgleichstellungsgesetze der Länder Berlin und Sachsen-Anhalt, die aus diesem Grunde anschließend betrachtet werden.

Die Ziele, die in § 1 BGG aufgelistet sind, sind die Beseitigung und Verhinderung von Diskriminierung, die gleichberechtigte Teilhabe und die Ermöglichung einer selbstbestimmten Lebensführung. Anspruchsgrundlagen befinden sich in den §§ 7-11 BGG¹³³ (Verpflichtung zur Gleichstellung und Barrierefreiheit). Das BGG ist ein einfachgesetzlicher Ausfluss des Art. 3 III 2 GG.¹³⁴

Behinderung wird in § 3 BGG legal definiert und ist mit dem medizinisch-sozialen Behinderungskonzept der WHO¹³⁵ von Behinderung des § 2 SGB IX identisch.¹³⁶ Anders als im § 69 SGB IX wird allerdings nicht an ein förmliches Anerkennungsverfahren angeknüpft.¹³⁷

Das BGG ist ein symbolisch-programmatisches Gesetz und selten kommt es zu Rechtsstreitigkeiten vor Gericht. Im BGG festgeschriebene Instrumente zur Zielerreichung sind Zielvereinbarungen (§ 5 BGG), das Verbandsklagerecht (§ 13 BGG) und das Amt der Beauftragten der Bundesrepublik Deutschland für die Belange behinderter Menschen (§ 14). Es wurde weitgehend auf materielle Regelungen verzichtet. Eine weitergehende Ausgestaltung soll durch Zielvereinbarungen zwischen den Unternehmen/ Unternehmensverbänden und den Verbänden behinderter Menschen i.S.d. § 5 BGG geschehen. Diese sollen flexible, angemessene Lösungen in Form zivilrechtlicher Verträge zur Herstellung von Barrierefreiheit (legal definiert in § 4 BGG) produzieren und können in ihrem Ergebnis angemessene Vorkehrungen beinhalten¹³⁸. Es besteht hierbei ein Anspruch auf die Aufnahme von Gesprächen über Zielvereinbarungen, nicht jedoch auf den Abschluss solcher.¹³⁹ Angemessene Vorkehrungen sind in keiner Weise im BGG genannt.

Laut § 7 II BGG dürfen Träger der öffentlichen Gewalt i.S.d. Abs. 1 behinderte Menschen nicht benachteiligen. Gemäß der Legaldefinition des § 7 II 2 BGG dürfen behinderte Menschen nicht ohne zwingenden Grund anders behandelt werden, wenn sie dadurch (un-) mittelbar in ihrer gleichberechtigten Teilhabe am Leben der Gesellschaft beeinträchtigt werden. Es wäre möglich an dieser Stelle einen dritten Satz einzufügen und die Träger öffentlicher Gewalt zu verpflichten, angemessene Vorkehrungen vorzunehmen, um eine Diskriminierung zu verhindern. Dieser könnte wie folgt aussehen:

¹³² Frehe/ Welti, Behindertengleichstellungsrecht, S. 565.

¹³³ Ritz, SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, S. 576.

¹³⁴ S.o.

¹³⁵ Däubler, AGG, S. 73.

¹³⁶ „Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“

¹³⁷ Ritz, SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, S.565, 580.

¹³⁸ Raasch, AGG, S.109.

¹³⁹ S.o., S. 563, 565, 597-599.

„Dies (die Diskriminierung) umfasst auch die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen ohne zwingenden Grund.“

b) LGG der Bundesländer Berlin und Sachsen-Anhalt

Das Land Berlin war das erste Bundesland, das ein Landesgleichberechtigungsgesetz (LGBG) erließ. Dies geschah 1999, wohingegen das BGG erst 2002 erlassen wurde. Es wurde 2004 geändert und unterscheidet sich vom BGG.¹⁴⁰ Doch auch noch nach der Änderung basiert der Behinderungsbegriff auf dem medizinischen Modell und es fehlt eine Norm zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen.¹⁴¹

Eine andere Definition ist im Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (BGG LSA – erlassen 2001¹⁴²) zu finden. Dieses wurde 2010 geändert und nimmt in § 1 BGG LSA Bezug auf die BRK. Demnach ist es das Ziel dieses Gesetzes, in Umsetzung der BRK die Diskriminierung von behinderten Menschen zu verhindern und zu beseitigen, gleichwertige Lebensbedingungen, Chancengleichheit, gleichberechtigte Teilhabe am Leben und eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. Die Behinderungsdefinition bezieht sich in § 2 BGG LSA auf die Wechselwirkung zwischen der Beeinträchtigung und den Barrieren und stimmt mit der Definition der BRK überein.

Angemessene Vorkehrungen werden hier im Zusammenhang mit der Diskriminierungsdefinition in § 4 BGG LSA genannt. Die Definition entspricht der Diskriminierungsdefinition des BGG, mit der Ausnahme, dass die Diskriminierung die Versagung angemessener Vorkehrungen umfasst. Angemessene Vorkehrungen werden des Weiteren als „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen“ definiert, die „keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit Menschen ohne Behinderungen am Leben in der Gesellschaft teilhaben und von ihren Grundfreiheiten Gebrauch machen können.“ Demnach liegt eine Entlastung der Verpflichteten vor, wenn die angemessenen Vorkehrungen unverhältnismäßig sind oder wenn sie eine unbillige Härte für die Verpflichteten darstellen. Fraglich ist, wie in diesem Zusammenhang „angemessen“ ausgelegt wird und wie weit die Auslegung die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen einschränkt.

Gemäß § 8 BGG LSA muss, wenn die Vermutung einer Diskriminierung i.S.d. § 4 BGG LSA vorliegt, die Gegenseite das Gegenteil davon beweisen, also eine Unverhältnismäßigkeit oder unbillige Härte nachweisen.

¹⁴⁰ Frehe, Behindertengleichstellungsrecht, S. 87.

¹⁴¹ Auf den Änderungsbedarf des LGBG wird hier nicht weiter eingegangen. Dazu aber u.a. hier: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Diskussionspapier_Ergebnisse_der_Normenpruefung_zum_Landesgleichberechtigungsgesetz_LGBG_01.pdf (letzter Abruf: 14.03.15).

¹⁴² U.a. Frehe, Behindertengleichstellungsgesetze: Entstehung und Konzeption, S. 6.

Da die Diskriminierungsdefinition des BGG nur ergänzt wurde, könnte diese Vorgehensweise auch dort übernommen werden. Dabei muss festgelegt werden, inwieweit die Verpflichtung eingeschränkt werden soll und was „angemessen“ bedeutet (siehe Kapitel F III 1 a).

c) SGB IX

Das SGB IX bietet Schutz für schwerbehinderte Beschäftigte vor Diskriminierungen in der Arbeitswelt.¹⁴³ Seit 2001 sind seine Leitgedanken Selbstbestimmung, Chancengleichheit und Antidiskriminierung, § 1 SGB IX.¹⁴⁴ Trotz dessen liegt der Schwerpunkt des SGB IX weder auf einer Gleichbehandlung noch auf einem antidiskriminierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot, sondern auf der Absicherung einer Beschäftigungsquote.

i. § 81 II SGB IX

§ 81 II SGB IX beinhaltet ein Diskriminierungsverbot schwerbehinderter Menschen und ihnen gleichgestellter Personen. Des Weiteren wird auf die Regelungen des AGG verwiesen. Im AGG und SGB IX umfassen „Beschäftigte“ generell auch Stellenbewerber_innen¹⁴⁵, § 81 IV aber nur bereits Eingestellte.¹⁴⁶ Auch werden im Diskriminierungsverbot schwerbehinderte Personen unter Beachtung von Besonderheiten öffentlich-rechtlich Arbeitsverhältnisse einbezogen, § 24 AGG.¹⁴⁷

ii. § 81 IV, V SGB IX

Im vierten Absatz befinden sich direkte Ansprüche schwerbehinderter Arbeitnehmer_innen gegenüber ihren Arbeitgeber_innen auf die Vornahme konkreter Maßnahmen, die auch i.V.m. § 823 II BGB geltend gemacht werden können. In § 81 IV 3 SGB IX wird der Anspruch ausgeschlossen, wenn die Maßnahme der_m Arbeitgeber_in nicht zumutbar oder unverhältnismäßig ist oder entgegenstehende Arbeitsschutzvorschriften vorliegen. Dies ähnelt dem Konzept der angemessenen Vorkehrungen und ihrer Beschränkungen. Gemäß Abs. 5 sollen Arbeitgeber_innen die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen fördern. Auch dies könnte, als Anpassung der Arbeitszeit gesehen (siehe auch Kapitel D I 4, Rechtsprechung des EuGH), eine angemessene Vorkehrung darstellen. Beide Absätze regeln Anpassungen des Arbeitsplatzes an die individuellen Bedürfnisse (Behinderungen und Fähigkeiten) einer (schwer-) behinderten Person durch den Arbeitgeber. Ein Unterlassen statuiert im unionsrechtlichen Kontext eine Diskriminierung nach § 7 AGG.¹⁴⁸ In der Literatur werden die Maßnahmen des § 81 IV, V mehrheitlich als angemessene Vorkehrungen gesehen.¹⁴⁹

¹⁴³ Ritz/ Dopatka, Kommentar zum Recht schwerbehinderter Menschen sowie AGG und BGG, S. 803.

¹⁴⁴ Degener, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, S. 9.

¹⁴⁵ Düwell, SGB IX, Rn. 17, 36.

¹⁴⁶ Raasch, AGG, § 5, Rn. 105.

¹⁴⁷ Düwell, SGB IX, Rn. 24.

¹⁴⁸ Faber, SGB IX, § 81, Rn. 32.

¹⁴⁹ Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 147 (für § 81 IV nur die Nr. 1, 4, 5); Welti, in: Schiek, AGG, Art. 3, § 81 SGB IX, Rn. 4; Faber, SGB IX, § 81, Rn. 110 f.

Allerdings wird teilweise die Frage nach dem antidiskriminierungsrechtlichen Kontext gestellt und eine Interpretation der Maßnahmen als angemessene Vorkehrungen in Frage gestellt. Gegen eine Deutung des § 81 IV als antidiskriminierungsrechtliche Norm i.S.d. Richtlinie spricht unter anderem, dass es traditionell ein Schutz- und Förderungsrecht ist, zu welchem das AGG das Gegenstück darstellt. In der Literatur wird § 81 IV teilweise als Förderungsgebot betrachtet.¹⁵⁰

Theresia Degener argumentiert, dass die Maßnahmen des § 81 IV SGB IX nicht als angemessene Vorkehrungen ausgelegt werden können. Sie fragt sich, ob die Verweigerung der Vornahme dieser Maßnahmen als Diskriminierung gesehen werden kann. In der Definition der direkten und indirekten Diskriminierung in § 3 SGB IX sind angemessene Vorkehrungen nicht aufgenommen, wie dies in anderen Ländern der EU geschehen ist, und auch nicht im AGG, auf dessen Umsetzung in Abs. 2 im Diskriminierungsverbot verwiesen wird. Dort gibt es auch keine Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen oder behindertengerechte Ausgestaltung der Arbeitsplätze. Letzterer bestand im SGB IX jedoch schon in der alten Fassung, das noch kein Diskriminierungsverbot kannte. Aus der Zusammenschau dieser Argumente lassen sich laut Degener diese Maßnahmen schwer als angemessene Vorkehrungen interpretieren.¹⁵¹

iii. §§ 81 I, 82 SGB IX

Überwiegend wird in den in diesen Vorschriften enthaltenen Melde- und Einladungspflichten eine teilweise Umsetzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen aus Art. 5 RL 2000/78/EG gesehen.¹⁵² Für Fuerst sind diese allerdings Fördermaßnahmen i.S.d. Art. 7 II RL 2000/78/EG.¹⁵³

iv. §§ 81 III, 83 SGB IX

Zumindest laut Raasch entspricht § 81 III SGB IX inhaltlich dem Art. 5 RL 2000/78/EG.¹⁵⁴

Auch in den Integrationsvereinbarungen nach § 83 SGB IX sieht Raasch eine teilweise Umsetzung der Richtlinie, da sie nach Abs. 2 angemessene Vorkehrungen i.S.d. Art. 5 RL 2000/78/EG enthalten müssen. Problematisch ist, dass nur eine Pflicht zu Verhandlungen besteht, nicht aber zum Abschluss solcher Zielvereinbarungen.¹⁵⁵

v. § 84 SGB IX

Auch in § 84 SGB IX wird eine teilweise Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG

¹⁵⁰ Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 140 f..

¹⁵¹ Degener, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, S. 10 f.

¹⁵² Düwell, SGB IX, Rn. 6; Faber, SGB IX, § 81, Rn. 8.

¹⁵³ Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 147.

¹⁵⁴ Raasch, AGG, § 5, Rn. 102.

¹⁵⁵ S.o., Rn. 106.

gesehen.¹⁵⁶ Dieser statuiert eine indirekte Verpflichtung für Vorkehrungen, um bei längerer Arbeitsunfähigkeit, diese zu überwinden und mögliche Leistungen oder Hilfen zur Prävention anzubieten.¹⁵⁷ Düwell merkt an, dass auch hier eine Umsetzung der Pflicht aus der BRK besteht, der Schutzbereich aber über den Schutz der BRK hinausgeht, da er keine Behinderung voraussetzt.¹⁵⁸

vi. BAG

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz¹⁵⁹ legt das BAG die §§ 81, 82 SGB IX nicht für alle behinderten Menschen aus. Unter anderem argumentiert das BAG, dass für „einfachbehinderte“ Menschen das AGG Anwendung findet und eine solche Erweiterung der fraglichen Vorschriften des SGB IX nur während der Übergangszeit, sprich vor der Einführung des AGG, zulässig war.¹⁶⁰

2) Zivilrechtliche Gesetzgebung

a) AGG

Antidiskriminierungsrecht für behinderte Menschen gibt es in Deutschland erst seit der Einfügung des Art. 3 III 2 GG im Jahr 1994.¹⁶¹ Das Diskriminierungsverbot desselben ist die wichtigste verfassungsrechtliche Grundlage des AGG.¹⁶² Des Weiteren setzt es vier Gleichbehandlungsrichtlinien der EU um.¹⁶³ Eine Umsetzungsvorschrift zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen der RL 2000/78/EG findet sich nicht im AGG.¹⁶⁴

Das AGG soll Diskriminierungen aus den in § 1 genannten Gründen, unter anderem der Behinderung, im Rahmen des in § 2 I niedergelegten Anwendungsbereichs verhindern und vermeiden. Es enthält keine separate Behinderungsdefinition. Diese soll gemeinschaftsrechtlich ausgelegt werden und umfasst insbesondere die in Kapitel D I 4 genannten Rechtsprechungen „Chacón Navas“ und „Coleman“ des EuGH¹⁶⁵, aber auch die neue, an der BRK orientierten Auslegung. Auch wird auf die Definition des § 2 SGB IX und des § 3 BGG verwiesen, die identisch sind und mit der europäischen Definition einhergehen.¹⁶⁶

Das AGG besitzt unter anderem einen allgemeinen Teil, §§ 1-5, einen Teil zum Schutz der Beschäf-

¹⁵⁶ Welti, in: Schiek, AGG, § 3, Rn. 80; Düwell, SGB IX, Rn. 79; Faber, SGB IX, § 81, Rn. 110 f.; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 149 f.; Degener, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, S. 149 f.

¹⁵⁷ Degener, s.o., S. 149 f.; Fuerst, s.o.

¹⁵⁸ Düwell, SGB IX, Rn. 79.

¹⁵⁹ LAG Berlin-Brandenburg vom 02.06.2009, 3 Sa 499/09.

¹⁶⁰ BAG Urteil vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn. 37.

¹⁶¹ Degener, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, S. 887(888).

¹⁶² Jürgens, Behindertengleichstellungsrecht, S. 1284.

¹⁶³ Ritz/ Dopatka, SGB IX – Kommentar zum Recht schwerbehinderter Menschen sowie AGG und BGG, S. 803.

¹⁶⁴ U.a. Welti, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 155; Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 24; Deutscher Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zum Vorschlag KOM (2008) 426, S. 7.

¹⁶⁵ Ritz/ Dopatka, SGB IX – Kommentar zum Recht schwerbehinderter Menschen sowie AGG und BGG, S. 809.

¹⁶⁶ Jürgens, S. 1284; Ritz/ Dopatka, s.o., S. 810.

tigten vor Diskriminierung, §§ 6-18, und einen Teil zum Schutz vor Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr, §§ 19-21.

i. Allgemeiner Teil

In § 3 AGG befinden sich Begriffsbestimmungen zu unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung (Abs. 1, 2), wann (sexuelle) Belästigung einer Diskriminierung gleichsteht (Abs. 3, 4) und zur Anweisung zur Diskriminierung, die gemäß Abs. 5 einer Diskriminierung gleichsteht. Keine dieser Begriffsbestimmungen enthält angemessene Vorkehrungen.

Eine Diskriminierung setzt ein Tun oder Unterlassen voraus¹⁶⁷, das tatsächliche Vorliegen eines der geschützten Merkmale wie auch ein Verschulden sind nicht notwendig¹⁶⁸. Letzteres muss nur beim Schadensersatzanspruch des § 15 I AGG vorliegen. Der Zeitpunkt der ungünstigen Behandlung kann in der Vergangenheit oder bei hinreichend konkreter Gefahr auch in der Zukunft liegen.¹⁶⁹

Eine mittelbare Diskriminierung i.S.d. § 3 II AGG ist der unmittelbaren Diskriminierung des Abs. 1 nachrangig und wird bereits auf der Tatbestandsebene gerechtfertigt.¹⁷⁰ In § 4 AGG werden Mehrfachdiskriminierungen angesprochen, in § 5 AGG positive Maßnahmen. Angemessene Vorkehrungen sind keine positiven Maßnahmen, da sie die Gleichbehandlung gewährleisten und diesen Grundsatz nicht wie die positiven Maßnahmen durchbrechen. Auch verpflichtet erstere bis zur Grenze der unverhältnismäßigen Belastung, während letztere freiwillige Maßnahmen sind.¹⁷¹

ii. Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung

In § 6 AGG wird der Schutzbereich festgelegt. Davon umfasst sind Arbeitnehmer_innen, die zur Berufsbildung Beschäftigten und arbeitnehmerähnliche Personen. § 7 AGG umfasst das für diesen Teil spezifische Diskriminierungsverbot, §§ 8-10 zulässige unterschiedliche Behandlungen. In §§ 11, 12 befinden sich die Organisationspflichten der Arbeitgeber_innen. § 12 AGG verpflichtet die Arbeitgeber_innen, die erforderlichen Maßnahmen, auch vorbeugende, zum Schutz der Arbeitnehmer_innen vor Diskriminierungen vorzunehmen. In den §§ 13, 14 befinden sich die Rechte der Beschäftigten, § 15 ist eine Schadensersatz- und Entschädigungsnorm.

iii. Schutz vor Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr

§ 19 AGG statuiert das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot bezüglich Massengeschäften (Abs. 1). Jedoch wird dieses durch die Absätze 3-5 aufgrund von Struktursicherung bezüglich des Wohnraums (Abs. 3), wegen familien- und erbrechtlicher Schuldverhältnisse (Abs. 4) und bei einem besonderen

¹⁶⁷ U.a. Göpfert/ Krieger, AGG, § 3 Rn. 10.

¹⁶⁸ Ring/ Siebeck/ Woitz, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, § 3 Rn. 102.

¹⁶⁹ Ritz/ Dopatka, SGB IX – Kommentar zum Recht schwerbehinderter Menschen sowie AGG und BGG, S. 817.

¹⁷⁰ Ritz/ Dopatka, s.o., S. 819.

¹⁷¹ Thüsing, § 5 AGG, Rn. 21; ähnlich Welti, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 80; Anders Düwell, SGB IX, § 81, Rn. 57- Er will § 5 AGG richtlinienkonform auslegen, sodass sie auch die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen aus der RL 2000/78/EG umfassen.

Nähe- und Vertrauensverhältnisses eingeschränkt. Auch § 20 AGG schränkt das Verbot durch zulässige unterschiedliche Behandlung ein. In § 21 AGG bestehen Ansprüche auf Naturalrestitution (Abs. 1) und Schadensersatz bei Vertretenmüssen (Abs. 2).

Da die UN-BRK die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen auch im zivilrechtlichen Verkehr als Diskriminierung wertet, muss auch dem § 19 AGG dieses Verständnis zugrunde gelegt werden. Daher müsste die (ungerechtfertigte) Nichtvornahme Schadensersatz- und Naturalrestitutionsansprüche nach § 21 AGG hervorrufen. Das Fehlen von Zielvereinbarungen i.S.d. § 5 BGG könnte als Indiz einer Diskriminierung und das Vorliegen dergleichen als Entlastungsbeweis im Rahmen der Beweislastumkehr des § 22 AGG gewertet werden.

Im BGG müsste notiert werden, dass die Verpflichtungen aus § 19 AGG unberührt bleiben.¹⁷²

Letztendlich sollte der Gesetzgeber angemessene Vorkehrungen aufgrund der RL 2000/78/EG und der BRK in das AGG aufnehmen. Der noch nicht in Kraft getretene Richtlinienvorschlag ergänzt diese Notwendigkeit. Dennoch wären nur einige Änderungen des AGG nötig, weshalb der Deutsche Gewerkschaftsbund den Gesetzgeber auffordert, den Vorschlag zu unterstützen.¹⁷³

b) Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG

Mehrheitlich wird in der Literatur die Umsetzung der RL 2000/78/EG aus folgenden Gründen bemängelt. Zuerst ist der bestehende Anspruch auf angemessene Vorkehrungen auf schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Personen beschränkt. Eine solche Differenzierung befindet sich nicht in der Richtlinie, das Recht auf angemessene Vorkehrungen ist dort nicht eingeschränkt, weshalb dies einen Verstoß des deutschen Rechts gegen die Richtlinie bedeutet.¹⁷⁴ Ein weiteres Problem besteht darin, dass §§ 81, 84 SGB IX nicht für Einstellungen gelten.¹⁷⁵ Dies kann auch nicht durch eine extensive Auslegung des § 618 BGB erreicht werden.¹⁷⁶

Daher wird eine Ausweitung dieses Rechts auf alle behinderten Personen gefordert. Dies soll, laut Welti, über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 618 BGB und des § 106 S. 3 GewO (Einschränkung des Weisungsrechts) geschehen.¹⁷⁷ Auch könnte die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen zum Teil durch richtlinienkonforme Auslegung der § 1 KSchG, §§ 242, 138 BGB umgesetzt werden.¹⁷⁸

¹⁷² Welti/ Wenckebach/ Groskreutz, Modul 4: Behindertengleichstellungsgesetz und das Verhältnis zum Sozialgesetzbuch IX und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Folie 11, 13.

¹⁷³ Deutscher Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zum Vorschlag KOM (2008) 426, S. 6-8.

¹⁷⁴ Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 24 f.; u.a. auch Faber, SGB IX, § 81, Rn. 108 f.; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 147.

¹⁷⁵ U.a. Fuerst, s.o., S. 147.

¹⁷⁶ Welti, in: Schiek, AGG, § 3, Rn. 80.

¹⁷⁷ Welti, in: Schiek, AGG, Art. 3, § 81 SGB IX, Rn. 6; auch: Faber, SGB IX, § 81, Rn. 113.

¹⁷⁸ Faber, s.o., § 81, Rn. 82, 110 f.

Laut Faber soll Art. 5 RL 2000/78/EG unmittelbar anwendbar auf Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes sein. Das Argument entnimmt er der Rechtsprechung des EuGH „Faccini Dori“¹⁷⁹, nach der staatliche Stellen keinen Vorteil aus einer Nichtumsetzung ziehen sollen.¹⁸⁰

Etwas anders sieht Fuerst die Sachlage. Ihrer Meinung nach besteht bei der Umsetzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen aus der RL 2000/78/EG mit einigen Nachbesserungen kein Defizit, da diese einen großen Umsetzungsspielraum lässt und die Zusammenschau der Vorschriften zur Umsetzung genügt. Nachbessernd müssten angemessene Vorkehrungen bei der Prüfung der Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen einfließen.¹⁸¹ Auch sollte ihrer Meinung nach eine erweiterte Interpretation des § 81 SGB IX oder des AGG stattfinden.¹⁸²

3) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung zur alten Fassung der §§ 81 ff. SGB IX, die sich heute auf das AGG übertragen lässt¹⁸³, findet das Konzept der angemessenen Vorkehrungen keinen Anklang und wird nur sporadisch erwähnt. Bei der Erörterung, ob eine behinderte Person bei dem Bewerbungsverfahren diskriminiert wurde, wird die Frage der beruflichen Qualifikation erörtert und teilweise überprüft und eine dabei objektive Betrachtung als notwendig erklärt, jedoch nicht, ob die berufliche Anforderung, wie dies im amerikanischen Recht der Fall ist, durch angemessene Anforderungen erreicht werden kann.¹⁸⁴

Erwähnt werden angemessene Vorkehrungen im BAG - Urteil von 2006, in dem die Pflicht zur Kontaktaufnahme mit bzw. zur Meldung frei werdender öffentlicher Stellen gegenüber der Agentur für Arbeit als angemessene Vorkehrung i.S.d. der RL 2000/78/EG gesehen wird.¹⁸⁵

In neuerer Rechtsprechung wird teilweise direkt auf das Konzept der angemessenen Vorkehrungen eingegangen. In einer Rechtsprechung des OVG Lüneburg¹⁸⁶ wurde explizit die Frage nach angemessenen Vorkehrungen und ihrer Verhältnismäßigkeit behandelt. Für die Entwicklung der Rechtsprechung im Hinblick auf die deutsche Antidiskriminierungsrechtsprechung für behinderte Menschen ist die BAG Rechtsprechung vom 19.12.2013 von großer Bedeutung.¹⁸⁷ Sie behandelt auf der einen Seite das Verständnis von Behinderung und auf der anderen Seite das Konzept der angemessenen Vorkehrungen als Teil der Rechtfertigung. Zuerst merkt das BAG an, dass Art. 5 RL 2000/EG/78 und Art. 27 I 2 i.V.m. Art. 2 IV BRK (angemessene Vorkehrungen) im deutschen Recht nicht umgesetzt wurden.

¹⁷⁹ EuGH, Urteil v. 14.07.1994, C-91/92.

¹⁸⁰ Faber, SGB IX, § 81, Rn. 114.

¹⁸¹ Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 151.

¹⁸² Fuerst, s.o., S. 147.

¹⁸³ OVG NRW, Urteil v. 31.08.2007, Rn. 46.

¹⁸⁴ BAG, Urteil v. 15.02.2005; BAG, Urteil v. 12.09.2006; OVG NRW, Urteil v. 31.08.2007; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 128 f.

¹⁸⁵ BAG, Urteil v. 12.09.2006, Rn. 23.

¹⁸⁶ OVG Lüneburg, Beschluss v. 15.10.2013, 4 ME 238/13.

¹⁸⁷ BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12.

Es verweist daraufhin auf das Urteil des EuGH („Ring“¹⁸⁸, s.o., D I 4), in der der EuGH die Grundsätze zum Verhältnis des Europarechts zur BRK bespricht und fasst zusammen, dass die BRK Bestandteil des, gegebenenfalls unionsrechtskonform auszulegenden, deutschen Rechts ist. Laut BAG ist wegen der durch den EuGH vorgenommenen Auslegung des Art. 5 RL 2000/78/EG im Lichte der BRK Art. 2 IV BRK in Deutschland nicht unmittelbar anwendbar. Auch sind die §§ 7, 8 AGG nicht völkerrechtskonform auszulegen. Stattdessen ergibt sich die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 241 II BGB (vertragliche Nebenpflichten).¹⁸⁹ Kündigungsschutz, das Weisungsrecht des Arbeitgebers und der Arbeitsvertrag unterliegen den Beschränkungen des AGG.¹⁹⁰ Im vorliegenden BAG – Fall vom 19.12.2013 fand der Kündigungsschutz (noch) keine Anwendung, da die Kündigung während der Probezeit stattfand (Rn. 2, 14). Daher wurde das AGG angewandt. Demnach ist eine ordentliche Kündigung dann nach § 134 BGB (gesetzliches Verbot) i.V.m. § 7 I, §§ 1, 3 AGG unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer wegen einem der Gründe aus § 1 AGG diskriminiert (Rn. 14). Der Arbeitgeber kann sich dabei nur auf den Rechtfertigungsgrund des § 8 I AGG berufen, wenn angemessene Vorkehrungen nicht zu einer Einsatzmöglichkeit führen würden (Rn. 50).¹⁹¹ Eine Kündigung ist daher nur wirksam, wenn der Arbeitgeber das infolge der Behinderung bestehende Beschäftigungshindernis nicht durch angemessene Vorkehrungen beseitigen kann (Rn. 54). Der Behinderungsbegriff orientiert sich hierbei an dem des EuGH aus der neuen „Ring“-Rechtsprechung¹⁹² (Rn. 57). Soweit der nationale Behinderungsbegriff enger gefasst ist als der des Unionsrechts, geht letzteres vor (Rn.63, 65). So genügt es dem Unionsrecht, im Gegenteil zur deutschen Rechtsauffassung, für den Behindertenbegriff, abgeleitet von der BRK, dass eine Beeinträchtigung der Teilhabe eintreten kann, und auch alterstypische Einschränkungen können unter den Behindertenbegriff fallen (Rn.62). Auf der anderen Seite ist der deutsche Begriff in dem Sinne weiter gefasst, als dass, wie auch in der BRK, auf die gesellschaftliche Teilhabe abgestellt wird und es nicht, wie dem EuGH, auf eine wirksame Teilhabe am Berufsleben ankommt (Rn.61). Das BAG urteilte deshalb, dass auch chronische Krankheiten unter den Behinderungsbegriff des AGG fallen (vorliegend eine symptomlose HIV-Infektion), wenn die erforderliche Beeinträchtigung der Teilhabe vorliegt. Das gelte so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern (Rn 70.) Mit Blick auf dieselbe EuGH-Rechtsprechung („Ring“) stellt das BAG des Weiteren fest, dass der Begriff der angemessenen Vorkehrungen weit auszulegen ist und sowohl materielle als auch organisatorische Maßnahmen umfasst (Rn. 52). Hierbei ist die Aufzählung der möglichen Vorkehrungen im 20. Erwägungsgrund der RL/2000/78/EG zu beachten, die jedoch nicht abschließend ist (Rn.52).

¹⁸⁸ EuGH, Rs. C335/11.

¹⁸⁹ BAG, s.o., Rn. 52.

¹⁹⁰ BAG, Urteil v. 06.11.2008, 2 AZR 523/07, Rn. 34 ff.; LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 04.12.2008, 26 Sa 343/08, Rn. 29, 34 f., 44.

¹⁹¹ Auch Welti, in: Schiek, AGG, § 3, Rn. 81 will, dass die Vornahme angemessener Vorkehrungen im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung als Rechtfertigung gewertet wird.

¹⁹² EuGH, Rs. C335/11.

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen hat das BAG, trotz fehlender ausdrücklicher Bestimmung im deutschen Recht anerkannt. In der Entscheidung vom 22.05.2014 stellt das BAG fest, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen eines Arbeitnehmers bei der Bewerbung gem § 8 AGG nur zulässig sein kann, wenn auch angemessenen Vorkehrungen iSd. Art. 5 RL 2000/78/EG iVm. Art. 27 I S. 2 i), Art. 2 BRK getroffen wurden. Dazu führt das Gericht aus, dass in eine gerichtliche Entscheidung miteinzubeziehen sei, wenn der Arbeitgeber es unterlässt notwendige Vorkehrungen vorzunehmen.¹⁹³ Weiter geht das BAG in der Entscheidung vom 26.06.2014 ausdrücklich von einer Verpflichtung zu Vornahme angemessener Vorkehrungen gem. Art. 5 RL 2000/78/EG iVm. Art. 27 I S. 2 i), Art. 2 aus.¹⁹⁴ In diesem Fall ergab sich die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers bereits aus den Bewerbungsunterlagen, sodass eine Nachfrage bezüglich der Einschränkungen durch die Behinderung im Bewerbungsgespräch unbedenklich sei, denn damit bestünde die Verpflichtung zur Vornahme von angemessenen Vorkehrungen.

4) Zusammenfassung

Laut der Rechtsprechung des BAG fehlt eine Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG bzw. der angemessenen Vorkehrungen aus der BRK in den deutschen Gesetzen. Diese Lücke versucht es durch Rechtsprechung zu füllen. Den Schutzbereich erweitert das BAG gemäß der Rechtsprechung des EuGH, welcher somit an die BRK angepasst wird. Für die Umsetzung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen legt das BAG den § 241 II BGB unionrechtskonform aus, sodass diese unter die vertraglichen Nebenpflichten fallen. Der Kündigungsschutz unterliegt den Grenzen des AGG. Dort, wo der Kündigungsschutz nicht greift, findet das AGG i.V.m. § 134 BGB direkt Anwendung. Bei beiden Varianten ist eine ordentliche Kündigung nur dann wirksam, wenn sich der Arbeitgeber rechtfertigen kann, weil eine Vornahme angemessener Vorkehrungen das Hindernis zur vollen Teilhabe am Arbeitsleben nicht beseitigen würde. Das BAG hat die Verpflichtung zur Vornahme angemessener Vorkehrungen im Bereich Arbeit und Beschäftigung anerkannt und wendet diese über Art. 5 RL 2000/78/EG iVm Art. 27 I S. 2 i), Art. 2 BRK an.

In der Literatur finden sich andere Auffassungen bezüglich der angemessenen Vorkehrungen und ihrer Umsetzung im deutschen Recht. Fraglich ist, ob die Auslegungsvariante des BAG zur Umsetzung genügt bzw. ob Umsetzungsvarianten aus der Literatur eine bessere Umsetzung darstellen würden. Nach der herrschenden Meinung der Literatur besteht ein Umsetzungsdefizit bezüglich des Art. 5 der RL 2000/78/EG und somit auch bezüglich der Verpflichtungen aus der BRK. Verbesserungsmöglichkeiten umfassen eine richtlinienkonforme Auslegung des § 618 BGB, § 106 S. 3 GWO, des § 1 KSchG und der §§ 242, 138 BGB. Eine erweiterte Interpretation der relevanten Paragraphen des SxB IX lehnt das BAG entgegen anderer Meinungen ab. Auch könnte das AGG weiter interpretiert werden. Art. 5 der Richtlinie könnte auf öffentliche Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbar sein.

Aus den Verpflichtungen der BRK ergibt sich, dass angemessene Vorkehrungen auch im zivilrechtli-

¹⁹³ BAG, Urteil vom 22.05.2014, Rn. 42

¹⁹⁴ BAG, Urteil vom 26.06.2014, Rn. 53

chen Verkehr gewährleistet werden müssen. Dahingehend sollte der § 19 AGG ausgelegt werden, was Ansprüche aus dem § 21 AGG nach sich ziehen würde.

In der Rechtsprechung bisher nicht diskutiert ist die Umsetzung angemessener Vorkehrungen im öffentlichen Bereich, namentlich in dem vorhanden BGG und LGG. Allein das BGG LSA kennt das Konzept der angemessenen Vorkehrungen. Fraglich ist, ob man dieses ins BGG und die anderen LGG übernimmt oder selbige auf andere Weise einfügt bzw. ob die angemessenen Vorkehrungen durch Auslegung integriert werden oder/und eine Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen durch eine Auslegung des § 3 III 2 GG herbeigeführt wird. Auch sollte die Behinderungsdefinition des LGBG, und anderer LGG, wenn noch nicht geschehen, dem aktuellen Behinderungsbegriff der EuGH- /BAG-Rechtsprechung angepasst werden.

F. Angemessene Vorkehrungen in anderen Rechtsordnungen

I. Einleitung

1) Historischer Überblick zum Antidiskriminierungsrecht¹⁹⁵

Die nationalen Antidiskriminierungsrechte entwickelten sich größtenteils in den 1990er Jahren. Vorreiter dieser Entwicklung war das US - amerikanische Rehabilitationsgesetz von 1973. Maßgeblich beeinflusst wurden sie vor der BRK vom ADA (1990), von den Rahmenbestimmungen der UN für die Herstellung der Chancengleichheit für Behinderte von 1993 und in Europa durch die RL 2000/78/EG. Obwohl die Rahmenbestimmungen der UN sogenanntes "soft law" sind und die Mitgliedstaaten rechtlich nicht binden, hatten sie einen beachtlichen Einfluss auf die nationalen Gesetzgebungen.¹⁹⁶

2) Rechtliche Eingliederung der Antidiskriminierungsnormen

Was die rechtliche Eingliederung der Antidiskriminierungsnormen angeht, gibt es verschiedene Möglichkeiten und Ansätze. Möglich und auch weit verbreitet sind Antidiskriminierungsnormen im Verfassungsrecht. Diese sind allerdings meist sehr weit gefasst und benötigen Konkretisierung durch die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft.¹⁹⁷ Möglich sind auch Antidiskriminierungsnormen im Strafrecht. Dies ist wenig verbreitet und problematisch, da es Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt, die Beweislage schwierig ist und das Strafrecht als „ultima ratio“ gilt.¹⁹⁸

Eine erste Verortung antidiskriminierungsrechtlicher Normen im nationalen Recht befand sich meist im Sozialrecht. Problematisch ist, dass der Schwerpunkt dort überwiegend auf Rehabilitation und anderen sozialen Leistungen liegt, dem Wohlfahrtsgedanken unterliegt und der Schutzbereich meist stark eingeschränkt ist, auch, weil hier meist der medizinische Behinderungsbegriff angewendet wird.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Degener, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, S. 890 f.

¹⁹⁶ Ebd.

¹⁹⁷ S.o., S. 893 f., 896.

¹⁹⁸ S.o., S. 893.

¹⁹⁹ Degener, s.o., S. 902 f.

3) Diskriminierungsbegriffe und ihre Verortung im Vergleich

In über einem Drittel der untersuchten Staaten²⁰⁰ ist die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen in den Diskriminierungsbegriffen integriert, auch wenn fraglich ist, für welche Bereiche diese gelten. So wird dort eine Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung gewertet, wie dies auch in der BRK getan wird. Auch im Allgemeinen Kommentar Nr. 5 zur Internationalen Konvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1994 wird die Verweigerung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung gewertet. Was die RL 2000/78/EG angeht, ist strittig, ob angemessene Vorkehrungen Bestandteil des Diskriminierungsverbots oder ein Mittel zur Durchsetzung des Verbots sind. Die Richtlinie schließt eine solche Auslegung (durch die Mitgliedstaaten) jedenfalls nicht explizit aus. Dies könnte durch den EuGH abschließend geklärt werden. Eine solche Verbindung könnte sich aber allein schon aus der Ratifizierung der BRK durch die Mitgliedstaaten ergeben.²⁰¹ Nach anderer Ansicht könnten angemessene Vorkehrungen auch zum Bereich der positiven Maßnahmen gezählt werden. Da sie jedoch individualorientiert sind und der erste Ansatz weit verbreitet und historisch gewachsen ist, sollte dieser bevorzugt werden.²⁰²

II. Die Vereinigten Staaten von Amerika

In den USA findet sich der dogmatische Ursprung des Antidiskriminierungsrecht wie auch des Instituts der angemessenen Vorkehrungen. Diese wurden im Rahmen des „Equal employment Acts of 1972“ entwickelt, um Diskriminierungen aufgrund von religiösen Minderheiten entgegen zu wirken.²⁰³ Für das Merkmal Behinderung fanden sich angemessene Vorkehrungen zuerst im Rehabilitationengesetz Section 504 und im ADA.²⁰⁴ Daher ist es für das Verständnis und auch für die Umsetzung in Deutschland von Nutzen, sich mit diesen Gesetzen auseinander zu setzen.

²⁰⁰ Australien, Belgien, das Vereinigte Königreich, Finnland, Hong Kong, Irland, Israel, Kanada, Malta, die Niederlande, Neuseeland, die Philippinen, Schweden, Spanien, Ungarn, die USA.

²⁰¹ Waddington, Equal to the task? Re-examining EU equality law in the light of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, S.190 f. – nimmt keine Verbindung zwischen Diskriminierungsverbot und der Vornahme angemessener Vorkehrungen an; ähnlich: Gooding/ Casserly, Open for all? Disability discrimination laws in Europe relating to goods and services, S.140 f. – konzeptionalisiert angemessene Vorkehrungen als eigenständiges Konzept innerhalb der Richtlinie; so auch: Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 143; anders Welti, in: Schiek, AGG, §1, Rn. 39; angemessene Vorkehrungen teilweise als eigenständiges Diskriminierungsverbot verstanden: Raasch, AGG, § 5, Rn. 97.

²⁰² Degener, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick S. 913-916.

²⁰³ De Campos Velho Martel, Leticia, Reasonable accommodation: The new concept from an inclusive constitutional perspective, S. 88.

²⁰⁴ Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 90; Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 27.

1) Das Rehabilitationsgesetz von 1973, Section 504

Das Rehabilitationsgesetz²⁰⁵ ist der Vorgänger des ADA und verbot ursprünglich die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung in Programmen und Aktivitäten, die auf Bundesebene gefördert wurden. 1978 wurde der Anwendungsbereich auf die Behörden der Exekutive ausgeweitet. Die jeweilige Behörde sowie Behörden, die finanzielle Unterstützung gemäß dieser Norm geben, sind verpflichtet, Regulierungen festzulegen, die die Rechte aus diesem Gesetz sicherstellen.²⁰⁶ Darunter fällt im Arbeitsbereich auch die Vornahme angemessener Vorkehrungen.²⁰⁷ So müssen auch Schulen seit 1985 angemessene Vorkehrungen vornehmen.²⁰⁸

Das im Zusammenhang mit Section 504 entwickelte Antidiskriminierungskonzept wie auch die Diskriminierungsdefinition und damit einhergehend der Schutzbereich wurden im allgemeinen Teil des ADA übernommen und müssen bei dessen Auslegung beachtet werden.²⁰⁹ So kommt es zum Beispiel hier wie auch im ADA auf eine Qualifizierung ("qualified individual") in Bezug auf die Anforderungen des Arbeitsplatzes an und die Verpflichteten können sich dadurch entlasten, dass sie eine unverhältnismäßige Belastung ("undue hardship") nachweisen. Die Qualifizierung kann mit oder ohne angemessenen Vorkehrungen bestehen.²¹⁰

2) Der Americans with Disabilities Act

a) Aufbau und Entwicklung

Der ursprüngliche ADA²¹¹ (von 1990) bestand aus 5 Titeln: Beschäftigung (I), öffentliche Versorgungsanlagen (II), öffentliche Einrichtungen und Dienstleistungen privater Anbieter (III), Kabel - oder Funkkommunikation (IV) und Sonstige Bestimmungen (V). Heute ist der ADA Teil des United States Code.

Zu Beginn des Kapitels sind die Ergebnisse und Zielsetzungen des Kongresses zum ursprünglichen ADA und seinen Änderungen von 2008 festgehalten. In den Erläuterungen des Kongresses zur Änderung des ADA²¹² nimmt dieser auf die Rechtsprechung Bezug²¹³, kritisiert die selbige und fordert Änderungen. Er führt an, dass durch eine zu enge Auslegung des Behinderungsbegriffs in Bezug auf

²⁰⁵ "No otherwise qualified handicapped individual in the United States, as defined in Section 7 (6), shall, solely by reason of his handicap, be excluded from the participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving federal financial assistance or under any program or activity conducted by any Executive agency or by the United States Postal Service. (...)" (von 1978).

²⁰⁶ http://transition.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html.

²⁰⁷ s.o.; <http://www.hhs.gov/ocr/civilrights/resources/factsheets/504.pdf>, S. 1.

²⁰⁸ Degener, Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland, S. 425 (430); Alexander v. Chao, 469 U.S. 287, S. 306-309.

²⁰⁹ <http://www.hhs.gov/ocr/civilrights/resources/factsheets/504.pdf>; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 99.

²¹⁰ Fuerst, s.o., S. 92.

²¹¹ <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.pdf>; von 1990, Änderungen durch den ADA Amendments Act von 2008, in Vollzug getreten am 1.1.2009; Letzte Änderung März 2011: http://www.ada.gov/2010_regs.htm.

²¹² 42 U.S.C. § 12101.

²¹³ Insbesondere folgende Rechtsprechungen des Obersten Gerichtshofs: Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 U.S. 471 (1999); Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002).

das Tatbestandsmerkmal “erhebliche Beeinträchtigung”²¹⁴ (und “wesentliche Lebensaktivitäten” in diesem Zusammenhang) die Zahl der Berechtigten, die unter den ADA fallen, unangemessen eingeschränkt wird. Daher lehnt der Kongress diese Auslegungen ab und fordert, dass eine alte Rechtsprechung zum Rehabilitation Act von 1973²¹⁵ mit einer weiten Auslegung des Behinderungsbegriffes wieder angewendet wird. Des Weiteren will er, dass das Augenmerk darauf liegt, ob juristische Personen ihrer Verantwortung aus dem ADA nachgekommen sind und nicht so sehr darauf, ob eine Behinderung gemäß des ADA vorliegt.

b) Vorschriften des ADA zu den angemessenen Vorkehrungen

Im Allgemeinen Teil des ADA steht eine für den gesamten ADA gültige Definition von Diskriminierung. In den einzelnen Unterkapiteln wird diese jeweils spezifiziert.

Die allgemeine Definition²¹⁶ kennt drei Arten von Diskriminierung und verbindet den sozialpolitischen und medizinischen Behinderungsbegriff²¹⁷: (A) Eine Diskriminierung aufgrund einer körperlichen oder mentalen Beeinträchtigung, die mindestens eine wesentliche Lebensaktivität einschränkt, (B) Diskriminierung wegen Aktenkundigkeit einer solchen Beeinträchtigung oder (C) wenn einem eine solche Beeinträchtigung nachgesagt wird.²¹⁸ Neben Auslegungshilfen wird in Absatz 4 (E) (i) festgelegt, dass die Entscheidung, ob eine wesentliche Beeinträchtigung (der Lebensaktivität) im Sinne des Absatzes 1 (A) vorliegt, unabhängig von möglichen Verbesserungen und verbessernden Maßnahmen wie angemessenen Vorkehrungen getroffen werden soll. Darauf folgt in (ii) eine Auflistung möglicher angemessener Vorkehrungen in diesem Kontext. So ist die wesentliche Beeinträchtigung zum Beispiel unabhängig von möglichen medizinischen Mitteln zu betrachten.

Im Unterkapitel eins für den Bereich der Beschäftigung befindet sich bei den Definitionen der Sec. 12111 Abs. 9 eine Aufzählung möglicher angemessener Vorkehrungen. Dazu gehören das Anpassen von Anlagen, die von Beschäftigten genutzt werden, eine Umstrukturierung der Arbeitsstelle, das Anpassen des Arbeitsrhythmus und das Anbieten anderer Arbeitsstellen. Anschließend wird für dieses Unterkapitel eine Diskriminierungsdefinition angegeben. Demnach soll keine juristische Person gemäß Sec.12111 Abs. 2 ein “qualifiziertes Individuum”²¹⁹ aufgrund einer Behinderung diskriminieren. Dies gilt für Bewerbungsprozesse, Einstellungen, Beförderungen und Entlassungen, Kompensationen, Weiterbildungen, Konditionen und Privilegierungen.²²⁰ Diskriminierung umfasst hier unter anderem die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen betreffend bekannter körperlicher und mentaler Beeinträchtigungen eines sonst qualifizierten Bewerbers oder Arbeitnehmers. Dementsprechend wird im ADA wie auch in der BRK die Verweigerung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung ange-

²¹⁴ 42 U.S.C. § 12102 (1) (A): “The term “disability” means, with respect to an individual a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual.”

²¹⁵ Oberster Gerichtshof: School Board of Nassau County v. Airline, 480 U.S. 273 (1987).

²¹⁶ 42 U.S.C. § 12102 (1).

²¹⁷ Degener, Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland, S. 425 (432).

²¹⁸ (A) und (C) werden in (2) und (3) näher erläutert; Gemäß Unterkapitel 4, § 12201 (h) entfällt die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen für die Variante (C).

²¹⁹ “qualified individual”, definiert in § 12111 (8).

²²⁰ 42 U.S.C. § 12112 (a).

sehen.

Die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen besteht jedoch nicht, wenn die juristische Person aufweisen kann, dass diese eine unverhältnismäßige Belastung für den Betrieb darstellen würde.²²¹ Auch kann sich die juristische Person damit verteidigen, dass Qualifikationsstandards, Tests und Auswahlkriterien, die nachteilig für behinderte Menschen in diesem Kontext sind, beruflich und für den Geschäftsbetrieb notwendig sind und durch angemessene Vorkehrungen nicht erreicht werden können.²²²

Auch im Bereich der öffentlichen Einrichtungen und Dienstleistungen privater Anbieter wird das Fehlen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung behandelt. Diskriminierung gemäß Sec. 12182 (a) bedeutet, dass niemand aufgrund einer Behinderung bezüglich der vollen und gleichberechtigten Wahrnehmung von Gütern, Diensten, Einrichtungen, Privilegierungen, Vorteilen oder Unterkünften eines jeden Ortes von öffentlichen Einrichtungen von niemandem, dem eine solche Einrichtung gehört, der sie mietet, vermietet oder bewirtschaftet, diskriminiert werden darf. Gemäß Sec. 12182 (b) (2) (A) (ii) umfasst Diskriminierung auch die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen in Strategien, Praktiken und Prozeduren, wenn diese notwendig sind, um die oben genannte gleichberechtigte und volle Wahrnehmung zu gewährleisten. Doch auch hier besteht eine Ausnahme. Können die Verpflichteten nachweisen, dass die Vornahme die Natur der Güter, Dienste, Einrichtungen, Privilegierungen, Vorteile oder Unterkünfte verändern würde, entfällt die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen.²²³

3) Das Fallrecht der Vereinigten Staaten zum Antidiskriminierungsrecht

a) Kurze Zusammenfassung zum Fallrecht

Grundsätzlich soll bei der Entscheidung, ob angemessene Vorkehrungen vorgenommen werden müssen, der jeweilige Einzelfall betrachtet werden und eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Anspruchsteller_innen und der Anspruchgegner_innen stattfinden.²²⁴ In der Rechtsprechung zu angemessenen Vorkehrungen im Arbeitsleben²²⁵ geht die Rechtsprechung weiter und sieht vor, dass die Festlegung angemessener Vorkehrungen in einem interaktiven Prozess zwischen Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen geschehen soll.²²⁶ Dieser Ansatz sollte auch im deutschen Recht verfolgt werden. Bestehen mehrere Möglichkeiten angemessener Vorkehrungen, kann die_ der Ar-

²²¹ 42 U.S.C. § 12112 b) (5) (A): “As used in subsection (a) of this section, the term “discriminate against a qualified individual on the basis of disability” includes (5) (A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity.”

²²² 42 U.S.C. § 12113 (a); Näheres in (b) bis (e).

²²³ In diesem Abschnitt wurde der Begriff „reasonable modification“ verwendet. Laut Anna - Miria Fuerst ist dieser ein Synonym für „reasonable accommodations“.

²²⁴ Sullivan, 57 J. Mo. B. (2001), S. 116 f.; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 106 f.

²²⁵ ADA, Unterkapitel 1 - Beschäftigung.

²²⁶ Sullivan, 57 J. Mo. B. (2001), S.116ff.; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 107.

beitgeber_in sich aufgrund ihres_seines Direktionsrechts für eine entscheiden.²²⁷ Dies sollte so nicht im deutschen Recht behandelt werden, da dies die Effektivität der angemessenen Vorkehrungen einschränkt. Auch diese Entscheidung sollte interaktiv geschehen beziehungsweise, wie weiter unten angeführt, sollte die effektivste Maßnahme, die die Verpflichteten nicht übermäßig belastet, gewählt werden. Weigert sich die_der Arbeitgeber_in, an einem interaktiven Prozess teilzunehmen, kann dies als Weigerung zur Vornahme angemessener Vorkehrungen angesehen werden und somit zu einer Verletzung der Rechte aus dem ADA führen.²²⁸ Treten Fehler in diesem Prozess auf, kann dies zu einer Diskriminierung im Sinne des ADA führen.²²⁹

b) Die Praxis und ihre möglichen Probleme

In der Rechtsprechung hat sich folgende Beweislastregelung manifestiert²³⁰: Die_der Kläger_in muss (1) ihre_seine Behinderung beweisen, (2) nachweisen, dass sie_er als qualifiziertes Individuum mit oder ohne angemessener Vorkehrungen den Anforderungen und Funktionen entspricht und (3) eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung beweisen. Kann sie_er dies, wird eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung angenommen und es liegt nun an der_m Beklagte_n, diese Vermutung zu widerlegen. Dann erst wird die Angemessenheit geprüft, sprich, ob eine unverhältnismäßige Belastung, also ein unverhältnismäßiger Aufwand²³¹, oder eine grundlegende Veränderung der wesentlichen Anforderungen vorliegt.

In der Praxis gibt es trotz der Vorbildfunktion und der im Vergleich zu anderen Staaten langen Praxis des Antidiskriminierungsrechts und der angemessenen Vorkehrungen Uneinigkeiten. So gibt es noch immer Streitigkeiten über die Dogmatik und die Begrifflichkeiten.²³² Auch gibt es Kritiker_innen des ADA, die für Teile des ADA eine fehlende Bundesgesetzgebungskompetenz nachweisen, die folglich die nationale Gültigkeit des ADA in Frage stellt.²³³ Auch wurde, wie der Kongress in den Anführungen zu den Änderungen des ADA 2008 bemerkte, der Schutzbereich des ADA unter anderem vom Obersten Gerichtshof eingeschränkt. Demnach soll die Rechtsprechung zum Rehabilitationsgesetz Sec. 504 den Schutzbereich weiter gefasst haben und somit arbeitnehmer_innen- und kläger_innenfreundlicher gewesen sein.²³⁴

Problematisch ist auch die Rechtsprechung zu angemessenen Vorkehrungen. So wird die Rechtfertigung der unverhältnismäßigen Belastung seit Beginn des Konzepts in den USA erst dann geprüft, wenn es der_m Arbeitgeber_in unmöglich ist, irgendeine Art von angemessenen Vorkehrungen anzubieten.

²²⁷ Wright, 43-SEP Advocate (2000), S. 15 f.; Fuerst, s.o., S. 107.

²²⁸ Fuerst, s.o.; Jacques v. Clean-Up Group, Inc., 96 F.3d 506, 515 (1996).

²²⁹ Sullivan, 57 J. Mo. B. (2001), S. 117, 121; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 108.

²³⁰ Kvorjak v. Maine, 259 F.3d 48 (2001); Ward v. Mass. Health Research Inst., Inc., 209 F.3d 29, 33 n. 4 (2000); Criado v. IBM Inc., 145 F.3d 437 (1998); Fuerst, S.108, 109; Vierling, More on reasonable accommodation, TCM 36.

²³¹ 42 U.S.C. § 12111 (10) (A).

²³² Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, S. 106.

²³³ Fuerst, s.o., S. 113.

²³⁴ S.o., S. 114; 42 U.S.C. §12101; Vierling, More on reasonable accommodation, TCM 38.

Dies führt dazu, dass Anspruchsteller_innen sich mit einem Minimum an Vorkehrungen zufrieden geben müssen.²³⁵ Diese Auffassung wird durch den Richter des Obersten Gerichtshofs, Posner, in seinem Urteil²³⁶ bestätigt. Demnach meint „angemessen“ nicht effektiv, sondern schränkt die Pflicht zu Vorkehrungen zu einer Durchschnittsanstrengung ein.²³⁷ In Kanada hingegen sind Vorkehrungen nur dann nicht angemessen, wenn sie die Verpflichteten unverhältnismäßig belasten, wobei ein Schwerpunkt auf die Unverhältnismäßigkeit, die in der US-Amerikanischen Rechtsprechung wegfällt, gelegt wird.²³⁸ Dies bedeutet, dass die Möglichkeiten maximal ausgeschöpft werden müssen und nur durch die Grenze der übermäßigen Belastung begrenzt sind²³⁹.

III. Anderen Staaten der EU

Antidiskriminierungsnormen in den europäischen Staaten sind vorrangig im Beschäftigungsbereich vorhanden. Dennoch gibt es viele Mitgliedsstaaten, die Antidiskriminierungsnormen außerhalb des Bereichs Beschäftigung in Bezug auf das Merkmal Behinderung oder aber allgemein haben. Auch die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen zum Beispiel für Dienstleister_innen kommt vor, wie auch das gruppenorientierte Konzept der “antizipierten angemessenen Vorkehrungen”.²⁴⁰

1) Verschiedene Terminologien für das Konzept der angemessenen Vorkehrungen

Viele der EU-Mitgliedsstaaten übernahmen den Begriff der angemessenen Vorkehrungen aus der RL 2000/78/EG. Einige wählten abweichende Formulierungen, die teilweise auch mit einer verschiedenen Konzeption des Instituts zusammenhängen. Andere Begriffe, jedoch mit derselben rechtlichen Wertung, sind: “Anpassungen” (Vereinigtes Königreich), “Schritte” (Finnland) oder “geeignete Maßnahmen” (Irland, Frankreich, Litauen, Slowakei).²⁴¹

a) Die unterschiedlichen Interpretationen des Wortes “angemessen”

Unter “Vorkehrungen” werden Anpassungen der normalen Vorgehensweisen, Prozesse oder der Infrastruktur gesehen. Strittig ist in diesem Kontext vor allem das Wort “angemessen”.

“Angemessen” kann in diesem Zusammenhang so aufgefasst werden, dass keine übermäßigen Schwierigkeiten oder Kosten für die Verpflichteten bestehen sollen. Auch kann “angemessen” so interpretiert werden, dass die Vorkehrungen es der betroffenen behinderten Person ermöglichen, die notwendigen Aufgaben zu erledigen, ergo sie müssen in der Hinsicht wirksam sein, dass sie den Be-

²³⁵ De Campos Velho Martel, Reasonable accommodation: The new concept from an inclusive constitutional perspective, S. 90 f.

²³⁶ Vande Zande vs. State of Wisconsin Department of Administration, 44 F.3d 538 (1995).

²³⁷ So auch in: U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002).

²³⁸ De Campos Velho Martel, Reasonable accommodation: The new concept from an inclusive constitutional perspective, S. 94-96.

²³⁹ De Campos Velho Martel, s.o., S. 103.

²⁴⁰ Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 9.

²⁴¹ Waddington/ Lawson, s.o., S. 7.

dürfnissen der betroffenen Person Rechnung tragen. Dieser Ansatz geht in der Regel mit einer anderen Begrifflichkeit einher (“wirksam” in den Niederlanden²⁴², “geeignet” in Irland). Bei diesen beiden Ansätzen wird zuerst geprüft, ob eine Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen besteht, die entweder schon eingeschränkt oder aber wirksam sein müssen und dann die Verhältnismäßigkeit, teilweise zusätzlich auch noch die Angemessenheit. Hierbei wird die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen stark eingeschränkt, besonders stark bei der ersten Auslegungsvariante. Ein dritter Ansatz fragt erst danach, ob wirksame Vorkehrungen vorgenommen werden müssen und dann, ob diese erhebliche Unannehmlichkeiten oder Kosten hervorrufen (= unverhältnismäßige Belastung). Dieser wird im Vereinigten Königreich praktiziert, welches als erstes Land der Europäischen Union das Institut der angemessenen Vorkehrungen in seine Rechtsordnung aufnahm. Auch der Art. 5 RL 2000/78/EG verfolgt diesen Ansatz.²⁴³

In der Rechtsprechung der USA wurde die Auslegung von “angemessen” i.S.v. wirksamen Vorkehrungen, die auf behinderte Person zugeschnitten sind, zurückgewiesen und stattdessen entschieden, dass “angemessen” im Zusammenhang mit einer möglichen unbilligen Härte zu sehen ist (s. auch oben).²⁴⁴

2) Arten und Einordnung des Instituts der angemessenen Vorkehrungen

Unmittelbare Diskriminierungen werden im Zusammenhang mit der Diskriminierung behinderter Menschen in vielen EU-Staaten in unterschiedlichem Maße verboten. Fraglich ist, ob angemessene Vorkehrungen in diesen Begriff integriert werden können und werden. Diesem Ansatz wird im ADA²⁴⁵ und im australischen “Gesetz über die Diskriminierung Behinderter” von 1990 gefolgt. Aus vorliegender Analyse ging den Verfasserinnen Waddington und Lawson allerdings nicht hervor, ob dieser Ansatz in EU-Staaten verfolgt wurde oder werden wird. Hierbei muss die Frage der Fähigkeiten/ Qualifikationen der behinderten Person so bewertet werden, als wenn die angemessene Vorkehrung schon zu Gunsten der behinderten Person vorgenommen wurde. So kann zum Beispiel ein_e Arbeitnehmer_in für eine Bürotätigkeit dadurch qualifiziert sein, dass sie_er aufgrund eines für sie_ihn angepassten Arbeitsplatzes diese wie alle anderen Arbeitnehmer_innen in demselben Umfang ausführen kann. In einigen Ländern kann die_der Beklagte jedoch einwenden, dass die Ungleichbehandlung der betroffenen Person gerechtfertigt ist. Hierbei wird der Schutz der verbotenen unmittel-

²⁴² “Das Verbot einer unterschiedlichen Behandlung umfasst auch die Pflicht für die Person, an die sich das Verbot richtet, wirksame Vorkehrungen gemäß den Bedürfnissen zu treffen, sofern dies nicht eine unverhältnismäßige Belastung für diese Person darstellen würde.”, Art. 2 des Gesetzes zur Gleichbehandlung bei Behinderung oder chronischer Krankheit von 2004.

²⁴³ Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 7, 30 f., 34.

²⁴⁴ Waddington/ Lawson, s.o., S.32 f.; Vande Zande vs. State of Wisconsin Department of Administration, 44 F.3d 538 (1995).

²⁴⁵ Unterkapitel 1 und 2: Hier wird die Qualifikation mit *oder* ohne angemessenen Vorkehrungen betrachtet. Für den Schutzbereich spielt diese Unterscheidung keine Rolle.

baren Diskriminierung herabgesenkt.²⁴⁶

Die Verpflichtung zu (reaktiven)²⁴⁷ angemessenen Vorkehrungen ist die Verpflichtung, wie sie in Art. 5 RL 2000/78/EG besteht. Abgrenzend dazu gibt es eine Verpflichtung zu antizipatorischen angemessenen Vorkehrungen. Dieses Konzept wurde im Vereinigten Königreich entwickelt, ist daneben aber auch in kleinerem Umfang in den Rechtsordnungen von Spanien und Ungarn zu finden. Im Vereinigten Königreich gelten die antizipatorischen angemessenen Vorkehrungen in allen Bereichen außerhalb der Wohnraumversorgung, des Berufs und der Beschäftigung. Sie sind gruppenorientiert und müssen immer dann getroffen werden, wenn eine Gruppe behinderter Menschen, z.B. sehbehinderter, beim Versuch, Zugang zu einem Gut oder einer Dienstleistung zu bekommen, benachteiligt würden. Sie müssen im Voraus getroffen werden und regen daher zur kontinuierlichen Überwachung und Verbesserung der Zugänglichkeit der Leistungen an. Klagen kann nur ein_e einzelne_r Betroffene_r der Gruppe. Ein Klagegrund besteht, wenn die Verpflichteten die Diskriminierung hätten vorhersehen müssen und es versäumt haben, darauf mit antizipatorischen angemessenen Vorkehrungen zu reagieren.²⁴⁸

IV. Zusammenfassung

Besonders essentiell ist die Frage nach der Verortung der angemessenen Vorkehrungen. In welchem Rechtsgebiet sollen sich Regelungen befinden und welche Auswirkungen haben diese? Eine Verortung im Verfassungsrecht müsste wegen fehlender Konkretisierung, auch in Deutschland, durch die Rechtsprechung geschehen. Eine strafrechtliche Verortung ist aufgrund der tatbestandlichen Voraussetzung des Vorsatzes schwierig. Über eine solche Verortung im deutschen Strafrecht könnte man dennoch nachdenken, um den Schutz vor Diskriminierung zu verstärken und dessen Bedeutung hervor zu heben.

Des Weiteren ist zu wünschen, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung gewertet wird. Dies geschieht in der BRK und in einigen staatlichen Rechtsordnungen, fraglich ist ein solcher Zusammenhang in der RL 2000/78/EG. Für Deutschland wäre ein solcher Zusammenhang erstrebenswert, ob durch Auslegung oder Rechtsetzung ist zu diskutieren. Fraglich ist auch, ob angemessene Vorkehrungen ein Bestandteil des Diskriminierungsverbots sein sollen oder ein Mittel zur Durchsetzung eines Verbots und somit eines eigenständigen Konzepts des Gleichheitsgrundsatzes. Wünschenswert ist eine Verbindung von beidem, sodass ein Anspruch aus dem Diskriminierungsverbot und gleichzeitig ein separat durchsetzbarer Anspruch auf angemessene Vorkehrungen besteht. Wichtig ist auch das Verständnis des Wortes „angemessen“. Zu bevorzugen ist eine Auslegung als

²⁴⁶ Waddington/ Lawson, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 53 f.

²⁴⁷ Darunter wird das Konzept, mit dem sich in dieser Arbeit befasst wird, verstanden.

²⁴⁸ Waddington/ Lawson, , Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, S. 57-60, 67; Gooding/ Casserly, Open for all? Disability discrimination laws in Europe relating to goods and services, S. 151.

„effektive“ Vorkehrungen, die wie in Kanada ihre Grenze nur in der unverhältnismäßigen Belastung finden. Anders als in der RL 2000/78/EG, die wirksame Vorkehrungen vorsieht, würde dies eine maximale Anstrengung für die effektivste Vorkehrung innerhalb der Grenze der Verhältnismäßigkeit erfordern. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte man die Frage einbeziehen, ob eine (berufliche) Anforderung besteht, die selbst mit angemessenen Vorkehrungen nicht erreichbar ist oder ob eine Dienstleistung oder ähnliches in seiner Natur verändert wird, wie dies in den USA getan wird. Dies würde eine Pflicht ausschließen. Dabei muss die (berufliche) Anforderung an sich auf eine Erforderlichkeit geprüft werden.

Des Weiteren sollte die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen im Einzelfall betrachtet werden, die Interessen abgewogen und wenn möglich, ein interaktiver Prozess wie im amerikanischen Recht stattfinden. Über eine Einführung antizipatorischer angemessener Vorkehrungen ist nachzudenken. Eine Beweislastumkehr wie auch in der RL 2000/78/EG und dem AGG sollte bestehen.

Auch eine Pflicht auf angemessene Vorkehrungen in Deutschland außerhalb des Arbeitsbereichs, wie unter anderem in den USA, ist vonnöten, für die die oben erörterten Anforderungen gelten müssten.

G. Empfehlungen

Eine fehlerhafte Umsetzung der RL 2000/78/EG und der BRK hinsichtlich des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen liegt zweifelsohne vor. Die sich aus der Richtlinie und aus der BRK ergebende Pflicht kann nun durch zwei Wege vervollständigt werden: Zum einen durch Rechtsetzung und zum anderen durch Auslegung durch die Rechtsprechung, wobei erstere das obere Ziel ist und letztere bis zu einer legislativen Veränderung notwendig ist.

I. Allgemein

Wichtig ist eine Festlegung darüber, wie man „angemessen“ definiert, wie weit eine Pflicht zur Vornahme eingeschränkt werden soll und wie der Prozess zur Findung und Vornahme angemessener Vorkehrungen aussehen soll.

Angemessen sollte, nach kanadischem Vorbild, als effektiv verstanden werden und das maximal mögliche fordern, das nur durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeschränkt wird. In dieser sollen, nach Vorbild der BRK, RL 2000/78/EG und des Richtlinienvorschlags, viele unterschiedliche und individuelle Komponenten abgewogen werden. Im Arbeitsleben bedeutet das auch die Klärung der Frage, ob die Betroffenen, mit oder ohne Hilfe angemessener Vorkehrungen, qualifiziert sind (nach dem Vorbild des ADA) und den wesentlichen (beruflichen) Anforderungen entsprechen. Wichtig hierbei ist, dass die wesentlichen Anforderungen im Einzelfall hinterfragt und eventuell angepasst und verändert werden. Im Bereich der öffentlichen Einrichtungen und Dienstleistungen muss innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung beachtet werden, inwieweit sich deren Natur verändert und ob eine solche Veränderung zum Ausschluss einer Pflicht zur Vornahme führt. Neben diesen anbieter_innen- und arbeitgeber_innenfreundlichen Komponenten müssen insbesondere der Nutzen und alle positiven Auswirkungen für den betroffenen behinderten Menschen und auch für Dritte betrachtet werden. Der

Prozess sollte, wenn möglich, interaktiv gestaltet werden, den Einzelfall betrachten und es muss eine Beweislastumkehr bestehen.

Eine mögliche Definition für angemessene Vorkehrungen, bei deren Auslegung die oben genannten Punkte beachtet werden, könnte wie folgt aussehen:

„Angemessene Vorkehrungen im Sinne dieses Gesetzes sind konkrete und geeignete Maßnahmen, die im Einzelfall ergriffen werden, um den Gleichbehandlungsgrundsatz zu gewährleisten. Diese finden ihre Grenzen ausschließlich im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Insbesondere sind angemessene Vorkehrungen dann nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der nationalen Behindertenpolitik ausreichend kompensiert werden.“

II. Auslegung und Rechtsprechung

Offensichtlich ist, dass es weitere Konkretisierungen von Begriffen durch die Gerichte geben muss. So ist es die Rolle der höchsten Gerichte, grundsätzliche Entscheidungen zu treffen, wann angemessene Vorkehrungen nötig und verhältnismäßig sind und wer sie bereitstellen muss, um klare Leitlinien für die Anwendung zu formulieren. Der EuGH sollte eine Vereinheitlichung des Begriffs der angemessenen Vorkehrungen vornehmen.²⁴⁹ Bezüglich der Geltung und Anwendbarkeit der BRK-Normen bedarf es letztlich auch einer Bundesverfassungsgerichtsentscheidung.²⁵⁰ Diese Grundsatzentscheidungen sind aufgrund ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechte behinderter Menschen wünschenswert.

Die Rechtsprechung sollte sich an einer unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Auslegung antidiskriminierungsrechtlicher Normen orientieren. Zu beachten ist, dass die Verwehrung angemessener Vorkehrungen in der BRK als Diskriminierung gewertet wird und dass laut dem EuGH das EU-Recht im Lichte der BRK ausgelegt werden soll, was sich auf das deutsche Recht auswirkt. Somit muss eine Verwehrung angemessener Vorkehrung als Diskriminierung angesehen werden. Der EuGH fordert des Weiteren eine weite Auslegung der angemessenen Vorkehrungen.

Hierbei ist zu beachten, dass eine fehlerhafte Umsetzung der RL 2000/78/EG zur unmittelbaren Anwendbarkeit führt. Somit besteht ein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im Rahmen dieser Richtlinie, der jedoch nur durch Staatshaftung geltend gemacht werden kann und somit insuffizient ist. Was öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse angeht, ist die Richtlinie unmittelbar anwendbar, sprich, eine Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen im Rahmen der RL 2000/78/EG besteht dort. Dies würde auch durch eine europarechtskonforme Auslegung des Art. 3 III 2 GG folgen. Zu wünschen wäre auch eine völkerrechtskonforme Auslegung desselben, die zu einer Pflicht öffentlich-rechtlicher Dienstleister_innen, Einrichtungen etc. nach dem Vorbild der BRK führt.

Das Augenmerk hinsichtlich der Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen ist auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und auf öffentliche Einrichtungen und Dienstleistungen zu richten –

²⁴⁹ Waddington, When it is reasonable for Europeans to be confused, S. 318 f.

²⁵⁰ Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, S. 730.

hier besteht starker Verbesserungsbedarf. Das BAG hat mit seiner Rechtsprechung Ende 2013 diese Lücke mit der europa- und völkerrechtskonformen Auslegung der vertraglichen Nebenpflichten des § 241 II BGB für Arbeitsverhältnisse gefüllt. Diese Rechtsprechung kann und sollte aber im Zuge der vollständigen Umsetzung der BRK auf alle Verträge ausgeweitet werden. Demnach gehört die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen zu den vertraglichen Nebenpflichten und kann bei Nichtvornahme zu Schadensersatzansprüchen führen. Eine andere Lösungsmöglichkeit ist die Auslegung der Diskriminierungsverbote in §§ 7, 19 AGG. Demnach würde eine Nichtvornahme eine Diskriminierung im Bereich der Beschäftigung (europarechtskonforme Auslegung) und dem Zivilrechtsverkehr (völkerrechtskonforme Auslegung bzw. durch die Auslegung des EU-Rechts im Lichte der BRK auch europarechtskonforme Auslegung) darstellen und zu Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen aus den §§ 15, 21 AGG führen. Eine Vornahme angemessener Vorkehrungen kann prinzipiell als Indiz für eine Rechtfertigung und andersherum eine Nichtvornahme als Indiz einer Diskriminierung gelten. Im arbeitsrechtlichen Bereich kann auch eine Auslegung der Pflicht zu Schutzmaßnahmen aus § 618 BGB, § 106 S. 3 GewO zur (teilweisen) Umsetzung der Pflicht führen.

Wie weit es im Einzelnen auf die gerichtliche Fortentwicklung und Auslegung des Rechts ankommt, um die Rechte behinderter Menschen zu schützen, hängt auch entscheidend vom politischen Willen der Beteiligten und der Bundesregierung ab, die Weiterentwicklung der rechtlichen Grundlagen umzusetzen. Denn gerade solange keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen bestehen, kann durch Auslegung die Völkerrechts- oder Unionsrechtswidrigkeit Deutschlands verhindert werden.

III. Rechtsetzung

Die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen muss sowohl in öffentlich-rechtlichen wie auch in privatrechtlichen Gesetzen verankert werden, um einen Anspruch auf diese so effektiv wie möglich zu gestalten. Daneben kann auch, zur Verstärkung des Schutzes behinderter Menschen, eine Norm im Strafrecht verankert werden.

Es kommt besonders darauf an, eine Nichtvornahme als Diskriminierung zu werten und daneben einen separaten Anspruch zu gewährleisten. Auch hierbei müssen die oberen Erwägungen zu den angemessenen Vorkehrungen und insbesondere der Verhältnismäßigkeitsprüfung beachtet werden.

1) Öffentlich-rechtliche Gesetze (BGG und LGGs)

Insbesondere sind das BGG und die LGG als Instrument zur Umsetzung der BRK zu nutzen. Hier könnte das BGG LSA als Orientierungshilfe dienen, sodass es in der Zielsetzung auch zu einem direkten Bezug zur BRK kommt, ein moderner sozialer Behinderungsbegriff definiert und insbesondere das Konzept der angemessenen Vorkehrungen verankert wird.

Zum einen müsste der § 7 II BGG, das Diskriminierungsverbot behinderter Menschen, um einen dritten Satz erweitert werden:

„Diskriminierung/Diese umfasst auch die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen.“

Zum anderen sollte ein § 7 a BGG eingeführt werden, der einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen beinhaltet. Dieser könnte wie folgt aussehen (angelehnt an den Art. 5 RL 2000/78/EG):

„Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für behinderte Menschen zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Angemessene Vorkehrungen im Sinne dieses Gesetzes... (s. Definition und ihre Anmerkungen Kapitel E II 1 b).“

Dieses Schema müsste für die LGG, ausgenommen das BGG LSA, in ähnlicher Art und Weise übernommen werden.

2) Zivilrechtliche Gesetze (AGG)

Fraglich ist, an welcher Stelle des AGG die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen verortet werden soll. Einerseits wäre dies, wie auch oben bei der Rechtsprechung erörtert, im besonderen Teil gesondert für den Bereich der Beschäftigung und des Zivilrechtsverkehrs möglich. Dogmatisch vorzugswürdig scheint allerdings eine Verortung im Allgemeinen Teil des AGG (§§ 1-5), da dieser für den gesamten Teil des AGGs gilt.

Dementsprechend sollte in den § 3, der die Begriffsbestimmungen der Diskriminierung beinhaltet, ein Abs. 6 eingeführt werden. Dieser kann, nach Vorbild des Richtlinienvorschlags der Kommission von 2008, wie folgt lauten:

„Werden im konkreten Fall angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen (mit Verweis auf die Vorschrift über angemessene Vorkehrungen; evtl. § 5 a) verweigert, gilt dies als Diskriminierung im Sinne des Abs. 1 dieser Vorschrift.“

Des Weiteren sollte ein § 5 a eingeführt werden, der wie der Vorschlag für das BGG und die LGG aussehen könnte. Diese Rechte stellen auch ein Recht i.S.d. § 823 II BGB dar.

Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen könnte durch einen Anspruch und eine entsprechende Definition durch eine Pflicht zu antizipatorischen angemessenen Vorkehrungen erweitert werden. Dies wäre auch auf das BGG und die LGG übertragbar.

3) Das Strafgesetzbuch

Zur Stärkung der Rechte behinderter Menschen wäre eine Norm im Strafrecht möglich, die die Versagung angemessener Vorkehrungen bei Vorsatz als Ordnungswidrigkeit wertet und mit Bußgeld bestraft. Schwierig ist jedoch eine dogmatische Einordnung. Es besteht kein Bereich, der sich mit Diskriminierungen beschäftigt oder dem man eine solche Norm zuordnen könnte. Daher wäre die einzige Lösung, einen Abschnitt für vorsätzliche Diskriminierungen als Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten einzuführen. In der Schweiz gab es zum Beispiel eine Initiative zur Einführung einer Strafnorm bezüglich der Diskriminierung behinderter Menschen, die jedoch vom Nationalrat 2014 abgelehnt wurde.²⁵¹

²⁵¹ <http://www.genios.de/presse-archiv/artikel/BAZ/20140607/ivb-nationalrat-misst-mit-unterschi/2014060719227221343.html>.

Literaturverzeichnis

Aichele, Valentin	Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, in: Anwaltsblatt 10/2011. Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, in: Positionen Nr. 5, Monitoringstelle zur UN-Behindertenrechtskonvention.
BRK-Allianz	Erster Bericht der Zivilgesellschaft zu Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland.
Bundesregierung	Denkschrift zu dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte die Rechte der Menschen mit Behinderung, BT-Brucks 16/10808.
Däubler, AGG	Däubler, Wolfgang/ Bertzbach, Maratin, AGG, 3.Aufl., 2013.
de Campos Velho Martel, Leticia	Reasonable Accommodation: The new Concept from an Inclusive Constitutional Perspective, in: International journal on human rights, 14/ 2011, S. 85-111.
Degener, Theresia	Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 65 (2005), S. 887-935. Verfassungsrechtliche Probleme mit Behindertendiskriminierung in Deutschland, in: Kritische Justiz (KJ) 3/2000, S. 425-433. Die UN-Behindertenrechtskonvention, Grundlage für eine neue inklusive Menschenrechtstheorie, in: Vereinte Nationen, 2010, Heft 2. Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, http://www.nw3.de/attachments/article/95/095_brk-degener-br30jan09s.pdf , Erstveröffentlichung in: Behindertenrecht 2/2009, S. 34 ff. – NETZWERK ARTIKEL 3 e.V.
Degenhardt, Christoph	Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 25. Auflage, 2009.
Deutscher Gewerkschaftsbund	Stellungnahme zum Vorschlag KOM(2008) 426: Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, 2009.
Düwell, Franz Josef	Dau, Dirk/ Düwell, Franz Josef/ Jousen, Jacob (Hrsg.), SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 4. Auflage, 2014.
Faber, Ulrich	Feldes, Werner/ Kohte, Wolfhard/ Stevens-Bartol, Eckart (Hrsg.), SGB IX, 2. Auflage, 2011.
Folz, Hans-Peter	Vedder, Christoph/ Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Handkommentar Europäisches Unionsrecht (EUV/ AEUV/ GRCh), 1. Auflage, 2012.
Frehe, Horst/ Welti, Felix	Behindertengleichstellungsrecht, Textsammlung, 2. Auflage, 2012.

Fuerst, Anna - Miria	Behindertendiskriminierung, Direktionsrecht und angemessene Vorkehrungen nach Art.5 RL 2000/78/EG, in: Der Betrieb, 40/ 2009, S. 2153-2157. Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, 1. Auflage, 2009.
Geiger, Rudolf Kotzur, Markus Khan, Daniel	Geiger, Rudolf/ Khan, Daniel - Erasmus/ Kotzur, Markus (Hrsg.), Kommentar EUV, AEUV, 5. Auflage, 2010.
Gooding, Caroline/ Casserly, Catherine	Open for all? Disability discrimination laws in Europe relating to goods and services, in: Lawson, Anna/ Gooding, Caroline (Hrsg.), Disability Rights in Europe – From Theory to Practice, 2005, S. 135 ff.
Göpfert, Burkard/ Krieger, Steffen	Bauer, Jobst-Hubertus/ Göpfert, Burkard/ Krieger, Steffen (Hrsg.), AGG, 2. Auflage, 2008.
Jürgens, Andreas	Frehe, Horst/ Welti, Felix (Hrsg.), Behindertengleichstellungsrecht, 2. Auflage, 2012, S. 1284 ff.
Kreutz, Marcus/ Lachwitz, Klaus/ Trenk-Hinterberger, Peter	Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013.
Lachwitz, Klaus/ Trenk-Hinterberger, Peter	Zum Einfluss der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen auf die deutsche Rechtsordnung, in: Rechtsdienst der Lebenshilfe 2/2010.
Lachwitz, Klaus/ Schellhorn, Helmut/ Welti, Felix (Hrsg.)	Handkommentar zum Sozialgesetzbuch, 3. Auflage, 2010.
Luthe, Ernst Wilhelm	Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, in: SGB 07/ 13, S. 391- 395.
Masuch, Peter	Die UN- Behindertenrechtskonvention anwenden, in: Rehabilitations- und Teilhaberecht, Forum d – Nr.5/ 2012.
Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian	Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.), GG Kommentar, Band 1, 5. Auflage, 2005.
Raasch, Sibylle	Rust, Ursula/ Falke, Josef (Hrsg.), AGG, 2007.
Ring, Gerhard/ Siebeck, Jana/ Woitz, Steffen	Flohr, Eckhard/ Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Gleichbehandlungsgesetz, 2006.
Ritz, Hans-Günther	Kossens, Michael/ von der Heide, Dirk/ Maaß, Michael (Hrsg.), SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, 3. Auflage, 2009.
Ritz, Hans-Günther/ Dopatka, Friedrich- Wilhelm	Cramer, Horst/ Fuchs, Harry/ Hirsch, Stephan/ Ritz, Hans-Günther, SGB IX – Kommentar zum Recht schwerbehinderter Menschen sowie AGG und BGG, 6. Auflage, 2011.

Rothfritz, Lauri Philipp	Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutze der Menschen mit Behinderung, in: Dresdner Schriften zu Recht und Politik der Vereinten Nationen, 2010.
Sauer, Heiko	Staatsrecht III, Auswärtige Gewalt Bezüge des Grundgesetzes zum Völker- und Europarecht, 2. Auflage, 2013
Schiek, Dagmar	AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007.
Starck, Christian	Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.), GG Kommentar, Band 1, 5. Auflage, 2005, GG Kommentar, Band 1.
Streinz, Rudolf	Europarecht, 9. Auflage, 2012.
Thüsing, Gregor	Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012.
Vierling, Lewis E.	More on Reasonable Accommodation, in: Case Manager 05/06/2005;16 (3): 36-40.
Waddington, Lisa	When it is reasonable for Europeans to be confused: Understanding [a] when disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective, in: Comparative Labor Law Journal & Policy Journal, 3/2008, S. 317-340.
Waddington, Lisa/ Lawson, Anna	Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010; http://www.nondiscrimination.net/content/media/Disability%20and%20on%20discrimination%20law_DE.pdf , Abruf 09.04.2014. Equal to the task? Re-examining EU equality law in the light of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, in: Waddington, Lisa/ Quinn, Gerard/ Flynn, Eilionóir (Hrsg.), European yearbook of disability law, Volume 4, 2013, S. 169 – 200.
Welti, Felix	Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, in Rehabilitations- und Teilhaberecht, Forum D – Nr.9/ 2012, in: Schiek, Dagmar, AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007.
Welti, Felix/ Wenckebach, Johanna/ Groskreutz, Henning	Universität Kassel, FB Humanwissenschaften, Institut für Sozialwesen, Modul 4: Behindertengleichstellungsgesetz und das Verhältnis zum Sozialgesetzbuch IX und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 11.September, 2013.
Wernsmann, Rainer	Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, S. 224-233.

Internetseiten

<http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.pdf> , Abruf 18.03.2014.

http://www.ada.gov/2010_regs.htm , Abruf 18.03.2014.

<http://www.hhs.gov/ocr/civilrights/resources/factsheets/504.pdf> , Abruf 03.04.2014.

http://transition.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html , Abruf 03.04.2014.

<http://www.institut->

[fuermenschenrech-](http://www.institut-)

[te.de/uploads/tx_commerce/Diskussionspapier Ergebnisse der Normenpruefung zum Landesgleichberechtigungsgesetz_LGBG.pdf](http://www.institut-fuermenschenrech-te.de/uploads/tx_commerce/Diskussionspapier_Ergebnisse_der_Normenpruefung_zum_Landesgleichberechtigungsgesetz_LGBG.pdf), Abruf 26.04.2014.

<http://www.genios.de/presse-archiv/artikel/BAZ/20140607/ivb-nationalrat-misst-mit-unterschi/2014060719227221343.html>, Abruf 26.02.2015.

Humboldt Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien
Unter den Linden 9
10099 Berlin
<http://hlcmr.de/publikationen/>

In den Working Paper werden Schriftstücke, die im Rahmen und in Absprache mit der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte entstanden sind, als Diskussionsgrundlage veröffentlicht. Die Verantwortung für den Inhalt obliegt den jeweiligen Autor_innen und gibt nicht notwendigerweise die Position der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte oder des Projekts/der Organisation in Kooperation wieder.