

Forum D

Entwicklungen und Reformvorschläge
– Diskussionsbeitrag Nr. 9/2012 –

31.05.2012

Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte

Von Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

I. Behindertenrechtskonvention und deutsches Recht

Das Verständnis von Gleichheit ist ein Schlüssel zu Inhalt und Wirksamkeit der Behindertenrechtskonvention. Manche sehen darin sogar einen Paradigmenwechsel von einem Modell sozialer Fürsorge zu einem Modell individueller Rechte gegen Diskriminierung.¹

Zweck des Übereinkommens ist der volle und gleichberechtigte Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch behinderte Menschen. Es geht also nicht um neue oder andere Menschenrechte, sondern um gleiche Rechte. Doch für gleiche Rechte gibt es eine besondere Konvention. Menschenrechte heißen so, weil sie für alle Menschen gleich gelten. Die doppelte Bedeutung der lateinischen Aequitas, als Gerechtigkeit und Gleichheit, findet in ihnen Ausdruck. Wenn das Recht für alle gleich gilt, muss es dann für das Recht nicht gleichgültig sein, ob die Menschen behindert sind oder nicht?

Wir sind es gewohnt, die Gerechtigkeit in Justitia zu versinnbildlichen, einer Person, die bewusst mit einer Augenbinde sehbehindert wird, um ohne Ansehen der Person mit geeichter Waage Tatbestände zu erkennen und mit scharfem Schwert Rechtsfolgen zu entscheiden. Dieses Konzept findet sich wieder, wenn in der Diskussion um Rassendiskriminierung ein farbenblindes Recht gefordert wird und wenn, allgemein gesagt, Merkmale wie Herkunft, Geschlecht, Alter, Religion oder Behinderung keinen Grund für ungleiches Recht legen dürfen. Doch gibt es genau für diese Merkmale besondere Gleichheitssätze, im Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht. Was darf Justitia sehen, was muss sie auf ihre Waage legen, um Recht zu finden?

Dem voran liegt die Frage: Gibt es eine Gleichheit der Behindertenrechtskonvention, die sich von der Gleichheit des deutschen Rechts unterscheidet? Wenn wir ein Gleichheitskonzept der BRK verstanden haben, welche Bedeutung hat es dann für deutsche Gerichte und Behörden?

¹ Dieser Beitrag wurde bereits unter dem gleichen Titel im RdLH 2012, S. 1 ff. veröffentlicht.

1. Die BRK als deutsches Recht

Die Behindertenrechtskonvention ist durch Ratifikation deutsches Recht geworden. Nach dem Gebot der Bundestreue bindet sie – obwohl Bundesgesetz – auch die Länder in den Bereichen ihrer Kompetenz wie dem Schulrecht². Doch ist damit noch nicht gesagt, ob und mit welchem Gewicht Einzelne die Rechte der Konvention in die Waage der Justitia legen können. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Bundesrepublik Deutschland nicht nur der Gemeinschaft der Vertragsstaaten versprochen hat, die BRK anzuwenden, sondern auch ihren Bürgerinnen und Bürgern unmittelbar anwendbare Rechte gegeben hat. Dies wird gerade für das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Behinderung und die Garantie des Schutzes davor nach Art. 5 Abs. 2 BRK angenommen³. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig. Ein nur objektiv wirkender rechtlicher Schutz vor Diskriminierung ohne subjektives Recht ist kaum vorstellbar. Daraus kann gefolgert werden, dass überall dort, wo die BRK ein Recht unter Bezug auf das Diskriminierungsverbot formuliert – so bei den Rechten auf gleiche Anerkennung durch das Recht (Art. 12 BRK), auf Bildung (Art. 24 BRK) und auf Gesundheit (Art. 25 BRK) – unmittelbare Rechte der deutschen Bürgerinnen und Bürger bestehen. Doch ist damit noch nicht das Problem der Kollision mit anderem deutschen Recht gelöst. Die Kollisionsregeln wie der Vorrang des Bundesrechts vor dem Lan-

² Näher dazu im schulrechtlichen Kontext: Eibe Riedel, Michael Arend: Im Zweifel Inklusion. Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346; Markus Krajewski, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, S. 120; unzutreffend: OVG Lüneburg v. 16.09.2010, 2 ME 278/10; VGH Hessen v. 12.11.2009, NVwZ-RR 2010, 602.

³ Dazu Theresia Degener: Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern? In: Behindertenrecht 2009, S. 34–51.

desrecht, des späteren vor dem früheren und des spezielleren vor dem allgemeinen Rechts können helfen, konkrete Konflikte aufzulösen. Doch wird insbesondere die letztere Regel häufig gegen eine notwendig allgemein gehaltene Menschenrechtskonvention angeführt werden können. Hätte das speziellere Recht Vorrang, dann wäre die BRK gegenüber den sehr differenzierten Regelungen etwa des Sozialrechts zu allgemein und könnte als zwar global verbindliche Norm verstanden werden, die innerstaatlich jedoch nur Programmsätze formuliert.

2. BRK und Grundgesetz

Doch ein solches Verständnis würde davon absehen, dass Staat und Recht Deutschlands in internationalen Bindungen stehen. Nach Art. 1 Abs. 2 Grundgesetz bekennt sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten. Dies steht im zeitlichen Kontext zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und verbindet die Auslegung der unmittelbar geltenden Grundrechte des Grundgesetzes mit diesen. Mit wenigen Ausnahmen sind die Grundrechte des Grundgesetzes nicht auf deutsche Bürgerinnen und Bürger beschränkt. Sie sind auch Menschenrechte. Insoweit ist das Grundgesetz auch verbunden mit der weiteren Entwicklung und Entfaltung der geschriebenen Menschenrechte durch die Europäische Menschenrechtskonvention, den Zivilpakt und den Sozialpakt und die Konventionen gegen den Rassismus, für die Rechte der Frauen, der Kinder und der Menschen mit Behinderungen. Die Menschenrechtskonventionen stehen dafür, dass ein Grundverständnis von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit global geteilt wird, wenn auch die nationalen Rechtsordnungen für ihre Verwirklichung verantwortlich bleiben und in Einzelfällen unterschiedliche Verfassungstexte und Auslegungen hervorbringen.

Das Bundesverfassungsgericht hat ein solches Verständnis in der Görgülü-Entscheidung ausdrücklich bestätigt. Bezogen auf die Europäische Menschenrechtskonvention lautet der Leitsatz: „*Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Garantien des GG (...).*“⁴ Das Gericht hält eine solche Auslegung nicht nur für möglich, sondern auf Grund der Völker- und Menschenrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung auch für geboten und führt aus: „*Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.*“ Diese Argumentation und die daraus folgende Pflicht sind nicht auf die EMRK beschränkt, sie gelten für alle von Deutschland ratifizierten Völkerrechtsverträge, auch für die Behindertenrechtskonvention.

Dass dies bei der Ratifikation der BRK auch so gesehen wurde, belegt die Denkschrift der Bundesregierung. Dort wird zu Artikel 5 ausgeführt: „*Nach Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Diese Vorschrift bindet in erster Linie die öffentliche Gewalt, entfaltet aber über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe eine mittelbare Rechtswirkung für das Privatrecht.*“⁵

Mit anderen Worten: Artikel 5 BRK wird in Deutschland durch Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz umgesetzt. Bei dessen Auslegung sind deutsche Gerichte verpflichtet, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Die Behindertenrechtskon-

vention ist eine umfangreiche und verbindliche Auslegungshilfe für das deutsche Verfassungsrecht. Die Gleichheit der Behindertenrechtskonvention ist auch die Gleichheit des Grundgesetzes, das unmittelbar und vorrangig gilt und eingeklagt werden kann. Erst wenn es aus dem Grundgesetz heraus Gründe gäbe, das anders zu sehen, wäre der Gleichheitssatz der BRK auf die Anwendung als einfaches Bundesgesetz zurückgesetzt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Behindertenrechtskonvention bereits beiläufig in seinem Beschluss zum Maßregelvollzug in Rheinland-Pfalz vom 23. März 2011⁶ als Auslegungshilfe zu den Grundrechten bezeichnet und ging damit über einen Nichtannahmebeschluss zur Contergan-Entschädigung vom 26. Februar 2010⁷ hinaus, bei dem es jedoch nicht um das Benachteiligungsverbot, sondern um Schutz- und Leistungspflichten ging und das Gericht vor allem eine unzureichende Begründung gerügt hatte.

II. Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“

1. Ziele: Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit

Die Behindertenrechtskonvention spricht Gleichheit an verschiedenen Stellen an. Zu ihren allgemeinen Grundsätzen gehören Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit. Während Diskriminierung nach Art. 5 Abs. 2 in der Gegenwart und individuell zu verbieten ist, bezieht sich die Gleichheit der Chancen stärker auch auf die Gesamtheit der behinderten Menschen.

⁴ BVerfG, B. v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307, Az. 2 BvR 1481/04.

⁵ BT-Drs. 16/10808, S. 48.

⁶ BVerfG, B. v. 23.03.2011, NJW 2011, 2113, Az. 2 BvR 882/09, Rz 52 f.

⁷ BVerfG, Kammerentscheidung v. 26.02.2010, NJW 2010, 1943, Az. 1 BvR 1541/09, 1 BvR 2685/09, Rz 43.

2. Tatbestand: Diskriminierung durch Tun und Diskriminierung durch Unterlassen

Artikel 2 BRK definiert Diskriminierung als jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben der Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.

Mit dem Bezug auf Ziel und Folge wird deutlich, dass Gleichheit im Kontext von Behinderung nicht nur formelle Gleichheit, sondern auch materielle Gleichheit ist. Für behinderte Menschen kommt es nicht nur darauf an, dass verbliebene diskriminierende rechtliche Ungleichbehandlungen, etwa im Wahlrecht und bei der Geschäftsfähigkeit, überprüft werden, sondern auch darauf, dass formelle Gleichbehandlung überprüft wird, die tatsächliche Ungleichheit zur Folge hat.

Damit wird nicht nur das Absehen von Differenz, sondern auch die Berücksichtigung von Differenz verlangt. Dies verdeutlicht die BRK, wenn sie die Achtung vor der Unterschiedlichkeit behinderter Menschen und ihre Akzeptanz gleichermaßen als Teil der menschlichen Vielfalt wie der Menschheit verlangt (Art. 3 lit. d BRK). So wie die ICF den Blick von der Beeinträchtigung auf die Teilhabe lenkt, verlangt ein effektives Verständnis von Gleichheit den Blick auf die Wirkungen von Normen. Negiert Recht die Vielfalt der Menschheit und stellt damit ihr gleiches Recht auf Teilhabe in Frage, kann dies eine verbotene Benachteiligung sein.

Mit der Orientierung auch an den Folgen einer Regelung legt die BRK nahe, dass auch die mittelbare Diskriminierung verboten ist. Zwar nennt die Konvention dieses Konzept nicht ausdrücklich. Doch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist wichtig, um

Gleichheitsrechte effektiv zu machen. Entwickelt wurde es vor allem, um bestehende Nachteile von Frauen abzubauen, die sich aus benachteiligenden Regelungen etwa für Erziehende oder Teilzeitbeschäftigte ergeben haben. Aus dem europäischen Recht ist es auch in die Rechtsprechung der deutschen Gerichte übernommen worden. Für behinderte Menschen ist es wichtig, dass auch Benachteiligungen, die sich etwa aus Erwerbsminderung⁸, Geschäftsunfähigkeit, Pflegebedürftigkeit oder sonderpädagogischem Förderbedarf ergeben, in den Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots einbezogen werden, weil diese Merkmale immer oder zumindest typischerweise mit Behinderung zusammenhängen.

Eine Diskriminierung, definiert Artikel 2 BRK, kann auch die Verweigerung angemessener Vorkehrungen sein. Darunter sind notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen zu verstehen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie gewährleisten sollen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen und ausüben können.

Mit dem Konzept der angemessenen Vorkehrungen wird die Ungleichbehandlung durch Unterlassen tatbestandlich formuliert: Unterlassen der Berücksichtigung von Differenz und Vielfalt behinderter Menschen. Dass ein Tatbestand durch Unterlassen verwirklicht werden kann, ist im Recht nichts Neues.

Werden Strafbarkeit oder Haftung Privater durch Unterlassen verwirklicht, fordern wir, dass das Unterlassen für einen Schaden ursächlich geworden ist und für das Handeln eine Garantienpflicht bestand, etwa eine Verkehrssicherungspflicht. Ein Bauzaun ist eine

⁸ Unklar insoweit BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, NJW 2011, 2035, Az. 1 BvR 3588/08, 1 BvR 555/09, Rz 54 f.

angemessene Vorkehrung gegen Schäden⁹, und es kann sein, dass der Bauzaun kontrastreich und die Baustelle vielleicht auch akustisch gesichert werden muss, um auch Sehbehinderte vor Schäden zu bewahren. Freiheitsrechte kann der Staat auch durch Unterlassen verletzen, indem er einer Schutzpflicht nicht gerecht wird, etwa die Gefahren von Industrieanlagen für Leib und Leben im Planungsrecht nicht berücksichtigt¹⁰ oder die freie Meinungsäußerung und Information nicht vor Monopolstrukturen schützt¹¹. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk oder ein frei zugängliches Internet sind dann angemessene Vorkehrungen für die Informationsfreiheit, und es kann sein, dass sie barrierefrei und in leichter Sprache gestaltet werden müssen, um das gleiche Genießen der Informationsfreiheit zu ermöglichen. Wird die Vielfalt der Menschen nicht berücksichtigt, können auch Gleichheitsrechte durch Unterlassen verletzt werden. Das setzt voraus, dass die Nichtberücksichtigung eines geschützten Merkmals, hier der Behinderung, eine Ungleichheit im menschenrechtlich geschützten Bereich zur Folge hat. Der Staat hat die Garantenpflicht für die angemessenen Vorkehrungen, wie sich aus dem Benachteiligungsverbot und explizit aus Art. 5 Abs. 3 BRK ergibt. Er kann diese Garantenpflicht durch Rechtsnormen an Private weiterreichen, wie es etwa die europäische Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78 für das Arbeitsrecht schon seit 2000 fordert. Danach müssen Arbeitgeber zu angemessenen Vorkehrungen verpflichtet werden, um dem für sie geltenden Diskriminierungsverbot zu genügen, zum Beispiel eine Anpassung der Arbeitszeit, eine technische Arbeitshilfe oder ein geeigneter Parkplatz (vgl.

§ 81 Abs. 4 SGB IX).

Dass die Handlungspflicht für den Staat wie für Private durch die Verhältnismäßigkeit begrenzt wird, ist nur das Spiegelbild davon, dass die Zulässigkeit einer schwerwiegenden Ungleichbehandlung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen wird, wie das Bundesverfassungsgericht seit der Transsexuellenentscheidung 1993¹² feststellt. Auch bei dem erleichterten Wechsel des Personenstands für diese Gruppe handelt es sich um eine angemessene Vorkehrung zur Berücksichtigung von Differenz. Zum Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung hat das Bundesverfassungsgericht 1997 in der Sonderschul-Entscheidung ausgeführt: „Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.“¹³ Dies entspricht der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen. Kritik an der damaligen Entscheidung kann sich also nur auf eine falsche Beurteilung der Angemessenheit richten. Hierzu mag nun Art. 24 BRK eine neue Auslegungshilfe geben. Es zeigt sich aber, dass angemessene Vorkehrungen dem deutschen Verfassungsrecht nicht fremd sind und nicht erst durch den Gesetzgeber eingeführt werden müssen. Vielmehr können Sie jedenfalls im öffentlichen Recht und auch im Rahmen von Generalklauseln des Zivilrechts vielfach ohne weitere Umsetzung durch den Gesetzgeber verlangt werden¹⁴. Gleichwohl wäre es in

⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.01.2005, VersR 2006, 855, Az. 7 U 161/03.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.1969, 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256.

¹² BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87, Az. 1 BvL 38/92, 1 BvL 40/92, 1 BvL 43/92.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997, BVerfGE 96, 288, Az. 1 BvR 9/97.

¹⁴ Vgl. Valentin Aichele, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, Positionen der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention Nr. 5, S. 4.

vielen Bereichen sinnvoll, angemessene Vorkehrungen gesetzlich näher zu regeln.

3. Rechtsfolgen: Gleichbehandlung, angemessene Vorkehrungen

Aus dem Verbot der Diskriminierung folgt der Anspruch auf Gleichbehandlung, aus dem Verbot der Diskriminierung durch Unterlassen der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen, den die Mitgliedstaaten durch geeignete Schritte zu erfüllen haben. Zu diesen kann auch die Inpflichtnahme Privater als Garanten gehören.

4. Rechtfertigung: Besondere Maßnahmen

Angemessene Vorkehrungen sind Maßnahmen im Einzelfall. Sie sind abzugrenzen von besonderen Maßnahmen nach Art. 5 Abs. 4 BRK, die der allgemeinen Chancengleichheit und tatsächlichen Gleichberechtigung dienen. Hier geht es um Ungleichbehandlung, die erlaubt ist, um Gleichheit im Ergebnis zu erreichen. Damit kann auch der Anspruch Nichtbehinderter auf Gleichbehandlung eingeschränkt werden, indem die Chancengleichheit behinderter Menschen zum legitimen Grund einer Differenzierung wird. Regelungen wie die Schwerbehindertenquote (§ 71 SGB IX) oder die generell bevorzugte Einladung zum Bewerbungsgespräch (§ 82 SGB IX) sind also keine angemessenen Vorkehrungen, sondern besondere Maßnahmen, die im Interesse der Chancengleichheit legitimiert sind. Ebenso sind Zugänglichkeit (Art. 9 BRK) und Barrierefreiheit

(§ 3 BGG) ebenso wie Bewusstseinsbildung (Art. 8 BRK) besondere Maßnahmen des sozialen Rechtsstaats, die nach der BRK gefordert sind. Je mehr sich solche besonderen Maßnahmen durchsetzen, desto weniger angemessene Vorkehrungen werden erforderlich. Wo Vielfalt generell berücksichtigt wird, sinkt der Aufwand für ihre notwendige Berücksichtigung im Einzelfall. Spätestens bei den besonderen Maßnahmen ist nicht mehr Justitia gefragt, sondern Aequitas, die zweite Gerechtigkeitgöttin der Römer. Sie wurde ohne Augenbinde, aber mit Waage und einem Füllhorn dargestellt, aus dem sie planmäßig und mit Ansehen der Person soziale Leistungen vergibt.

III. Schluss

Diskriminierungsschutz alleine ist kein guter Ersatz für soziale Leistungen, die eine chancengleiche Gesellschaft gestalten¹⁵. Andererseits sind fürsorgliche soziale Leistungen kein Ersatz für Gleichbehandlung und angemessene Vorkehrungen im Einzelfall. Benachteiligungsverbot und Behindertenrechtskonvention sind insoweit kein Paradigmenwechsel vom sozialrechtlichen zum individualrechtlichen Ansatz, sondern sie sind Instrumente, um menschliche Vielfalt individuell und sozial angemessen zu behandeln.

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

¹⁵ Vgl. dazu Anna-Miria Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, 2008.