



Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit

Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen

juristische Expertise

erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes durch Prof. Dr. Kurt Pärli und Lic. iur. Tarek Naguib (Zentrum für Sozialrecht ZSR, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW), unter Mitarbeit von Sandra Kuratli, wissenschaftliche Assistentin

Winterthur, Dezember 2012

Inhalt

Zusammenfassung	5
Einleitung	8
A) Ausgangslage.....	8
B) Auftrag, Zielsetzung	10
C) Gang der Untersuchung, Methodik	10
Teil 1 Grundlagen.....	13
A) Chronische Krankheit: Wovon sprechen wir?	13
1. Begrifflichkeiten, Folgerung für das vorliegende Gutachten.....	13
2. Beispiele chronischer Krankheiten.....	14
B) Benachteiligung aufgrund „chronischer Krankheit“	15
1. Was ist mit Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit gemeint?	15
2. Häufigkeit chronischer Krankheiten.....	16
3. Benachteiligungsvorkommen.....	17
3.1 Überblick zur Datenlage.....	17
3.2 Arbeit	19
3.3 Versicherungen	24
3.4 Weitere Bereiche: Bildung, Gesundheitswesen, Mietwesen, Erwerb/Erhalt Führerschein	25
C) Chronische Krankheit als „suspect ground“? – konzeptuelle Grundlagen	28
1. „Suspect ground“, asymmetrische und symmetrische Konzeption	28
2. „Chronische Krankheit“ als „suspect ground“	31
3. Vertiefung: „Chronische Krankheit“ als Stigma	31
3.1 Stigma-Theorie	31
3.2 Stigmatisierung von Menschen mit chronischer Krankheit.....	33
Teil 2 Rechtslage nach Deutschem Bundesrecht	37
A) Überblick zur Rechtslage	37
1. Eingrenzung der Rechtsfragen.....	37
2. Übersicht zu den Rechtsgrundlagen	37
2.1 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Völkerrecht	37
2.2 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im EU-Recht	44
2.3 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG).....	47
2.4 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Gesetz.....	49
B) „Chronische Krankheit“ als explizite sozialrechtliche Kategorie im Sozialgesetzbuch.....	56
1. „Chronische Krankheit“ nach SGB IX	56
2. „Schwerwiegende Chronische Krankheit“ nach SGB V	58

C) Das Verhältnis von „Chronische Krankheit“ zu „Behinderung“	58
1. Behinderung, Verhältnis zum Krankheitsbegriff	58
1.1 Elemente des Behinderungsbegriffs: Übersicht und strittige Punkte	58
1.2 Schädigung, Funktionsbeeinträchtigung	60
1.3 Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe	62
1.4 Zusammenhang zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung	63
1.5 Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung	68
1.6 Zwischenfazit	70
2. Chronische Krankheit, Verhältnis zum Behinderungsbegriff	71
2.1 „Chronische Krankheit“ als substanzielle Beeinträchtigung im Sinne des Behinderungsbegriffs?	71
2.2 „Chronische Krankheit“ als „Schwerbehinderung“	74
3. „Drohende chronische Krankheit“ als Behinderung	82
4. „Genetische (Prä-)Disposition“ als Behinderung	83
5. Fazit	84
D) „Statistische Benachteiligung“ aufgrund chronischer Krankheit im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen	86
1. Die „statistische Frage“ bei Privatversicherungen: Problemstellung, Begriffsklärung	86
2. „Chronische Krankheit“ als statistisches Kriterium der Risikokalkulation: Rechtsgrundlagen, Praxis der Versicherungsunternehmen	89
2.1 Rechtsgrundsätze: GG, VVG, GenDG und AGG	89
2.2 Praxis der Versicherungsunternehmen	94
3. Negative Effekte der Risikodifferenzierung nach dem Kriterium „(chronische) Krankheit“	95
3.1 Das „diskriminierungsschutzrechtliche Dilemma“ der Risikodifferenzierung nach „Krankheit“	95
3.2 Negative Effekte der statistischen Benachteiligung auf Menschen mit chronischer Krankheit	96
4. Unsicherheiten und fehlende Transparenz betreffend den rechtlichen Status quo	100
5. Einschätzung der geltenden Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG aus völker-, unions- und verfassungsrechtlicher Perspektive	101
5.1 Grundsätze des Diskriminierungsschutzes im Verhältnis zwischen Privatversicherungsunternehmen und Versicherungsnehmenden	101
5.2 Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit: Betrachtungen zu § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG im Lichte der vorliegenden Grundsätze	106
5.3 Fazit	109

Teil 3 Rechtsvergleich: insb. Frankreich, Großbritannien, Kanada, Niederlande, Schweiz.....	110
A) „Chronische Krankheit“ als explizite Diskriminierungsdimension	110
1. „Krankheit“	110
2. „Chronische Krankheit“	111
B) „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ als explizite Diskriminierungsdimension	111
C) „Chronische Krankheit“ als Bestandteil von „Behinderung“	112
1. Explizite Aufzählung bestimmter Krankheiten als Behinderung	112
2. Implizite Erfassung „chronischer Krankheiten“ vom Behinderungsbegriff	113
D) „Chronische Krankheit“ als ungeschriebene, eigenständige Diskriminierungsdimension im Rahmen einer offenen Liste von Diskriminierungsverboten	115
E) „Chronische Krankheit“ als Aspekt der Persönlichkeit.....	116
 Teil 4 Handlungsbedarf und Empfehlungen	 118
A) „Chronische Krankheit“ als Benachteiligungsdimension	118
1. Handlungsbedarf	118
2. Empfehlungen	119
B) Rechtsprinzipien im Rahmen statistischer Benachteiligung	120
1. Handlungsbedarf	120
2. Empfehlungen	121
 Abkürzungsverzeichnis	 123
 Literaturverzeichnis	 130

Zusammenfassung

Mit vorliegendem Gutachten wurde geklärt, ob (bzw. inwieweit) das für Deutschland gültige Antidiskriminierungs- und Sozialrecht vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit Schutz bietet (**Teil 2**). Untersucht wurden die einschlägigen Bestimmungen im internationalen Recht, im Unionsrecht, im Grundgesetz, im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), im Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) und im allgemeinen Privatrecht. Des Weiteren wurde geprüft, ob der bestehende rechtliche Standard die Anforderungen eines grund- und menschenrechtlich fundierten Diskriminierungsschutzes erfüllt (**Teil 1.C, Teil 2.D**). Schließlich eruierte die Expertise überblickartig die Situation im Ausland, so insbesondere in Frankreich, Großbritannien und Kanada, in den Niederlanden und der Schweiz (**Teil 3**). Die Ergebnisse münden in Empfehlungen zuhanden der Auftraggeberin (**Teil 4**).

„Chronische Krankheit“ ist keine ausdrückliche Kategorie des Deutschen Diskriminierungsschutzrechts; sie ist einzig eine sozialrechtliche Kategorie in §§ 3 und 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX. Daher sind Menschen, die aufgrund chronischer Krankheit benachteiligt werden, darauf angewiesen, entweder eine Verletzung des AGG und/oder entsprechender Bestimmungen im allgemeinen Privatrecht zu rügen. Die Frage, ob „chronische Krankheit“ implizit vom Behinderungsbegriff erfasst ist, ist hingegen nicht abschließend geklärt. Gestützt auf das soziale Modell von Behinderung kommen die Gutachter zum Schluss, dass „chronische Krankheit“ unter den Begriff der „Behinderung“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG zu subsumieren ist, sofern die mit einer chronischen Krankheit einher gehende dauerhaften medizinische Funktionsbeeinträchtigung im Zusammenwirken mit gesellschaftlichen Barrieren zu einer Beeinträchtigung in der gesellschaftlichen Teilhabe führt oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dazu führen könnte bzw. eine solche droht. Nicht entscheidend ist, ob die Beeinträchtigung in der gesellschaftlichen Teilhabe auf die Funktionsbeeinträchtigung im Zusammenwirken mit strukturellen Barrieren (z.B. architektonische Hindernisse) zurückzuführen ist, oder ob sie Ergebnis davon ist, dass der betroffenen Person mit chronischer Krankheit eine mangelhafte Teilhabefähigkeit zugeschrieben wird bzw. gesellschaftliche Vorurteile ausschlaggebend sind für die Teilhabebeeinträchtigung (einstellungsbedingte Barrieren). Bereits ein bestehendes Stigma oder eine drohende Ausgrenzung aufgrund eines Stigmas kann eine Teilhabebeeinträchtigung bedeuten, wenn diese die betroffenen Menschen in ihrer Lebensführung einschränkt. Dies ergibt sich aus einer menschenrechtskonformen Auslegung des Grundgesetzes und des AGG, u.a. gestützt auf Art. 1 der Uno-Behindertenrechtskonvention. Somit erweisen sich nicht nur diejenigen chronischen Krankheiten (bzw. Krankheitsverläufe) als Behinderung, die eine einschneidende Beeinträchtigung in der Lebensführung zur Folge haben (z.B. bei einem schweren Verlauf von MS), sondern auch jene, denen ein Stigma anhaftet bzw. aufgrund deren die betroffenen Personen Vorurteilen ausgesetzt sind (z.B. bei einer symptomlosen HIV-Infektion). (**Teil 2.A-C**)

Obwohl nach vorliegender Auffassung „chronische Krankheit“ vom Behinderungsbegriff weitgehend erfasst ist, schlagen die Gutachter eine Novellierung des AGG vor. Angesichts der Benachteiligung und Stigmatisierung, denen Menschen mit chronischer Krankheit in Deutschland ausgesetzt sind, erweist es sich aus der Sicht eines grund- und menschenrechtlich fundierten Diskriminierungsschutz, der wirksam ausgestaltet sein muss, als unausweichlich, die Rechtslage entweder über eine gesicherte Rechtsprechung oder auf gesetzgeberischem Wege ausdrücklich und zweifelsfrei zu regeln. Dies gilt umso mehr, als es sich bei „chronischer Krankheit“ um ein sensibles Persönlichkeitsmerkmal handelt, ein Merkmal also, das nicht oder nur sehr schwer veränderbar ist. Mit einer Anpassung des AGG geht es also in erster Linie darum, Rechtssicherheit herzustellen, die aufgrund einzelner Urteile derzeit nicht gewährleistet ist. (**Teil 1.C**) Beispielsweise könnte § 1 AGG um eine Dimension „chronische Krankheit“ ergänzt werden. Denkbar sind auch weitere Ansätze wie z.B. die Nennung von „Krankheit“ oder eine explizite und nicht abschliessende Aufzählung einzelner (chronischer) Krankheiten. Es wird empfohlen, die Vor- und Nachteile der verschiedenen gesetzgeberischen Optionen sorgfältig gegeneinander abzuwägen und hierbei auch die im Rechtsgutachten dargestellten rechtsvergleichenden Ansätze zu konsultieren. (**Teil 4.A** und **Teil 3**)

Das Gutachten kommt weiter zum Schluss, dass die statistische Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit beim Zugang zu privaten Versicherungsleistungen eine besondere diskriminierungsschutzrechtliche Herausforderung darstellt, die mit der einschlägigen Regelung im AGG noch nicht genügend gelöst ist. Eine Analyse der bestehenden Literatur zum Diskriminierungsvorkommen hat ergeben, dass Menschen wegen ihrer chronischer Krankheit (z.B. bei privaten Krankenversicherungen, Lebensversicherungen und Berufsunfähigkeitsversicherungen) vielfach schlechteren Vertragsbedingungen ausgesetzt sind oder gänzlich vom Versicherungsschluss ausgeschlossen werden. Zwar ist nach § 20 Abs. 2 S. 2 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung im Rahmen privatrechtlicher Versicherung nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen. Hingegen ist es rechtlich umstritten, ob Versicherer sich ausschließlich auf statistische Daten stützen dürfen, oder ob bei Fehlen solcher Statistiken auch anderweitige Grundlagen zur Risikokalkulation wie medizinische Erfahrungswerte genügen. Hinzu kommt, dass weder die Daten, auf die sich die Versicherer stützen, noch das Verfahren der Risikokalkulation insgesamt transparent sind. Unklar ist, von welchem Begriffsverständnis zu „(chronischer) Krankheit“ die Versicherungsunternehmen ausgehen. Nicht bekannt ist weiter, wie die Versicherer die individualisierten Daten erheben, analysieren und diese im Verhältnis zu den statistischen Daten bzw. Erfahrungswerten gewichten. Auch bestehen nur oberflächliche Kenntnisse über die Praxis zur Begründung von Benachteiligungen im konkreten Fall. Diese rechtlichen und faktischen Unsicherheiten sind aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive höchst problematisch. Angesichts der schwerwiegenden Eingriffe in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG), der bedeutenden Einschnitte in zentrale Bereiche der Lebensführung sowie aufgrund der wahrscheinlichen Perpetuierung der Stigmatisierung und strukturellen Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit, die mit Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit einher gehen,

ist es völker- und verfassungsrechtlich geboten, einen strengen Maßstab sowohl an die Rechtfertigung von Benachteiligung als auch an das Verfahren der Risikokalkulation anzulegen. Dies gilt im Prinzip unabhängig davon, dass das System der Sozialversicherungen in Deutschland qualitativ hochstehend ist. **(Teil 2.D)**

Aus den genannten Gründen empfehlen die Gutachter eine restriktive Auslegung von § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG. Der nach unterliegt eine Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, die im Sinne von § 1 AGG eine Behinderung darstellt, einem Rechtfertigungsmaßstab, der einzig versicherungsmathematisch einwandfreie statistische Daten zulässt. Darüber hinaus gilt es sicherzustellen, dass Menschen mit chronischer Krankheit nicht von der privaten Versicherungsvorsorge ausgeschlossen werden. In prozeduraler Hinsicht ist zumindest gegenüber der betroffenen Person volle Transparenz über die der Risikokalkulation zugrunde liegenden Daten und deren Gewichtung zu gewährleisten. Darüber hinaus empfehlen die Gutachter eine Novellierung von § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG und des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG). Es ist gesetzlich festzuhalten, dass eine unterschiedliche Behandlung nur aufgrund versicherungsmathematisch ermittelter Statistiken zulässig ist. Ergänzend dazu ist analog zu Art. 10a Abs. 2a VAG zu gewährleisten, dass ein Versicherungsunternehmen, das unterschiedliche Prämien oder Leistungen aufgrund chronischer Krankheit vorsieht, die versicherungsmathematischen und statistischen Daten zu veröffentlichen hat, aus denen die Berücksichtigung der entsprechenden chronischen Krankheit als Faktor der Risikobeurteilung abgeleitet wird. Diese Daten sind zudem regelmäßig zu aktualisieren. Die entsprechenden Regelungen gewährleisten insgesamt eine Risikokalkulation, die die Risiken fair auf das Versicherungskollektiv aufteilen und zugleich einen effektiven Diskriminierungsschutz gewährleisten. **(Teil 4.B)**

Einleitung

A) Ausgangslage

Für eine präzise Abgrenzung zwischen „Behinderung“ und „(chronische) Krankheit“ liegen noch keine klaren und unumstrittenen Kriterien vor. Der Grund dafür liegt darin, dass der Behinderungsbegriff selbst noch nicht abschließend geklärt wurde.¹ Als ein maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen „(chronische) Krankheit“ und „Behinderung“ wird in Praxis und Literatur auf die „(substanzielle) Beeinträchtigung der Teilhabe“ verwiesen, die Voraussetzung für eine Behinderung nicht jedoch einer „(chronischen) Krankheit“ sein soll. Weiter wird bei einer „Behinderung“ und einer „chronischen Krankheit“ – im Gegensatz zur nicht chronischen „Krankheit“ – gefordert, dass die Teilhabebeeinträchtigung über eine gewisse Dauer vorliegt; beispielsweise hat der Unionsgesetzgeber im Rahmen der Richtlinie 2000/78/EG² an Fälle gedacht, „in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist“.³

Eine deutliche Konturierung des Behinderungsbegriffs ist notwendig, birgt aber zugleich das Risiko der diskriminierungsschutzrechtlich inadäquaten kategorialen Engführung. So weist z.B. THERESIA DEGENER auf die Gefahr hin, dass all jene vom Diskriminierungsschutz ausgeschlossen werden, deren Behinderung „leicht“ ist.⁴ Die Sorge liegt primär darin, dass der Fokus ausschließlich oder überwiegend auf die objektive Kausalität zwischen einer Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabestörung (bzw. -beeinträchtigung) gerichtet sei.⁵ Damit fallen u.a. Krankheiten aus dem Raster des Diskriminierungsschutzes, die nicht unmittelbar aus medizinisch-funktionalen Gründen in eine Teilhabestörung münden.⁶ Grundsätzlich wird befürchtet, dass mit dem Fokus auf die Schädigung bzw. die Funktionsbeeinträchtigung als unmittelbare Ursache der Teilhabebeeinträchtigung der Blick auf den Prozess diskriminierender Zuschreibungen bei Menschen mit einer tatsächlichen oder lediglich dem Anschein nach, oder einer erst künftigen – etwa einer genetisch prädispositionellen – körperlichen, geistigen und psychischen Eigenschaft verstellt wird.⁷

1 Siehe hinten, Teil 2. C) 1.

2 Richtlinie des Rates 2000/78 vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16, Gleichbehandlungsrichtlinie).

3 EuGH v. 11.07.2006, Rs C-13/05, Chacón Navas, Rn 44.

4 Degener, S. 909.

5 Welti, S. 85 ff.

6 Siehe hinten, Teil 2. C) 1.4.1.

7 Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S 209 f., 215 f.

Unbestritten ist, dass es zwischen „(chronischer) Krankheit“ und „Behinderung“ Überschneidungen gibt. Z.B. hat der EuGH in der bereits erwähnten Rechtssache Chacón Navas in seiner Auslegung des Behindertenbegriffs den Weg geöffnet, auch Krankheiten und Krankheitsdispositionen, denen ein Stigmatisierungspotential innewohnt, unter den Behindertenbegriff zu subsumieren. Dies gelte insbesondere bei chronischen Krankheiten, da diese wie Behinderungen maßgeblich durch das Kriterium der „langen Dauer“ geprägt seien.⁸ Trotz der im Urteil genannten Kriterien ist unklar, welche Qualität eine Krankheit aufweisen muss, damit diese als Behinderung gilt. Das Problem stellt sich insbesondere bei Krankheiten, die medizinisch betrachtet gut kontrolliert werden können und die „nur“ zu „geringen“ Beeinträchtigungen der Teilhabe führen. So haben jüngst deutsche Gerichte bei einer asymptomatischen HIV-Infektion mit GdB 10% eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)⁹ verneint, weil die Teilhabestörung durch Vorurteile und nicht unmittelbar und objektiv in der HIV-Infektion/Aids-Erkrankung begründet sei.¹⁰

Während bestimmte Staaten die Problematik des Risikos einer diskriminierungsschutzrechtlich inadäquaten Engführung erkannten und eine Diskriminierungsdimension „chronische Krankheit“ (z.B. Belgien, Niederlande, Portugal) oder eine Aufzählung spezifischer Krankheiten (z.B. England) in ihre Antidiskriminierungsgesetze einführen¹¹ (z.B. Belgien, Niederlande, Portugal) oder den „Gesundheitszustand“ als Dimension nennen (z.B. Frankreich, Ungarn, Slowakei)¹², wird in Deutschland erst seit Kurzem über die Ausweitung der Liste der Diskriminierungsdimensionen durch den Gesetzgeber in das Antidiskriminierungsrecht diskutiert.¹³ Insbesondere bei Benachteiligungen aufgrund einer chronischen Krankheit soll geklärt werden, ob diese explizit vom Diskriminierungsschutz zu erfassen sind.¹⁴ Dies versteht sich als rechtswissenschaftlicher Beitrag auf das verstärkt ans Tageslicht beförderte Benachteiligungsvorkommen: Vermehrt verdichten sich die wissenschaftlichen Nachweise, dass Menschen aufgrund tatsächlicher und zugeschriebener chronischer Krankheiten sowie genetischer Dispositionen für chronische Krankheiten Stigmatisierung und damit verbundener Benachteiligung ausgesetzt sind.¹⁵ Insbesondere stark stigmatisierte und/oder mit erheblichen Funktionsbeeinträchtigungen verbundene chronische Krankheiten erweisen sich als Auslöser für unterschiedlichste Formen von systematischen Benachteiligungen in verschiedenen Bereichen und in unterschiedlichem Maße.¹⁶

8 Pärli, Chacón Navas, S. 388 f.

9 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).

10 Siehe hinten, Teil 2. C) 2.2.2.

11 Für eine Übersicht dazu siehe auch Gerards, S. 143 ff.; Benecke, S. 26 ff.; Razia Karim/Esther Maynard, Protected Characteristics, in: John Wadham/Anthony Robinson/David Ruebain/Susie Uppal (Hg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, 13-30, Rn 2.10-2.46.

12 Siehe hinten, Teil 3.

13 Mit Antrag vom 08.05.2012 forderte Die Linke im Deutschen Bundestag, den Diskriminierungsschutz für chronisch erkrankte Menschen ins Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz aufzunehmen (DS 17/9563). Siehe zudem die Medienmitteilung der ADS vom 17.08.2012, in der die Leiterin fordert, „Chronische Krankheiten“ als Merkmal ins AGG aufzunehmen.

14 Fragen und Antworten: Der Diskriminierungsschutz für chronisch kranke Menschen (www.antidiskriminierungsstelle.de > Aktuelles).

15 Siehe hinten, Teil 1. B) 3.

16 Armbrüster, ADS-Gutachten, S. 19. Siehe hierzu etwa den Beklagtenvortrag in den Gerichtsverfahren LG Offenburg, Urteil v. 13.11.2009 – 3 O 82/09 (unveröffentlicht).

B) Auftrag, Zielsetzung

Im vorliegenden Gutachten wird die aktuelle rechtliche Diskussion im deutschen und internationalen Antidiskriminierungsrecht zur Kategorie „chronische Krankheit“ als Diskriminierungsdimension aufgegriffen. Es wird auf der Grundlage des Benachteiligungsvorkommens geklärt, ob und inwiefern das für Deutschland gültige Antidiskriminierungs- und Sozialrecht (insb. das AGG und das Sozialgesetzbuch Neuntes Buch¹⁷) – unter Berücksichtigung des Unionsrechts und des internationalen Rechts – vor Benachteiligungen wegen einer bestehenden (latenten oder manifesten) chronischen Krankheit, einer zugeschriebenen chronischen Krankheit und einer drohenden – u.a. einer genetisch prädispositionellen – chronischen Krankheit Schutz bietet. Zweitens wird aus der Perspektive des Zwecks von Antidiskriminierungsrecht geprüft, ob bzw. inwieweit Schutzlücken bestehen – dies unter Berücksichtigung eines überblickartigen rechtsvergleichenden Seitenblicks insbesondere nach Frankreich, Großbritannien, Kanada, in die Niederlande und die Schweiz.

C) Gang der Untersuchung, Methodik

In **Teil 1** der Untersuchung (**Grundlagen**) wird eine erste, nicht abschließende Begriffsklärung zu „chronische Krankheit“ vorgenommen. Basierend darauf werden auf der Grundlage einer Analyse bestehender Literatur und einer einfachen E-Mail-Umfrage (s. Anhang) bei Interessenvereinigungen¹⁸ paradigmatische Benachteiligungs- bzw. Stigmatisierungskonstellationen herausgearbeitet. Diese werden in Lebensbereiche aufgeschlüsselt übersichtsartig dargestellt; besonders berücksichtigt werden die Bereiche Versicherung, Finanzdienstleistung und Erwerb. Damit eine breite Abdeckung empirisch nicht erfasster Benachteiligungskonstellationen gewährleistet ist, ergänzen wir die vorliegenden Daten mit Lehrbuchsachverhalten, die sich entlang theoretischer Vorgaben des geltenden Rechts strukturieren. So werden etwa Dauerschuldverhältnisse entlang des gängigen, chronologisch aufgebauten Schemas der Vertragsphasen strukturiert.¹⁹ Zusätzlich werden erfahrungsgemäß typische Sachverhalte aus der Diskriminierungsforschung angemessen berücksichtigt.²⁰

17 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046).

18 Am 31. Juli 2012 wurde eine kurze E-Mail an folgende Organisationen verschickt: BAG Selbsthilfe, Bundesverband behinderter-Eltern e.V., Deutsche Adipositas Gesellschaft, Deutsche AIDS-Hilfe, Deutsche Atemwegsliga e.V., Deutsche Diabetes Gesellschaft, Deutscher Diabetiker Bund, Deutsche Gesellschaft für Rheumatologie, Deutsche Krebshilfe, Deutscher Neurodermitis Bund, Deutsche Morbus Crohn / Colitis ulcerosa Vereinigung e.V., Deutsche Vereinigung für Rehabilitation, Netzwerk Artikel 3. Die Organisationen wurden darum gebeten, auf aktuelle Studien und Erfahrungswerte zur Benachteiligungsrealität von Menschen mit chronischer Krankheit – beschränkt auf das jeweilige Tätigkeitsfeld der Organisation – hinzuweisen.

19 Phase der Anbahnung des Vertrages, Vertragsschluss, Vertragsverhältnis, Auflösung des Vertragsverhältnisses, Phase nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.

20 .hierzu Pärli/Caplazi/Suter, S. 55; Pärli, Diabetes, S. 26 und 28 ff.

Auf methodischer Ebene stellt sich in Teil 1 die Problematik der juristischen Objektivierung subjektiver Erfahrungen bzw. ihre gefilterte Bewertung durch Dritte.²¹ Juristisch objektivierete Benachteiligungskonstellationen können einzig bei Gerichtsdaten mit Sicherheit angenommen werden, selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass auch Richter_innen²² sich irren können. Sobald man jedoch bei einer Beurteilung von Daten auf Dritte angewiesen ist, können problematische subjektive Effekte auftreten. Dies gilt nicht nur für die von der mutmaßlichen Benachteiligung betroffenen Personen selbst, die aufgrund ihrer Betroffenheit befangen sind, sondern auch für Zeug_innen und gar professionell qualifizierte Vertreter_innen von Verbänden und Organisationen. Die methodischen Schwierigkeiten und die damit verbundenen Ungenauigkeiten erscheinen uns jedoch vertretbar. Denn letztlich geht es in der vorliegenden Studie in erster Linie darum, ein grobes Bild über das ungefähre Ausmaß des Benachteiligungsvorkommens und die Qualität paradigmatischer Fälle zuhanden einer anschließenden juristischen Beurteilung der Grundsatzfrage – und nicht umfassende Daten und analytisch präzise Details von Einzelfällen – zu erhalten.

In **Teil 2** der Untersuchung (**Rechtslage nach deutschem Bundesrecht**) wird der Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheiten im geltenden deutschen Bundesrecht und im für Deutschland gültigen internationalen Recht und EU-Recht herausgearbeitet. In einem ersten Schritt werden die einschlägigen völker-, unions-, verfassungs- und gesetzesrechtlichen Normen identifiziert und überblickartig ihre Relevanz für den Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit dargestellt. Besonders berücksichtigt werden die einschlägigen Bestimmungen in den zentralen Menschenrechtsübereinkommen (z.B. EMRK, Uno-Pakte, BRK)²³, im Unionsrechts (insb. GRCh, RL 2000/78/EG)²⁴, im AGG und SGB IX und in den einschlägigen Bestimmungen im allgemeinen Privatrecht und Arbeitsrecht. In einem zweiten Schritt wird im Rahmen gängiger rechtswissenschaftlicher Methodik analysiert, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen „chronische Krankheit“ als explizite oder implizite Diskriminierungsdimension vom Recht erfasst ist. Ebenso thematisiert werden allfällige Überschneidungen (Intersektionalitäten etc.) mit weiteren Diskriminierungsdimensionen. Schließlich wird angesichts der tatsächlichen Bedeutung auch die Frage der statistischen Benachteiligung im Bereich privater Versicherungsdienstleistungen beleuchtet.

21 Dazu auch Rottleuthner/Mahlmann, S. 31-38.

22 Wir verwenden im vorliegenden Gutachten den sogenannten „Gender Gap“. Während das Binnen-I (RichterInnen) die Gleichberechtigung von Männern und Frauen anstrebt, ist der „Gender Gap“ (Richter_innen) ein Mittel der sprachlichen Darstellung aller sozialer Geschlechter und Geschlechtsidentitäten. Der Zwischenraum „_“ verweist auf diejenigen Menschen, die nicht in das binäre Frau/Mann-Schema hineinpassen, wie u.a. Menschen, die sich als Trans* und Inter* bezeichnen. Die Schreibweise gründet in einem Vorschlag von Steffen Kitty Herrmanns: „Der _ markiert einen Platz, den unsere Sprache nicht zulässt. Er repräsentiert all diejenigen, die entweder von einer zweigeschlechtlichen Ordnung ausgeschlossen werden oder aber nicht Teil von ihr sein wollen. Mit Hilfe des _ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden.“ (Steffen Kitty Herrmann, „Queer(e) Gestalten. Praktiken der Derealisierung von Geschlecht“, in: Elahe Haschemi Yekani/Beatrice Michaelis (Hrsg.), *Quer durch die Geisteswissenschaften, Perspektiven der Queer Theory*, Berlin 2005, 53-73, insb. S. 64, FN 19). Nach Möglichkeit verwenden wir die neutrale Schreibweise (Arbeitgebende), bei Zitaten (z.B. von Erlassen) die jeweils originäre Schreibweise (z.B. „Arbeitgeber und Arbeitgeberin“ oder „Arbeitgeber“).

23 Für die vollständige Schreibweise siehe hinten, Teil 2. A) 2.1.

24 Für die vollständige Schreibweise siehe hinten, Teil 2. A) 2.2. Mitberücksichtigt wird auch der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM/2008/0426). Zum Stand des Verfahrens siehe online: <http://www.europarl.ed/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0149&language=DE#title8> (Zugriff: 22.11.2012).

In der Expertise werden kursorisch Aspekte zur Wirksamkeit des Rechts gegen Benachteiligung herausgegriffen. Von besonderem Interesse ist die Frage, wie sich das Fehlen einer expliziten Diskriminierungsdimension „chronische Krankheit“ auf die Befolgung von Benachteiligungsverboten durch die Adressaten der Verbote sowie auf die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes durch die benachteiligten Personen auswirkt.

In **Teil 3** der Untersuchung (**Rechtsvergleich: Insbes. Frankreich, Großbritannien, Kanada, die Niederlanden, Schweiz**) werden die Ergebnisse zur Rechtslage in Deutschland mit Lösungsansätzen aus dem ausländischen Recht kontrastiert. Skizziert wird, welche Auswirkungen die explizite Aufnahme bzw. das Fehlen von „(chronische) Krankheit“ als Diskriminierungsdimension auf die Befolgung und Mobilisierung der Schutznormen hat. Die wesentlichen Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Regulierung und der Rechtswirklichkeit werden auf der Grundlage der Ergebnisse aus Teil 2 bewertet.

In **Teil 4** der Untersuchung (**Handlungsbedarf und Empfehlungen**) werden aufbauend auf den Ergebnissen Empfehlungen an die rechtsanwendenden Behörden (Verwaltungen, Gerichte) und an die Rechtspolitik (insb. an den Bundesgesetzgeber) formuliert. Auf der Ebene der Rechtsanwendung wird dargestellt, ob die Auslegungspraxis der Gerichte einem grund-, menschen- und unionsrechtlich sowie Stigma-theoretisch fundierten Schutz vor Diskriminierung entspricht. Zudem wird festgehalten, welche Probleme sich stellen und welche Grundsätze bei der Auslegung des Rechts zu beachten sind. Auf der Ebene der Rechtsetzung wird geklärt, inwiefern Anpassungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen notwendig sind, damit ein diskriminierungsschutzrechtlich fundierter, wirksamer Schutz vor Benachteiligung wegen chronischer Krankheit bestmöglich abgesichert werden kann.

Teil 1

Grundlagen

A) Chronische Krankheit: Wovon sprechen wir?

1. Begrifflichkeiten, Folgerung für das vorliegende Gutachten

An dieser Stelle wird dargestellt, von welchem Begriffsverständnis von „chronischer Krankheit“ das vorliegende Gutachten ausgeht. Dies ist notwendig, um eine Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes vorzunehmen: Zum einen schafft es die Grundlage, auf welcher der Datensatz (bzw. die Quellen) zum Benachteiligungsvorkommen ausgewählt werden können. Zum Zweiten lässt sich darauf die rechtliche Analyse in Teil 2 zur Rechtslage aufbauen.

„Chronische Krankheit“ wird als Begriff aus unterschiedlichsten disziplinären Perspektiven definiert, u.a. aus medizinischer, soziologischer und rechtlicher Optik. In der medizinischen Begriffsbildung werden als chronisch diejenigen Krankheiten bezeichnet, „deren Dauer regelmäßig als unbestimmt und oft den Rest des Lebens umfassend vorherzusagen ist und aus dem ständige Lasten entstehen“²⁵. Nach WEBSTER'S MEDICAL DICTIONARY liegt eine chronische Erkrankung vor, wenn die Einschränkung der Gesundheit länger anhaltend (während mindestens 3 Monaten) und klinisch bedeutsam ist.²⁶ Gemäß der WELTGESUNDHEITSORGANISATION WHO sind chronische Krankheiten „diseases of long duration and generally slow progression“ (mind. 1 Jahr); sie erfordern normalerweise „a long-term and systematic approach of treatment“. In der Regel handelt es sich um Krankheiten, aufgrund derer die betroffenen Personen in medizinischer Dauerbehandlung sind, auch wenn die Konsultation medizinischer Leistungen in ihrer Häufigkeit und Intensität je nach Krankheit, Verlauf und Person stark variieren kann. „Diseases“ werden nach der herrschenden medizinischen Position definiert als regelwidrige Zustände des Körpers, des Geistes oder der Seele, die aus objektiver Perspektive medizinische Maßnahmen mit dem Ziel erforderlich machen, Schmerzen oder Beschwerden zu verhindern, zu lindern oder zu beheben.²⁷

25 Igl/Welti-Raspe, S. 239.

26 Webster's medical dictionary spricht von „disease that persists for a long time. A chronic disease is one lasting 3 months or more, by the definition of the U.S. National Centre for Health Statistics“.

27 Hierzu etwa online: <http://www.sign-lang.uni-hamburg.de/projekte/slex/seitendvd/konzepte/152/15270.htm> (Zugriff: 05.08.2012); vgl. zudem Official records of the World Health Organization, no. 2, p. 100, 1946.

Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens soll ein diskriminierungsschutzrechtlich adäquates Verständnis von „chronischer Krankheit“ herausgearbeitet werden. (Vorläufig) davon ausgehend, dass der Diskriminierungsschutz ein Konzept bezeichnet, das sich gegen „Praxen von Stigmatisierung, Benachteiligung und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe, Teilnahme und Anerkennung, die auf gesellschaftlich erzeugten Gruppen beruhen“²⁸ richtet, stützen wir uns auf das medizinisch weitest mögliche Verständnis von „chronischer Krankheit“ ab. „Nur so kann Antidiskriminierungsrecht – im Sinne eines qualifizierten Gleichheitsschutzes – die soziale Gemachtheit, Kontingenz und das Prozessuale an diskriminierenden Praktiken erfassen und im Sinne des Diskriminierungsschutzkonzeptes intervenierend und verändernd wirken.“²⁹ Der damit verbundenen Gefahr eines uferlosen Diskriminierungsschutzes kann auf dem Wege der Zulassung von Rechtfertigungsgründen, die eine Ungleichbehandlung als zulässig erscheinen lassen, begegnet werden.³⁰

Elemente des Begriffes der „chronischen Krankheit“ sind demnach:

- | eine Einschränkung der Gesundheit,
- | die zu einer medizinisch-funktionalen Beeinträchtigung führt, und/oder
- | die eine medizinisch-kompensatorische Maßnahme auslöst, und/oder
- | die zu einer Beanspruchung einer medizinischen Dienstleistung führt,
- | die in der Regel mehr als 6 Monate andauern
- | und die in der Regel Beeinträchtigungen in der eigenen Lebensführung bzw. in der gesellschaftlichen Teilhabe zur Folge haben.

2. Beispiele chronischer Krankheiten

Folgende Krankheiten können unter dieses Begriffsverständnis von *chronischer Krankheit* fallen (nicht abschließend): HIV-Infektion, Gefäßkrankungen des Herzens (KHG, Angina Pectoris), Bluthochdruck, Diabetes mellitus, chronische Hautkrankheiten (Neurodermitis, Psoriasis), Rheumatische Krankheitsbilder (Rheuma, Gicht), chronische Darmerkrankungen (Morbus Crohn, Colitis Ulcerosa), Atemwegserkrankungen (Asthma, Bronchitis, Lungenerkrankungen), Blutgefäßkrankungen (Arteriosklerose), Adipositas³¹, Krebs, chronische Hepatitis B und C, Erkrankungen im psychischen Bereich (z.B. Schizophrenie, Depression, Alkoholismus), Stoffwechselkrankheiten, Schilddrüsenerkrankungen, hormonelle Störungen, Krankheiten infolge von Abwehrschwächen (Borreliose, Polio, Infektionskrankheiten), Demenz und Parkinson.

28 Für ausführliche konzeptionelle Überlegungen zum Diskriminierungsschutz siehe hinten, Teil 1. C).

29 Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 218.

30 Siehe hinten, Teil 4.

31 Adipositas gilt zwar offiziell nicht als Krankheit, birgt jedoch das Risiko zahlreicher Folgeerkrankungen wie Diabetes mellitus oder Herz-Kreislauf-Krankheiten. Zudem rechtfertigt die Stigma- und Benachteiligungsrealität (siehe hinten, Teil 1. C) 3), Adipositas hier mit in den Untersuchungsgegenstand des Gutachtens zu nehmen.

B) Benachteiligung aufgrund „chronischer Krankheit“

Aus einer grund- und menschenrechtlichen Perspektive ist der Diskriminierungsschutz u.a. dann (und da) indiziert, wenn (und wo) Menschen systematisch ausgegrenzt werden.³² Folglich werden die vorliegenden Daten zum Benachteiligungsvorkommen aufgrund chronischer Krankheit überblickartig dargestellt. Eine weitergehende sorgfältige Klärung des Benachteiligungsvorkommens ist Voraussetzung dafür, dass sowohl auf der Ebene der Rechtsanwendung als auch derjenigen der Rechtsetzung die entsprechenden rechtsdogmatischen bzw. rechtspolitischen Schlüsse gezogen werden können.³³ Vorweg wird der Ausdruck *Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit* geklärt.

1. Was ist mit Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit gemeint?

Das Gutachten verwendet den Begriff der *Benachteiligung*. Es lehnt sich damit an die im AGG verwendete Begrifflichkeit und verwendet die Terminologie des Unionsrechts (Richtlinie 2000/78/EG).³⁴ Eine *Benachteiligung* nach § 3 i.V.m. § 1 AGG liegt vor, wenn eine Person im Verhältnis zu einer Bezugsperson, die sich in einer vergleichbaren Situation befindet, schlechter gestellt wird, dies aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.³⁵ Mit der Verwendung des Benachteiligungsbegriffs macht der Gesetzgeber deutlich, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung aufgrund der genannten Dimensionen, die mit der Zufügung einer Schlechterstellung verbunden ist, diskriminierenden Charakter aufweist.³⁶ Eine Benachteiligung wird erst dann zu einer verbotenen Benachteiligung (Diskriminierung), wenn keine Rechtfertigung vorliegt.³⁷ Eine Benachteiligung aufgrund einer chronischen Krankheit liegt demnach vor, wenn einer Person aufgrund ihrer chronischen Krankheit³⁸ im Vergleich zu Personen, die die entsprechende Krankheit nicht aufweisen, einen Nachteil zugefügt wird.

Sowohl das AGG als auch das Völker- und Unionsrecht unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung (bzw. Diskriminierung). Eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt vor, wenn eine Person aufgrund mindestens eines der in § 1 AGG genannten Dimensionen eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in vergleichbarer Lage erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.³⁹ Eine mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren im Ergebnis Menschen, die Träger_innen des entsprechenden Diskrimi-

32 Siehe hinten, Teil 1. C) 1.

33 Mahlmann, in: Rudolf/Mahlmann, S. 37, 41; Pärli/Caplazi/Suter, S. 59 ff. Zu den Empfehlungen siehe hinten, Teil 4.

34 Insb. deren §§ 3 und 7.

35 In der amtlichen Begründung des AGG wird das Wort Zurücksetzung verwendet (BR-Drucks. 329/06, S. 33, Erl. zu § 3 Abs. 1)

36 Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert, § 3 Rn 7.

37 Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert, § 3 Rn 7.

38 Mit dieser Formulierung sollen nicht nur Benachteiligungen aufgrund tatsächlicher sondern auch aufgrund askribierter chronischer Krankheiten erfasst werden.

39 Siehe auch BT-Drucks. 15/4538 S. 29; MüKo-Thüsing, § 3 Rn 10; Schleusener/Suckow/Voigt, § 3 Rn 1; Wernsmann, S. 227.

nierungsmerkmals sind, im Vergleich zu Personen, die das Merkmal nicht aufweisen, benachteiligen.⁴⁰

Demgemäß besteht eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund einer *chronischen Krankheit*, wenn die betroffene Person ausschließlich oder wesentlich wegen ihrer tatsächlichen oder zugeschriebenen Krankheit eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine Person in vergleichbarer Lage ohne entsprechende Krankheit. Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine dem Anschein nach neutrale Handlung im Ergebnis Trägerinnen einer chronischen Krankheit im Vergleich zu Personen, die die entsprechende Krankheit nicht aufweisen, einen Nachteil erleiden.

2. Häufigkeit chronischer Krankheiten

Daten zu chronischen Krankheiten werden in Deutschland nicht umfassend erhoben. Dennoch liegen Studien zum Vorkommen bestimmter Krankheiten und zur Häufigkeit von Neuerkrankungen und bestehenden Krankheiten vor, die ausweisen, dass chronische Krankheitsverläufe sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht sowohl die Betroffenen als auch die Gesellschaft vor beachtliche Herausforderungen stellen. Besonders weitgehend sind die Daten des von 1997-1999 erhobenen Bundes-Gesundheitssurveys (BGS 98)⁴¹ sowie die aktuell von 2008-2011 durchgeführte Studie zur Gesundheit Erwachsener in Deutschland (DEGS-Studie)⁴² und die Studie zur Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland (KiGGS-Basiserhebung) von 2003-2006⁴³ durch das Robert Koch-Institut. Ihnen nach zählen zu den häufigsten chronischen Krankheiten neben psychischen Erkrankungen insbesondere Herz-Kreislaufkrankungen, Adipositas, chronische Schmerzzustände, Asthma, Diabetes mellitus und Krebs.⁴⁴ Folglich werden kursorisch und telegrammstilartig einzelne Ergebnisse der Studien vorgestellt:

Nach Schätzungen leben in Deutschland ca. 66.000-80.000 Männer und 53.000-64.500 Frauen mit HIV/Aids.⁴⁵ Bei insgesamt 7,4% der Frauen und 7,0% der Männer wurde Diabetes diagnostiziert.⁴⁶ Durchschnittlich erkranken jährlich über 400.000 Personen an Krebs⁴⁷. Mindestens 150.000 Menschen haben Parkinson.⁴⁸ Zirka 10% der deutschen Bevölkerung weisen eine behandlungsbedürftige chronische Erkrankung des Stütz- und Bewegungsapparates auf, etwa 7 Mio. haben schwere chronische Rückenschmer-

40 Palandt/Heinrich, § 3 Rn 3.

41 „Das Gesundheitswesen“, 61. Jahrgang, Sonderheft 2; online: www.rki.de > Gesundheitsmonitoring > Studien > DEGS > BGS98 (Zugriff: 16.09.2012).

42 Online: www.rki.de > Gesundheitsmonitoring > Studien > DEGS > DEGS1 (Zugriff: 16.09.2012).

43 Online: www.rki.de > Gesundheitsmonitoring > Studien > KiGGS (Zugriff: 16.09.2012).

44 Für eine Übersicht siehe vorne, Teil 1. A) 2. Komorbidität somatischer und psychischer Störungen. Häufigkeit des Auftretens, Institut für Gesundheitsförderung & Versorgungsforschung GmbH (Hg.), Fact Sheet I/08. Zur Methodik siehe entsprechende Studien.

45 HIV/AIDS in Deutschland – Eckdaten der Schätzung. Epidemiologische Kurzinformation des Robert Koch-Instituts (Stand: Ende 2011).

46 Kurth, S. 4 f.

47 Zahlen der Gesellschaft der epidemiologischen Krebsregister in Deutschland e.V. (GEKID)

48 Deutsche Parkinson Vereinigung e.V. (dPV), online: www.parkinson-web.de > Was ist Parkinson > Die Parkinson Krankheit (Zugriff: 16.09.2012).

zen, ca. 6 Mio. eine Kniegelenkarthrose und 4 Mio. eine Polyarthrose in den Händen.⁴⁹ 15% der in Deutschland Werkstätigen erkranken während ihres Lebens an einer länger-dauernden Infektion der Haut, 2% weisen Schuppenflechte auf,⁵⁰ 7,3% der Mädchen und 10,3% der Knaben leiden an Neurodermitis.⁵¹ Zirka 2-3% der Frauen und 4-6% der Männer sind an einer chronisch obstruktiven Form der Bronchitis erkrankt.⁵² 23,3% der Männer und 23,9% der Frauen sind übergewichtig, davon jedoch nur ein Teil von ca. 8% stark übergewichtig (Adipositas).⁵³ 6% der 3-17-jährigen Kinder und Jugendlichen sind adipös.⁵⁴ Weniger häufig sind chronische Darmerkrankungen, deren jährliche Inzidenz bei jeweils 5 Neuerkrankungen liegt, wobei schätzungsweise 30% aufgrund der milden Verläufe nicht erfasst werden.⁵⁵ Vergleichsweise niedrig sind die 0,4-0,7% chronischen Infektionen bei den insgesamt 5-8% der im Verlaufe ihres Lebens an Hepatitis B erkrankenden Menschen.⁵⁶

Angesichts der besonders hohen Stigma-Qualität⁵⁷ und der Schwierigkeiten bei der Objektivierbarkeit und Dokumentation sind psychische Erkrankungen eine besondere Herausforderung im Kampf gegen chronische Krankheiten. Etwa ein Viertel bis ein Drittel der erwachsenen Bevölkerung hat im Verlaufe eines Jahres eine psychische Beeinträchtigung – wovon 39,5% von mehr als einer betroffen sind.⁵⁸ 10,2% der Frauen und 6,1% der Männer leiden an wiederkehrenden Depressionen.⁵⁹ Verhaltensauffälligkeit bei Kindern und Jugendlichen, die mit psychischen Belastungen einhergehen, wie regelmäßige(s)r Prügeln, Wutausbrüche, Ungehorsam, Lügen und Stehlen wird bei 0,6% in vier Bereichen, 2,5% in drei Bereichen, 7,3% in zwei Bereichen, 17,5% in einem Bereich und 27,9% insgesamt angegeben.⁶⁰ 22% der 7-17-jährigen Proband_innen gelten hinsichtlich ihres Essverhaltens als auffällig.⁶¹

3. Benachteiligungsvorkommen

3.1 Überblick zur Datenlage

Deutschlandweit gibt es nur spärlich repräsentative Daten zum Vorkommen von Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheiten oder aufgrund einer entsprechenden genetischen (Prä-)Disposition. Die bis dato sowohl thematisch am weitesten gefasste als auch methodisch am breitesten abgestützte Studie von ROTTLEUTHNER/

49 Übersicht der Deutschen Gesellschaft für Rheumatologie e.V., online: http://dgrh.de/fileadmin/media/Die_DGRH/Presse/Rheuma_in_Zahlen_presse_aktual.pdf (Zugriff: 16.09.2012).

50 Augustin et al., Prevalence of skin lesions and need for treatment in a cohort of 90'880 workers, *British Journal of Dermatology*, 4/165, 2011, S. 865-873.

51 KiGGS-Basispublikation, S. 34 ff., online: www.kiggs-studie.de > Ergebnisse > KiGGS-Basiserhebung > Basispublikation.

52 Lungenärzte im Netz, online: www.lungenaerzte-im-netz.de > Krankheiten A-L > Chronisch obstruktive Bronchitis (Zugriff: 16.09.2012).

53 Kurth, S. 1-11, 3. F.

54 KiGGS-Basispublikation, S. 25 f.

55 DCCV, online: www.dccv.de > Medizinische Grundlagen > FAQ – Häufig gestellte Fragen (Zugriff: 16.09.2012).

56 Frauenärzte im Netz, online: www.frauenaeerzte-im-netz.de > Krankheiten A-Z > Hepatitis B (Zugriff: 16.09.2012).

57 Zur Stigmaqualität von chronischen Krankheiten siehe hinten, Teil 1. C) 3.

58 Jacobi et al., Prevalance, comorbidity and correlates of mental disorders in the general population: Results form the German Health Interview and Examination Survey (GHS), *Psychological Medicine*, 34, S. 597-611; Jacobi/Harfst, Psychische Erkrankungen – Erscheinungsformen, Häufigkeit und gesundheitspolitische Bedeutung, *Die Krankenversicherung* 5/2007, S. 3-6, 4.

59 Kurth, S. 8 f.

60 KiGGS-Basispublikation, S. 45.

61 KiGGS-Basispublikation, S. 45.

MAHLMANN aus dem Jahre 2011 bezieht sich auf Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung.⁶² Weiter wurden jüngst vorläufige Ergebnisse der aktuellen Studie „positive stimmen“ der DEUTSCHEN AIDS-HILFE zu Benachteiligung aufgrund von HIV/Aids veröffentlicht.⁶³ Daten in Form von wissenschaftlichen Publikationen liegen zudem von FINCK/HOLL zu Benachteiligung aufgrund von Diabetes mellitus⁶⁴ und von LEMKE zu genetischer Diskriminierung⁶⁵ vor.

Neben diesen sozialwissenschaftlich erhärteten Daten kommt es regelmäßig zu Schilderungen von Benachteiligungs- und Diskriminierungsvorfällen, die von Betroffenenorganisationen, medizinischen Fachverbänden und -expert_innen und von Beratungsstellen kursorisch bzw. mehr oder weniger systematisch dokumentiert werden.⁶⁶ Denen nach erfahren Menschen mit Adipositas⁶⁷, psychischen Krankheiten, HIV/Aids⁶⁸ vergleichsweise besonders häufig Benachteiligungen aufgrund ihrer Krankheit. Weniger häufig berichtet wurde uns von Benachteiligungen aufgrund von Multipler Sklerose, Krebs, Herz-Kreislauf-Krankheiten, Diabetes sowie wegen rheumatischen Krankheiten und Atemwegskrankheiten. Interessant sind zudem Befunde zu Benachteiligungen aufgrund einer genetischen (Prä-)Disposition⁶⁹ (insb. Morbus Huntington, Eisenspeicherkrankheit, Phenylketonurie). Eher selten beziehen sich die einschlägigen Dokumentationen auf Benachteiligungen wegen Hautkrankheiten und Darmerkrankungen. Praktisch keine Informationen – bzw. lediglich seltene Einzelfallerzählungen – stehen bei allen anderen chronischen Krankheitsbildern zur Verfügung.

62 Rottleuthner/Mahlmann. Eine explizite Aussonderung der Kategorie chronische Krankheit wurde von den Autoren in Anlehnung an die AGG-Merkmale bewusst nicht vorgenommen. Benachteiligungen wegen chronischer Krankheit wurden unter der Kategorie Behinderung erfasst (vgl. hierzu Rottleuthner/Mahlmann, insb. S. 206 (Schizophrenie), S. 294 (Pflegebedürftigkeit, Vorerkrankung)). Auch im Rahmen der Berichterstattung bzw. die Parallelberichterstattung zum ersten Staatenbericht Deutschlands zur BRK wurden keine spezifischen Angaben zur Problematik der Benachteiligung wegen chronischer Krankheit gemacht.

63 positive stimmen (zu den Daten siehe hinten). Siehe zudem ArbG Berlin, Urteil vom 27.07.2011 – 17 Ca 1102/11.

64 Finck/Holl, S. 103 ff. Vgl. zudem eine Tagung des Südtiroler Diabetiker-Bundes zum Thema, online: <http://www.diabsite.de/aktuelles/nachrichten/2011/110516b.html> (Zugriff: 13.08.2012). Für die Schweiz siehe zudem das laufende Forschungsprojekt von Prof. Daniel Gredig zu Diskriminierungs- und Stigmatisierungserfahrung von Personen mit Diabetes in der Schweiz, online: <http://p3.snf.ch/project-132288> (Zugriff: 23.11.2012); siehe auch Ergebnisse in Nebiker et al.

65 Siehe Ergebnisse in Breyer/Bürger; in Lemke, Diskriminierung in Deutschland; in Ders., Gene; in Ders., Genetische Diskriminierung.

66 S. hinten, Teil 1. B) 3.2 ff.

67 E-Mail-Auskunft von: Prof. Dr. A. Hilbert, Mitglied der Deutschen Adipositas Gesellschaft, Mail vom 05.08.2012 (s. Anhang). Vgl. zudem die verschiedenen exemplarischen Fälle auf der Website der Gesellschaft gegen Gewichtsdiskriminierung online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

68 positive stimmen.

69 Übersicht bei Lemke, Genetische Diskriminierung, S. 325 ff. Australien (Otlowsky et al., Genetic Discrimination; Ders., Life insurance; Taylor et al. Genetic discrimination; Taylor et al. Investigating; Taylor et al. Large scale survey); Belgien (Hoyweghen et al.); Frankreich (Browaey/Kaplan); Hongkong (Wong/Lieh-Mak); Kanada (Lemmens, S. 352 ff.); USA (Billings et al.; Geller et al.; Lampham et al.; Hall/Rich; Hall et al.; Slaughter, S. 725 f.).

Die Analyse der bestehenden Literatur zeigt, dass Art und Schweregrad der Benachteiligungen bzw. ihre Auswirkungen auf den Alltag stark variieren können.⁷⁰ Besonders häufig betroffen sind die Lebensbereiche „Arbeit“, „Versicherungswesen“ und „Bildung“.⁷¹ Berichtet wird zudem von Benachteiligungen auf dem Wohnungs- und Immobilienmarkt und beim Erwerb/Erhalt des Führerscheins. Schließlich wurden vereinzelt Fälle im Adoptionswesen und bei öffentlichen Einrichtungen dokumentiert.

Besonders häufig sind Menschen mit multiplen Krankheitsbildern von Benachteiligungen betroffen (z.B. bei Diabetes mellitus, symptomatischer HIV-Infektion oder Aids-Erkrankung, Adipositas mit Folgeerkrankungen). Gesicherte Daten zu intersektionalen Formen der Benachteiligung von Menschen mit chronischer Krankheit liegen in Deutschland keine vor⁷²; jedoch kann aufgrund von Berichten davon ausgegangen werden, dass Benachteiligung aufgrund von chronischer Krankheit insbesondere im Zusammenhang mit sexueller Orientierung und hohem Alter vergleichsweise öfter vorkommt.⁷³

3.2 Arbeit

Benachteiligungen im Berufs- und Arbeitsleben sind vergleichsweise gut untersucht. Wissenschaftlich erhärtete Daten liegen insb. vor zu Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheiten, die als Behinderung eingestuft werden können⁷⁴; Vorfälle der mehrdimensionalen Benachteiligungen befinden sich ebenfalls darunter.⁷⁵ Hingegen handelt es sich in absoluten Zahlen um wenige Vorfälle, da im Untersuchungsdesign der entsprechenden Studie „chronische Krankheit“ nicht als spezifische Kategorie erfasst war.⁷⁶ Ausgewiesen sind Benachteiligungen auch bei Diabetes mellitus⁷⁷ und HIV/Aids⁷⁸.

Aufgrund mehr oder weniger systematisierter Erfahrungsberichte von Benachteiligungsbetroffenen und von Anlauf- und Beratungsstellen kann davon ausgegangen werden, dass Benachteiligungen bei visuell von aussen wahrnehmbaren Erkrankungen und/oder Erkrankungen mit einem historischen Stigma-Potential relativ und vergleichsweise häufig vorkommen. Dazu gehören Krankheiten wie z.B. Adipositas⁷⁹, HIV/

70 Siehe hinten, Teil 1. B) 3.2.

71 Siehe hinten, Teil 1. B) 3.2 Die Studien fokussieren sich in der Regel auch auf die genannten Bereiche. Dies hängt damit zusammen, dass die Benachteiligungsvermutung aufgrund von Erfahrungswerten diesen Fokus bereits nahegelegt hat.

72 Für die Schweiz betreffend Diabetes siehe Pärli, Diabetes, S. 28 ff.; für die Schweiz, Frankreich, Großbritannien, Deutschland betreffend HIV/Aids Pärli/Caplazi/Suter, S. 64 ff., 211 ff., 239 ff.

73 M. Sargeant, Disability and age-multiple potential for discrimination, *International Journal of the Sociology of Law*, 33 (2005), 17-33.

74 Rottleuthner/Mahlmann, insb. S. 87, 201, 291, 358-360, 368-370, 396.

75 Rottleuthner/Mahlmann, S. 368 (Alter/Behinderung, Alter/Behinderung/Geschlecht/Weltanschauung), 370 (Behinderung/Geschlecht, Behinderung/Religion/ethnische Herkunft/zugeschriebene Rasse, Behinderung/ethnische Herkunft/zugeschriebene Rasse), 398 (Behinderung/Alter).

76 Dies hängt damit zusammen, dass sich die Untersuchung Rottleuthner/Mahlmann an den Merkmalen des AGG orientierte.

77 Finck/Holl, S. 104 ff.

78 positive stimmen; ArbG Berlin, Urteil vom 21.07.2011 – 17 Ca 1102/11.

79 E-Mail-Auskunft von: Prof. Dr. A. Hilbert, Mitglied der Deutschen Adipositas Gesellschaft, Mail vom 05.08.2012. Vgl. zudem die verschiedenen exemplarischen Fälle auf der Website der Gesellschaft gegen Gewichtsdiskriminierung, online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

Aids⁸⁰, starke Formen der Neurodermitis⁸¹, fortgeschrittener Krebs⁸² und bei psychischen Erkrankungen (bzw. Bezügen dazu) wie z.B. Depressionen und Alkoholismus. Treten gesundheitliche bzw. medizinische Komplikationen auf (z.B. bei einem (fulminanten) Schub einer Krankheit), wird zudem vereinzelt von Benachteiligungen bei z.B. chronischen Darmerkrankungen berichtet.⁸³

Ebenso von Benachteiligungen betroffen sind Menschen, die aufgrund genetischer (Prä-)Dispositionen einem erhöhten Erkrankungsrisiko ausgesetzt sind⁸⁴ (z.B. bei Huntington)⁸⁵. Unklar ist, ob sich dies seit Inkrafttreten des Gendiagnostikgesetzes im Februar 2010⁸⁶ maßgeblich reduziert hat. Hierzu liegen noch keine Erkenntnisse vor.⁸⁷

3.2.1 Benachteiligung im Bewerbungsverfahren

Es kommt vor, dass die Arbeitgebenden aus prinzipiellen Gründen Personen mit bestimmten chronischen Krankheiten (HIV/Aids⁸⁸, Diabetes⁸⁹, Adipositas⁹⁰) und genetischer (Prä-)Dispositionen⁹¹ (Huntington-Krankheit⁹²) nicht einstellen oder die Überführung in das Beamtenverhältnis verweigern (Huntington-Krankheit⁹³, Adipositas⁹⁴). Beispielsweise wurde einem jungen Mann nach der Gesundheitsprüfung die Zulassung zum Polizeidienst verweigert, weil er wahrheitsgemäß angegeben hatte, dass sein Großvater an der Huntington-Krankheit leide.⁹⁵ Er selbst wies statistisch ein 25-prozentiges Erkrankungsrisiko auf, denn sein Vater, der ein 50-prozentiges Erkrankungsrisiko hat, war bis dahin nicht erkrankt.

Weitere Ablehnungsgründe können Befürchtungen der Arbeitgebenden sein, die Krankheit würde die Leistungsfähigkeit erheblich herabsetzen (ausgewiesen bei: HIV/Aids⁹⁶, Meldungen betreffend Adipositas⁹⁷, Diabetes mellitus⁹⁸, wahrscheinlich bei: Colitis Ulcerosa, Krebs, Neurodermitis). Gemäß einer Schweizer Studie von PÄRLI/CAPLAZI/

80 positive stimmen.

81 Auskunft von: Deutscher Neurodermitis Bund, Mail vom 03.08.2012.

82 Auskunft von: Deutsche Krebshilfe, Mail vom 04.08.2012.

83 Auskunft von: Deutsche Morbus Crohn / Colitis Ulcerosa Vereinigung, Mail vom 05.08.2012.

84 Breyer/Bürger, genetische Differenzierung; Lemke, Diskriminierung Deutschland.

85 Lemke, Diskriminierung Deutschland, S. 422 ff.; Lemke/Lohkamp.

86 Zum GenDG siehe Ausführungen hinten, Teil 2. A) 2.4.

87 Dazu liegen aufgrund des jungen Alters des GenDG noch keine Daten vor.

88 positive stimmen.

89 Unklar bei Finck/Holl, S. 104.

90 Dicke Leute werden oft in Positionen nicht eingestellt, die mit körperlichem Einsatz verbunden sind oder in denen es um Interaktion mit der Öffentlichkeit geht. Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

91 Breyer/Bürger.

92 Große Bedeutung hat die Diskriminierung von Menschen mit Angehörigen, die an der Huntington-Krankheit leiden oder daran verstorben sind. Lemke/Lohkamp berichten von einem jungen Polizisten, der wegen seiner Familiengeschichte nicht in das Beamtenverhältnis übernommen wurde, da ein Elternteil an der Huntington-Krankheit litt.

93 Lemke, Genetische Diskriminierung, S. 425; Ders., Die Polizei der Gene, S. 327 f.; VG Darmstadt, Urteil vom 24.06.2004, AZ 1 E 470/04; Tolmein, Gesundheit auf Probe.

94 So lehnte das Regierungspräsidium Stuttgart 2007 die Einstellung einer Frau in das Beamtenverhältnis „wegen fehlender gesundheitlicher Eignung“ ab (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 31.05.2011 - 4 S 187/10). Bei der Klägerin habe ein erhöhter BMI (31.45 Kg/m²) entsprechend einer Adipositas Grad 1, mit erhöhtem Risiko für Begleiterscheinungen bestanden. Vgl. zudem: OWG NRW, Urteil vom 16.05.2011 - 1 B 477/11; VGH Bayern, Urteil vom 13. April 2012 - 3 BV 08.405.

95 Lemke, Genetische Diskriminierung, S. 425.

96 positive stimmen. Siehe zudem die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Die Linke zur Integration von Menschen mit HIV (DS 17/7049), 07.10.2011 (DS 17/7283).

97 Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

98 Finck/Holl, S. 104.

SUTER werden bei der Beurteilung der Leistungs- bzw. Einsatzfähigkeit von Patienten mit HIV/Aids die Möglichkeiten der modernen Therapien nicht genügend berücksichtigt.⁹⁹ Die bestehenden Ermessensspielräume würden oft nicht ausgenutzt und eine Einzelfallprüfung müsse vielfach zugunsten einer pauschalen und verengten Beurteilung nach Diagnoselisten und Therapieschemata zurücktreten.¹⁰⁰

Da Stellenbewerbende vielfach über ihren Gesundheitszustand Auskunft geben müssen, wird das Risiko der Anstellungsbenachteiligung noch erhöht. Um sich den Berufswunsch zu erhalten, sind die Betroffenen gezwungen, lückenhafte oder falsche Angaben über ihre Krankheit oder genetische Prädisposition zu machen (wahrscheinlich insb. bei: HIV/Aids, Diabetes mellitus, chronische Darmerkrankungen, chronische Atemwegkrankungen, psychische Krankheiten wie z.B. manische Depression, Krebs, wissenschaftlich ausgewiesen bei: genetische Prädispositionen¹⁰¹). Dies habe Einschränkungen und Ängste zur Folge, die von den Betroffenen als Form des Zwangs erfahren werden.¹⁰² Offen ist die Frage, ob angesichts des Gendiagnostikgesetzes (GenDG)¹⁰³ von einer gewissen präventiven Wirkung gegenüber Arbeitgebenden ausgegangen werden kann.¹⁰⁴ Auch das Gendiagnostikgesetz ist jedoch keine Garantie dafür, dass Diskriminierung gänzlich verhindert werden kann¹⁰⁵, u.a. wenn die genetische Prädisposition freiwillig angegeben wird.¹⁰⁶

Weiter stellt sich das Problem der Benachteiligung bei Menschen, die aufgrund chronischer Krankheiten nur reduzierte Pensen annehmen können oder wollen (z.B. bei psychischen Erkrankungen wie Depression, Schizophrenie und Border-Line, bei Diabetes¹⁰⁷, HIV/Aids¹⁰⁸, schwerwiegende Verläufe chronischer Darmerkrankungen¹⁰⁹, Multiple Sklerose, schwerwiegenden Verläufen von Atemwegkrankungen, starker Adipositas¹¹⁰, intensiver Behandlungsphasen bei Krebs). Dies hat erhebliche finanzielle, soziale und psychische Auswirkungen zur Folge,¹¹¹ da es vielfach schwierig ist, genügend passende Teilzeitstellen zu finden.

99 Vgl. hierzu Pärli/Caplazi/Suter, S. 64 ff.

100 Pärli/Caplazi/Suter, S. 65. Ausgewiesen bei Diabetes (Finck/Holl, S. 104).

101 Otlowsky/Taylor/Bombard, S. 4; Lemke, Die Gene der Polizei, S. 324.

102 Lemke, Diskriminierung in Deutschland, S. 425 f.

103 Vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672).

104 Siehe die einleitenden Ausführungen zu 3.2.

105 So etwa bei einer Frau, die befürchtete, dass ihre Vorgesetzten sie zu einer molekulargenetischen Untersuchung zwingen könnten, um ihre Dienstfähigkeit zu überprüfen: „Wenn es im Beruf jemand erfahren hätte, wäre ich nicht verbeamtet worden!“ (Lemke, Genetische Diskriminierung, S. 425).

106 Geschehen bei einer Lehrerin, der im August 2003 die Einstellung als Beamtin auf Probe in den hessischen Schuldienst verweigert wurde. Die junge Frau hatte auf Nachfrage der Amtsärztin angegeben, dass ihr Vater an der Huntington-Krankheit leide (VG Darmstadt, Urteil vom 24.06.2004 - AZ 1 E 470/04; siehe Breyer/Bürger, Genetische Differenzierung; Tolmein).

107 Finck/Holl, S. 103; Pärli, Diabetes, S. 28.

108 Bei HIV/Aids-Diagnose ist die gewünschte Form des Wiedereinstiegs nach einer Erstbehandlungsphase oft eine Teilzeitarbeit (etwa 50%) (Schwulenberatung Berlin, S. 6 ff.).

109 Fulminante Schübe erfordern oft eine klinische Behandlung und können dazu führen, dass die Betroffenen über mehrere Wochen ihrer Arbeit nicht nachgehen können.

110 Online: <http://www.adipositas-stiftung./2010/09/03/adipositas-stiftung-gegen-diskriminierung/> (Zugriff: 30.11.2012)

111 Finck-Holl, S. 103.

3.2.2 Benachteiligung beim Vertragsschluss

Vertragliche Benachteiligungen sind auf unterschiedliche Weise denkbar, z.B. durch Festlegung ungleicher Löhne, bei unsachgemäßer Zuweisung von Arbeitsort und Arbeitsinhalt oder unsachgemäßer Festlegung des Pensums.¹¹² Die gesichteten sozialwissenschaftlichen Studien weisen nur sporadisch auf derartige Benachteiligungen hin (z.B. HIV/Aids¹¹³). Auch die erfassten Erfahrungsberichte (HIV/Aids, Adipositas)¹¹⁴ schildern einzig singuläre Vorfälle, so z.B. betreffend Personen mit Adipositas, die „besonders nicht in Positionen“ eingestellt werden, „die mit körperlichem Einsatz verbunden sind oder in denen es um Interaktion mit der Öffentlichkeit geht“¹¹⁵. Unklar ist, ob die niedrige Anzahl von Vorfällen darauf zurückzuführen ist, dass es kaum Vorfälle gibt, oder ob andere Gründe dafür verantwortlich sind (z.B. Mangel an Forschungsprojekten, u.a. zurückführend auf methodische Schwierigkeiten bei der Erfassung von Daten).

Menschen, die aufgrund chronischer Krankheiten nur reduzierte Pensen annehmen können und dadurch nicht einer Berufsätigkeit in vollem Umfang nachgehen können oder möchten¹¹⁶, laufen Gefahr, Vertragsverhandlungen abubrechen, da hinsichtlich der Arbeitszuteilung (Art, Ort, Penum) kein Konsens mit den Arbeitgebenden erzielt werden konnte. Andererseits ist auch nachgewiesen, dass Arbeitgebende für die Situation von Arbeitnehmenden großes Verständnis entgegen bringen, was sich zeigt in: mehr Urlaub und günstigere Arbeitsbedingungen (ausgewiesen bei: HIV/Aids¹¹⁷; mündliche Erfahrungsberichte betreffend: Diabetes, psychische Erkrankungen, Multiple Sklerose, chronische Darmerkrankungen, chronische Atemwegkrankungen; keine Berichte liegen vor betreffend Adipositas usw.).

3.2.3 Benachteiligung während der Anstellung

Aus Studien und Erfahrungsberichten ist bekannt, dass über Ausmaß und Auswirkungen von chronischen Krankheiten am Arbeitsplatz Gerüchte verbreitet werden (ausgewiesen bei: Adipositas¹¹⁸, Multiple Sklerose¹¹⁹, Diabetes¹²⁰, HIV/Aids¹²¹, denkbar auch u.a. bei: chronischen Darmerkrankungen, psychischen Erkrankungen, Atemwegkrankungen). Auch kann es zu Situationen des Mobbing kommen (z.B. wegen HIV/Aids, Adipositas¹²²), wobei sich die Arbeitgebenden teilweise selbst an diesem Verhalten beteiligen oder trotz Fürsorgepflicht nichts dagegen unternehmen.¹²³

112 Pärli/Caplazi/Suter, S. 64, mit Hinweis u.a. auf Schwulenberatung Berlin, S. 6 ff.

113 positive stimmen.

114 Mit Ausnahme der Deutschen Aids-Hilfe und dem Deutschen Adipositas Verband haben die angeschriebenen Organisationen nicht explizit über derartige Erfahrungen berichtet oder auf Studien oder Berichte verwiesen.

115 Siehe online: www.gewichtsdiskriminierung.de (Zugriff: 08.08.2012).

116 Siehe vorne, 3.2.1.

117 positive stimmen; Schwulenberatung Berlin, S. 6 ff.;

118 Online: www.gewichtsdiskriminierung.ch (Zugriff: 08.08.2012).

119 Online: www.ms-gateway.de/forum/topic/multiple-sklerose-diskriminierung-bei-der-kirche-53942.htm (Zugriff: 30.11.2012).

120 Pärli, Diabetes, S. 28 ff.

121 positive stimmen; Pärli/Caplazi/Suter, S. 61 ff., 211 ff., 239 ff., 271 ff., 308 f.

122 Menschen, die an Adipositas leiden, werden oft von Arbeitskolleg_innen oder Arbeitgebenden schikaniert. Auch werden sie versetzt oder ihnen Aufgaben überwiesen, für die sie überqualifiziert sind. Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

123 Pärli/Caplazi/Suter, S. 66.

Andererseits wird auch regelmäßig von besonderer Rücksichtnahme durch die Arbeitgebenden berichtet. Beispielsweise führte bei 68.4% derjenigen Personen, die wegen ihrer HIV-Infektion als schwerbehindert in Sinne des SGB IX eingestuft sind, und bei denen die Schwerbehinderung der Arbeitgeberin bekannt ist, die Krankheit zu „Vorteilen“ (bzw. Nachteilsausgleichen) wie z.B. mehr Urlaub, mehr Rücksichtnahme und Toleranz.¹²⁴ Ermutigend ist auch eine neue Studie der Deutschen AIDS-Hilfe, nach der knapp über die Hälfte (54%) der Befragten HIV/Aids-Betroffenen Voll- oder Teilzeit beschäftigt sind, und 29% gehen am Arbeitsplatz offen mit der Infektion um. Dies sei nach Meinung der Deutschen AIDS-Hilfe überraschend hoch, allerdings berichteten die Befragten auch, dass 26% der Arbeitgebenden diskriminierend auf diese Offenlegung reagiert hätten.¹²⁵ Keine Berichte hierzu liegen betreffend anderen chronischen Krankheiten vor.

3.2.4 Benachteiligung im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Menschen mit sichtbaren und stark stigmatisierten Krankheiten¹²⁶ (Adipositas, HIV/Aids, psychische Erkrankungen) oder je nach Verlauf mit (potentiell) leistungseinschränkenden chronischen Krankheiten (z.B. Multiple Sklerose, psychische Erkrankungen, Krebs) sind besonders gefährdet, ihre Arbeitsstelle zu verlieren. Ähnlich ist die Situation bei den Arbeitgebenden bekannten genetischen Prädispositionen.¹²⁷ Entweder kündigen die Arbeitnehmenden aus eigener Initiative, z.B. aufgrund selbst befürchteter Leistungseinbußen oder aus Angst vor Entdeckung der chronischen Krankheit (Selbststigmatisierung). Oder die Kündigung geht von den Arbeitgebenden aus, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund wie eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit oder erhebliche Leistungseinbuße vorliegt (z.B. bei HIV/Aids¹²⁸, z.B. wegen Adipositas¹²⁹). Kündigungen der Arbeitgebenden werden auch unter Bezugnahme auf die krankheitsbedingte Leistungsunfähigkeit oder massive Leistungseinbuße ausgesprochen (HIV/Aids¹³⁰).

Eine spezifische Problematik der Selbststigmatisierung¹³¹ ist die Angst vor Entlassungen bei Personen, die ihre Arbeitgebenden nicht über die Krankheit bzw. Behinderung oder genetische Prädispositionen in Kenntnis gesetzt haben.¹³² Während bei Menschen mit chronischen Krankheiten das Risiko besteht, dass Arbeitgebende bei krankheitsbedingter Abwesenheit von der Erkrankung erfahren, ist bei genetischen (Prä-)Dispositionen über das GenDG bis zu einem gewissen Grade zumindest theoretisch abgesichert, dass Arbeitgebende grundsätzlich nicht davon erfahren, vorausgesetzt, die davon betroffene Arbeitnehmerin legt dazu nicht freiwillig Informationen offen. Unabhängig davon

124 Schwulenberatung Berlin, S. 6 ff.; positive stimmen.

125 positive stimmen.

126 Siehe hinten, Teil 1. C) 3.2.

127 Sofern die Arbeitgebenden aufgrund einer freiwilligen Information durch die Arbeitnehmerin oder einer rechtswidrigen Informationsvermittlung davon erfahren (siehe hierzu Lemke, Genetische Diskriminierung, S. 424).

128 Geschehen gegenüber einem Chemisch-technischen Assistenten, dessen Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgrund seiner HIV-Infektion kündigte, dies mit der Begründung der Arbeitssicherheit (ArbG Berlin, Urteil vom 21.07.2011 – 17 Ca 1102/11).

129 Menschen mit Adipositas werden wegen Vorurteilen gegen ihr Gewicht entlassen oder versetzt. Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

130 positive stimmen.

131 Siehe vorne, Teil 1. C) 3; Lemke, Diskriminierung, S. 425; Ders. Genetische Diskriminierung, S. 330.

132 Ausgewiesen bei HIV/Aids (Schwulenberatung Berlin, S. 1 ff.) und genetischer Prädisposition betreffend Huntington (Lemke, Diskriminierung in Deutschland, S. 425).

führt die „Pflicht zum Schweigen“ vielfach bei den Betroffenen zu einem Unbehagen, da sie das Verschweigen der Prädisposition einerseits aus moralischen Gründen ablehnen, und sie andererseits angesichts des stets drohenden Ausbruchs einer Krankheit Nachteile befürchten. Die Ängste, die damit einhergehen, erfahren viele Betroffene als eine Form des Zwangs.¹³³

3.2.5 Benachteiligung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist eine Ungleichbehandlung möglich. Hierzu gibt es – soweit für die Verfasser ersichtlich – kein Datenmaterial. Theoretisch denkbar ist die nicht autorisierte Bekanntgabe der chronischen Krankheit der ehemaligen Mitarbeitenden im Rahmen von Referenzauskünften an potentiell neue Arbeitgebende oder unabhängig von Referenzauskünften.¹³⁴

3.3 Versicherungen

Das private Versicherungswesen ist ein weiterer Bereich, in welchem Menschen von Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit betroffen sind. Erfasst sind diejenigen Versicherungsdienstleistungen, die nicht dem Versicherungsobligatorium gemäß Sozialgesetzbuch (insb. SGB IV-VII), sondern dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) unterstehen. Dazu gehören insb. die Lebensversicherung (Kapitel 5 VVG), die Berufsunfähigkeitsversicherung (Kapitel 6 VVG), die Unfallversicherung (Kapitel 7 VVG) und die überobligatorische Krankenversicherung (Kapitel 8 VVG). Insgesamt erweist sich das Risiko der Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit angesichts der in § 19 VVG verankerten Anzeigepflicht gefahrerheblicher Krankheiten als gross.¹³⁵

Als gefahrerheblich bezeichnet wurden u.a. folgende chronischen Krankheiten¹³⁶: Bei der Lebensversicherung sind dies etwa „koronare Herzkrankheiten“, „chronisch rezidivierende Raucherbronchitis“, „chronische Gastritis“, „behandelte Gemütsstörung“, „erhöhter Cholesterinwert“, „Rückenleiden“ und „Alkoholabhängigkeit“. Bei der Berufsunfähigkeitsversicherung gefahrerheblich eingestuft wurden z.B. „Hautkrankheiten“, „Kniebeschwerden“, „Wirbelsäulenleiden“, eine „unfallbedingte Epilepsie“, „arterielle Durchblutungsstörungen“ und „krankhafte Zwanghaftigkeit“. Bei der Krankenversicherung sind insbesondere nicht zeitraumbezogene Krankheiten anzeigepflichtig wie beispielsweise „starke Alkoholabhängigkeit“, „häufige migräneartige Kopfschmerzen“, „langjährige Rückenschmerzen“, „erhöhte Cholesterinwerte“, „chronisch rezidivierende Raucherbronchitis“, „behandelte Depression“.

Wissenschaftlich ausgewiesen sind Benachteiligungen wegen einer Behinderung,¹³⁷ wobei aufgrund der Ausrichtung der genannten Studie nicht ersichtlich ist, ob diese zugleich als chronische Krankheit zu qualifizieren sind, bzw. ob die Ursachen für die Behinderungen auf eine (chronische) Krankheit zurückgeführt werden können. Dokumentiert sind Benachteiligungen – sowohl durch Verweigerung einer Police als auch

133 Lemke, Gene, S. 87 ff.

134 Vgl. hierzu Pärli/Caplazi/Suter, S. 67.

135 Zur Gefahrerheblichkeit verschiedener Krankheiten siehe Prölss/Martin, § 19 Rn. 6 ff.

136 Für eine Übersicht zur Gerichtspraxis siehe Prölss/Martin, § 19 Rn. 6 ff.

137 Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung, insb. S. 294 ff., 326,

durch Unterschiede in der Prämienfestsetzung – bei Diabetes mellitus¹³⁸, HIV/Aids¹³⁹, Multiple Sklerose¹⁴⁰. Risiken der Benachteiligungen ausgesetzt sind u.a. auch Menschen mit Colitis Ulcerosa und mit psychischen Erkrankungen wie Depressionen. Aufgrund mehr oder weniger systematisierter Erfahrungsberichte ist weiter mit Benachteiligungen bei anderweitigen chronischen Krankheiten wie chronische Darmentzündungen, Gelenkerkrankungen usw. zu rechnen. U.a. verlangen Versicherungsunternehmen im Rahmen der Vorprüfung von Anträgen für private Krankenversicherungen und Berufsunfähigkeitsversicherungen Informationen zu akuten Erkrankungen und chronischen (dauerhaften/wiederkehrenden) Erkrankungen bzw. Beschwerden.¹⁴¹ Dies hat häufig höhere Prämien und die Verweigerung von Vertragsabschlüssen zur Folge.

Benachteiligende Vertragsabschlussverweigerungen wegen genetischen Prädispositionen wurden ebenfalls beobachtet¹⁴² (z.B. bei Huntington)¹⁴³, soweit diese dem Versicherungsunternehmen überhaupt zur Kenntnis gelangen. Präsymptomatische genetische Untersuchungen erweisen sich für Versicherte zur Risikoeinschätzung als relevant, da diese Angaben erhalten, die den Eintritt einer Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt bereits im Stadium des Vertragsabschlusses mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussagen lassen.¹⁴⁴ Inwieweit das noch junge Gendiagnostikgesetz zu einer Reduktion von Benachteiligungen wegen genetischer Prädisposition geführt hat, ist mangels Daten nicht bekannt.

3.4 Weitere Bereiche: Bildung, Gesundheitswesen, Mietwesen, Erwerb/Erhalt Führerschein

3.4.1 Bildung

Auch im Bildungsbereich (obligatorische und weiterführende Aus- und Weiterbildung) sind Menschen mit chronischer Krankheit nicht davon gefeit, benachteiligt zu werden.

Kinder und Jugendliche mit chronischen Krankheiten erfahren in Vorschulen, Schulen, Kindergärten und Kinderhorten häufig eine Sonderbehandlung bzw. Schlechterstellung.¹⁴⁵ Dies gilt insbesondere für Anlässe, die von der Lehrerschaft eine erhöhte Sorgfaltspflicht abverlangen, um den Eintritt von die Gesundheit schädigenden Ereignissen zu verhindern (z.B. bei Diabetes mellitus, Asthma bronchiale). Als Beispiele werden Sportunterricht, Sportanlässe, Schulreisen und Klassenlager angeführt. Viele Lehrer_innen empfinden die Rechtslage als unklar und versuchen potentiell schwierige Situationen zum Vorneherein zu vermeiden und schließen Kinder und Jugendliche mit chronischen Krankheiten offen oder versteckt von solchen Aktivitäten aus.¹⁴⁶

138 Online: <http://www.diabseite.de/aktuelles/nachrichten/2004/040611.html> (Zugriff: 13.08.2012).

139 positive stimmen.

140 Thalheim, S. 22 f.

141 E-Mail-Anworten des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) und des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. (PKV) (s. Anhang).

142 Breyer/Bürger, genetische Differenzierung; Lemke, Diskriminierung Deutschland.

143 Lemke, Diskriminierung Deutschland, S. 422 ff.; Lemke/Lohkamp. Bspw. lehnte im 2002 eine Versicherungsgesellschaft den Antrag einer Frau und ihrer jüngeren Schwester ab, deren Großmutter, Vater und Onkel an Morbus Huntington erkrankt bzw. bereits verstorben sind (Lemke, Diskriminierung in Deutschland, S. 422).

144 Pärli, GUMG, S. 85.

145 Ausgewiesen bei Diabetes (Finck-Holl, 104 ff.).

146 Siehe z.B. www.asthma-und-schule.de (Zugriff: 1.12.2012).

Der Grund für die Benachteiligungen liegt vielfach in den Unsicherheiten und fehlenden Kenntnissen der Lehrkräfte über die entsprechende Krankheit (z.B. Asthma bronchiale¹⁴⁷). Oft sehen sich die Lehrer_innen nicht in der Lage, ihren Schüler_innen kompetent Erste Hilfe zu leisten (z.B. Asthma bronchiale).¹⁴⁸ Aufgrund der Haftungsrisiken und aus Angst, die Verantwortung nicht tragen zu können, wählen sie in der Regel den sicheren Weg und schließen die betroffenen Kinder und Jugendlichen von bestimmten Anlässen aus. Hingegen geschehen Befreiungen von bestimmten Aktivitäten aus Angst vor Haftungsrisiken oft auch auf Anraten der behandelnden Ärztin oder durch die elterliche Intervention, so z.B. beim Sportunterricht (z.B. Asthma bronchiale¹⁴⁹). Von ähnlichen Schwierigkeiten berichten Eltern von Kindern und Jugendlichen mit Diabetes.¹⁵⁰

Es kann vorkommen, dass Bewerbende für Plätze an privaten Bildungseinrichtungen, die eine Zugangsbeschränkung haben, wegen einer chronischen Krankheit abgelehnt werden. Beispielsweise werden in Deutschland Menschen, die übergewichtig sind, regelmäßig nicht zur Krankenpflegeausbildung oder in Ausbildungsprogramme für Flight Attendants aufgenommen.¹⁵¹ Aus der Beratungspraxis ist zudem bekannt, dass der Abschluss von Ausbildungsverträgen zum Flugbegleiter oder zur Flugbegleiterin bei Menschen mit Multipler Sklerose verweigert wird. Berichtet wird auch von Kinderhorden, die Kinder mit chronischen Krankheiten, die eine regelmäßige Medikation und Beobachtung erfordern, abgelehnt haben (z.B. Diabetes¹⁵², Atemwegkrankungen wie Asthma bronchiale¹⁵³).

Schließlich findet Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit auch im tertiären Ausbildungsbereich statt. Der Anteil Studierender mit Behinderung/chronischer Krankheit beträgt 8%.¹⁵⁴ Laut der kürzlich publizierten Studie BEEINTRÄCHTIGT STUDIEREN wirken sich bei 20% der Student_innen ihre chronisch-somatischen Erkrankungen wie z.B. Allergien, Rheuma und Tumorerkrankungen im Zusammenspiel mit Barrieren an Hochschulen als erschwerend auf das Studium aus.¹⁵⁵ Insbesondere bei Student_innen ergeben sich beeinträchtigungsbedingte Einschränkungen überdurchschnittlich oft im Zusammenhang mit psychischen Beeinträchtigungen und/oder chronisch-somatischen Erkrankungen.¹⁵⁶

147 Bei 80% der Lehrkräfte; 89% der Lehrer_innen würden gar an einer Asthaschulung teilnehmen (Deutscher Allergie- und Asthmabund e.V. DAAB, Hinweise in: Gleiche Chancen!? Asthma in der Schule, S. 4, zit.: DAAB-Umfrage).

148 Bei zwei Dritteln der Lehrkräfte (DAAB-Umfrage, FN 152, S. 4). Wissen um das Krankheitsbild und dessen Symptomauslöser, Notfalltherapie und Möglichkeiten einer Unterstützung im Schulalltag sind in mehreren wissenschaftlichen Untersuchungen als völlig unzureichend erfasst worden (online: <http://www.asthma-und-schule.de/>, Zugriff: 13.08.2012).

149 DAAB, Gleiche Chancen!? Asthma in der Schule, S. 4.

150 Vgl. hierzu u.a. die Erfahrungsberichte auf <http://www.diabsite.de/themen/kinder/erfahrungsberichte/index.html> (Zugriff: 13.08.2012).

151 Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

152 Online: www.diabetes.de/aktuelles/nachrichten/2011/110561h.html (Zugriff: 12.08.2012)

153 In einer Umfrage des Deutschen Allergie- und Asthmabundes e.V. von 2002 ergaben sich deutliche Benachteiligungen für Schüler_innen mit Asthma bronchiale.

154 Isserstedt/Middendorff/Fabien/Wolter, Die wirtschaftliche und soziale Lage der Studierenden in der Bundesrepublik Deutschland 2006. 18. Sozialerhebung des Deutschen Studentenwerkes, durchgeführt durch HIS Hochschul-Informationssystem, hrsg. vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Bonn/Berlin 2007

155 beeinträchtigt studieren. Datenerhebung zur Situation Studierender mit Behinderung und chronischer Krankheit, Deutsches Studentenwerk (Hg.), S. 13.

156 beeinträchtigt studieren, S. 13.

3.4.2 Gesundheitswesen

Benachteiligungen im Gesundheitswesen geschehen etwa durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Beratungsberatung und -planung. Bekannt geworden sind Vorfälle, wo Ärzt_innen und anderes medizinisches Personal Menschen mit Adipositas geraten haben, abzunehmen, egal welches medizinische Problem diese haben; dies während eine dünne Person mit demselben Problem für eben dieses medizinische Problem behandelt wurde.¹⁵⁷ Ein weiteres Problem ist die teilweise unangemessene Ausstattung der medizinischen Geräte.¹⁵⁸ Auch besteht die Gefahr, dass Ärzt_innen bei schulpflichtigen Kindern und Jugendlichen bestimmte Dispense von z.B. dem Sportunterricht, Lagern und Sonderwochen empfehlen, dies weil sie befürchten, dass die Lehrerschaft nicht in der Lage ist, das notwendige Monitoring zu gewährleisten (z.B. Asthma bronchiale¹⁵⁹).

Im Rahmen der von der Deutschen AIDS-Hilfe jüngst durchgeführten Studie „positive stimmen“ haben 20% der insgesamt 1.148 Befragten angegeben, dass ihnen in den letzten 12 Monaten vor der Befragung aufgrund ihrer HIV-Infektion ein Gesundheitsdienst verweigert wurde. Sie würden von Arztpraxen zurückgewiesen. Besonders häufig als Ablehnungsgründe genannt wurden: die Angst vor einer Übertragung der HIV-Infektion, die Angst, keine qualitativ angemessene Behandlung gewährleisten zu können oder die Angst davor, dass die Behandlung von HIV-Positiven dem Ruf der Einrichtung schaden könne. Auch Fachärzt_innen reagierten oftmals verunsichert. Eine Folge aus dieser Benachteiligung könne sein, dass dadurch der Arztbesuch vermieden wird: So gaben 10% der Befragten an, im Zeitraum von 12 Monaten vor Befragung mindestens einmal auf die Arztkonsultation verzichtet zu haben, obwohl es nötig gewesen wäre. Bei denjenigen, die im Medizinbetrieb schon einmal eine Zurückweisung erlebt hätten, liegt die Zahl bei 18%.¹⁶⁰

3.4.3 Benachteiligung im Mietwesen

Menschen mit sichtbaren chronischen Krankheiten werden auch bei der Wohnungssuche benachteiligt. Berichtet wurde z.B. von Vermieter_innen, Wohnungs- und Grundstücksmakler_innen, die sich weigern, an dicke Menschen zu vermieten oder ihnen schlechtere Wohnungen zeigen.¹⁶¹ Weitere Risiken zu mutmaßlichen diskriminierenden Verweigerungen des Abschlusses von Mietverträgen betreffend u.a. die Krankheiten Multiple Sklerose, HIV/Aids¹⁶² und Neurodermitis. Die Berichte gehen davon aus, dass die Vermieter_innen sich entweder am äusseren Erscheinungsbild der Interessent_innen stören (z.B. Adipositas, Neurodermitis) oder dass sie befürchten, die Krankheit sei ansteckend bzw. die Nachbar_innen könnten sich daran stören (HIV/Aids, Adipositas, Neurodermitis, Multiple Sklerose).¹⁶³

157 Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

158 So z.B. Computer- und Kernspintomographen, die für Menschen mit einem gewissen Körpervolumen nicht mehr benutzbar sind. Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html (Zugriff: 02.08.2012).

159 Siehe vorne, 3.4.1.

160 positive stimmen.

161 Online: www.gewichtsdiskriminierung.de/diskriminierung.html, Zugriff: 02.08.2012).

162 positive stimmen.

163 Siehe auch hinten, Teil 1. C) 2.

3.4.4 Erwerb/Erhalt des Führerscheins

Vereinzelte Berichte und Studien verweisen auf Benachteiligungen von Menschen mit bestimmten chronischen Krankheiten im Zusammenhang mit der Erteilung oder Verlängerung der Fahrerlaubnis zum Führen bestimmter Fahrzeugklassen. Dies gilt insbesondere für chronische Krankheiten, die zu spontanen physischen und mentalen Leistungsschwächen führen können, indem etwa die Konzentrationsfähigkeit gemindert oder sogar ein Ausfall kognitiver oder physischer Aktivität vorkommt. Die Benachteiligung besteht u.a. darin, dass den Betroffenen kostenaufwendige Begutachtung auferlegt wird, obwohl keine konkreten Zweifel an ihrer Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen vorliegen.¹⁶⁴ Inwiefern das Problem noch heute Tatsache ist, konnte im Rahmen der vorliegenden Studie nicht geklärt werden.

C) Chronische Krankheit als „suspect ground“? – konzeptuelle Grundlagen

In den folgenden Passagen finden sich grundsätzliche Ausführungen zur Konzeption des völker- und grundrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Diese legen einerseits das Fundament für die Eruierung der geltenden Rechtslage, so insbesondere für die Auslegung des Behinderungsbegriffs der interpretationsbedürftigen Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote im Deutschen Recht. Darüber hinaus erweisen sich die Überlegungen angesichts der abschließenden Empfehlungen des Gutachtens an die rechtsanwendenden und rechtsetzenden Behörden als wertvoll und unumgänglich, denn eine theoretisch bzw. grund- und menschenrechtlich fundierte Aufstellung des Schutzes vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit setzt eine konzeptionelle Ausrichtung voraus.

1. „Suspect ground“, asymmetrische und symmetrische Konzeption

Völkerrechtliche, unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote gewährleisten den „Angehörigen“ gewisser gesellschaftlicher Gruppen Schutz vor Ausgrenzung und Herabwürdigung. Darüber hinaus zielen sie auf den Abbau von Ungleichheiten¹⁶⁵, die auf Stigmatisierung, systematischer Ausgrenzung und Unterdrückung beruhen.¹⁶⁶ Als strenge Gleichheits- und Gleichstellungsgebote sind sie eine Antwort auf reale und sozial schädliche Benachteiligungen.¹⁶⁷ Sie wurden als Reaktion auf systematisches Unrecht gegenüber bestimmten sozialen Gruppen in den internationalen Menschenrechtsübereinkommen verankert. In der menschenrechtlichen Literatur und Rechtsprechung zum Antidiskriminierungsrecht („non-discrimination law“) wird u.a. von *suspect grounds* (verdächtige Gründe; in der deutschsprachigen Terminologie auch: verpönte Merkmale, sensible Merkmale, Diskriminierungsmerkmale) gesprochen, welche die von Diskriminierungsverboten geschützten Gruppenkategorien qualifizieren.¹⁶⁸ Je nach Schutzkonzeption, die entweder einem asymmetrischen Benachteiligungs-

¹⁶⁴ Ausgewiesen bei Diabetes (Finck-Holl, 106 f.). Siehe zudem Pärli, Diabetes, S. 31.

¹⁶⁵ Siehe vorne, Teil 1. B) 1.

¹⁶⁶ Rudolf, in: Rudolf/Mahlmann, S. 63; Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 212; Müller/Schefer, S. 687.

¹⁶⁷ Mahlmann, in: Rudolf/Mahlmann, S. 57.

¹⁶⁸ Siehe hinten, Teil 2 A) 2.1-2.2.

verbot oder einem symmetrischen Anknüpfungsverbot folgt, zählen unterschiedliche Gruppenmerkmale zu den *suspect grounds*.

In der *asymmetrischen Konzeption* knüpfen Diskriminierungsverbote an die gesellschaftliche Erfahrung von Ausgrenzung und Stigmatisierung an. *Suspect grounds* beinhaltet nach dieser asymmetrischen Konzeption von Diskriminierungsverboten diejenigen Gruppen, die systematisch einstellungs- und strukturell bedingter Benachteiligung ausgesetzt sind.¹⁶⁹ Damit erweisen sich Diskriminierungsverbote als eigentliche Benachteiligungsverbote, die darüber hinaus auch positive Maßnahmen zum Abbau tatsächlicher Diskriminierungen erfordern. Dem entsprechend haben sich mit der Behindertenrechtskonvention (BRK)¹⁷⁰, der Frauenrechtskonvention (FRK)¹⁷¹, der Kinderrechtskonvention (KRK)¹⁷², der Rassendiskriminierungskonvention (RDK)¹⁷³ und der Wanderarbeiterkonvention (WAK)¹⁷⁴ gruppenspezifische universale Menschenrechtsübereinkommen herausgebildet, die auf den Schutz besonders ausgegrenzter Gruppen reagieren. Zudem werden derzeit auf UNO-Ebene politische Debatten zur Schaffung von Konventionen zur Altersdiskriminierung und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität geführt.¹⁷⁵

Nach der *symmetrischen Konzeption* zielen Diskriminierungsverbote auf einen weitergehenden Schutz. Unter *suspect grounds* erfasst sind diejenigen tatsächlichen oder zugeschriebenen Merkmale, die zentraler Bestandteil der menschlichen Persönlichkeit sind. Zentral sind sie, weil ihnen aus der Perspektive der fremd- und selbstzuschreibende Persönlichkeitsbildung erhebliches Gewicht beigemessen wird (soziale Salienz) und sie darüber hinaus entweder nicht aufgebbar sind (z.B. Hautfarbe, Behinderung, sexuelle Orientierung) oder es den Träger_innen dieser Merkmale nicht zumutbar ist, sie aufzugeben (z.B. Religion, fahrende Lebensform, Brauchtum, Sprache).¹⁷⁶ In den nationalen und internationalen Rechtsordnungen haben sich unterschiedlichste Diskriminierungsdimensionen herausgebildet, die über die eigentliche menschenrechtliche Schutzkonzeption der Antwort auf Stigmatisierung, Ausgrenzung und Unterdrückung hinausgehen können.¹⁷⁷

¹⁶⁹ Gerards, S. 35.

¹⁷⁰ Internationales Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (engl. Abk. CRPD) vom 13.12.2006, BGBl. 2008 II, 1419, UN, A/61/611.

¹⁷¹ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (engl. Abk. CEDAW) vom 18.12.1979, BGBl. 1985 II, 647.

¹⁷² Internationales Übereinkommen über die Rechte des Kindes (engl. Abk. CRC) vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II, 990.

¹⁷³ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (engl. Abk. ICERD) vom 21.12.1965, BGBl. 1969 II, 961.

¹⁷⁴ Internationales Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (engl. Abk. ICRMW) vom 18.12.1990. Das Übereinkommen wurde von Deutschland weder ratifiziert noch unterzeichnet.

¹⁷⁵ Betreffend Altersdiskriminierung siehe Follow-up to the Second World Assembly on Ageing: comprehensive overview. Bericht der Uno-Generalversammlung (A/65/157). Betreffend Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität siehe Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, International Commission of Jurists (Hrsg.), 2007.

¹⁷⁶ Waldmann, S. 248 ff.

¹⁷⁷ Gerards, S. 35 ff.

Der symmetrischen Konzeption folgend sehen u.a. Art. 2 Abs. 1 IPbürgR¹⁷⁸, Art. 2 Abs. 2 IPwirtR¹⁷⁹, Art. 14 EMRK¹⁸⁰ und ZP. 12 EMRK¹⁸¹ eine nicht abschliessende Liste von neutralen Merkmalen vor wie Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status. Auch Art. 3 Abs. 3 GG wird als der symmetrischen Konzeption entsprechendes Verbot der Anknüpfung an die sensiblen Dimensionen Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse und politische Anschauungen und Behinderung verstanden.¹⁸²

Aus der bisherigen Rechtsprechung und Literatur lässt sich erkennen, dass sowohl das universale Menschenrechtssystem als auch der Menschenrechtsschutz des Europarates auf pragmatische Weise einer *Kombination sowohl symmetrischer als auch asymmetrischer Ansätze* folgen. Dies entspricht einer pragmatischen und zugleich dem Diskriminierungsschutz angemessenen Vorgehensweise. So haben beide Konzeptionen bei prinzipieller und ausschließlicher Anwendung Vor- und Nachteile. Ein einzig der asymmetrisch ausgerichteten Konzeption folgendes Diskriminierungsverbot würde bedeuten, dass bestimmte Menschen nicht davor geschützt werden, aufgrund ihres individuellen Da- und Soseins in einer die Menschenwürde herabsetzende Weise schlechter gestellt zu werden, sofern sie nicht einer stigmatisierten bzw. ausgegrenzten Gruppe angehören. Ein ausschließlich symmetrisch ausgerichtetes Diskriminierungsverbot wiederum missachtet die Notwendigkeit, gerade diejenigen Gruppen besonders in den Blick zu nehmen, die historisch bzw. in der gegenwärtigen Realität ausgegrenzt bzw. stigmatisiert sind. Nur eine Kombination beider Konzeptionen führt dazu, dass sowohl rechtliche Benachteiligungen (mittels Diskriminierungsverbote) als auch tatsächliche und strukturell verhärtete Diskriminierungen (mittels positiver Maßnahmen) effektiv bekämpft werden können.

Dieser differenzierten, der menschenrechtlichen Schutzintention folgenden Konzeption nach erweist sich *sonstiger Status* in Art. 2 Abs. 2 Uno-Pakt I, Art. 2 Abs. 1 Uno-Pakt II und Art. 14 EMRK als ein kontigentes Gefäß, das all diejenigen bestehenden und künftigen verdächtigen Merkmale (*suspect grounds*) fasst, die sich in der Realität als sozial sensibel herausstellen bzw. herausstellen werden.¹⁸³ Darunter fallen alle Dimensionen, die vermutungsweise keine vernünftigen Gründe darstellen, um Benachteiligungen zu rechtfertigen.¹⁸⁴ Sie widerspiegeln Vorurteile gegenüber Menschen aufgrund ihres individuellen Da- und Soseins.¹⁸⁵ Und sind Ausfluss einer sozialen Salienz, die nach der zurückhaltenden Position darin besteht, dass bestimmte Merkmale zur systematischen

178 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (engl. Abk. ICCPR) vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II, 1533, UNTS Bd 999, S. 171.

179 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (engl. Abk. ICESCR) vom 16.12.1966, BGBl. 1976 II, 428, UNTS Bd. 993, S. 3.

180 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1959, BGBl. 1052 II, 685.

181 Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (ZP Nr. 12 EMRK) vom 04.11.2000. Das Übereinkommen wurde von Deutschland am 4.11.2000 unterzeichnet jedoch bis heute nicht ratifiziert.

182 Maunz/Dürig-Dürig/Scholz, GG Kommentar, Art. 3 Abs. 2 (1996) Rn 1; Dreier-Heun, Art. 3 Rn 118; Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 3 Rn 371; Michael Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, München 1987, S. 324.

183 Gerards, S. 36.

184 Gerards, S. 36.

185 Aebi-Müller, Persönlichkeit, S. 113 ff.; Dies., Informationen, Rn 35.

Ausgrenzung der Merkmale-Träger_innen führten. Diskriminierungsverbote erweisen sich so als Reaktion auf sowohl entwürdigende als auch machtvolle Ungleichheiten.

2. „Chronische Krankheit“ als „suspect ground“

Ausgehend von der asymmetrischen Konzeption des Diskriminierungsschutzes rechtfertigt sich die Erfassung von „chronischer Krankheit“ als Diskriminierungsdimension unter der Voraussetzung, dass es sich um eine wirkmächtige (Un-)Gleichheitskategorie handelt, aufgrund derer Menschen stigmatisiert, ausgegrenzt oder systematisch benachteiligt werden. Demnach müssten zumindest diejenigen chronischen Krankheiten als Diskriminierungsdimension erfasst sein, aufgrund derer die Betroffenen regelmäßig einstellungsbedingte und strukturelle Benachteiligung erfahren. Welche dies sind, ergibt sich aus dem Benachteiligungsvorkommen und der Stigma-Qualität, die auch in gewissem Sinne miteinander verbunden sind (s. hierzu hinten¹⁸⁶).

Nach der symmetrischen Konzeption ist „chronische Krankheit“ als Diskriminierungsdimension erfasst, wenn es sich bei einer chronischen Krankheit um ein Merkmal handelt, welches das Leben die Persönlichkeit und die Lebensführung durch Selbst- und Fremdzuschreibung auf eine maßgebliche Weise prägt. Oder aber es handelt sich um ein Merkmal, das nur schwer aufgebbar ist. U.E. sind alle drei Aspekte erfüllt. So bedeutet die chronische Erkrankung für die Betroffenen in der Regel beachtliche Einschnitte im Wohlbefinden und in der Lebensführung. Auch haben Menschen mit chronischer Krankheit nur äusserst beschränkt Möglichkeiten, sich diesen maßgeblichen Einflüssen durch die chronische Krankheit zu entziehen, die darüber hinaus auch auf Dauer angelegt ist. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, „chronische Krankheit“ – unter Vorbehalt der jeweiligen individuellen Betrachtung der spezifischen Arten und Verläufe – als suspect ground zu erfassen. Dies gilt vorerst ausschließlich für die theoretisch-konzeptionelle und nicht die rechtspraktisch-dogmatische Ebene.

3. Vertiefung: „Chronische Krankheit“ als Stigma

3.1 Stigma-Theorie

Wie bereits erwähnt, zielen Diskriminierungsverbote auf die Beseitigung und Verringerung u.a. derjenigen Ungleichheiten, die u.a. aufgrund historisch gewachsener Stigmatisierung in den gesellschaftlichen Strukturen festsitzen.¹⁸⁷ Daher sind das Konzept des Diskriminierungsschutzes und damit auch die Frage, welche Dimensionen bzw. Gruppenmerkmale von Diskriminierungsverboten erfasst sind (bzw. sein sollen), eng mit der theoretischen und empirischen Stigmaforschung verknüpft¹⁸⁸: „Es ist die Produktion und Perpetuierung von Stigmas, auf die Antidiskriminierungsrecht reagieren muss, statt Merkmale per se anzuerkennen“¹⁸⁹, so die verbindende Position der Juristin IYIOLA SOLANKE. Dies bedeutet u.E. nicht – und dazu haben wir uns bereits geäußert –, dass Diskriminierungsdimensionen zwingend Stigma-Qualität aufweisen müssen, um

¹⁸⁶ Ausführungen dazu hinten, Teil 1. C) 3.

¹⁸⁷ Rudolf, S. 63; Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 212.

¹⁸⁸ Gerards, S. 35 f.

¹⁸⁹ Yiola Solanke, Putting Race and Gender Together. A New Approach To Intersectionality, The Modern Law Review 2009, S. 748.

als solche zu gelten.¹⁹⁰ Hingegen ist die Stigma-Qualität Indiz dafür, dass eine bestimmte Gruppenkategorie als Diskriminierungsmerkmal zu qualifizieren ist bzw. als solches gelten müsste.¹⁹¹

Die Frage nach dem Stigma ist für die vorliegende Gutachtensfrage betreffend insofern von Bedeutung, als „Krankheit“ und „genetische (Prä-)Disposition für Krankheiten“ eng mit dem Begriff des Stigmas verbunden sein können.¹⁹² Insbesondere bei „chronischen Krankheiten“ besteht die Gefahr einer Stigmatisierung, d.h. einer sozialen „Brandmarkung“ bzw. einer sozialen Pathologisierung, indem eine Person aufgrund ihrer Krankheit als auf bestimmte Weise sozial abnorm (einem Ausserhalb-der-Norm-Stehen) betrachtet wird. Eine (Ab-)Normalisierung kann entweder in Form einer Zuschreibung geschehen, die in der Realität nicht zutrifft, so z.B. wenn eine Person mit einer HIV/Aids-Infektion als unfähig oder problematisch erachtet wird, eine bestimmte Stelle auszuüben.¹⁹³ Oder aber die Stigmatisierung geschieht über eine Ausgrenzung aufgrund einer tatsächlich vorliegenden Abweichung einer gesellschaftlichen Durchschnittsnorm, so etwa gegenüber einer Person, die wegen einer schweren Aids-Erkrankung tatsächlich nicht mehr in der Lage ist, eine entsprechende gesellschaftlich geforderte „Normleistung“ zu erbringen.

ERVING GOFFMAN versteht unter *Stigma* ein Merkmal einer Person, das eine diskreditierende Wirkung hat und eine Andersbehandlung des Merkmalsträgers auslöst. *Stigmatisierung* bezeichnet den Prozess, in dem eine Person mit einer bestimmten Eigenschaft, die sie in „unerwünschter Weise anders“ erscheinen lässt und eine Verletzung einer sozialen Norm darstellt, von einer „gewöhnlichen Person zu einer befleckten, beeinträchtigten herabgemindert“ wird, da mit dem wahrgenommenen Merkmal Stereotypen verbunden werden, die eine – über die wahrnehmbare Abweichung hinausgehende – Minderwertigkeit der betreffenden Person behaupten.¹⁹⁴ GOFFMAN unterscheidet zudem zwischen Personen, denen ein Stigma anhaftet und solchen, denen ein Stigma potentiell angeheftet werden kann¹⁹⁵, weshalb auch die genetische (Prä-)Disposition für chronische Krankheiten und Behinderungen den Charakter der sozialen Abnormalisierung aufweisen können.¹⁹⁶

Im Anschluss an GOFFMAN ist bereits die Anheftung einer stigmabehafteten Eigenschaft selbst – d.h. ohne dass diese vorliegt – eine Stigmatisierung (z.B. durch Zuschreibung einer spezifischen Krankheit aufgrund äusserer, sinnlich wahrnehmbarer Merkmale). Bei einer Krankheitszuschreibung fällt entweder der Zeitpunkt der Anheftung des Stigmas und des tatsächlichen Vorliegens der stigmatisierten Eigenschaft auseinander, oder die eigentliche Stigmatisierungshandlung tritt früher ein. Letztlich macht dies für die Stigma-Qualität keinen prinzipiellen sondern allenfalls einen graduellen Unter-

190 Gerards, S. 35, spricht von „Vorurteilen“ gegenüber bestimmten Menschengruppen, die auch unabhängig von Stigmatisierung Diskriminierungen begründen. Vgl. zudem Mahlmann, S. 56.

191 Siehe hierzu vorne, Teil 1. C) 1.

192 Vgl. etwa Lemke, Polizei; Billings et al., S. 476 ff.; Otlowski/Taylor/Barlow-Stewart, S. 164 f.; Low/Kind/Wilkie, S. 1632 f.; Geller et al.

193 Siehe hierzu hinten, Teil 2. A) 2.2.

194 Goffman, S. 11 ff.

195 Goffman, S. 12.

196 Siehe hinten, Teil 1. C) 2.2.

schied. Zudem ist die potentielle Anheftung eines Stigmas in ihren Auswirkungen auf die betroffene Person eine Situation, die mit einem Stigma zu vergleichen ist, da sie in ihrer Handlung insofern vergleichsweise analog gehemmt wird, als sie genauestens darauf achten muss, als Stigmaträgerin nicht entdeckt zu werden. Normen, Vorstellungen und Bilder der Gesellschaft, die mit Angst, Unsicherheit, Entwertung, Denormalisierungsprozessen verbunden sind, wirken sich auch auf die Selbstidentifikation der vom Stigma betroffenen Personen aus. Dies kann bis zu einer Selbststigmatisierung führen.

In der weiterführenden Literatur – so etwa in der Konzeption von LINK und J. PHELAN – und quasi zusammenfassend für das dem vorliegenden Gutachten zugrunde liegende Stigma-Verständnis ist Stigmatisierung das Ergebnis eines Prozesses, der sich durch folgende fünf Kriterien auszeichnet: Menschliche Unterschiede werden erkannt und mit einem „Label“ etikettiert, wobei die Unterschiede Ausfluss eines sozialen Auswahl- und Definitionsprozesses sind (1). Diese „Label“ werden mit unerwünschten stereotypen Eigenschaften verbunden (2). Folglich werden Merkmalträger_innen diskursiv von der Mehrheit getrennt (3), diskriminiert (gemeint ist benachteiligt) (4) und ihnen gegenüber Macht ausgeübt (5).¹⁹⁷ Nicht entscheidend ist, ob die Stellvertretereigenschaft (z.B. die chronische Krankheit) tatsächlich vorliegt oder lediglich zugeschrieben ist.

3.2 Stigmatisierung von Menschen mit chronischer Krankheit

Bei PESCOSOLIDO ET. AL. differenziert sich der Stigma-Begriff weiter aus und wird u.a. mit *Krankheit* in Bezug gebracht. Ihnen nach wird der Auswahlprozess auch durch die Charakteristika einer Krankheit, durch soziale Charakteristika (soziodemographische Merkmale) der Kranken und durch die Erkennbarkeit der Krankheit beeinflusst. Je nach Lagerung dieser Einflußvariablen wird die wahrgenommene Eigenschaft als ernsthaft erachtet, als eine Ausdrucksform einer bestimmten Krankheit etikettiert. Dies verbindet sich mit kognitiven und emotionalen Reaktionen der Betrachtenden. An das Label schließen sich dann negative, benachteiligende Interaktionsformen an, die von der Meidung von Kontakt mit den Personen, bis hin zu aktiver Ungleichbehandlung und Benachteiligung, aber auch Formen von Gewalt gegenüber den Stigmatisierten reichen können.¹⁹⁸

Daran anschließend lässt sich festhalten, dass Menschen mit chronischen Krankheiten der Gefahr der Stigmatisierung ausgesetzt sein können. Der Grund liegt nicht nur darin, dass die Krankheit durch die Chronifizierung zu einem sensiblen „Persönlichkeits“-Merkmal wird, das über einen längeren Zeitraum besteht und dem sich die Träger_innen zeitlebens oder zumindest nicht auf absehbare Zeit nicht entledigen können. Vielmehr birgt die Dauerhaftigkeit zudem das „Risiko“ einer intensivierten Aussen- und Innenwahrnehmung der Krankheit und damit auch der einfacheren Manifestierung einer negativen Bewertung. Stigmatisierungsrisiken von Personen mit chronischer Krankheit können etwa da besonders hoch sein, wo gesellschaftlich als Abweichungen bzw. Anomalien qualifizierte Eigenschaften aufgrund dessen, dass sie sinnlich wahrnehmbar sind, leichter erkannt werden können. Dies ist z.B. bei gesellschaftlich als

¹⁹⁷ Link/Phelan, Conceptualizing stigma, S. 363 ff.; Dies., Stigma, S. 528 f. Link et al., S. 511 ff.

¹⁹⁸ Pescosolido/Martin/Lang/Olafsdottir, S. 431 ff.

atypisch wahrgenommener (bzw. wahrgenommenem) Physiognomie¹⁹⁹, Körperhaltung, Hautfarbe²⁰⁰, Geruch²⁰¹, Gewicht²⁰², Hautbeschaffenheit²⁰³ oder Auftreten²⁰⁴ der Fall.

Der eigentliche Stigmatisierungsprozess von (chronischen) Krankheiten kann auf grundsätzlich zwei Ebenen geschehen: Entweder es findet eine Markierung der als Abweichung wahrgenommenen Krankheitssymptomatik selbst statt. Dies ist etwa dann gegeben, wenn adipöse Menschen als hässlich bezeichnet werden. Oder die Brandmarkung knüpft indirekt an die wahrgenommene Krankheitssymptomatik an. Im zweiten Fall wird die erkannte Eigenschaft selbst zwar nicht direkt als problematisch etikettiert. Sie steht vielmehr stellvertretend für eine tatsächliche oder zugeschriebene und als problematisch erachtete Eigenschaft.²⁰⁵ Dies ist z.B. der Fall, wenn bei einer HIV/Aids-Infektion automatisch angenommen wird, dass hierbei z.B. im Arbeitsumfeld ein erhöhtes Ansteckungsrisiko für Dritte besteht, obwohl ein solches durch einfache Maßnahmen verhindert werden kann. Stigmatisierend ist auch die Annahme, dass HIV/Aids eine bereits bestehende oder unmittelbar bevorstehende Arbeitsunfähigkeit bewirkt, obwohl die medizinischen Erkenntnisse zeigen, dass dem nicht so ist.²⁰⁶ Auch kann die unmittelbare oder stellvertretende Stigmatisierung kombiniert vorkommen, so etwa wenn die adipöse Person nicht nur als unschön sondern darüber hinaus auch automatisch als leistungsunfähig bezeichnet wird, bzw. die HIV/Aids-infizierte Person wird zusätzlich zur zugeschriebenen Gefahr der Ansteckung Dritter als lasterhafte Person wahrgenommen.

Ein Stigma kann auch bei chronischen Krankheiten vorliegen, die nicht offensichtlich als solche wahrgenommen werden können, d.h. bei Personen, die äusserlich als „normal“ erscheinen. Voraussetzung dafür ist, dass bei Entdeckung der „chronischen Krankheit“ durch Dritte ein erhöhtes Risiko der Benachteiligung gegeben ist, dies etwa weil Vorurteile gegenüber der betroffenen Person ausgelöst werden oder aber tatsächliche Schwierigkeiten auftreten können. Ein Beispiel dafür ist etwa eine Person, die an der chronischen Darmentzündung „Morbus Crohn“ leidet und die ihre langjährige Arbeitsstelle verlor, nachdem ihr Vorgesetzter aufgrund eines zweiwöchigen Spitalaufenthaltes infolge eines fulminanten Schubes von dieser Krankheit erfuhr. Das Spezifische des vorliegenden Tatbestandes liegt darin, dass die von „unsichtbaren“ chronischen Krankheiten betroffenen Personen stets aufpassen müssen, nicht als chronisch krank identifiziert zu werden, weil sie objektiv gerechtfertigt befürchten, dass ansonsten eine Benachteiligung daraus resultiert.

199 Z.B. bei Multipler Sklerose.

200 Z.B. bei chronischer Hepatitis C.

201 Z.B. bei Diabetes bedingter Ketoazidose, die zu einem Atemgeruch führen kann, der mit einem Alkohol-Atem verwechselt wird.

202 Z.B. bei Adipositas; bei starkem Untergewicht infolge z.B. einer Krebserkrankung, einer HIV-Infektion/Aids-Erkrankung mit klinischer Symptomatik.

203 Z.B. ausgetrocknete, stark befleckte Haut bei einer akuten Neurodermitis.

204 Z.B. bei Diabetes-Hypoglykämie.

205 Man spricht in diesem Falle auch von einem Stellvertretermerkmal.

206 Dazu Pärli/Caplazi/Suter, insb. S. 64 ff.

Diese „versteckte“ Stigmatisierung zeigt sich auch bei genetischen Dispositionen in der Bedrohung des Eintrittes des Ausbruches des *Genrisikos* in einer *chronischen Krankheit*. Zwar wird genetische Diskriminierung nicht als Praktik der Stigmatisierung bezeichnet, sondern als Form gesellschaftlicher Benachteiligung durch Institutionen betrachtet.²⁰⁷ Eine prinzipielle Unterscheidung zwischen Stigmatisierung und gesellschaftlicher Benachteiligung ist der Sache jedoch nicht angemessen; das wurde bereits erwähnt.²⁰⁸ Das Unwissen, vorurteilbehaftete Vorstellungen über „das was kommen könnte“ beherrschen sowohl die Innen- als auch die Aussenwahrnehmung von Menschen, die mit genetischen Risiken behaftet sind, „die sie (...) als ‚unberechenbar‘ und ‚gefährlich‘ betrachten“²⁰⁹. Menschen mit genetischen Risiken sind verstärkt mit „veränderten sozialen Normen und institutionellen Erwartungen konfrontiert, die sich weniger in expliziten Verboten, sondern eher in Vorstellungen eines ‚mündigen‘, ‚verantwortungsbewussten‘ oder ‚risikokompetenten‘ (Gesundheits-)Verhaltens materialisieren“.²¹⁰ Das wirksamste Mittel, sich gegen Stigmatisierung und genetische Diskriminierung zu entziehen, besteht darin, den Mutationsträger geheim zu halten. Das Stigma liegt somit sowohl in den mehr oder weniger irrationalen Vorstellungen über die Auswirkungen eines potentiellen Ausbruches einer (chronischen) Krankheit aufgrund dieser genetischen Prädispositionen oder aber bereits in der Bedrohlichkeit der genetischen Prädisposition im Sinne einer „befleckten Person“.

Aus der Sicht der Stigmaforschung sind die theoretischen Modelle der „Diskriminierung“ und „Stigmatisierung“ eng miteinander verbunden. Diskriminierung stellt letztlich den Endpunkt bzw. den sichtbaren Ausdruck von Stigmatisierungsprozessen dar. In der Tradition der Stigmaforschung wurden vor allem Personen untersucht, die durch bestimmte eher singuläre Besonderheiten oder Krankheiten auffielen, wie z.B. körperliche Einstellungen, Kleinwüchsigkeit, aber auch Krankheiten, wie z.B. psychischen Krankheiten, Epilepsie, Adipositas²¹¹ oder HIV/Aids²¹². Wobei nicht jede Diskriminierung im Sinne der Stigmatheorie eine Diskriminierung im Sinne des Antidiskriminierungsrechts darstellt. Dazu gehören etwa Erfahrungen von Desinteresse und offensichtlichem Vermeidungsverhalten.

207 Paslack/Simon, Reaktionen des Rechts.

208 Gleicher Meinung Lemke, *Genetische Diskriminierung*, S. 329.

209 Zitiert in Lemke, *Diskriminierung in Deutschland*, S. 432.

210 Lemke, *Genetic Risk*; Ders., *Diskriminierung in Deutschland*, S. 427. Ein krasses Beispiel ist auch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses von 1933. Erbkrank waren nach § 1 Abs. 2 Personen mit „angeborenem Schwachsinn, Schizophrenie, manisch-depressivem Irrsinn, erblicher Fallsucht, erblichem Veitstanz, erblicher Blindheit, erblicher Taubheit und schwerer erblicher körperlicher Missbildung“.

211 Eine forsa-Umfrage kommt zum Ergebnis, dass eine Mehrzahl der Deutschen dicke Menschen für undiszipliniert, maßlos und selbst Schuld an ihrem Übergewicht bezeichnete (online: <http://www.adipositas-stiftung.org/2010/05/21/keine-frage-des-characters---adipositas-ist-eine-krankheit/>, Zugriff: 13.08.2012). Siehe zudem online: <http://www.diabseite.de/aktuelles/nachrichten/2005/051028b.html> (Zugriff: 13.08.2012). Interessant ist auch eine forsa-Befragung bei 100 Kinderärzt_innen (Motorische Defizite und Übergewicht bei Kindern – Befragung, online: [http://www.presse.dak.de/ps.nsf/Show/DC0F0D355E847F47C12577110046579F/\\$File/20100429_DAK-Studie_%DCbergewicht_final.pdf](http://www.presse.dak.de/ps.nsf/Show/DC0F0D355E847F47C12577110046579F/$File/20100429_DAK-Studie_%DCbergewicht_final.pdf) (Zugriff: 13.08.2012).

212 Vgl. hierzu die jüngste breit angelegte Studie zu Deutschland „positive stimmen“ (online: www.positive-stimmen.de, Zugriff: 06.08.2012). Ziel des Projektes ist neben der Dokumentation von HIV Stigmatisierung mittels peer-Interviews auch die Mobilisierung der eigenen Auseinandersetzung mit dem Thema. Für die Auswirkungen der Stigmatisierung auf die Selbstwahrnehmung (Selbststigmatisierung) siehe etwa Courtenay-Quirk et al., *Dividing the gay community*; Courtenay-Quirk/Wolitski/Parsons/Gómez et al., *Urban Men's Study*; *Männer, Sex & Gesundheit* 2010; *Men2Men*, *HIV Stigma* (http://www.men2mencollective.com/wp-content/uploads/2011/10/Men2Men_report_DE.pdf, Zugriff: 06.08.2012)

Ebenso wenig ist die Stigmatisierung Voraussetzung für den Diskriminierungsschutz. Hingegen ist ein Diskriminierungsschutz angesichts der Konzeption des Antidiskriminierungsrechts dort angemessen, wo eine Stigmatisierung bzw. ein Stigmatisierungsrisiko vorliegt. Empirisch ausgewiesen ist dies über die besonders schwerwiegende Manifestierung der Benachteiligung etwa bei Menschen mit HIV/Aids, Adipositas, Diabetes und Krebs.²¹³ Sichtbare chronische Krankheiten stellen entsprechende Diskriminierungskategorien dar, die als solche vom Antidiskriminierungsrecht zu erfassen sind.

213 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

Teil 2

Rechtslage nach Deutschem Bundesrecht

A) Überblick zur Rechtslage

1. Eingrenzung der Rechtsfragen

Im Vordergrund des Gutachtens steht die Rechtsfrage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen „chronische Krankheit“ explizit bzw. implizit als Diskriminierungsdimension von den einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 3 Satz 2), des AGG (§ 1), des SGB IX (§ 2) und des allgemeinen Privatrechts erfasst ist. Berücksichtigt werden weiter die Auswirkungen des für Deutschland verbindlichen Völker- und Unionsrechts, so insbesondere die einschlägigen universalen und regionalen Menschenrechtsübereinkommen sowie die RL 2000/78/EG.

Darüber hinaus ist es (u.a. angesichts der hohen Anzahl von Menschen, die aufgrund einer chronischen Krankheit keine private Krankenversicherung bzw. Berufsunfähigkeitsversicherung abschließen können²¹⁴) angebracht, die Problematik der *statistischen Benachteiligung* genauer zu betrachten. Zum einen ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Risikodifferenzierung nach der Kategorie „chronische Krankheit“ zulässig ist. Zum Zweiten wäre aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive die Angemessenheit der Regeln zu klären.

2. Übersicht zu den Rechtsgrundlagen

2.1 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Völkerrecht

2.1.1 Benachteiligungsschutz von Menschen mit chronischer Krankheit im UN-Menschenrechtsschutz

a) UNO-Pakte und IAO-Abkommen

Ausgehend vom Grundsatz der natürlichen Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde enthält bereits die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR²¹⁵) der Vereinten Nationen eine nicht abschließende Liste an Gründen („grounds“), aufgrund derer Diskriminierung verboten ist. Die gleichen Diskriminierungsverbote finden sich im

²¹⁴ Siehe vorne, Teil 1. B) 3.3.

²¹⁵ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Resolution 217 (III) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948, GAOR, 3rd. Session, Resolution part 1, S. 71.

Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) und im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwirtR). Auch das Abkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO²¹⁶) enthält eine Liste von Persönlichkeitsmerkmalen, aufgrund deren Arbeitnehmende nicht benachteiligt werden dürfen.

Weder in der AEMR noch im IPbürgR, im IPwirtR oder im IAO-Abkommen Nr. 111 ist das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung“ oder „chronische Krankheit“ ausdrücklich aufgeführt. Die Diskriminierungsmerkmalskataloge des IPbürgR und IPwirtR sind jedoch nicht abschließend und nach der Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses und des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialausschuss) sind die Diskriminierungsmerkmale weit auszulegen.²¹⁷ Im „General Comment Nr. 5“ hält der Sozialausschuss fest, dass „Behinderung“ unter den Terminus „sonstiger Status“ falle.²¹⁸ Hervorgehoben wird im „General Comment Nr. 18“ zum in Art. 6 IPwirtR verankerten Recht auf Arbeit insbesondere auch der Gleichbehandlungsanspruch behinderter Arbeitnehmer_innen.²¹⁹ Auch die IAO hält fest, dass über die im Übereinkommen Nr. 111 festgehaltenen Diskriminierungsmerkmale hinaus auch neuere Diskriminierungsmerkmale und -formen wie Alter, Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, genetischer Status oder sexuelle Belästigung und Mobbing schutzwürdig sind.²²⁰

Im Lichte der Praxis zu den UN-Pakten und dem IAO-Abkommen Nr. 111 kann davon ausgegangen werden, dass es zu den Pflichten der Ratifikationsstaaten der UN-Menschenrechtsabkommen gehört, innerstaatlich jede Diskriminierung auch aufgrund chronischer Krankheiten zu bekämpfen. Diese Verpflichtung wird mit Blick auf das in Art. 12 IPwirtR verankerte Recht auf Gesundheit herangezogen. Nach Art. 12 Abs. 2 IPwirtR sind die Vertragsstaaten verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu ergreifen. Gemäß Praxis des Sozialausschusses bedeutet dies u.a., für den diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen zu sorgen.²²¹ Diese Verpflichtung schließt mit ein, Menschen mit chronischen Krankheiten einen Zugang zu einem adäquaten Versicherungsschutz zur Übernahme von Krankheitskosten und Sicherung des Erwerbsausfalls zu ermöglichen. Der Sozialausschuss verlangt überdies nicht nur das Bereitstellen von ausreichender Infrastruktur für die Behandlung von Krankheiten sondern auch die Förderung weiterer Faktoren, die für den Erhalt der Gesundheit notwendig sind wie etwa gesunde Arbeitsbedingungen.²²² Zu gesunden Arbeitsbedingungen gehört zweifellos auch eine diskriminierungsfreie Arbeitsumgebung.

216 Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958, Nr. 111, Internationale Arbeitsorganisation IAO.

217 Hofmann/Boldt, Rz 2 zu Art. 26 IPbürgR.

218 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 5, Persons with disabilities (Eleventh session, 1994), U.N.Doc E/1995/22 at 19 (1995), Ziff. 5.

219 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 18, The right to work, (Thirty-fifth session, 2005), U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2006), Ziff. 12 b.

220 Pärli/Caplazi/Suter, S. 95; Bericht des Generaldirektors, Gleichheit bei der Arbeit: Den Herausforderungen begegnen, Gesamtbericht im Rahmen der Folgemaßnahmen zur Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, Internationale Arbeitskonferenz, 96. Tagung 2007 (Behinderung, S. 43, HIV-Status, S. 50, Genetischer Status, S. 54)

221 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 14 (2000), Ziff. 4.

222 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 14 (2000), Ziff. 12.

b) UNO-Behindertenrechtskonvention

Obwohl bereits aufgrund der beiden UN-Pakte das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung“ (und chronische Krankheit) über eine Subsumierung unter „sonstiger Status“ erfasst werden konnte, verabschiedete die UN-Generalversammlung nach langen Vorarbeiten im Dezember 2006 ein Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-Behindertenkonvention). Der Zweck der Konvention besteht nach Art. 1 darin, „die volle und gleichberechtigte Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung ihrer angeborenen Würde zu fördern“.

Die Konvention drohte an Auseinandersetzungen über den Begriff der Behinderung zu scheitern. Es wurde u.a. befürchtet, mit einer Legaldefinition des Begriffs „Behinderung“²²³ würde die Gefahr bestehen, dass nur bestimmte Behinderungsformen geschützt würden.²²⁴ Schließlich wurde eine dynamische Umschreibung des Begriffs „Behinderung“ gewählt, nach Art. 1 Abs. 2 der UN-Behindertenkonvention umfasst der Begriff Behinderung „Menschen mit langfristigen körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesschädigungen, die sie im Zusammenwirken mit verschiedenen Barrieren daran hindern können, gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen“. Diese Umschreibung des Begriffs Behinderung stellt ein klares Bekenntnis zu einem fortschrittlichen Behinderungsverständnis auf der Basis der International Classification of Functioning, Disabilities and Health (ICF²²⁵) der Weltgesundheitsorganisation (WHO) aus dem Jahre 2001 dar. Nach der ICF ist Behinderung keine Eigenschaft einer Person, vielmehr Ausdruck der Situation einer Person mit einer Schädigung in ihrem Umfeld. Die soziale Dimension des Behinderungsverständnisses der UN-Behindertenkonvention lässt sich über dies aus deren Präambel ableiten, so steht unter lit. e: „... disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others“.

Das weitere Behinderungsverständnis der UN-Behindertenkonvention schließt Menschen ein, die wegen einer chronischen Krankheit an der Teilhabe an der Gesellschaft eingeschränkt sind. Alle staatlichen Verpflichtungen, die sich für die Ratifikationsstaaten der Konvention ergeben, umfassen unter der genannten Voraussetzung der Teilhabestörung deshalb auch Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung wegen einer chronischen Krankheit. Dazu gehören namentlich geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung in der Arbeitswelt zu ergreifen (Art. 27 UN-Behindertenkonvention). Bezüglich Diskriminierungen durch Versicherungsunternehmen ist Art. 25 Bchst. e UN-Behindertenkonvention zu beachten. Diese Bestimmung schreibt vor, die Vertragsstaaten müssten die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung in der Krankenversicherung und in der Lebensversicherung verbieten und dafür sorgen, dass derartige Versicherungen zu angemessenen Bedingungen angeboten werden.

²²³ In den Vorarbeiten zum Übereinkommen wurde eine präzise Definition vorgeschlagen, siehe dazu: Pärli/Caplazi/Suter, S. 93.

²²⁴ Von Bernstorff, S. 1048.

²²⁵ World Health Association (WHO), International classification of disability, functioning and health (ICF), 22. Mai 2001, 54th World Health Assembly, WHA 54.21.

Als Ratifikationsstaat ist Deutschland an die Verpflichtungen aus der UN-Behindertenkonvention gebunden. Darüber hinaus ist zu vermerken, dass auch die Europäische Union (EU) die Konvention ratifiziert hat. Die Bindung der EU an die UN-Behindertenkonvention bedeutet namentlich, dass auch der EU-Gesetzgeber und die EU-Rechtsprechung an die Konvention gebunden sind. Da wie gezeigt wurde die UN-Behindertenkonvention von einem offenen und weiten Behinderungsbegriff ausgeht, der namentlich auch Benachteiligungen wegen einer chronischen Krankheit mit einschließt, hat dies Auswirkungen auf die Auslegung des EU-Sekundärrechts, namentlich die Beschäftigungs-Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und die künftige Antidiskriminierungsrichtlinie, die auch im Bereich Güter und Dienstleistungen einschließlich Versicherungen ein Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung vorsieht.²²⁶

c) Schutz vor mehrdimensionaler Diskriminierung

Die UN-Konventionen für die Rechte der Frau²²⁷, die Kinderrechtskonvention²²⁸, die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung²²⁹ sowie die UN-Behindertenrechtskonvention beinhalten je gruppenspezifische Diskriminierungsverbote. Eine wirksame Beachtung der Gesamtheit des UN-Diskriminierungsschutzinstrumentariums erfordert von den Ratifikationsstaaten auch eine Berücksichtigung verschiedenster Formen der mehrdimensionalen Diskriminierung, d.h., besondere Benachteiligungsformen, die sich aus dem Zusammentreffen einer chronischen Krankheit mit anderen Diskriminierungsmerkmalen wie Geschlecht oder Hautfarbe ergeben, sind mit geeigneten Maßnahmen zu bekämpfen. Ausdrücklich festgehalten ist zumindest ein Aspekt der mehrdimensionalen Diskriminierung in Art. 6 der Behindertenrechtskonvention; nach dieser Bestimmung anerkennen die Vertragsstaaten dass Frauen und Mädchen mit Behinderungen mehrfacher Diskriminierung ausgesetzt sind und dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Überwindung dieser Problemlagen zu treffen hätten.

Illustrativ zur Verankerung des Konzepts der mehrdimensionalen Diskriminierung in den UNO-Pakten ist General Comment Nr. 20 des UN-Sozialausschusses, der besagt, dass (...) „some individuals or groups of individuals face discrimination on more than one of the prohibited grounds (...)“. Aufgrund des „unique and specific impact“ solcher mehrdimensionaler Diskriminierung verlangt der Sozialausschuss von den Mitgliedstaaten „particular consideration and remedying“²³⁰ im Sinne von wirkungsvollen Maßnahmen und Abhilfen auf materieller und prozessualer Ebene.

226 Siehe hierzu, Teil 2. A) 2.2.

227 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, GAOR, 34th Session, Resolutions, S. 194.

228 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, GAOR 44th Session, Resolutions

229 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966, UNTS Bd. 660, S. 195.

230 CESCR-General Comment No. 20, N 17.

2.1.2 Benachteiligungsschutz von Menschen mit chronischer Krankheit im Menschenrechtsschutz des Europarates

a) Bedeutung der EMRK

Diskriminierungsschutz ist auch im Menschenrechtssystem des Europarates zentral. Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK²³¹) enthält ein akzessorisches, d.h. auf die in der EMRK verankerten Rechte beschränktes Diskriminierungsverbot.²³² Die Liste der Diskriminierungsmerkmale ist wie bei den UN-Menschenrechtspakten (IPbürgR und IPwirtR) nicht abschließend, nicht ausdrücklich aufgeführte Diskriminierungsgründe können unter den Begriff „Sonstiger Status“ fallen.

Der Europäische Gerichtshof (EGMR) legt den Begriff „sonstiger Status“ in ständiger Rechtsprechung weit aus.²³³ Im Zusammenhang mit einer behaupteten Diskriminierung durch die faktische Unmöglichkeit des Suizides einer Person, die an einer fortschreitenden unheilbaren neurodegenerativen Krankheit der motorischen Zellen im zentralen Nervensystem (MND) litt. Der Gerichtshof verneinte im konkreten Fall eine Diskriminierung, anerkannte jedoch, dass eine Krankheit bzw. Behinderung unter „sonstiger Status“ nach Art. 14 EMRK subsumiert werden könne.²³⁴ Im Urteil „Glor gegen die Schweiz“²³⁵ wurde die Behinderung als Diskriminierungsdimension nach Art. 14 EMRK anerkannt und in der Entscheidung „Kyutin gegen Russland“²³⁶ hielt der Gerichtshof fest: „Although Article 14 does not expressly list a health status or any medical condition among the protected grounds of discrimination, the Court has recently recognised that a physical disability and various health impairments fall within the scope of this provision“. Konsequenterweise fällt deshalb auch eine HIV-Infektion unter „sonstiger Status“, wie der Gerichtshof im gleichen Urteil festhält: „Accordingly, the Court considers that a distinction made on account of one’s health status, including such conditions as HIV infection, should be covered – either as a form of disability or alongside with it – by the term “other status” in the text of Article 14 of the Convention“.

Auf dem Hintergrund jüngerer Rechtsprechung ist die Bedeutung der EMRK für den Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit nicht zu unterschätzen. Zwar beinhaltet die EMRK „nur“ die klassischen Freiheitsrechte. Im Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK²³⁷ sind jedoch u.a. das Recht auf Schutz des Eigentums und das Recht auf Bildung verankert. Der EGMR subsumierte unter dem „Recht auf Schutz des Eigentums“ auch Ansprüche auf Sozialleistungen.²³⁸ Im Zusammenwirken mit Art. 14 EMRK ist nach der Praxis des EGMR jede Diskriminierung bei der Zuteilung von Sozialleistungen sowohl in beitragspflichtigen wie beitragsfreien Systemen untersagt.²³⁹ Überdies hat der EGMR den in Art. 6 EMRK verankerten Anspruch auf ein faires Verfahren auch

231 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, UNTSD Bd. 213, S. 221.

232 Einen umfassenden Diskriminierungsschutz gewährt das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK vom 4. November 2000. Dieses ist jedoch von Deutschland zwar unterzeichnet aber vorderhand noch nicht ratifiziert worden.

233 EGMR, Urteil vom 13.07.2010, Appl. No 7205/07, Clift/Vereinigtes Königreich, Para 56-58; EGMR, Urteil vom 10.03.2011, Appl. No 2700/10, (Kyutin/Russland), Para 56.

234 EGMR, Urteil vom 29.04.2002, Appl. No 2346/02 (Pretty/Vereinigtes Königreich).

235 EGMR, Urteil vom 30.04.2009, Appl. No 13444/04 (Glor/Schweiz), Para 53-56.

236 EGMR, Urteil vom 10.03.2011, Appl. No 2700/10 (Kyutin/Russland), Para 57.

237 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952.

238 EGMR, Urteil vom 30.09.2003, Appl. No 40892/98 (Koua-Poirrez/Frankreich).

239 De Schutter, S. 23.

auf sozialversicherungsrechtliche Verfahren angewendet.²⁴⁰ Diskriminierungsschutzpotential hat ferner das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Schutz des Privatlebens, das von den EMRK-Ratifikationsstaaten ohne Diskriminierung, u.a. aus Gründen einer chronischen Krankheit, gewährt werden muss.²⁴¹ Wie alle anderen Menschenrechtspakte bindet die EMRK „nur“ die Staaten.²⁴² Zu den staatlichen Pflichten gehört indes nicht nur, jede Diskriminierung zu unterlassen. Vielmehr beinhalten die menschenrechtlichen Verträge auch eine staatliche Schutzpflicht, die u.a. aktive Maßnahmen gegen die Diskriminierung unter Privaten beinhaltet.²⁴³ Die staatliche Schutzpflicht hat bspw. Deutschland verletzt, indem die deutschen Gerichte eine privatrechtlich beschäftigte Arbeitnehmerin, die sich öffentlich über Missstände bei ihrem Arbeitgeber beschwert hatte, nicht vor Entlassung geschützt hat (Fall „Heinisch“)²⁴⁴. Konkret anerkannte der EGMR in diesem Fall, dass der Staat die in Art. 10 EMRK gewährte Meinungsfreiheit auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu schützen hat und die Abwägung zwischen dem Schutz der Meinungsfreiheit einerseits und den Arbeitgeberinteressen an Erfüllung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht andererseits im Lichte der EMRK vorzunehmen ist.

Der EGMR versteht die EMRK als „living instrument“²⁴⁵. Angesichts der zuweilen (auch kritisierten) rechtsfortbildenden Rechtsprechung steckt in der EMRK beachtliches Diskriminierungsschutzpotential für Menschen, die mit einer Behinderung oder einer chronischen Krankheit leben. Besonders trifft dies auch auf Sozialleistungen zu, die wie erwähnt unter den Eigentumsschutz des Zusatzprotokolls fallen. Auch das Recht auf Bildung (1. Zusatzprotokoll) birgt im Zusammenwirken mit Art. 14 EMRK noch beachtliche Wirkungsmöglichkeit in sich. Die Zuteilung staatlicher Sozial(versicherungs)leistungen hat in einem fairen Verfahren frei von Diskriminierung zu erfolgen. Eine unmittelbare Anwendung der EMRK auf private Versicherungsverhältnisse scheitert an deren grundsätzlich vertikalen Charakter. Beachtet man indes die im Fall Heinisch durch den EGMR „verordnete“ Abwägungspflicht der Staaten zwischen korrelierenden Privatinteressen, so muss die Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen auch im Lichte der EMRK mit den Interessen von Menschen mit chronischer Krankheit an diskriminierungsfreier Behandlung abgewogen werden.²⁴⁶

b) Bedeutung der (revidierten) Europäischen Sozialcharta und der Bioethikkonvention
Die Europäische Sozialcharta von 1961²⁴⁷ (ESC) stellt eine Ergänzung der EMRK im Bereich wirtschaftlicher und sozialer Rechte dar. Eine sämtliche ESC-Artikel umfassende Diskriminierungsschutzklausel beinhaltet die Charta nicht, lediglich in der Präambel wird verlangt, die Ausübung sozialer Rechte habe ohne Diskriminierung zu erfolgen.

240 EGMR, Urteil vom 07.04.1992, Appl. No 14518/89, (Schuler-Zraggen/Schweiz).

241 EGMR, Urteil vom 30.04.2009, Appl. No 13444/04 (Glor/Schweiz), Im vorliegenden Fall anerkannte der EGMR, dass die Pflicht eines Diabetikers, eine Wehrpflichtersatzabgabe zu entrichten, in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK falle. Somit war der Weg frei für die Prüfung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes nach Art. 14 EMRK.

242 Siehe Art. 1 EMRK: Die Hohen Vertragsparteien sichern allen in ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.

243 Zu den aus der EMRK fließenden Schutzpflichten der Staaten siehe statt vieler: Klatt, S. 691 ff.

244 EGMR, Urteil vom 21.07.2011, Appl. No 28274/08 (Heinisch/Deutschland).

245 EGMR, Urteil vom 06.04.2000, Appl. No 35382/97 (Comingersol SA/Portugal), Para § 35; EGMR, Urteil vom 18.02.1999, Appl. No 28934/95 (Beer and Regan v. Germany), Para 57.

246 Siehe hierzu die konzeptionellen Überlegungen hinten, Teil 2. D) 5.

247 Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1962, SEV 035.

Gemäß Praxis des für die Überwachung der Charta zuständigen Ausschusses (ESC-Ausschuss) entfalte die Präambel in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 der Charta eine Diskriminierungsschutzverpflichtung für die Vertragsstaaten im Bereich der Arbeitswelt.²⁴⁸

Deutschland hat zwar die Sozialcharta ratifiziert, nicht aber die revidierte Sozialcharta von 1996²⁴⁹ – hier steht die Ratifikation noch aus, die Unterzeichnung erfolgte im Jahr 2007. Die revidierte Sozialcharta von 1996 beinhaltet für den Diskriminierungsschutz von Menschen, die mit einer chronischen Krankheit leben, drei wichtige inhaltliche Ergänzungen. Zum einen wurde in Art. E der revidierten Charta eine Querschnittsdiskriminierungsschutzklausel eingeführt, die u.a. ein Verbot der Diskriminierung wegen der Gesundheit beinhaltet. Unter den Begriff der „Gesundheit“ im Sinne dieser Bestimmung fallen sowohl eine Behinderung wie auch eine chronische Krankheit.²⁵⁰ In Art. 15 der revidierten Charta werden die emanzipatorischen Rechte von Menschen mit einer Behinderung gestärkt, dazu gehört die Pflicht der Staaten, mit einer Nichtdiskriminierungsgesetzgebung die Eingliederung von Kindern mit einer Behinderung in das allgemeine Schulsystem zu unterstützen.²⁵¹ Weiter zu erwähnen ist das in Art. 23 der revidierten Charta verankerte Recht der älteren Menschen auf sozialen Schutz. Der ESC-Ausschuss erwähnt in diesem Zusammenhang die Pflicht der Staaten, bspw. für Alzheimerkranke geeignete Pflegeeinrichtungen bereit zu stellen.²⁵²

Weder ratifiziert noch unterzeichnet hat Deutschland bis heute (2012) die Bioethik-Konvention.²⁵³ Auch diese Konvention ist indes für den Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit nicht ohne Bedeutung. In Art. 11 der Bioethikkonvention ist ein Diskriminierungsverbot aufgrund des genetischen Erbes verankert.²⁵⁴ Hintergrund dieses Diskriminierungsverbotes bildet die Befürchtung, dass die Ergebnisse von Gentests als Mittel der Selektion und Diskriminierung verwendet werden.²⁵⁵ Eine Diskriminierungsschutzfunktion hat auch die Regelung in Art. 12 der Bioethikkonvention, wonach prädiktive Tests im Zusammenhang mit Arbeits- und Versicherungsverhältnissen unzulässig sind, wenn die Ergebnisse als Entscheidung dienen, einen Vertrag abzuschließen oder nicht abzuschließen oder (zu Ungunsten) der betroffenen Person zu ändern.²⁵⁶

248 De Schutter, S. 29 mit Hinweisen auf die Praxis des Sozialausschusses.

249 Zum Stand der Ratifikationen siehe: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=17/09/2012&CL=GER> (Zugriff: 23.10.12).

250 European Committee on Social Rights, International Association Autism Europe v. France, Complaint No. 13/2002; De Schutter, S. 37.

251 De Schutter, S. 36 mit Hinweisen auf die Praxis des Sozialausschusses.

252 De Schutter, S. 37 mit Hinweisen auf die Praxis des Sozialausschusses.

253 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, SEV-Nr.: 164.

254 Siehe auch Ausführungen zum GenDG hinten, Teil 2. A) 2.4, D) 2.1.

255 Europarat, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, Rz 73.

256 Europarat, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, Rz 86 f.

2.2 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im EU-Recht

2.2.1 Bedeutung der Diskriminierungsverbote der Grundrechtecharta

Seit Inkrafttreten des Lissabonvertrags ist die Grundrechtecharta (GRCh²⁵⁷) für die EU und für die EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung von EU-Recht rechtsverbindlich.²⁵⁸ Art. 21 (GRCh) enthält eine nicht abschließende Auflistung mit nicht weniger als 17 Merkmalen, bei deren Vorliegen Diskriminierung verboten ist. Ausdrücklich aufgeführt sind die Merkmale „Behinderung“ und „genetische Merkmale“, nicht aber „chronische Krankheit“. Auch im EU-Recht ist indes anerkannt, dass die Übergänge zwischen Behinderung und Krankheit fließend sind.²⁵⁹ Zumindest chronische Erkrankungen erfüllen regelmäßig den Tatbestand des Diskriminierungsmerkmals „Behinderung“. Zudem können sich chronische Krankheiten wie Diabetes oder eine HIV-Infektion als „sozial konstruierte“ Behinderungen manifestieren.²⁶⁰ Oft führen nicht allein die Diagnose einer chronischen Erkrankung oder Erkrankung an sich zu Benachteiligungen; erst das Zusammenwirken des Gesundheitszustandes mit Umweltreaktionen wie Vorurteilen gegenüber der Leistungsfähigkeit oder mangelnde Bereitschaft zur Umwelthanpassung führen zu einem Ausschluss aus wichtigen Bereichen der Lebensgestaltung wie Arbeit und Versicherungsschutz.²⁶¹

Erwähnenswert ist weiter Art. 26 GRCh: „Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft“. Art. 26 GRCh ist ebenso wie Art. 21 GRCh diskriminierungsschutzrechtlich aufgestellt, betrifft jedoch spezifisch den Gestaltungsauftrag zum Abbau tatsächlicher Diskriminierung. Art. 26 GRCh basiert auf einem Integrationsverständnis, das auf Partizipation der Menschen mit Behinderung und insbesondere auf die Gestaltung einer barrierefreien Umwelt ausgelegt ist.²⁶² Auch die Ratifikation der UN-Behindertenkonvention durch die EU unterstreicht diese Auslegung. Zwar beinhaltet Art. 26 GRCh keinen grundrechtlichen Anspruch auf Integrationsleistungen, die Union ist jedoch verpflichtet, im Rahmen bestehender Unionskompetenzen die notwendigen Rahmenbedingungen für die Integration von Menschen mit Behinderung zu fördern.²⁶³ In Umsetzung dieser Pflicht und in Anerkennung der Pflichten, die sich für die EU aus der Ratifikation der UN-Behindertenkonvention ergeben, hat die Union im Dezember 2010 eine Strategie für Menschen mit Behinderung für die Jahre 2010 bis 2020 erarbeitet, die eine Reihe von Maßnahmen vorsieht, die eine uneingeschränkte Teilhabe von Menschen mit Behinderung am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben erleichtern sollen.²⁶⁴

²⁵⁷ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, ABl. Nr. C 303 S. 1).

²⁵⁸ Art. 51 GRCh.

²⁵⁹ Jarass, Rz 6 zu Art. 26 GRCh

²⁶⁰ Siehe vorne, insb. Teil 1. B), hinten, Teil 1. C), Teil 2. C) 1.4.

²⁶¹ Siehe vorne, insb. Teil 1. B), hinten, Teil 1. C), Teil 2. C) 1.4.

²⁶² Calliess/Ruffert, Rz 3 zu Art. 26 GRCh.

²⁶³ Art. 26 GRCh ist ein Grundsatz im Sinne von Art. 52 Abs. 5 GRCh.

²⁶⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 15.11.2010, Europäische Strategie zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010-2020: Erneuerteres Engagement für ein barrierefreies Europa, KOM(2010) 636 endgültig.

2.2.2 Richtlinienrecht

Der EU-Gesetzgeber hat den Schutz vor Diskriminierung von Menschen mit Behinderung gestützt auf die Kompetenzgrundlage in Art. 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV²⁶⁵) für den Bereich Beschäftigung und Beruf in der Richtlinie 2000/78/EG²⁶⁶ konkretisiert.²⁶⁷ Noch nicht vom Rat verabschiedet wurde der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung für die Lebensbereiche „Sozialschutz, Bildung, Güter und Dienstleistungen“.²⁶⁸ Das Europäische Parlament stimmte dem Richtlinienvorschlag mit einigen Abänderungen zu, namentlich enthält der Vorschlag des Parlaments auch einen Erwägungsgrund zum Verständnis des Behinderungsbegriffs, der wie folgt lautet: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, geistige, intellektuelle oder sensorische Beeinträchtigungen aufweisen, welche in Wechselwirkung mit umwelt- oder einstellungsbedingten Barrieren diese Menschen daran hindern können, voll, wirksam und gleichberechtigt an der Gesellschaft teilzuhaben“.²⁶⁹ Diese Formulierung lehnt sich eng an die Umschreibung des Behinderungsbegriffs in der UN-Behindertenkonvention an.²⁷⁰

In der Beschäftigungsrichtlinie 2000/78/EG wird der Begriff der Behinderung nicht definiert, auch in den Erwägungsgründen zur Richtlinie finden sich keine Auslegungshinweise. Der EuGH entschied in der Rechtssache *Chacón Navas*, der Behinderungsbegriff sei autonom und einheitlich auszulegen.²⁷¹ Hintergrund des fraglichen Falles *Chacón Navas* bildete die Frage der Zulässigkeit der Kündigung einer erkrankten Arbeitnehmerin nach spanischem Arbeitsrecht. Der Gerichtshof erkannte dabei, eine Krankheit sei von der Behinderung abzugrenzen.²⁷² Eine Behinderung besteht nach dem EuGH in einer Einschränkung – insbesondere aufgrund einer physischen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigung – „die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet“.²⁷³ Als eigentliches „Nadelöhr“ für den Eintritt in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes aufgrund einer Behinderung gemäß der Richtlinie 2000/78/EG stellt sich das Kriterium der „Dauer der Beeinträchtigung“ heraus. Da die Richtlinie in Erwägung Nr. 16 die Maßnahmen zur Anpassung des Arbeitsplatzes an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung als wichtiges Mittel zur Bekämpfung verankert, sei von einer gewissen Dauer der Beeinträchtigung auszugehen.²⁷⁴

265 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957 in der Fassung vom Vertrag von Lissabon vom 13.2.2007.

266 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303 S. 316.

267 Die Liste der Diskriminierungsmerkmale in Art. 19 AEUV ist im Unterschied zu Art. 21 GRCh abschliessend.

268 Europäische Kommission, 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, Brüssel, den 2.7.2008 KOM(2008) 426 endgültig.

269 Europäische Parlament KOM (2008) 426 Abänderung 17.

270 Europäische Grundrechtsagentur, *Der rechtliche Schutz von Menschen mit psychischen Gesundheitsproblemen durch das Antidiskriminierungsrecht*, Wien 2012, S. 17.

271 EuGH vom 11.07.2006, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Rz 40.

272 EuGH vom 11.07.2006, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Rz 44.

273 EuGH vom 11.07.2006, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Rz 43.

274 EuGH vom 11.07.2006, Rs C-13/05, *Chacón Navas*, Rz 45.

Nach der Chacón Navas Rechtssache basiert der Behinderungsbegriff im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG auf drei Elementen:

- | Es muss eine gesundheitliche Einschränkung vorliegen,
- | die sich zweitens auf die Teilhabe der betroffenen Person am Berufsleben auswirkt,
- | die Auswirkung muss von einer gewissen Dauer sein.

Weiterhin ungeklärt sind die Intensität der Teilhabebeeinträchtigung und die Frage der Kausalität zwischen der gesundheitlichen Einschränkung (bzw. der Funktionsbeeinträchtigung) und der Teilhabebeeinträchtigung.²⁷⁵

Eine chronische Erkrankung stellt eine gesundheitliche Einschränkung dar. Sofern und soweit eine Auswirkung von einer gewissen Dauer auf die Teilhabe der betroffenen Person am Berufsleben vorliegt, gilt eine Arbeitnehmende mit chronischer Krankheit als „behindert“ im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG. Wie weit der EuGH einem sozialen Modell der Behinderung folgt, kann aufgrund der Chacón Navas Entscheidung nicht eindeutig festgestellt werden. Immerhin ist auf die Schlussanträge des Generalanwalts hinzuweisen. Er weist darauf hin, dass der Behinderungsbegriff sowohl eine soziale als auch eine medizinische Komponente beinhalte, dabei sei nicht auszuschließen, „dass bestimmte physische oder psychische Einschränkungen in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext den Charakter einer Behinderung haben, in einem anderen aber nicht“.²⁷⁶ Der EuGH hat in seiner Entscheidung zu diesem Punkt zwar nicht Stellung bezogen, d.h., er hat einen Behinderungsbegriff auf der Basis des sozialen Modells²⁷⁷ auch nicht ausdrücklich abgelehnt.²⁷⁸ Deutlicher ist die Definition im Richtlinienvorschlag, die auch „einstellungsbedingte Barrieren“ als Ursache für eine Behinderung betrachtet und damit einem sozialen Modell folgt.²⁷⁹

In der Rechtssache Coleman²⁸⁰ hat der EuGH entschieden, dass der Schutz vor Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG auch einen Schutz für Personen biete, die selbst nicht behindert sind, aber in naher Beziehung zu einer behinderten Person leben und deswegen eine Benachteiligung erfahren. Konkret ging es um eine Mutter eines behinderten Kindes, die durch die Arbeitgeberin wegen ihres Kindes belästigt wurde und von der Arbeitgeberin nicht die notwendigen flexiblen Arbeitszeiten zugebilligt erhalten hatte.²⁸¹ Diese Entscheidung ist mit Blick auf das weite Verständnis des Behinderungsbegriffs im Primärrecht (Art. 21 und 26 GRCh) und im Lichte der Verpflichtungen der EU aus der UN-Behindertenkonvention konsequent. Der Behinderungsbegriff bzw. der in der Richtlinie 2000/78/EG verankerte Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung ist weit auszulegen ist.

275 Siehe hierzu hinten, Teil 2. C) 1.3-1.5.

276 Schlussanträge vom 16. März 2006 im Verfahren EuGH, Rs C-13/05, Ausführungen ab Rz. 59 ff.

277 Ausführung zum sozialen Modell siehe insb. Teil 2. C) 1.4.

278 Pärli, S. 383.

279 Siehe vorne, a.a.O.

280 EuGH vom 17.07.2008, Rs C-306/06, Coleman (siehe vorne, a.a.O.).

281 EuGH vom 17.07.2008, Rs C-306/06, Coleman, Rz 26 (siehe vorne, a.a.O.).

In den zurzeit (Oktober 2012) noch hängigen Vorabentscheidungsverfahren in den verbundenen Rechtssachen C-335/11 und C-337/11 wird der EuGH erneut zur Frage des Behinderungsbegriffs im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG und zur Abgrenzung zwischen Krankheit und Behinderung Stellung nehmen müssen. Namentlich wollen die vorlegenden Gerichte wissen, ob „ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst (ist)?“ und ob auch ein Zustand, der „durch eine ärztlich diagnostizierte vorübergehende Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst (ist)?“ Die Schlussanträge werden am 6.12.2012 verhandelt und daher kaum vor 2013 veröffentlicht werden; deshalb können wir diesen Entscheid im vorliegenden Gutachten nicht mehr berücksichtigen.

2.3 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG)

2.3.1 Der Behinderungsbegriff in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG untersagt die Benachteiligung oder Bevorzugung „wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen“. Satz 2 von Art. 3 Abs. 3 GG verbietet die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung. „(Chronische) Krankheit“ ist als Kategorie in Art. 3 Abs. 3 GG nicht genannt. Hingegen ist zu prüfen, ob „chronische Krankheit“ als (impliziter) Bestandteil des Behinderungsbegriffes in Satz 2 verstanden werden kann.²⁸² Da weder der Begriff der „Behinderung“ noch der Kreis der Berechtigten vom Grundgesetz vom Verfassungsgeber näher bestimmt worden ist, liegt bis heute hierzu keine abschließend klärende Position vor. Nach herrschender Auffassung entspricht der Behinderungsbegriff in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG demjenigen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX.²⁸³ Auch das Bundesverfassungsgericht nimmt in einer Entscheidung von 1997 Bezug auf das SGB IX und definiert Behinderung als „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“. Unter Regelwidrigkeit versteht das BVerfG „ein Zustand, der von dem für das Lebensalter Typischen abweicht; als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten“²⁸⁴.

Eine derartige prinzipielle Anlehnung des Behinderungsbegriffs von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG an denjenigen von § 2 SGB IX greift zu kurz und ist u.E. nicht sachgemäß. Denn konzeptionell unterscheiden sich die grundrechtlichen Diskriminierungsverbote im Grundgesetz und das Sozialgesetzbuch auf grundsätzliche Weise. Während der Behinderungsbegriff im Sozialgesetzbuch einer sozialrechtlichen Perspektive entspringt, folgt der Behinderungsbegriff in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG einem grund- bzw. diskriminierungsschutzrechtlichen Zweck.²⁸⁵ Dies ergibt sich sowohl aus dem Grundgesetz selbst als auch

²⁸² Dazu hinten, Teil 2. C).

²⁸³ Dreier-Heun, Art. 3 Rn. 135; Herdegen, Diskriminierungsschutz; S. 33; Buch, S. 195 f.

²⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.10.1997 – 1 BvR 9/97-, juris Rn 65. Übernommen in VG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2011 – 13 K 1683/11; OVG Lüneburg, Urteil vom 31.07.2012 – 5 LB 33/11; VG Hannover, Urteil vom 19.11.2009 – 13 A 6085/08.

²⁸⁵ Siehe hinten, Teil 2. C).

aus den einschlägigen völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten wie z.B. dem der BRK,²⁸⁶ die nach aktueller Rechtsprechung des BVerfG „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann“.²⁸⁷ Auch die EU-GRCh sowie die Richtlinie 2000/78/EG entsprechen dieser Konzeption.²⁸⁸ Dies hat zur Folge, dass sich eine völker-, unions- und grundrechtliche Interpretation des in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verankerten Behinderungsbegriffs am sozialen Modell orientieren muss.²⁸⁹ Konkrete Bedeutung hat dies insbesondere für die den Behinderungsbegriff prägenden Kriterien der „Dauerhaftigkeit einer Funktionsbeeinträchtigung“ bzw. der „Dauerhaftigkeit der Teilhabebeeinträchtigung“ und der „Kausalität zwischen der Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung“. Eine Teilhabebeeinträchtigung muss nicht mehr zwingend sechs Monate dauern, um als Behinderung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu gelten.²⁹⁰ Zudem kann die Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe sowohl direkt auf die Funktionsbeeinträchtigung als auch aufgrund einer einstellungsbedingten Zuschreibung zurückgeführt werden, damit eine Behinderung im Sinne des Grundgesetzes vorliegt.²⁹¹

Vor diesem Hintergrund ist „(chronische) Krankheit“ vom Behinderungsbegriff in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erfasst, soweit die chronische Krankheit eine substantielle Beeinträchtigung in der gesellschaftlichen Teilhabe zur Folge hat.²⁹²

2.3.2 Abwehransprüche

Auf subjektiv-rechtlicher Ebene²⁹³ begründet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein subjektives grundrechtliches Abwehrrecht gegenüber dem Staat.²⁹⁴ Untersagt ist sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Benachteiligung.²⁹⁵ Für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen einer Behinderung braucht es zwingende Gründe,²⁹⁶ die nach Maßgabe verfassungsimmanenter Grenzen im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bestimmen sind.²⁹⁷ Dies umfasst nach vorliegender Auffassung in Anlehnung an die BRK auch angemessene Vorkehrungen im Sinne eines individuellen Nachteilsausgleichs. Eine solche Position fügt sich in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der eine unzulässige Benachteiligung nicht nur dann vorliegt, wenn die Situation des Behinderten verschlechtert wird, „indem ihm etwa der tatsächlich mögliche Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen verwehrt oder Leistungen, die grundsätzlich jedermann zustehen, verweigert werden. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentli-

286 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1.

287 BVerfG, 2 BvR 882/09, Rn 52. Für eine Übersicht zu den Entscheiden, in denen auf die BRK Bezug genommen wird Aichele, BRK.

288 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

289 Ausführlich zu den Modellen hinten, Teil 2. C).

290 Däubler/Bertzbach-Däubler (Hg.), Einleitung, insb. Rn 76 ff. Nähere Ausführungen dazu hinten, Teil 2. C) 1.5.

291 Ausführlich dazu hinten, Teil 2. C) 1.4.

292 Ausführlich dazu hinten, Teil 2. C) 1.1 ff.

293 Dazu BVerfGE 40, 121 (133); vgl. auch Sachs, RdJB 1996; Dreier-Heun, Art. 3 Rn 134. So versteht sich etwa das SGB IX als Umsetzung des Benachteiligungsverbots des Art. 3 III 2 im Bereich des Sozialrechts (BT-Dr 14/5074 S. 92; 14/5800 S. 23).

294 Sachs-Osterloh, Art. 3 Rn 305.

295 BVerfGE 96, 288 (312 f.).

296 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn 84; BK-Rüfner, Art. 3 II und III (1996) Rn. 876; Herdegen, Der neue Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz; Sachs-Osterloh, Art. 3 Rn 314; BVerfG 3, 76.

297 Sachs-Osterloh, Art. 3 Rn 314.

che Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird²⁹⁸.

2.3.3 Indirekte Ausstrahlung auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten

Auf objektiv-rechtlicher Ebene²⁹⁹ verpflichtet Art. 3 Abs. 3 GG zu einer mit Art. 3 Abs. 2 GG konformen Auslegung und Anwendung des einfachen Verwaltungsrechts, die darauf zielt, eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu vermeiden³⁰⁰, die Behörden in ihrem Ermessen zum Schutz gegen Diskriminierung zu ermächtigen³⁰¹ und Generalklauseln in der gesamten Rechtsordnung entsprechend auszufüllen.³⁰² U.a. gilt es im Zuge dieser grundrechtlichen Ausstrahlung auf das Gesetzesrecht Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nach der sogenannten Schutzpflichtenlehre auch im Rahmen des Privatrechts zu berücksichtigen.³⁰³ Zwar lässt sich eine unmittelbare Drittwirkung im Sinne der Ausstrahlung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen bzw. originäre Leistungsansprüche nach herrschender Auffassung nicht herleiten,³⁰⁴ auch wenn Verpflichtungen zum Erlass schützender Normen durch richterliche Lückenfüllung u.E. dort denkbar sind, wo die Rechtsordnung offensichtlich defizitär ist.³⁰⁵ Hingegen ist Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Rahmen der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts zu berücksichtigen (mittelbare Drittwirkung).³⁰⁶ Vorrang hat Art. 3 Abs. 3 GG etwa über die zivilrechtlichen Generalklauseln, wenn Private Leistungen oder Waren öffentlich anbieten,³⁰⁷ oder weitere privatrechtliche Bestimmungen wie z.B. § 906 BGB.³⁰⁸ Zudem ist die Ausstrahlung des Behinderungsbegriffs in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf die einschlägigen Bestimmungen des AGG, des SGB IX und des allgemeinen Privatrechts zu klären.³⁰⁹

2.4 Diskriminierungsschutz für Menschen mit chronischer Krankheit im Gesetz

2.4.1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Wie in den einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten und im GG ist auch im AGG „chronische Krankheit“ nicht ausdrücklich als Dimension genannt. Auch hier stellt sich also die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen „chronische Krankheit“ unter „Behinderung“ gefasst werden kann. Nach derzeit herrschender Auffassung lehnt sich der Behinderungsbegriff des AGG an denjenigen des SGB IX.³¹⁰ Wie bereits erwähnt, ist diese prinzipielle Koppelung zwischen dem AGG und

298 BVerfGE 96, 288 (303 ff.); ähnlich BVerfG v. 14.08.1997 – 6 B 34/97.

299 Dazu BVerfGE 40, 121 (133); vgl. auch Sachs, RdJB 1996; Dreier-Heun, Art. 3 Rn 134. So versteht sich etwa das SGB IX als Umsetzung des Benachteiligungsverbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Bereich des Sozialrechts (BT-Dr 14/5074 S. 92; 14/5800 S. 23).

300 Sachs, § 126 Rn 120. Vgl. hierzu auch BVerfGE, 49, 280 (284 f.).

301 Stern, S. 951.

302 Sachs, § 126, Rn 121.

303 Stern, S. 924 f.; Jarass, Art. 3 Rn 44, 6; Starck, Art. 3 Rn 256; BVerfGE 96, 304; 99, 356; BVerfG, NJW 2000, 2659; ErfK-Dieterich, Art. 3 GG Rn 68 ff.; Lingscheid, S. 39.

304 Dreier-Neun, Art. 3 Rn. 138; Starck, Art. 3 Rn. 347; Rädler NJW 1998, 1621; Sachs-Osterloh, Art. 3 Rn. 307.

305 Zurückhaltend Sachs, § 126, Rn. 122.

306 Vgl. etwa Caspar, EuGRZ 2000, S. 135 (140ff.); Hagmann, Verbot, S. 51 ff.; Straßmair, Gleichheitssatz, S. 262 ff.; BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), JuS 2000, 1220 (1221); BT-Drs. 12/8165, S. 29.

307 Bezenberger, S. 395 ff.; Starck, Art. 3 Rn 341; Dreier-Heun, Art. 3 Rn. 138.

308 Sachs-Osterloh, Art. 3 Rn. 307. Interessant etwa auch der Anspruch auf Ausnahme vom Hundehaltungsverbot (BayObG, NJW-RR 2002, 226).

309 Siehe hinten, insb. Teil 2. D) 5.1.

310 BAG vom 03.04.2007 – 9 AZR 823/06 – BAGE 122, 54; BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, 5 C 16.10, Rdnr. 15; Schleusener/Suckow/Voigt-Schleusener, § 1 Rn 66. Inwiefern dies nach Ratifizierung der BRK noch angemessen ist, wird weiter hinten behandelt.

dem SGB IX zu hinterfragen.³¹¹ Unseres Erachtens ist der Behinderungsbegriff im AGG im Sinne der völkerrechtlichen Vorgaben – insbesondere der BRK – zu interpretieren; ebenso zu berücksichtigen ist die EU-GRCh und die Richtlinie 2000/78/EG. Dies hat zur Folge, dass das AGG einem sozialen Modell folgt und § 1 AGG auf impliziter Ebene auch chronische Krankheiten erfasst, soweit diese eine Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe zur Folge haben, die unmittelbar oder mittelbar auf die Funktionsbeeinträchtigung zurück zu führen ist.³¹² Darüber hinaus können auch die weiteren AGG-Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung von Bedeutung sein, wenn Menschen aufgrund chronischer Krankheit benachteiligt werden.³¹³ Die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe wird denn auch in § 4 AGG thematisiert.

Das AGG untersagt sowohl die unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 und 2 AGG). Eine Benachteiligung bzw. unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs. 1). Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten. § 10 wird im Rahmen des Gutachtens nicht behandelt da einzig direkte und nicht mittelbare Benachteiligungen aufgrund des Alters davon erfasst sind. Im Rahmen zivilrechtlicher Verhältnisse gelangen die §§ 19-21 AGG zur Anwendung.

Für die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung muss nach § 20 AGG ein sachlicher Grund vorliegen. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient (§ 20 Abs. 1 Ziff. 1), dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt (§ 20 Abs. 1 Ziff. 2) und besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt (§ 20 Abs. 1 Ziff. 3). Eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung bei Prämien oder Leistungen im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen gemäß § 19 Abs. 1 Ziff. 2 AGG ist nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen (§ 20 Abs. 2 Satz 2 AGG).³¹⁴

311 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.3. Ausführlich hinten, Teil 2. C) 1.

312 Siehe hinten, Teil 2. C) 1.4.

313 Beispielsweise können Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit insbesondere Menschen in höherem Alter vergleichsweise häufiger treffen. Auch konnte gezeigt werden, dass Vorurteile gegenüber Menschen mit chronischer Krankheit nach Geschlecht, sexueller Orientierung und Herkunft variieren können bzw. sich möglicherweise in Art und Ausmaß unterschiedlich auswirken. Für eine eingehende Darstellung der Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung siehe unter vielen Hey-Beitze, § 1 Rn 2 ff.

314 Ausführlich dazu hinten, Teil 2. D) 2.1 und 2.5.

Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt (§ 4).

2.4.2 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX)

Neben dem AGG stellt das SGB IX zentraler Bestandteil des Schutzes vor Benachteiligung aufgrund einer Behinderung dar. Da das SGB IX Menschen mit chronischer Krankheit mit Ausnahmen (§ 3, § 26 Abs. 1 Ziff. 1) nicht explizit erfasst, stehen die Fragen im Zentrum, ob und inwiefern Menschen mit tatsächlicher oder zugeschriebener (prädispositioneller) chronischer Krankheit dem in § 2 festgelegten Behinderungs- (Abs. 1) bzw. Schwerbehinderungsbegriff (Abs. 2-3) unterstehen. § 2 SGB bildet vier Kategorien von Behinderung:

- | Abs. 1 Satz 2 (Kategorie „von Behinderung bedroht“): Menschen sind anlehndend an Abs. 1 Satz 2 von Behinderung bedroht, „wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist“.
- | Abs. 1 Satz 1 (Kategorie „Behinderung“): Anlehndend an die „Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit (Functioning), Behinderung (Disability) und Gesundheit (Health), ICF“ sind Menschen nach § 2 Abs. 1 SGB IX 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“.
- | Abs. 2 (Kategorie „Schwerbehinderung“): Menschen sind „schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung (GdB)³¹⁵ von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzesbuches haben“.
- | Abs. 3 (Kategorie „gleichgestellte behinderte Menschen“ bzw. „der Schwerbehinderung gleichgestellte Menschen mit Behinderung“): „Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung eines geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 nicht erlangen oder nicht behalten können“.

Menschen mit chronischer Krankheit können je nach Konstellation – bzw. GdB – allen Kategorien unterliegen.³¹⁶

Für Menschen mit chronischer Krankheit von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob sie als Schwerbehinderte oder als den Schwerbehinderten im Sinne von § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt³¹⁷ gelten oder nicht. Besonders bedeutend ist dies deshalb, weil den Arbeitgebenden spezielle Pflichten gegenüber Menschen mit Schwerbehinderung auferlegt sind: So haben Arbeitgebende mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen im Sinne des § 73 auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwer-

³¹⁵ Ausführlich dazu hinten, Teil 2. D) 2.3.

³¹⁶ Siehe hinten, Teil 2. C) 2.3.

³¹⁷ Siehe etwa BAG, Urteil vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09.

behinderte Menschen zu beschäftigen und Arbeitgebende mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 40 Arbeitsplätzen jahresdurchschnittlich je Monat einen schwerbehinderten Menschen und Arbeitgebende mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 60 Arbeitsplätzen jahresdurchschnittlich je Monat zwei schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen (§ 71 Abs. 1). Weiter unterliegen Menschen mit Schwerbehinderung nach §§ 85-92 einem besonderen Kündigungsschutz. Zudem haben Arbeitgebende nach § 82 Satz 2 und 3 SGB IX die Pflicht, Menschen mit Schwerbehinderung zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, ausser es fehlt ihnen offensichtlich an der fachlichen Eignung.³¹⁸

Vor dem Hintergrund des SGB IX von Interesse ist weiter die Frage des Verhältnisses zwischen „drohender Behinderung“ und genetischer Prädisposition bzw. ob und ab welchem Zeitpunkt eine genetische Prädisposition chronischer Krankheit als eine drohende Behinderung bezeichnet wird. So werden gemäß § 26 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SGB IX bereits vor Ausbruch einer chronischen Krankheit besondere Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erbracht, die erforderlich sind, um „Behinderungen einschließlich chronischer Krankheiten abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, auszugleichen, eine Verschlimmerung zu verhüten“ (Ziff. 1) und „Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern, eine Verschlimmerung zu verhüten sowie den vorzeitigen Bezug von laufenden Sozialleistungen zu vermeiden oder laufende Sozialleistungen zu mindern“ (Ziff. 2). Die Leistungen beziehen sich somit maßgeblich auch auf die Behandlung von Krankheiten, die zu Behinderung einschließlich chronischer Erkrankung führen können.³¹⁹

Bedeutsam ist schließlich die besondere Erwähnung von behinderten und von Behinderung bedrohten Frauen und Kinder (§ 1 Satz 2). Werden Frauen mit prädispositioneller oder bestehender chronischer Krankheit vom Behinderungs- oder Schwerbehinderungsbegriff nach § 2 erfasst, hat dies Auswirkungen auf die Familienpflichten, Erziehungsaufgaben und geschlechtsspezifischen Anforderungen an Art, Umfang und Durchführung der Leistungen nach SGB IX.³²⁰ Zudem sind schwerbehinderte Frauen im Rahmen der Quotenregelung nach § 71 Abs. 1 besonders zu berücksichtigen. Bei Kindern mit Behinderung ergeben sich die besonderen Bedürfnisse aus der noch nicht abgeschlossenen körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung. Diese besonderen Bedürfnisse sind im Rahmen von Teilhabeleistungen nach SGB IX zwingend zu berücksichtigen. So sollen nach § 4 Abs. 3 und § 19 Abs. 2 und 3 SGB IX Leistungen für behinderte und von Behinderung bedrohte Kinder so geplant und gestaltet werden, dass nach Möglichkeit Kinder nicht von ihrem sozialen Umfeld getrennt und gemeinsam mit nicht behinderten Kindern betreut werden können. Weiter sind nach § 26 Abs. 2 Ziff. 2 Leistungen zur medizinischen Früherkennung und Frühförderung behinderter

318 Siehe etwa BAG, Urteil vom 07.04.2011, 8 AZR 679/09; BAG, Urteil vom 21.07.2009 – 9 AZR 431/08, Rdnr. 22; BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, 5 C 16.10; Rn 10, 18 f. Selbst wenn sich die Arbeitgeberin aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerbende seien so gut geeignet, dass der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl kommen könne, muss sie den schwerbehinderten Bewerber einladen, damit jener die Arbeitgeberin im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung ggf. überzeugen kann und wohl auch, damit sich Menschen mit Schwerbehinderung zumindest nicht von vornherein im Bewerbungsverfahren ausgegrenzt fühlen müssen (VG Freiburg vom 10.05.2011 – Az. 5 K 989/10, R 30).

319 Kossens/von der Heide/Maaß-Gerke, § 27 Rn 1 ff.

320 Kossens/von der Heide/Maaß-Götz, § 1 Rn. 14.

und von Behinderung bedrohter Kinder zu erbringen. Dabei werden Kinder mit Behinderung alters- und entwicklungsentsprechend an der Planung und Ausgestaltung der einzelnen Hilfen beteiligt und ihre Sorgeberechtigten intensiv in die Planung und Gestaltung der Hilfen miteinbezogen. Falls notwendig sollen Leistungen unter Einbeziehung familienentlastender und -unterstützender Dienste erbracht werden.³²¹ Demzufolge können auch Kinder mit chronischen Krankheiten wie z.B. Asthma, Diabetes etc. von den entsprechenden Leistungen profitieren.

2.4.3 Arbeitsrecht

a) § 75 Abs. 1 BetrVG

Nach § 75 Abs. 1 BetrVG sind Arbeitgebende verpflichtet dafür zu sorgen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden.³²² Insbesondere müssen Arbeitgeber_innen und Betriebsrat gewährleisten, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung³²³, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt.³²⁴ „Chronische Krankheit“ ist zwar nicht als ausdrückliches Merkmal genannt. Hingegen stellt sich neben dem Zusammenhang mit dem Behinderungsbegriff³²⁵ – der auch im Rahmen des AGG und SGB IX zu klären ist – die Frage, ob Benachteiligungen aufgrund einer chronischen Krankheit den Grundsatz der Billigkeit verletzen. Angesichts der Stigmatisierungen und der Einschränkungen, die mit chronischen Krankheiten verbunden sind³²⁶, und angesichts der Tatsache, dass es sich bei „chronischer Krankheit“ um ein Merkmal handelt, das nicht aufgegeben werden kann, rechtfertigt es sich, auch chronische Krankheit als implizite Kategorie im nicht abschließenden Katalog von § 75 Abs. 1 BetrVG zu fassen, auch unabhängig davon, ob eine chronische Krankheit eine Behinderung darstellt oder nicht.

b) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Der aus Art. 3 GG richterrechtlich abgeleitete arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Arbeitgebenden dazu, Arbeitnehmende, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gleich zu behandeln. Er verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmender und darüber hinaus auch die sachfremde Gruppenbildung bzw. Kategorisierung.³²⁷ Somit kann eine Differenzierung nach (chronischer) Krankheit den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Hingegen liegt der Rechtfertigungsmaßstab relativ niedrig, da der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz jeden „sachlichen Grund“ für eine Differenzierung genügen lässt.³²⁸ Hinzu kommt, dass nach herrschender Position der arbeitsrechtliche Gleichbe-

321 Kossens/von der Heide/Maaß-Götz, § 1 Rn. 15.

322 Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching-Werner, BeckOK BetrVG, § 75 Rn. 1ff.

323 BAG, NZA 2011, 153 – NJW 2011, 550.

324 Abbo Junker, Die Verrechtlichung der Einstellung, NZA-Beilage 2012, 27-33, S. 31 f. Aus der Rechtsprechung siehe u.a. BAG, NZA 2010, 159 = NJW 2010, 554 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41.; BAG, NZA 2010, 383 = AP AGG § 7 Nr. 3. (siehe dazu Bayreuther, NZA 2010, 679); BAG, NZA 2010, 872; BAG, NZA 2010, 1129 = NJW 2010, 2970; BAGE 131, 342 = NZA 2010, 222 = AP AGG § 3 Nr. 1; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 28.02.2012 – 3 Sa 473/11.

325 Siehe auch ArbG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2009 – 5 Ca 5101/08.

326 Siehe Ausführungen zur Konzeption des Diskriminierungsschutzes, Teil 1. C).

327 Fuchs, S. 382; Däubler/Bertzbach-Däubler, Einleitung, Rn 60.

328 Wiedemann, S. 266.

handlungsgrundsatz die Anstellung nicht erfasst und bei Kündigungen seine Anwendung nur eingeschränkt möglich ist.³²⁹

c) Gendiagnostikgesetz (GenDG)

Gemäß § 21 Abs. 1 GenDG darf der Arbeitgeber Beschäftigte bei einer Vereinbarung oder Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht wegen ihrer oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person benachteiligen. Dies gilt auch, wenn sich Beschäftigte weigern, genetische Untersuchungen oder Analysen bei sich vornehmen zu lassen oder die Ergebnisse bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen zu offenbaren. Auf prozessualer Ebene gelangen die Regelungen des AGG zu Entschädigung und Schadenersatz (§ 15 AGG) und zur Beweislast (§ 22 AGG) zur Anwendung.

Zur Absicherung der Wirksamkeit des Benachteiligungsverbot es aufgrund genetischer Merkmale darf der Arbeitgeber von Beschäftigten weder vor noch nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen (§ 19 Abs. 1 GenDG) oder die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen, solche Ergebnisse entgegennehmen oder verwenden (§ 19 Abs. 2 GenDG). Nach § 20 GenDG untersagt sind weiter die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen (Abs. 1 Ziff. 1) und die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen zu verlangen, solche Ergebnisse entgegenzunehmen oder zu verwenden (Abs. 1 Ziff. 2).

Abweichend von § 20 Abs. 1 GenDG sind nach § 20 Abs. 2 GenDG im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen diagnostische genetische Untersuchungen durch Genproduktanalysen zulässig, soweit sie zur Feststellung genetischer Eigenschaften erforderlich sind, die für schwerwiegende Erkrankungen oder schwerwiegende gesundheitliche Störungen, die bei einer Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz oder mit einer bestimmten Tätigkeit entstehen können, ursächlich oder mitursächlich sind. Als Bestandteil arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen sind genetische Untersuchungen jedoch nachrangig zu anderen Maßnahmen des Arbeitsschutzes.

2.4.4 Versicherungsrecht

a) Versicherungsgesetz (VVG) und Versicherungsaufsicht (VAG)

Vorerkrankungen und Erkrankungen sind nach §§ 19 ff. VVG im Rahmen der Antragsstellung gegenüber dem Versicherungsunternehmen anzuzeigen. Dies darf hingegen nicht zu einer Verletzung von § 19 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG führen. Absolut unzulässig sind – gemäß § 81e VAG – einzig Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationen, die auf die Staatsangehörigkeit der Versicherungsnehmer_innen oder Versicherten oder auf deren Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe abstellen. Weiterführende Kategorisierungen – so etwa nach Krankheit – sind nach herrschender

³²⁹ Wiedemann, S. 265 ff.

Lehre nicht von Bedeutung.³³⁰ Des Weiteren gelten die Bestimmungen des GenDG und des AGG.³³¹

b) Gendiagnostikgesetz (GenDG)

Besonders geregelt ist die Problematik der Selektion nach genetischer (Prä-)Disposition. Gemäß § 18 des GenDG darf der Versicherende von Versicherten weder vor noch nach Abschluss des Versicherungsvertrages die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen (Abs. 1 Ziff. 1) oder die Mitteilung von Ergebnissen oder Daten aus bereits vorgenommenen genetischen Untersuchungen oder Analysen verlangen oder solche Ergebnisse oder Daten entgegennehmen oder verwenden (Abs. 1 Ziff. 2). Ausnahme bilden die Lebensversicherung, die Berufsunfähigkeitsversicherung, die Erwerbsunfähigkeitsversicherung und die Pflegerenteversicherung, sofern eine Leistung von mehr als 300.000 Euro oder mehr als 30.000 Euro Jahresrente vereinbart wird.

2.4.5 Unbestimmte Rechtsbegriffe des Zivilrechts

a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

In Praxis und Literatur wird – anschließend an die Rechtsprechung des BAG zum ehemaligen § 611a BGB³³² – das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Anknüpfungspunkt für den Schutz vor Diskriminierungen unterschiedlicher Kategorien genutzt. Insbesondere die Verweigerung eines Vertragsabschlusses soll auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Betroffenen einen Anspruch auf Ersatz auch des immateriellen Schadens gewähren.³³³ Angesichts der Tatsache, dass eine „chronische Krankheit“ ein elementarer Aspekt der Persönlichkeit darstellt³³⁴, stellt die Verweigerung eines Vertrages wegen chronischer Krankheit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar.³³⁵ Rechtlich von besonderer Bedeutung ist dies in Fällen, in denen keine Behinderung im Sinne von § 1 AGG vorliegt.

b) Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Ein weiterer Anknüpfungspunkt des Benachteiligungsschutzes ist der Grundsatz von Treu und Glauben. Gemäß § 242 BGB sind Schuldner vertraglicher Leistungen verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Anlehnend an die Rechtsprechung im Arbeitsrecht zum Kündigungsschutz geht es v.a. darum die Vertragsparteien vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhende Handlungen zu schützen – z.B. vor Diskriminierungen i.S.v. Artikel 3 Abs. 3 GG.³³⁶ Der Willkürvorwurf scheidet aber dann aus, wenn ein irgendwie gearteter einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt.³³⁷ Rechtlich bedeutsam ist § 242 BGB auch hier ausschließlich in denjenigen Fallkonstellationen, in denen keine Behinderung im Sinne von § 1 AGG vorliegt. Darüber hinaus gelten Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheiten, die keine Behinderung darstellen,

330 Däubler/Bertzbach-Däubler, Einleitung, Rn 61.

331 Hierzu ausführlich hinten, Teil 2. D) 2.1.

332 Etwa BAG 02.12.1992 – 4 AZR 152/92 – AP § 23a BAT Nr. 28; MüKo-Müller-Glöge, § 611a BGB Rn 25 ff.

333 Däubler, Kap. 11 Rn 141; Säcker, S. 27.

334 Siehe vorne, Teil 1. C).

335 Vgl. hierzu etwa Neuner, NJW 200, 1822, 1824; Däubler/Bertzbach-Däubler, Einleitung, Rn 64 f.

336 Mit Verweis auf BVerfG 27.01.1998 – 1 BvI 15/97 – BVerfGE 97, 169.

337 Mit Verweis auf BAG – 5 AZR 360/99 vom 25.04.2001, NZA 2002, 87; LAG Berlin vom 28.05.2002, 3 Sa 442/02. In diesem Sinne auch ArG Berlin, Urteil vom 21.07.2011, 17 Ca 1102/11, S. 3.

immer dann als eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, wenn hierfür kein sachlicher Grund angegeben werden kann.

c) Grundsatz der „guten Sitten“ (§§ 138, 826 BGB)

Der Grundsatz der „guten Sitten“ (§ 138, § 826 BGB) wird als rechtliche Grundlage genutzt, um gegen diskriminierendes Handeln seitens Privater vorzugehen.³³⁸ Gemäß § 826 BGB ist wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Der Begriff der guten Sitten wird durch die der Rechtsordnung immanenten ethischen Werte und Prinzipien bestimmt, worunter auch völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote mit erfasst sein können.³³⁹ Insofern lässt sich mit guten Gründen fragen, ob eine Benachteiligung aufgrund einer chronischen Krankheit, die ohne jegliche sachliche Rechtfertigung geschehen, als eine sittenwidrige Handlung einzustufen ist, die eine Haftung nach § 826 BGB auslöst. Ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht vorausgesetzt.³⁴⁰

B) „Chronische Krankheit“ als explizite sozialrechtliche Kategorie im Sozialgesetzbuch

„Chronische Krankheit“ wird mit Ausnahme des SGB IX in keiner der im vorliegenden Gutachten zu untersuchenden Bestimmungen explizit als Kategorie genannt.³⁴¹ § 3 SGB IX und § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erwähnen „chronische Krankheit“ im Kontext der Prävention bzw. der medizinischen Rehabilitation. Hierbei handelt es sich nicht um eine diskriminierungsschutzrechtliche, sondern eine sozialrechtliche Dimension. Folglich werden in knappen Worten das Begriffsverständnis von „chronischer Krankheit“ nach SGB IV und von „schwerwiegender chronischer Krankheit“ nach SGB V herausgearbeitet.

1. „Chronische Krankheit“ nach SGB IX

Wie bereits erläutert³⁴², werden in der medizinischen Begriffsbildung diejenigen Krankheiten als chronisch bezeichnet, „deren Dauer regelmäßig als unbestimmt und oft den Rest des Lebens umfassend vorherzusagen ist und aus dem ständige Lasten entstehen“³⁴³. Bei chronischen Krankheiten handelt es sich in der Regel um Krankheiten, aufgrund derer die betroffenen Personen in medizinischer Dauerbehandlung sind, auch wenn die Konsultation medizinischer Leistungen in ihrer Häufigkeit und Intensität je nach Krankheit, Verlauf und Person stark variiert.

338 So etwa rügte der Kläger in einem Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 21. Juli 2011, dass die Kündigung während der Probezeit gegen die guten Sitten verstoße, da eine Kündigung aufgrund einer Krankheit, die nicht die Tätigkeit des Angestellten beeinflussen könne, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche (ArG Berlin, Urteil vom 21.07.2011, 17 Ca 1102/11, S. 3.).

339 Vgl etwa Erman/Palm, § 138 Rn 101; MüKo-Mayer-Maly/Armbrüster zum BGB, § 138 Rn 16; MüKo-Staudinger/Sack, § 138 BGB Rn 44.

340 Palandt-Sprau, 68. Aufl., § 826 BGB Rn 11.

341 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.

342 Siehe vorne, Teil 1. A) 1.

343 Igl/Welti-Raspe, S. 239. Siehe vorne, Teil 1. A) 1.

Im SGB IX wird der Begriff der „chronischen Krankheit“ im Kontext der Prävention und der medizinischen Rehabilitation gemeinsam mit demjenigen der „Behinderung“ genannt.³⁴⁴ Nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 und 2 werden „zur medizinischen Rehabilitation behinderter und von Behinderung bedrohter Personen die erforderlichen Leistungen erbracht, um Behinderungen einschließlich chronischer Krankheiten abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, auszugleichen, eine Verschlimmerung zu verhüten (Nr. 1) oder Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern, eine Verschlimmerung zu verhüten sowie den vorzeitigen Bezug von laufenden Sozialleistungen zu vermeiden oder laufende Sozialleistungen zu mindern“.

Damit wird deutlich, dass „chronische Krankheit“ sowohl Bezüge zu „Krankheit“ als auch zu „Behinderung“ aufweist. Unklar jedoch ist, ob das Verständnis von „chronischer Krankheit“ nach § 26 Abs. 1 enger ist als die medizinische Begrifflichkeit, indem es einschränkend nur diejenigen chronischen Krankheiten erfasst, die zugleich eine Behinderung darstellen. Eine grammatikalische Auslegung führt zu keiner abschließenden Klärung, da mit „(...) einschließlich (...)“ nach § 26 Abs. 1 auch „zusätzlich“ gemeint sein kann. Daher ist u.E. die in der Literatur vertretene Auffassung, dass „chronische Krankheit“ im Sinne des SGB IX lediglich die spezifisch medizinischen Aspekte von Behinderung betreffen,³⁴⁵ nicht zwingend. Das Vorliegen einer „Behinderung“ ist keine Voraussetzung für das Vorliegen einer „chronischen Krankheit“ nach § 26 Abs. 1 SGB IX, ebenso wenig wie eine Behinderung eine chronische Krankheit voraussetzt. Vielmehr bezweckte der Gesetzgeber neben Menschen mit Behinderung auch Menschen mit chronischer Krankheit vom SGB IX zu erfassen, sofern diese nicht ohnehin auch als behindert gelten.³⁴⁶ Dies entspricht denn auch dem Sinn und Zweck des SGB IX, die sozialen Risiken der Desintegration und Minderung der selbstbestimmten Lebensführung frühzeitig abzufedern.

Nicht alle Menschen mit chronischer Krankheit haben Anspruch auf Leistungen nach SGB IX. Menschen mit chronischer Krankheit können einzig dann Leistungen nach SGB IV beziehen, wenn sie auf der Grundlage von Erfahrungswerten aufgrund ihrer chronischen Krankheit dem Risiko ausgesetzt sind, künftig in der gesellschaftlichen Teilhabe beeinträchtigt zu sein. Die Ausrichtung präventiver (§ 3) und kompensatorischer (§ 4) Leistungen bezwecken, behinderungs- und krankheitsbedingten gesellschaftlichen Teilhabestörungen entgegenzuwirken. In diesem Sinne werden nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 und 2 „zur medizinischen Rehabilitation behinderter und von Behinderung bedrohter Personen die erforderlichen Leistungen erbracht, um Behinderungen einschließlich chronischer Krankheiten abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, auszugleichen, eine Verschlimmerung zu verhüten (Nr. 1) oder Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern, eine Verschlimmerung zu verhüten sowie den vorzeitigen Bezug von laufenden Sozialleistungen zu vermeiden oder laufende Sozialleistungen zu mindern“. Eine Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe ist also nicht erforderlich. Hingegen ist es notwendig, dass eine solche mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit droht.³⁴⁷

³⁴⁴ § 3 SGB IX (vgl. hierzu Bieback, ZSR 2003, S. 403, 407 f.); § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX (vgl. hierzu BT-Drucks. 15/4575, S. 39).

³⁴⁵ So Welti, S. 43.

³⁴⁶ Siehe hinten, Teil 2. C).

³⁴⁷ Fuchs, S. 2; anderer Meinung Mrozynski. Vgl. auch BT-Drucks. 14/5074 S. 98.

Demnach besteht noch kein Anspruch auf Leistungen nach SGB IX, wenn eine leichte Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe vorliegt (etwa durch eine diskriminierende Kündigung einer Stelle), die ausschließlich über eine einstellungsbedingte soziale Zuschreibung realisiert wird. Insofern ist das Begriffsverständnis der (drohenden) Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe etwas anders gelagert als dasjenige des AGG, das einer antidiskriminierungsrechtlichen Intention folgt.³⁴⁸ Zumindest theoretisch gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass Menschen mit chronischer Krankheit einstellungsbedingten Barrieren wie Vorurteilen und Stigmatisierung ausgesetzt sind und dadurch möglicherweise das Risiko der Einschränkung der Erwerbsfähigkeit erhöht wird.

2. „Schwerwiegende Chronische Krankheit“ nach SGB V

§ 62 Abs. 1 Satz 2 SGB V spricht von schwerwiegender chronischer Krankheit. Darauf Bezug nehmend definiert der Gemeinsame Bundesausschuss zur Definition schwerwiegender chronischer Krankheiten im Sinne des § 62 SGB V Krankheiten als *schwerwiegend* chronisch, wenn die erkrankte Person „(...) wenigstens ein Jahr lang mindestens einmal pro Quartal ärztlich behandelt wurde (Dauerbehandlung) und eines der folgenden Merkmale aufweist: a) Es liegt eine Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 2 oder 3 nach dem zweiten Kapitel SGB XI vor. b) Es liegt ein Grad der Behinderung (GdB) oder eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von mindestens 60% nach § 56 Abs. 2 SGB VII vor, wobei der GdB bzw. die MdE zumindest auch durch die Krankheit nach Satz 1 begründet sein muss. c) Es ist eine kontinuierliche medizinische Versorgung (ärztliche oder psychotherapeutische Behandlung, Arzneimitteltherapie, Behandlungspflege, Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln) erforderlich, ohne die nach ärztlicher Einschätzung eine lebensbedrohliche Verschlimmerung, eine Verminderung der Lebenserwartung oder eine dauerhafte Beeinträchtigung der Lebensqualität durch die aufgrund der Krankheit nach Satz 1 verursachte Gesundheitsstörung zu erwarten ist.“³⁴⁹

C) Das Verhältnis von „Chronische Krankheit“ zu „Behinderung“

1. Behinderung, Verhältnis zum Krankheitsbegriff

1.1 Elemente des Behinderungsbegriffs: Übersicht und strittige Punkte

In Praxis und Literatur unbestritten ist, dass sich der menschenrechtliche Behinderungsbegriff durch eine Kombination von faktischen und normativen Elementen definiert.³⁵⁰ Auf faktischer Ebene beschreibt „Behinderung“ die für das Lebensalter untypischen Funktionsbeeinträchtigungen sowie die mangelnde Fähigkeit bzw. Möglichkeit, die betroffene Person in eine konkrete Lebenssituation einzubeziehen („involvement in a life situation“).³⁵¹ Auf normativer Ebene ist eine Beeinträchtigung von der gesellschaftlichen bzw. rechtlichen Definition abhängig, welche Möglichkeiten der Teilhabe als normal gelten, beziehungsweise ab wann die mangelnde Fähigkeit des Einbezugs

³⁴⁸ Siehe hinten, Teil 2. C).

³⁴⁹ Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Definition schwerwiegender chronischer Krankheiten im Sinne des § 62 SGB V in der Fassung vom 22. Januar 2004 auf der Grundlage von §§ 62 Abs. 1 Satz 4, 92 Abs. 1 Satz 1 SGB V, BAnz S. 1343; vgl. BT-Drucks. 15/4575, S. 40 f.

³⁵⁰ Welti, 102.

³⁵¹ ICF, Einführung, 4.2; vgl. BT-Drucks. 15/4575, S. 17; Chacón Navas,

in die konkrete Lebenssituation als Beeinträchtigung gelten sollen. Entscheidend ist zudem die vom Behinderungsbegriff vorausgesetzte Intensität der Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe.³⁵² Darüber hinaus ist aus normativer Sicht die Bedeutung des verlangten Zusammenhanges zwischen dem körperlichen, geistigen, seelischen Zustand einerseits und der Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe andererseits zu klären.

In Praxis und Literatur umstritten sind die Begriffe der Funktionsbeeinträchtigung und der Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe und ihr Zusammenhang. Zum einen ist nicht geklärt, welche Qualität die Funktionsbeeinträchtigung aufweisen muss und welche Lebensbereiche von der Teilhabestörung erfasst sein müssen, dies mit Ausnahme derjenigen Regeln, in denen das explizit erwähnt ist.³⁵³ Zum Zweiten ist zu bestimmen, welche Intensität der Teilhabestörung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht vorausgesetzt ist. Eine erhebliche Unsicherheit besteht zudem betreffend die Ursache der Teilhabestörung bzw. bezüglich der Kausalität zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabestörung. Hierbei stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Teilhabestörung auf gesundheitliche Faktoren und/oder Umweltfaktoren zurückgeführt werden müssen, damit eine Behinderung vorliegt (Kausalität). Umstritten ist, ob 1) ein Schaden, 2) eine Funktionsbeeinträchtigung und 3) eine durch die Funktionsbeeinträchtigung verursachte Teilhabebeeinträchtigung tatsächlich vorliegen muss, oder ob die soziale Zuschreibung eines Schadens, einer Funktionsbeeinträchtigung oder einer Teilhabeunfähigkeit genügt, um von einer Teilhabestörung im Sinne des Behinderungsbegriffs zu sprechen.³⁵⁴ Fraglich ist zudem, ob bereits ein drohender Schaden bzw. eine drohende Funktionsbeeinträchtigung oder eine drohende Teilhabeunfähigkeit als Behinderung qualifiziert werden kann.³⁵⁵

Was die Beziehung zwischen Behinderung und Krankheit betrifft, lässt sich vorerst festhalten, dass sich die beiden Begriffe nicht gleichsetzen lassen.³⁵⁶ Dies gilt für das gesamte für Deutschland gültige Bundesrecht, d.h.: die einschlägigen UNO-Menschenrechtsübereinkommen, Art. 14 EMRK, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, Richtlinie 2000/78/EG, § 1 AGG und § 2 Abs. 1 SGB IX.³⁵⁷ Ein zentraler Unterschied wird zum einen darin gesehen, dass „Behinderung“ im Gegensatz zu „Krankheit“ eine Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe voraussetzt. Darüber hinaus wird mehrheitlich die Position vertreten, dass für eine Behinderung eine gewisse Dauerhaftigkeit notwendig ist.³⁵⁸ Nach einer „finalen Betrachtung bezüglich des Behandlungsspektrums“ liegt zwar eine Behinderung aber keine Krankheit vor, wenn bei einem Dauerzustand körperlicher und/oder geistiger Defizite die Behandlung nicht zu einer Besserung oder Linderung führen könne.³⁵⁹ Ob die genannten Unterscheidungskriterien überzeugen, hängt maßgeblich von der Klärung der bereits erwähnten offenen Punkte ab.

352 Reichenbach, S. 487; Welti, S. 102.

353 Siehe hierzu etwa RL 2000/78/EG.

354 Siehe hinten, insb. Teil 2. C) 1.4. Der Richtlinienentwurf spricht von „einstellungsbedingten Umweltfaktoren“.

355 Siehe hinten, Teil 2. C) 3 und 4.

356 Hey, Rz 53 zu § 1; Schleusener/Suckuw/Voigt-Schleusener, § 1 Rn 53; Wagner/Kaiser, S. 1; Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 3 1 Rn 336; KR/Griebeling, § 1 KSchG Rn 319.

357 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.

358 Bauer/Göpfert/Krieger, § 1 Rn 41a § 1; Domröse, S. 1321; Plute, S. 108; Reichenbach, S. 489; Specht, S. 34; Straßmair, S. 169; betreffend Beschäftigungsrahmenrichtlinie 2000/78 Waddington, 44 CMLRev (2007) 487, 494. Aus der Praxis siehe etwa BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, 5 C 16.10, Rdnr. 15. Dazu auch Chacón Navas, §§ 43, 45.

359 Preis/Wolf, EzA Nr. 1 zu EG-Vertrag 1999 RL 2000/78, S. 18.

Folglich werden die vier für den Behinderungsbegriff zentralen Elemente dargestellt und diskutiert, bevor ein abschließendes Fazit zum Behinderungsbegriff und seinem Verhältnis zum Krankheitsbegriff gezogen wird:

- | Schädigung/Funktionsbeeinträchtigung (1.2)
- | Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe (1.3)
- | Zusammenhang zwischen Schädigung/Funktionsbeeinträchtigung und Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe (1.4)
- | Dauerhaftigkeit der Schädigung/Funktionsbeeinträchtigung, bzw. der Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe (1.5)

1.2 Schädigung, Funktionsbeeinträchtigung

Gemäß Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ist eine „Schädigung“ bzw. eine „Funktionsbeeinträchtigung“ Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung. Nach Art. 1 Abs. 2 BRK umfasst der Begriff „Menschen mit Behinderungen“ Menschen mit körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesschädigungen. Gemäß § 2 Abs. 1 SGB IX sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit (...) von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen (...)“. Das gleiche Verständnis von „Schädigung“ bzw. „Funktionsbeeinträchtigung“ gilt für den Behinderungsbegriff in § 1 AGG.³⁶⁰

Gemäß ICF ist eine „Schädigung“ definiert als eine Beeinträchtigung einer Körperfunktion oder -struktur, die wesentlich von der Norm abweicht oder ganz verloren ist. In den Erläuterungen der ICF bezeichnet Schädigung eine „(...) Abweichung von gewissen, allgemein anerkannten Standards bezüglich des biomedizinischen Zustands des Körpers und seiner Funktionen“³⁶¹. § 2 SGB IX spricht von einer Abweichung der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder der seelischen Gesundheit vom für das Lebensalter typischen Zustand. Die Abweichung von der Populationsnorm kann „geringfügig oder schwerwiegend sein, intermittierend oder kontinuierlich.“³⁶² Schädigung meint somit die Abweichung vom gesundheitlichen Normzustand. Demgegenüber sehen weder Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG noch § 1 AGG eine entsprechende Aufgliederung vor.

Die Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung betrifft nach gängiger Einordnung Körper, Geist und Seele.³⁶³ Dieser gängigen Drei- bzw. Vierteilung nach lassen sich körperliche Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung in motorische und organische unterscheiden. „Motorische Schädigung“ bzw. „Funktionsbeeinträchtigung“ bezeichnen die Einschränkung der Funktion des Bewegungsapparats. Organische Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung beziehen sich auf den Ausfall der Funktion eines Körperorgans, z.B. Blindheit bzw. nicht sehen können, Schwerhörigkeit bzw. nicht hören können. Eine geistige Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung liegt vor bei einer geistigen Fehlfunktion im Rahmen einer Idiotie/Imbezillität/Debilität oder anderweitigen bedeutenden Intelligenzminderung. Bei seelischer bzw. psychischer Behinderung

³⁶⁰ Eine Unterscheidung drängt sich auf der Ebene der Definition von Schaden und körperlicher Beeinträchtigung nicht auf. Fraglich ist einzig, inwiefern eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung stets zwingend vorausgesetzt sein muss, um das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des AGG zu bejahen (siehe hierzu hinten, Teil. 2 C) 1.4.

³⁶¹ ICF, Einleitung, 4.1

³⁶² ICF, Einleitung, 4.1.

³⁶³ Welti, S. 93.

„ist infolge seelischer Störungen die Fähigkeit zur Eingliederung in die Gesellschaft in erheblichem Umfang beeinträchtigt“³⁶⁴. Davon erfasst sind etwa Psychosen, seelische Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns oder Anfallsleiden, Suchtkrankheiten, Neurosen, Persönlichkeitsstörungen, Legasthenie, Autismus, Mager- und Fettsucht.

Diese Dreiteilung in Körper, Geist und Seele wird kritisiert. Ihre Problematik zeigt sich darin, dass insbesondere geistige und seelische Störungen maßgeblich normative Begriffe darstellen, da sie die Wechselwirkung zwischen behinderter Person und Gesellschaft als gestörte Beziehung aufzeigen.³⁶⁵ So zeigen sich etwa deutliche Varianten zwischen den Kulturen im Auftreten und in der Bewertung seelischer Andersartigkeit.³⁶⁶ Kommt hinzu, dass psychosomatische Erkrankungen eine wachsende Bedeutung erlangen und es immer schwieriger wird, einen klaren Katalog körperlicher, geistiger und seelischer Schädigung festzumachen. Daher schlagen Kritiker_innen dieser Dreiteilung eine Differenzierung nach Körperfunktionen und Körperstrukturen vor. Rekuriert wird auf die Einteilung der ICF, die nach folgenden Körperfunktionen unterscheidet: mentale Funktionen, sensorische Funktionen, Stimm- und Sprechfunktionen, Funktionen des kardiovaskulären, des hämatologischen, des immunologischen und des Atmungssystems, Funktionen des Verdauungs-, des Stoffwechsel- und des endokrinen Systems, Urogenital- und Reproduktionsfunktionen.³⁶⁷ Weiter zählt die ICF folgende acht grundlegenden Körperstrukturen auf: Strukturen des Nervensystems, Auge und Ohr, Strukturen der Stimme und des Sprechens, das kardiovaskuläre, Immun- und Atmungssystem, das Verdauungs-, Stoffwechsel- und endokrine System, das Urogenital- und Reproduktionssystem, das Bewegungssystem und die Haut.³⁶⁸

Dieser ICF-Einteilung entsprechend ist eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung im Sinne des Behinderungsbegriffs gegeben, wenn eine Körperfunktion vom altersbezogenen Referenzwert maßgeblich abweicht:³⁶⁹ Auf einer ersten Stufe liegt eine Abweichung des körperlichen, geistigen oder seelischen Zustands vor. Auf einer zweiten Stufe führt diese Abweichung zur Beeinträchtigung bei der Ausübung einer Tätigkeit für welche die entsprechende körperliche, seelische oder geistige Struktur zuständig ist. Dies gilt nicht nur bei den erwähnten körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen, die von der einschlägigen Praxis und Literatur als Behinderung qualifiziert wurden, sondern ebenso bei Krankheiten im Sinne des geltenden deutschen Sozialrechts. Aus der Perspektive des Krankheitsbegriffes stellt sich die Frage der Unterscheidung zwischen Krankheiten mit und solchen ohne Funktionsbeeinträchtigung (z.B. Adipositas).

364 Wagner/Kaiser; Welti, S. 94.

365 Rudloff, ZSR 2003, S. 863, 881; Längle in: Längle/Welte/Buchkremer (1999), S. 37, 40; Dreitzel (1980), S. 15; Jantzen (1980), S. 49, 65; Giese, ZfS 1969, S. 234, 236.

366 Neubert/Cloerkes, S. 45 f.

367 ICF, Körperfunktionen, Kapitel 1-8.

368 ICF, Körperstrukturen, Kapitel 1-8.

369 Siehe auch Rothfritz, S. 156.

Somit zeigt sich, dass bei einer Benachteiligung aufgrund einer (chronischen) Krankheit die Voraussetzung der Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung für die Anwendung der einschlägigen Verbote der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung grundsätzlich unproblematisch ist. Strittig ist jedoch die Frage, ob unter bestimmten Voraussetzungen eine Behinderung ausnahmsweise auch unabhängig von einer Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung vorliegen kann, so insb. bei einer drohenden Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung (hierzu hinten, Teil 2. C) 3) oder bei einer Zuschreibung einer Schädigung im Sinne des sozialen Modells (vgl. hierzu hinten, Teil 2 C) 1.4). Die Frage ist auch bei „(chronischen) Krankheiten“ von Bedeutung, in denen zwar eine Krankheit jedoch keine Funktionsbeeinträchtigung vorliegt (z.B. Adipositas³⁷⁰). Somit könnte sich die zwingende Voraussetzung einer Schädigung bzw. Beeinträchtigung für das Vorliegen einer Behinderung in Ausnahmefällen, d.h. bei Krankheiten ohne Funktionsbeeinträchtigung (z.B. Adipositas), als diskriminierungsschutzrechtlich problematisch erweisen. Da das erwähnte Beispiel „Adipositas“ i.d.R. jedoch ohnehin zu Folgekrankheiten führt – die auch mit entsprechenden Schädigungen und Funktionsbeeinträchtigungen einhergehen –, erweist sich die Fragestellung als eine tendenziell theoretische.

1.3 Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer „Behinderung“ ist die tatsächliche oder wahrscheinliche „Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe“. Nach Art. 1 Abs. 2 BRK ist eine Behinderung gegeben, wenn Schädigungen die davon betroffenen Menschen daran hindern können „(...) gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen“. Ähnlich lautet die völkerrechtliche Praxis anderer Menschenrechtsüberwachungsorgane³⁷¹ und die Definition des EuGH, dem nach Behinderung eine Einschränkung erfasst, „(...) die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilde“.³⁷² Ebenso erfordert der Behinderungsbegriff in § 2 Abs. 1 SGB IX und in § 1 AGG eine Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe.³⁷³ Umstritten ist neben dem sachlichen Geltungsbereich (betroffene gesellschaftliche Bereiche, Bereiche der Teilhabe, der Lebensführung) und der Intensität der Teilhabebeeinträchtigung die Frage, inwiefern eine solche Störung tatsächlich vorliegen muss oder ob eine drohende Störung bereits genügt³⁷⁴, auch wenn sich die Frage der drohenden Beeinträchtigung zumindest nicht grundsätzlich von den beiden anderen Fragen trennen lässt.³⁷⁵

Im System des ICF bezeichnet Teilhabe („participation“) das Einbezogenensein in eine Lebenssituation („involvement in a life situation“). Nach ICF sind es neun Bereiche, in denen Teilhabe möglich ist: Lernen und Wissensanwendung, Allgemeine Aufgaben und Anforderungen, Kommunikation, Mobilität, Selbstversorgung, Häusliches Leben, Interpersonelle Interaktionen und Beziehungen, Bedeutende Lebensbereiche und Gemein-

370 Siehe hierzu hinten, Teil 2. C) 2.4.4.

371 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1.

372 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

373 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.4. VG Hannover, Urteil vom 05.05.2011 – 2 A 5743/08.

374 Ausführungen dazu hinten, Teil 2. C) 3.

375 So hat auch eine drohende Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe zumindest zu bestimmten Teilen – wenn auch teilweise schwierig messbaren – eine Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe zur Folge.

schafts-, soziales und staatsbürgerliches Leben.³⁷⁶ Nach dem BRK-Grundsatz der „vollen und wirksamen Teilnahme und Teilhabe am gesellschaftlichen Leben“ (Art. 3 BchSt. c) sind sämtliche Bereiche gesellschaftlichen Lebens betroffen, die aus menschenrechtlicher Perspektive von Bedeutung sein können. Im Rahmen der RL 2000/78/EG ist die Teilhabebeeinträchtigung auf die Beschäftigung beschränkt.³⁷⁷

Ob und inwiefern eine Teilhabebeeinträchtigung vorliegt, die eine Behinderung begründet, hängt vom Normstandard ab: „Das Ausmaß der tatsächlichen Teilhabe und der möglichen Teilhabe von Menschen in allen Lebensbereichen variiert derart, dass eine Verständigung darüber notwendig ist, welche Möglichkeiten der Teilhabe als normal gelten soll.“³⁷⁸ Ob eine Teilhabestörung vorliegt, muss nach normativen Kriterien unter Berücksichtigung empirischer Elemente entschieden werden: „Um den vollen Umfang der Fähigkeit des Menschen zu beurteilen, benötigt man eine ‚standardisierte Umwelt‘, um die verschiedenen Einflüsse der jeweils verschiedenen Umwelten auf die Fähigkeit des Menschen auszuüben.“³⁷⁹ „Die Teilhabestörung kann darum im Ergebnis als vor allem normativer wertausfüllender Rechtsbegriff mit empirischen Elementen betrachtet werden.“³⁸⁰ Entscheidend ist einerseits eine objektive Perspektive, die sich am gesellschaftlichen Normalbedarf an Partizipation ausrichtet. Darüber hinaus ist auch eine objektiviert-subjektive Perspektive zu berücksichtigen³⁸¹, die danach fragt, in welche Bezüge mit welcher Qualität und Quantität der Mensch einbezogen sein will und aus einer objektivierten Perspektive kraft seiner Menschenrechts- und Grundrechtssubjektivität auch einbezogen sein soll.

Ob und inwieweit Menschen mit chronischer Krankheit in der gesellschaftlichen Teilhabe beeinträchtigt sind, hängt von Art und individuellem Verlauf der Krankheit ab. Grundsätzlich sind bei Krankheiten zwei Ebenen der Beeinträchtigung zu unterscheiden. Auf einer ersten Ebene hat die Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung selbst oder aber die strukturelle Benachteiligung und einstellungsbedingte Stigmatisierung durch die Gesellschaft Einschnitte in der Ausübung gesellschaftlicher Aktivitäten wie z.B. Kommunikation, Fortbewegung und Arbeiten zur Folge.³⁸² Auf einer zweiten Ebene führt die Beanspruchung kurativ- und präventiv-medizinischer Maßnahmen, kombiniert mit gerade bei chronischen Krankheiten einhergehenden alternativen therapeutischen Maßnahmen zu bereits bedeutenden Einschnitten in der Lebensführung. Die Einschränkungen sind etwa zeitlicher, räumlicher und organisatorischer Natur.

1.4 Zusammenhang zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung

Für das Vorliegen einer Behinderung ist ein Zusammenhang zwischen körperlicher, psychischer, seelischer und geistiger „Schädigung“ bzw. der Funktionsbeeinträchtigung einerseits und der Teilhabebeeinträchtigung bzw. -beeinträchtigung andererseits vorausge-

376 ICF, Einführung, 4.2.1; Aktivitäten und Partizipation, Kapitel 1-9.

377 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

378 Welti, S. 102.

379 ICF, Einführung, 4.2.3.

380 Welti, S. 103, mit Verweis auf Mutius, Jura 1987, S. 92, 94.

381 Reichenbach, S. 487; Welti, S. 102f.

382 Siehe hierzu die Ausführungen zu den Funktionsbeeinträchtigungen vorne, Teil 2. C) 1.2.

setzt.³⁸³ § 2 Abs. 1 SGB IX formuliert den Zusammenhang mit dem Wort „(...) daher (...)“. Auch die einschlägigen menschenrechtlichen und unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote sowie das Konzept des ICF versteht „Behinderung“ als komplexe Wechselwirkung zwischen medizinischen und sozialen Faktoren.³⁸⁴ Art. 1 Abs. 2 BRK etwa verlangt ein Zusammenwirken dieser Schädigungen mit verschiedenen Barrieren („... in interaction with ...“). Ähnlich – wenn auch etwas weniger evident – sieht dies der EuGH, der für das Vorliegen einer Behinderung voraussetzt, dass die Einschränkung auf körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung zurückzuführen ist „(...) und (...)“ die Einschränkung ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.³⁸⁵

Mit „(...) daher (...)“ (§ 2 Abs. 1 SGB IX) bzw. „(...) interaction (...)“ (Art. 1 Abs. 2 BRK) kann entweder – i.e.S. verstanden – ein unmittelbarer (d.h. quasi medizinisch bedingter) objektiver Zusammenhang zwischen der Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung gemeint sein (medizinisches Modell von Behinderung, Kausalität i.e.S.). Oder der Zusammenhang zwischen der Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung schließt über die Kausalität i.e.S. hinaus auch den *mittelbaren* Zusammenhang zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung mit ein, dem nach eine beschränkte Teilhabefähigkeit aufgrund eines Vorurteils zugeschrieben wird (soziales Modell von Behinderung). Im Folgenden wird erörtert, auf welches Modell von „Behinderung“ sich das AGG, das SGB IX und die einschlägigen völker- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen stützen.

1.4.1 Medizinisches Modell: Teilhabebeeinträchtigung als quasi natürliche Folge der Funktionsbeeinträchtigung

Nach dem *medizinischen Modell von Behinderung* wird „Behinderung“ mit einer quasi natürlichen Einschränkung der Teilhabe aufgrund körperlicher, geistiger oder psychischer Eigenschaften in Zusammenhang gebracht.³⁸⁶ Der Fokus der Betrachtung liegt auf der Schädigung bzw. der Funktionsbeeinträchtigung. Demnach liegt eine Behinderung vor, wenn eine tatsächlich vorliegende Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung im Zusammenwirken mit strukturellen Barrieren Ursache der Teilhabebeeinträchtigung ist.³⁸⁷ Entscheidend ist, dass die geschädigte Person aufgrund der aktuellen Umweltsituation (bzw. der gegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse) objektiv nicht dazu in der Lage ist, selbstständig und gleichberechtigt zu partizipieren.

Nach dem medizinischen Modell von Behinderung ist die Funktionsbeeinträchtigung – z.B. das fehlende Gehvermögen aufgrund einer Paraplegie – Ursache für die eingeschränkte Teilhabemöglichkeit – z.B. selbstständig Treppen zu steigen. Demnach genügt es also nicht, wenn eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung „lediglich“ zugeschrieben wird. Ebenso wenig liegt eine „Behinderung“ vor, wenn bei Vorliegen einer

³⁸³ BSG vom 28.06.1988, BSGE 63, 277, 280; Welti, S. 106; LAG Hamm, Urteil vom 22.05.2012 – 19 Sa 1658/11, AI; BAG, Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09; Urteil vom 20.05.2010 – 8 AZR 287/08.

³⁸⁴ ICF, Einführung, 5.1.

³⁸⁵ Rn 44. Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

³⁸⁶ Zum Ganzen siehe ausführlich in Barnes/Mercer; für eine medizinische Sicht auf Behinderung siehe Gerhard Wolff, „Behinderung“ – Die medizinische Sicht, online: http://dhv.kilu.de/Facharbeit/behinderung_medizinische_sicht.pdf (Zugriff: 3.12.2012).

³⁸⁷ Siehe u.a. ArG Berlin – 17 Ca 1102/11; LAG Berlin-Brandenburg, 6 Sa 2159/11.

Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung aufgrund eines Vorurteils eine beschränkte Teilhabefähigkeit zugeschrieben wird.

1.4.2 Soziales Modell: Teilhabebeeinträchtigung als Folge der sozialen Zuschreibung einer Disfunktionalität

Anders gelagert ist das soziale Modell von Behinderung, das neben strukturell bedingten auch einstellungsbedingte Hindernisse in den Blick nimmt.³⁸⁸ An der medizinischen Perspektive auf Behinderung wird kritisiert, dass die Festlegung des Behinderungsbegriffs als Kausalbeziehung zwischen Schädigung und Teilhabestörung Falltypen mit komplexer Wechselwirkung nur zum Teil zu erfassen vermag. Es werde übersehen, so WELTI, „dass bereits der als Schädigung angesehene Gesundheitszustand keine naturwissenschaftliche Größe, sondern eine Frage der Übereinkunft ist“³⁸⁹.

Aus einer sozialen Perspektive ist behindert, wer durch eine soziale Zuschreibung einer Teilhabestörung bzw. einer Kausalität zwischen der Beeinträchtigung der Funktion und der Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe behindert wird. Durch diese Zuschreibung einer objektiven Kausalität wird eine entsprechende Teilhabebeeinträchtigung erst hergestellt oder perpetuiert. Von einer Behinderung betroffen sind zudem – nach einer weit gehenden Interpretation des sozialen Modells – Menschen, die aufgrund körperlicher, geistiger oder psychischer Eigenschaften stigmatisiert sind und denen eine Funktionsbeeinträchtigung zugeschrieben wird.

a) Soziale Zuschreibung einer Kausalität zwischen der Beeinträchtigung der Funktion und der Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe

Aus einer sozialen Perspektive auf Behinderung ist es ausreichend, wenn eine beschränkte Teilhabefähigkeit zugeschrieben wird. Ein Beispiel dafür ist die Wahrnehmung von Menschen mit chronischer Dickdarmentzündung als weniger leistungsfähig, dies auch bei einer nicht aktiven chronischen Dickdarmentzündung. Die Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung steht hier stellvertretend als Problem für die dahinter liegende Kategorisierung der Teilhabestörung durch Leistungsminderung. Ein weiteres Beispiel ist die Wahrnehmung von HIV-Infizierten als Gesundheitsrisiko für Dritte.

Das soziale Modell von Behinderung entspricht den Vorgaben der UNO-Behindertenrechtskonvention. Für das Vorliegen einer Behinderung nach der BRK wird ein Zusammenwirken mit verschiedenen Barrieren verlangt, welche die betroffenen Personen „daran hindern können, gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen“ (Art. 1 Abs. 2 BRK). Mit den Formulierungen „(...) Zusammenwirken (...)“ und „(...) können (...)“ wird deutlich gemacht, dass ein objektiver Zusammenhang zwischen „(...) Schädigung (...)“ und der Einschränkung in der gleichberechtigten und wirksamen Teilnahme an der Gesellschaft nicht zwingend ist bzw. nicht zwingend sein kann. Vielmehr genügt es, wenn das „Zusammenwirken“ durch einstellungsbedingte oder aufgrund struktureller Rahmenbedingungen realisiert, bzw. eine Teilhabebeeinträchtigung durch soziale Zuschreibung (z.B. mittels Stigmatisierung) bewirkt wird. Auch in der ICF ist anerkannt, dass Personen ohne Schädigung, aber mit

³⁸⁸ Siehe u.a. Cloerkes, Soziologie, S. 4 ff.; Shakespeare, S. 267 ff.; Fougeyrollas, S. 107 ff.

³⁸⁹ Welti, S. 104.

Prädisposition für eine Schädigung bereits aufgrund einer Behinderung benachteiligt werden.³⁹⁰ Dabei ist entweder die Prädisposition bereits eine Schädigung oder aber es kann bei der Kausalbeziehung auf die zeitliche Koinzidenz von Schädigung und Teilhabebeeinträchtigung verzichtet werden.³⁹¹

b) Herstellung bzw. Perpetuierung einer Teilhabebeeinträchtigung durch soziale Zuschreibung, Stigmatisierung

Eine konsequente Anwendung des sozialen Modells von Behinderung geht noch weiter, indem für das Vorliegen einer Behinderung nicht nur kein objektiver Kausalzusammenhang zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung vorausgesetzt ist. Vielmehr genügt es, wenn die Funktionsbeeinträchtigung zugeschrieben bzw. durch Stigmatisierung perpetuiert wird. Begründet wird die Position mit dem Zweck des Diskriminierungsschutzes, demnach es nicht darauf ankommen könne, ob eine Benachteiligung auf eine tatsächliche oder lediglich eine zugeschriebene Schädigung bzw. auf eine Funktionsbeeinträchtigung zurückzuführen sei.³⁹² Durch diesen „ableistic-turn“ in der Betrachtung von „Behinderung“ wie ihn LIEBSCHER ET AL. nennen – gemeint ist eine konsequente Analyse von Behinderung als soziale Konstruktion –, „wird die nach geltendem Recht zu prüfende Frage, ob bestimmte körperliche, geistige und psychische Eigenschaften eine Behinderung sind, zur falsch gestellten Frage. Stattdessen wäre zu klären, ob die diskriminierungsschutzrechtlich zu beurteilende Benachteiligung auf einer gesellschaftlichen Normierung körperlicher, geistiger und psychischer Fähigkeit ruht. Und respektive oder ob eine solche Benachteiligung durch die fehlende/unangemessene Berücksichtigung körperlicher, geistiger und psychischer Eigenschaften in den gesellschaftlichen Strukturen befördert wird.“³⁹³ Beispielhaft lässt sich dies anhand einer Benachteiligung aufgrund von Adipositas illustrieren: Fettleibige Menschen sind oft Benachteiligungen ausgesetzt, die entweder darauf zurück zu führen sind, dass sie als „unästhetisch“ abgelehnt und/oder als weniger leistungsfähig stigmatisiert werden.³⁹⁴ Weil Adipositas jedoch nur bei Folgeerkrankungen (z.B. Diabetes) mit einer Funktionsbeeinträchtigung einhergeht, handelt es sich nach dem medizinisch-sozialen Modell nicht um eine Behinderung. Aus der Perspektive des sozialen Modelles wird dies als stoßend betrachtet, weil dadurch die einstellungsbedingte Behinderung in Form einer „pathologisierenden“ Stigmatisierung (fett, unästhetisch, faul, weniger leistungsfähig) des körperlichen Äußeren (Körperfülle) durch die Gesellschaft bzw. die Diskriminatoren nicht angemessen berücksichtigt wird.

c) Beispiele aus der Deutschen Rechtsprechung

In der Deutschen Rechtsprechung kam es bereits mehrfach zu Entscheidungen, die der sozialen Position von Behinderung zuzuordnen sind. Beispielsweise anerkannte das Bundessozialgericht die soziale Reaktion auf eine haarlose Frau, die zu sozialer Isolation führte, auch ohne Funktionsstörung als eine Behinderung an.³⁹⁵ Dabei analysierte es die Problematik auch aus einer intersektionalen Perspektive, indem es beim Anspruch auf

390 ICF, Einführung, 4.2.6.

391 Schuntermann, S. 351.

392 Welti, S. 102 ff.; Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 215 f.

393 Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 215.

394 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

395 BSG vom 23.07.2002, SozR 3-2500 § 33 Nr. 45.

eine Perücke als Hilfsmittel zum Behinderungsausgleich darauf abstellte, dass Haarlosigkeit wegen der Umweltreaktion auf Frauen entstellende Wirkung habe.³⁹⁶ Weiter erkannte das BSG, dass etwa bei „ekelerregenden Krankheiten“ oder Anfallsleiden eine Erwerbsminderung, die durch die Einstellung des Arbeitgebenden und der Arbeitskollegen und nicht durch Funktionsstörungen bedingt sind, als eine krankheits- oder behinderungsbedingte Einstellungshemmnis gegeben ist.³⁹⁷ Auch Harninkontinenz stellt eine Behinderung dar, weil die Reaktion der Mitmenschen die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben erschweren würde.³⁹⁸

d) Würdigung

Das soziale Verständnis von Behinderung entspricht *prima vista* nur *teilweise* dem Verständnis in den einschlägigen völkerrechtlichen, verfassungsrechtlichen und gesetzrechtlichen Verboten der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Einerseits wird aufgrund der einschlägigen Bestimmungen deutlich, dass Menschen durch Zuschreibung einer beschränkten Teilhabefähigkeit (bzw. einer Kausalität zwischen einer Funktionsbeeinträchtigung und einer Teilhabebeeinträchtigung) behindert werden und damit auch vom Behinderungsbegriff erfasst sind (siehe etwa das Beispiel des gekündigten HIV-infizierten Mannes). Andererseits riskiert man mit einer noch weitergehenden Interpretation des sozialen Modells von Behinderung (auf die Zuschreibung einer Funktionsbeeinträchtigung), dass damit jedwelche Beeinträchtigungen – auch gesundheitsfremde – erfasst werden könnten, die aus einer naturalisierenden Bewertung – Pathologisierung – entlang körperlicher Differenzkategorien (z.B. Farbe des Körpers, Form des Körpers, Bewegung des Körpers) resultieren.

Wird nicht nur die Zuschreibung einer Kausalität zwischen einer Funktionsbeeinträchtigung und einer Teilhabebeeinträchtigung, sondern auch die Zuschreibung irgendeiner Funktionsbeeinträchtigung vom Behinderungsbegriff erfasst, trägt man möglicherweise dazu bei, den Behinderungsbegriff und damit auch den Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zu verwässern: So bezweckt der Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung diejenigen Menschen vor Benachteiligung zu schützen, die aufgrund körperlicher, geistiger und psychischer Einschränkungen auch gesellschaftlichen Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Der Fokus auf die eigentlich beeinträchtigten Personen würde verloren gehen und damit der Diskriminierungsschutz bzw. die tatsächliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderung insgesamt an Wirksamkeit verlieren. Sogar die weitgehende Definition in Art. 1 der BRK erscheint – trotz klar sozialer Ausrichtung – nach grammatikalischer Auslegung enger, indem sie „körperliche, geistige, seelische oder Sinnesschädigungen“ voraussetzt.

³⁹⁶ Demgegenüber bezeichnete das BVerwG die Unterscheidung zwischen Perücken für Frauen und Männer als einen grundsatzwidrigen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit von Frauen und Männern (BVerwG vom 31.01.2002, NJW 2002, S. 2045).

³⁹⁷ BSG vom 08.11.1995, BSGE 77, 43, 47.

³⁹⁸ BSG vom 07.03.1990, BSGE 66, 245 f.

Darüber hinaus birgt die breite Fassung von Behinderung das Risiko, dass jede auf eine Normierung des Körpers des Menschen zurückzuführende Benachteiligung wie z.B. die rassistische, sexistische, heterosexistische als eine Behinderung betrachtet würde.³⁹⁹ Dadurch besteht die Gefahr, dass die Behindertendiskriminierung nicht mehr klar von der rassistischen, heterosexistischen und sexistischen Diskriminierung zu unterscheiden ist.⁴⁰⁰

Trotzdem trägt auch eine weitgehende Interpretation des sozialen Modells dazu bei, dass der enge Blick (die „kategoriale Engführung“) ausgeweitet wird. So zeigt u.a. das Beispiel der HIV/Aids-Rechtsprechung, dass die Frage, ob eine Beeinträchtigung im Sinne einer Behinderung vorliegt jeweils sorgfältig anhand der Einzelfallkonstellation abgewogen werden muss.⁴⁰¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Schädigung bzw. eine Funktionsbeeinträchtigung letztlich auch ohne eigentliche gesundheitliche Beeinträchtigung vorliegen kann, weil sie der normativen Bewertung unterliegt. Zudem können Teilhabestörungen zu Schädigungen führen bzw. beide Dimensionen im Lebensverlauf eine Wechselwirkung entfalten.⁴⁰² WELTI schlägt daher – in Anlehnung an die im Sozialrecht entwickelte Lehre von der rechtlich wesentlichen Ursache⁴⁰³ – vor, dass „Schädigung“ als eine rechtlich wesentliche Ursache für die Teilhabestörung gilt. Nicht auszuschließen ist zudem, dass etwa der Behindertenrechtsausschuss mittels teleologischer Auslegung der BRK einem weitgehenden Behinderungsbegriff zuneigt.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Kritik am geltenden medizinisch-sozialen Verständnis des Behinderungsbegriffes letztlich dazu anregt zu prüfen, ob der Diskriminierungsschutz auf verfassungsrechtlicher (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) und gesetzesrechtlicher Ebene (AGG) verstärkt werden müsste, um auch diejenigen Stigmatisierungen zu erfassen, die nicht einem engen Verständnis von Behinderung entspringen.⁴⁰⁴

1.5 Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer „Behinderung“ ist die „Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung“. Diese bezieht sich gemäß Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BRK auf die körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesschädigungen, hingegen nicht auf die Teilhabebeeinträchtigung. Auch der Richtliniengeber hat im Rahmen der RL 2000/78/EG in erster Linie an Fälle gedacht, in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist.⁴⁰⁵ Für den Behinderungsbegriff nach § 2 SGB IX ist maßgeblich, ob die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt

399 Vgl. hierzu etwa die problematische Gleichstellung von Biopolitik und Rassismus durch Michel Foucault, kritisiert in Philipp Sarasin, Zweierlei Rassismus? Die Selektion des Fremden als Problem in Michel Foucaults Verbindung von Biopolitik und Rassismus, in: Martin Singelin (Hg.), Biopolitik und Rassismus, S. 55-80.

400 Vgl. hierzu etwa die problematische Gleichstellung von Biopolitik und Rassismus durch Michel Foucault, kritisiert in Philipp Sarasin, Zweierlei Rassismus? Die Selektion des Fremden als Problem in Michel Foucaults Verbindung von Biopolitik und Rassismus, in: Martin Singelin (Hg.), Biopolitik und Rassismus, S. 55-80.

401 Siehe hinten, Teil 2. C) 2.3.

402 Welti, S. 105; Schuntermann, S. 353.

403 Schulin/Igl, Rn 448.

404 Siehe hierzu hinten, Teil 4.

405 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

ist;⁴⁰⁶ d.h. die Dauer einer körperlichen, psychischen oder geistigen Beeinträchtigung muss prognostisch sechs Monate überschreiten.⁴⁰⁷ Dies gelte auch für den Behinderungsbegriff im AGG, da dieser nach praktisch einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur den gesetzlichen Definitionen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 GG entspreche.⁴⁰⁸ Grund dieses Kriteriums ist die Zuschreibung eines höheren sozialen Gefährdungspotentials.⁴⁰⁹ Dieselben Grundsätze würden auch für Art. 3 Abs. 2 GG gelten.⁴¹⁰ Unseres Erachtens ist es aus einer menschenrechtlichen Perspektive nicht angemessen, das Kriterium der Dauerhaftigkeit statisch zu betrachten.⁴¹¹ Insbesondere die prinzipielle Anbindung des Behinderungsbegriffs im AGG an die sechs Monate in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist problematisch. Weder aus der Optik der BRK noch in der ICF noch im Unionsrecht lässt sich ein solches Verständnis als sachgerecht bezeichnen.⁴¹² Offen ist, was der EuGH unter „langer Dauer“ versteht; diesbezüglich ist in nächster Zeit eine Klärung zu erwarten.⁴¹³ Da nach dem Schrifttum für die Begriffsbestimmung das europäische Begriffsverständnis maßgeblich ist⁴¹⁴, kann auch auf der Ebene der Richtlinie 2000/78 noch nicht von einer fix festgelegten Definition ausgegangen werden. Zudem werden in der Literatur unterschiedliche Positionen zur Dauer vertreten.⁴¹⁵

Nicht sachgemäß ist das Kriterium der Dauerhaftigkeit aus unterschiedlichen Gründen: Zum einen kann eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung aus medizinischen oder sozialstrukturellen Gründen aufgehoben oder zumindest reduziert werden. Zum Zweiten kann eine Funktionsbeeinträchtigung lediglich sporadisch bestehen bzw. maßgeblich durch Zuschreibungen geschehen. So fragt sich etwa WELTI zu Recht, warum eine Behinderung den Charakter einer Behinderung verlieren soll, wenn die Aufhebung der Behinderung bereits nach vier Monaten gelingt.⁴¹⁶ Daher ergibt es keinen Sinn, wenn die Dauerhaftigkeit als rigides Kriterium angewandt wird, wenn die Person von einer substantiellen Teilhabebeeinträchtigung betroffen ist. Demgegenüber wird eingebracht, dass hier das Merkmal der Dauerhaftigkeit bei gruppenorientierten Ansätzen benötigt werde, da ohne Dauerhaftigkeit keine Gruppe zu konstituieren sei.⁴¹⁷ Das Argument ist u.E. nicht überzeugend, da es ja gerade nicht darum geht, tatsächliche Gruppen zu essentialisieren, sondern Zuschreibungsprozesse zu markieren, nämlich da wo Menschen aufgrund von Funktionsbeeinträchtigungen Vorurteilen ausgesetzt sind, die zu Benachteiligungen führen.⁴¹⁸ Hingegen, so ein weiterer Einwand, werde auch für die soziologische Annahme einer unterschiedlichen Kranken- und Behindertenrolle als

406 Kossens/von der Heide/Maaß-Götz, § 2 Rn 1 ff.; Schleusener/Suckow/Voigt-Schleusener, § 1 Rn 53; Leder, S. 145 f.; Welti, S. 101 ff.; Pärli, Chacón Navas; Die sechsmonatige Dauer war als Kriterium auch bereits in § 3 SchwbG und § 30 Abs. 1 BVG enthalten.

407 Kossens/von der Heide/Maaß-Hey, § 1 Rn 54.

408 Siehe etwa Annuß, BB 2006, S. 1631; Bauer/Göpfert/Krieger, § 1 Rn 38 ff.; Boemke/Danko, § 2 Rn 35; Däubler/Bertz-bach-Däubler, Rn 75 zu § 1; Neumann-Deinert, § 16 Rn 8, § 17 Rn 98.

409 Reichenbach, SGB 2000, S. 660, 662; vgl. BT-Drucks. 15/4575, S. 18.

410 VG Hannover, Urteil vom 05.05.2011 – 2 A 5743/08.

411 Gegen jegliches Abstellen auf die Dauer Leder, Diskriminierungsverbot, S. 148 ff. Auch nach Welti lässt sich Krankheit und Behinderung nicht über das Kriterium der langen Dauer vernünftig abgrenzen (Welti, ZESAR 2007, 47). Vgl. zudem Kistorz, S. 68 ff., insb. 77 f.

412 Welti, S. 99.

413 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.2.

414 Bauer/Göpfert/Krieger, Rn 39 § 1.

415 Für eine Übersicht dazu siehe von Meden, S. 427.

416 Welti, S. 100.

417 Welti, S. 100, mit Verweis auf Cloerkes (1997), S. 6 f., 30.

418 Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, S. 215.

eigentliches Unterscheidungsmerkmal die Dauerhaftigkeit als Kennzeichen der Behinderten-Rolle definiert.⁴¹⁹ Demgegenüber ist zu entgegnen, dass wir mit einer scheinbar zeitlichen Trennlinie riskieren, mehr Probleme zu schaffen als zu lösen, da letztlich nur bestimmte Behinderungen in ihrem Potential der Beeinträchtigung voraussehbar sind. Folglich ist die einzig konsequente Lösung, dem sozialen Modell der UNO-Behindertenrechtskonvention zu folgen und „Behinderung“ stets als kontingent zu betrachten.

Wir gehen demnach mit WELTI einig, dass das Merkmal der Dauerhaftigkeit nur dort beibehalten werden sollte, „wo die gewährten Rechte und die Leistungen sachlogisch auf längere Dauer angelegt sind“⁴²⁰. Damit erweist sich das Kriterium der Dauerhaftigkeit auch hinsichtlich der Abgrenzung von Krankheit und Behinderung als wenig ergiebig. Dies wiederum hat zur Folge, dass auch das Element der „Chronifizierung“ einer „Krankheit“ nicht zwingend näher an den Behinderungsbegriff bringt – zumindest insofern als es das Kriterium der Dauerhaftigkeit tangiert.

1.6 Zwischenfazit

Die Bedeutungen der Behinderungsbegriffe in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und in § 1 AGG sind umstritten. Aus einer menschenrechtlichen Perspektive betrachtet, setzt eine „Behinderung“ im Sinne von § 1 AGG und § 2 Abs. 1 SGB IX sowohl eine *Funktionsbeeinträchtigung* – nach Art. 1 BRK eine körperliche, seelische, geistige oder Sinnesschädigung – als auch eine bestehende oder drohende substanzielle Beeinträchtigung einer gleichberechtigten, uneingeschränkten und wirksamen (Art. 1 BRK) gesellschaftlichen Teilhabe voraus (*Teilhabebeeinträchtigung*). Für das Vorliegen einer „Behinderung“ erforderlich ist zudem ein Zusammenhang zwischen der Funktionsbeeinträchtigung einerseits und der Teilhabebeeinträchtigung andererseits. Im Gegensatz zum Behinderungsbegriff in § 2 Abs. 1 SGB IX muss im Rahmen des AGG und des GG dieser Zusammenhang jedoch nicht unmittelbar gegeben sein, d.h. es braucht keine objektive Kausalität zwischen der Funktionsbeeinträchtigung einerseits und der Teilhabebeeinträchtigung andererseits. Nach Art. 1 BRK ist einzig erforderlich, dass eine medizinische Funktionsbeeinträchtigung „im Zusammenwirken mit *verschiedenen* Barrieren“ die Betroffenen „daran hindern können, gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen“. Daraus folgt, dass es für das Vorliegen einer Behinderung genügt, wenn die Teilhabebeeinträchtigung lediglich mittelbar über die soziale Zuschreibung einer beschränkten Teilhabefähigkeit (z.B. aufgrund eines Stigmas) realisiert wird (einstellungsbedingte Barrieren). Dieses Verständnis des Behinderungsbegriffes stützt sich auf das soziale Modell, das bei der Interpretation sowohl strukturelle als auch einstellungsbedingte Beeinträchtigungen mitberücksichtigt. Nur so lässt sich sicherstellen, dass das völker- und unionsrechtlich geforderte menschenrechtliche Diskriminierungsschutzkonzept auch tatsächlich umgesetzt wird. Somit erweisen sich nicht nur diejenigen chronischen Krankheiten (bzw. Krankheitsverläufe) als Behinderung, die eine einschneidende Beeinträchtigung in der Lebensführung zur Folge haben (z.B. bei einem schweren Verlauf von MS), sondern auch jene, denen ein Stigma anhaftet bzw. aufgrund deren die betroffenen Personen Vorurteilen ausgesetzt sind (z.B. bei einer symptomlosen HIV-Infektion).

⁴¹⁹ Specht, S. 35.

⁴²⁰ Welti, S. 101.

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung ist die *Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung*. Nach dem sozialen Modell von Behinderung ist es u.E. nicht zulässig, das Kriterium der „Dauerhaftigkeit“ schematisch anzuwenden, dies weder auf der Ebene der Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung noch auf derjenigen der Teilhabebeeinträchtigung. Vielmehr reicht es aus, wenn nach dem normalen Lauf der Dinge eine Teilhabebeeinträchtigung über längere Zeit zu erwarten ist. Zudem kann eine Beeinträchtigung auch bei einer kurzen Dauer einer Behinderung substantzieller Natur sein: z.B. bei einer kurzen Störung der Teilhabe in für die Lebensführung zentralen Lebensbereichen wie das Erwerbsleben, etwa wenn einer Person wegen einer asymptomatischen HIV-Infektion die Arbeitsstelle gekündigt wird.

Vor diesem Begriffsverständnis des sozialen Modells erweisen sich weder das Kriterium der „Teilhabebeeinträchtigung“ noch dasjenige der „Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung“ als tauglich für eine Abgrenzung zwischen „Behinderung“ und „Krankheit“. Im Zentrum steht vielmehr die Frage, ob und inwiefern eine Krankheit mit Funktionsbeeinträchtigung einhergeht mit einer substantziellen Störung der gesellschaftlichen Teilhabe, dies entweder unmittelbar aufgrund der chronischen Krankheit oder aber mittelbar aufgrund einstellungsbedingter Zuschreibungen gegenüber Menschen mit chronischen Erkrankungen.

Schließlich bleibt noch festzuhalten, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass sich die Praxis des Ausschusses zur Überwachung der Behindertenrechtskonvention in Richtung eines reinen sozialen Modells entwickeln wird. Dies würde bedeuten, dass auch unabhängig von tatsächlichen Funktionsbeeinträchtigungen das Vorliegen einer Behinderung bejaht wird, sofern eine solche aufgrund einer Zuschreibung lediglich konstruiert wird und dies eine substantielle Beeinträchtigung zur Folge hat. Damit würden auch all jene Krankheiten, die nicht zwingend mit einer Funktionsbeeinträchtigung einhergehen, vom Behinderungsbegriff erfasst. Beispielsweise würden damit auch fettleibige Menschen vom Verbot der Benachteiligung aufgrund einer Behinderung geschützt, die nicht an mit Adipositas oft einhergehenden Folgeerkrankungen wie Bluthochdruck oder Diabetes erkrankt sind, aber aufgrund diskriminierender Zuschreibungen (z.B. „dem mangelt es an Leistungsfähigkeit, an Einsatz“) benachteiligt werden.

2. Chronische Krankheit, Verhältnis zum Behinderungsbegriff

2.1 „Chronische Krankheit“ als substantielle Beeinträchtigung im Sinne des Behinderungsbegriffs?

2.1.1 Chronifizierung und weitere Elemente einer substantziellen Beeinträchtigung

Anschließend an die unter Teil 2. A) 1.1-1.6 entwickelten Grundsätze ist für die Qualifizierung einer chronischen Krankheit als Behinderung eine substantielle Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe vorausgesetzt. Fraglich ist, inwiefern bereits die Chronifizierung für die Intensität der Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe maßgeblich sein kann, weil durch die Dauerhaftigkeit der Krankheit i.d.R. die gesellschaftliche Teilhabe stärker beeinträchtigt ist als bei einer kürzeren bzw. vorübergehenden Erkrankung: Mit einer Chronifizierung einhergehen vielfach eine (mehr oder weniger intensive) kurativ- und präventiv-medizinische Betreuung und Einschnitte in die Leistungsfähigkeit. Damit verbunden sind oft auch organisatorische Herausforderun-

gen. Beeinträchtigungen der gesellschaftlichen Teilhabe von Menschen mit chronischer Krankheit werden zudem durch diskriminierende Zuschreibungen verursacht, welche eng mit der Dauerhaftigkeit der Krankheit verknüpft sind (wie z.B. die Vorstellung, eine Person sei deshalb weniger leistungsfähig, weil es sich um eine dauerhafte und besonders einschneidende Krankheit handelt).

Neben der Dauerhaftigkeit chronischer Krankheiten spielen bei der Beurteilung, ob eine substantielle Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe vorliegt, weitere Faktoren eine Rolle: Z.B. die Schwere der Gesundheitsbeeinträchtigung bzw. deren Auswirkungen auf die Partizipationsmöglichkeiten in den wesentlichen Lebensbereichen; und/oder die strukturellen Barrieren in der Gesellschaft für die gleichberechtigte Teilhabe an zentralen Aktivitäten des Lebens; und/oder Vorurteile, die dazu führen, dass Menschen mit chronischer Krankheit von den wesentlichen Lebensaktivitäten ausgeschlossen oder in ihrer Ausübung behindert werden. Nach dem sozialen Modell keine Voraussetzung ist ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabestörung. Dies entspricht jedoch nicht der derzeit geltenden Rechtsprechung, wie sich anhand von zwei aktuellen AGG-Urteilen illustrieren lässt.

2.1.2 Zuschreibung einer Disfunktionalität bei chronischen Krankheiten: Paradigmatische Fallstudie: ArG Berlin (17 Ca 1102/11), LAG Berlin-Brandenburg (6 Sa 2159/11)

Gemäß Urteil 17 Ca 1102/11 des Arbeitsgerichts Berlin setzt eine Behinderung nicht nur eine biologische oder psychische Abweichung von einem gesunden Menschen voraus. Entscheidend hinzukommen müsse, dass die damit einhergehende funktionelle Einschränkung die Teilhabe am Leben beeinträchtigt.⁴²¹ Diese Voraussetzung sei nicht gegeben, weil der Kläger aufgrund seiner symptomlosen HIV-Infektion nicht an der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben oder am Berufsleben gehindert ist. Der Gesichtspunkt, der Kläger habe fortgesetzt Medikamente einzunehmen und eine HIV-Infektion führe regelmäßig zu einer Anerkennung als Schwerbehinderter, ändere an dem Ergebnis nichts, so das Gericht weiter in seiner Begründung. Eine fortgesetzte Medikamenteneinnahme führe für sich genommen zu keiner funktionellen Einschränkung, die die Teilhabe am Leben beeinträchtigen könne, im Gegenteil könne sie dazu führen, dass HI-Viren nicht mehr nachweisbar sein könnten. Ein nur 10-prozentiger Grad der Schwerbehinderung im Sinne der Regelungen im Schwerbehindertengesetz habe keine Aussagekraft bezüglich einer bestehenden Beeinträchtigung an der gesellschaftlichen Teilhabe. Eine Behinderung im Sinne des AGG liege nur dann vor, wenn das Diskriminierungsmerkmal schon vor der Diskriminierung vorgelegen habe. Eine Behinderung i.S. der Beeinträchtigung an der gesellschaftlichen Teilhabe liege jedoch nicht vor, wenn die Beeinträchtigung erst durch das Verhalten des Arbeitgebenden hervorgerufen werde. Auch die Rechtsmittelinstanz, das LAG Berlin-Brandenburg, orientiert sich in ihrem Urteil vom 13. Januar 2012⁴²² auf die medizinische Perspektive auf Behinderung⁴²³: Dahinstehen könne, so das Gericht, ob in einer symptomlosen HIV-Infektion eine Behinderung i.S.d. § 1 AGG zu sehen sei. Entgegen der Ansicht des Klägers hätte sich

⁴²¹ Mit Verweis auf Schleusener-Suckow-Voigt, § 1 Rn. 63.

⁴²² 6 Sa 2159/11.

⁴²³ Siehe vorne, Teil 2. C) 1.4.

dies keinesfalls aus dem Umgang der Beklagten mit seiner Infektion durch Ausspruch der Kündigung ergeben, worauf das Arbeitsgericht bereits zutreffend hingewiesen habe, weil damit Ursache und Wirkung vertauscht würden.

Beide Gerichte machen die Kausalität zwischen der HIV/Aids-Infektion und einer Teilhabestörung zum ausschlaggebenden Faktor für die Frage, ob eine HIV-Infektion eine Beeinträchtigung im Sinne einer Behinderung darstellt. Wie bereits erwähnt, ist dies aus mehreren Gründen nicht überzeugend: Zum einen kann bereits die Notwendigkeit einer Dauerbehandlung zu einer maßgeblichen Beeinträchtigung in der Teilhabe führen, indem etwa regelmäßig Medikamente eingenommen werden müssen.⁴²⁴ Zum Zweiten sind Menschen mit HIV/Aids-Infektion systematisch dem Vorurteil der Ansteckungsgefahr und darüber hinaus einer diffusen Stigmatisierung ausgesetzt (z.B. die i.d.R. unberechtigte Annahme einer HIV-bedingten Einschränkung der Erwerbsfähigkeit). Dadurch wird es Menschen mit HIV/Aids erschwert, in bestimmten gesellschaftlichen Lebensbereichen gleichberechtigt Fuß zu fassen.⁴²⁵ Im konkreten Sachverhalt führten die Vorurteile des Arbeitgebenden dazu, dass der HIV/Aids-infizierte Angestellte von einer wesentlichen Lebensaktivität ausgeschlossen bzw. in seiner Ausübung behindert wurde. So lange die Stigmatisierung von HIV/Aids-infizierten Menschen weiterhin besteht, erweisen sich auch Menschen mit symptomloser HIV-Infektion als durch herrschende Vorurteile potentiell als in der gesellschaftlichen Teilhabe substantiell beeinträchtigt. In beiden Urteilen wird die tatsächliche Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe durch die Stigmatisierung von HIV/Aids und Benachteiligung von von HIV/Aids betroffenen Personen, für die der Sachverhalt lediglich ein Beispiel ist, zu wenig berücksichtigt. Die Gerichte hätten hier nicht unkritisch davon ausgehen dürfen, dass eine Behinderung deshalb nicht vorliegt, weil bei asymptomatischen HIV/Aids-Infektionen eine objektive Teilhabestörung gerade nicht gegeben ist. Vielmehr hätte es prüfen müssen, ob der asymptomatischen HIV/Aids-Infektion ein erhöhtes Risiko für substantielle Teilhabestörungen durch Vorurteile inhärent ist.

Darüber hinaus macht die Rechtsmittelinstanz den Fehler, nicht eindeutig zwischen der Frage, ob eine Behinderung vorliegt und der Frage, inwiefern die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung gerechtfertigt ist, zu unterscheiden: Bedeutsam könne dagegen sein, so das Gericht in seinen Erwägungen, dass nach der VersMedV eine HIV-Infektion ohne klinische Symptome mit einem Grad der Schädigungsfolgen von 10 aufgeführt sei, und dass dabei die Auswirkungen von Funktionsstörungen in allen Lebensbereichen und nicht nur die Einschränkungen im allgemeinen Erwerbsleben zum Inhalt habe.⁴²⁶ Hingegen bestehe weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung. Die Beklagte habe ihm nicht wegen seiner HIV-Infektion als solcher gekündigt, sondern wegen der sich daraus für sie ergebenden fehlenden Einsatzmöglichkeit. Es verhalte sich insoweit ähnlich wie bei einer Kündigung wegen häufiger Fehlzeiten⁴²⁷ etwa in Folge wiederholter Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer später eingetretenen Immunschwäche.. Vorerst bleibt abzuwarten, wie der Fall vor Bundesarbeitsgericht beurteilt wird.

424 Gleicher Meinung Welte, S. 43.

425 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.2.

426 Erw. 2.1.

427 Mit Verweis auf BAG, Urteil vom 28.04.2011 – 8 AZR 515/19 – NJW 2011, 2458 R 34.

2.1.3 Fazit

Aus dem sozialen Modell von Behinderung ergibt sich, dass eine chronische Krankheit unter den Begriff der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG zu subsumieren ist, sofern diese unmittelbar oder mittelbar zu einer Teilhabebeeinträchtigung führt. Nicht entscheidend ist, ob diese Beeinträchtigung objektiv auf die Funktionsbeeinträchtigung zurückzuführen ist, oder ob der betroffenen Person mit chronischer Krankheit lediglich eine mangelhafte Teilhabefähigkeit zugeschrieben wird.

2.2 „Chronische Krankheit“ als „Schwerbehinderung“

2.2.1 Schwerbehinderung als Rechtsbegriff nach § 2 Abs. 2, 3 SGB IX

Der Begriff der „Schwerbehinderung“ geht weniger weit als derjenige der „Behinderung“.⁴²⁸ Eine „Schwerbehinderung“ nach § 2 Abs. 2 Ziff. 2 SGB IX setzt einen Grad der Behinderung (GdB) von mindestens 50% voraus.⁴²⁹ Nach § 69 Abs. 1 Satz 3 werden die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft als GdB nach Zehnergraden festgelegt.⁴³⁰ Grundlage für die Bemessung des GdB ist die Verordnung zur Durchführung von § 1 Abs. 1 und 3, von § 30 Abs. 1 und von § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (Versorgungsmedizinverordnung, VersMedV).⁴³¹ GdS (Grad der Schädigungsfolgen) und GdB werden nach gleichen Grundsätzen bemessen (Teil A Bchst. a Anlage zu § 2 VersMedV). Die Begriffe unterscheiden sich darin, dass der GdS nur auf die Schädigungsfolgen (also kausal) und der GdB auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer Ursache (also final) bezogen ist (A2 Bchst. a VersMedV). GdS und GdB sind ein Maß für die körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Auswirkungen einer Funktionsbeeinträchtigung aufgrund eines Gesundheitsschadens.

Entscheidend für die Bemessung des GdS/GdB sind die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft.⁴³² Bei der Beurteilung von Kindern und Jugendlichen sind zudem gewisse Besonderheiten zu beachten (A 5). Referenz für die Bemessung ist die Regelwidrigkeit gegenüber dem für das Alter typischen Zustand. Hingegen sind pathologische Veränderungen, die nicht regelmäßig und nicht nur im Alter beobachtet werden können, zu berücksichtigen, auch dann, wenn sie erstmalig im höheren Alter auftreten oder als „Alterskrankheiten“ (z.B. „Altersdiabetes“, „Altersstar“) bezeichnet werden (A 2 Bchst. c). Die Beurteilung des Grades der Behinderung allein nach dem Verlust der beruflichen Funktionsfähigkeit ist ausgeschlossen (A 2 Bchst. a VersMedV).⁴³³ Nicht entscheidend ist, ob die Krankheit durch eine Therapie geheilt werden kann. Maßgeblich ist aber, welche Auswirkungen die Funktionsbeeinträchtigung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben bei Anwendung der Therapie hat.⁴³⁴

Die Dauer der Beeinträchtigung muss mit hoher Wahrscheinlichkeit sechs Monate überschreiten (A 2 Bchst. f). Bei abklingenden Gesundheitsstörungen ist der Wert

428 BAG vom 13.10.2011, 8 AZR 608/10, R 33; LAG Baden Württemberg vom 06.09.2010, Az. 4 Sa 18/10, R 42.

429 BAG vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 32a.

430 A2 Bchst. e VersMedV; früher BSG v. 14.02.2001, rv 2001, 97.

431 Die VersMedV knüpft an die „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz 1996.“

432 Zu den Grundsätzen siehe A 2-7 VersMedV.

433 Vor Inkrafttreten der VersMedV Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, § 69 Rn 28; Masuch, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 69 Rdnr. 24; Cramer, SchwbG, § 3 Rn 5; Kossens/von der Heide/Maaß-Kossens, § 69 Rn 9.

434 Früher BSG v. 15.07.2004, B 9 SB 46/03.

festzusetzen, der dem über sechs Monaten hinaus verbliebenen – oder voraussichtlich verbleibenden – Schaden entspricht. Schwankungen im Gesundheitszustand bei längerem Leidensverlauf ist mit einem Durchschnittswert Rechnung zu tragen (A 2 Bchst f). Ist der Verlauf durch sich wiederholende Besserungen und Verschlechterungen des Gesundheitszustandes geprägt, wie dies bei vielen chronischen Krankheiten der Regelfall ist (z.B. bei chronischer Bronchitis, Hautkrankheiten, Darmerkrankungen, Anfallsleiden), können die zeitweiligen Verschlechterungen aufgrund der anhaltenden Auswirkungen auf die gesamte Lebensführung nicht als vorübergehende Gesundheitsstörungen betrachtet werden (A 2 Bchst. f VersMedV). Entsprechend schreibt die VersMedV vor, dass in solchen Fällen bei der GdB-Beurteilung von dem „durchschnittlichen“ Ausmaß der Beeinträchtigung ausgegangen werden muss (A 2 Bchst. f). Bei einer Mehrfachbeeinträchtigung im Sinne von § 69 Abs. 2 SGB IX muss eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden, die Einzelwerte dürfen jedoch nicht addiert werden (A3 Buchst. a VersMedV).⁴³⁵

Die einzelnen Werte in der GdS-Tabelle sind lediglich Anhaltswerte, eine Einzelfallbetrachtung ist zwingend erforderlich (B 1 Buchst. a VersMedV).

Anders als beim Behinderungsbegriff nach Abs. 1 von § 2 SGB IX muss eine Schwerbehinderung nach Abs. 2 zum Zeitpunkt des Abklärungsverfahrens vorliegen.⁴³⁶ Somit stellt sich die Frage, ob und inwiefern eine stabil verlaufende chronische Erkrankung mit lediglich latentem Beeinträchtigungsrisiko unter den Schwerbehindertenbegriff fallen kann. Grundsätzlich bedarf es hier im Lichte einer BRK-konformen Auslegung eine sorgfältige Einzelfallabwägung. Angesichts der problematischen Auswirkungen auf Menschen mit manifesten Schwerbehinderungen ist hierbei jedoch große Zurückhaltung geboten, da andernfalls die Arbeitgebenden ihre Quotenpflicht nach § 71 SGB IX mit „unproblematischen“ oder „weniger problematischen“ Menschen mit Schwerbehinderung – d.h. Menschen, die ökonomisch vergleichsweise geringe Risiken sind – erfüllen können. Dies jedoch würde der Intention des deutschen Behindertenrechts der Stärkung der Integration und Selbstbestimmung von Menschen mit Schwerbehinderung insgesamt zuwiderlaufen. Trotzdem kann es im Einzelfall angebracht sein, eine entsprechende gegenteilige Beurteilung vorzunehmen, so etwa wenn die Auswirkungen einer Beeinträchtigung derart erheblich sein können, dass die betroffene Person trotz niedriger Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Risikos auf dem Arbeitsmarkt praktisch chancenlos ist. In diesem Sinne ist auch die zuschreibende Pathologisierung und die daraus resultierende Ausgrenzung als Kriterium für die Beurteilung, ob eine Beeinträchtigung im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX vorliegt, in die Beurteilung miteinzubeziehen. Das Gegenargument des Zirkelschlusses zieht hier insofern nicht, als es sich ja um eine mit manifesten Schwerbehinderungen vergleichbare konkrete Beeinträchtigung der Teilhabe am Erwerbsleben systematischer Art handelt. Zugegeben, handelt es sich in der Realität wohl eher um einen seltenen Fall einer Schwerbehinderung.

Menschen mit Schwerbehinderung nach SGB IX gleichgestellt sind Personen mit einem GdB von weniger als 50 aber mindestens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen

⁴³⁵ Kossens/von der Heide/Maaß-Kossens, § 69 Rn 23.

⁴³⁶ Zur drohenden Behinderung siehe hinten, Teil 2. C) 3.

nach § 2 Abs. 2 SGB IX vorliegen und die infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können.⁴³⁷ Dies erfordert einen konstitutiven Akt, wobei eine schriftliche Zusicherung der entsprechenden Behörde diesen nicht ersetzen kann.⁴³⁸ Zudem ist bei der Festlegung, ob eine einer Schwerbehinderung gleichgestellte Situation nach Art. 81 Abs. 3 SGB IX vorliegt, das internationale Recht und das Unionsrecht zu berücksichtigen. Dies gilt auch entgegen der zutreffenden Position, dass der Behinderungsbegriff § 81 Abs. 2 SGB IX demjenigen der EG-Richtlinie 2000/78 nicht entspricht bzw. entsprechen muss.⁴³⁹ Auch das Argument, der durch Auslegung ausgeweitete Geltungsbereich von § 81 Abs. 3 SGB IX auf alle Bewerber_innen mit einer Behinderung im Sinne der Richtlinie⁴⁴⁰, gelte seit Inkrafttreten des AGG nicht mehr⁴⁴¹, da es sich um eine Übergangsrechtsprechung handle⁴⁴², erscheint dies nicht gänzlich zu entkräften. Nicht überzeugend ist das Argument, das AGG schütze die einfach-behinderten Menschen vor Diskriminierung, also diejenigen, deren Grad der Behinderung unter 50 GbG liegt und die nicht gleichgestellt wurden⁴⁴³, da die SGB IX Regeln weitergehende Möglichkeiten bieten. Eine Person mit GdB 40 oder gar noch tiefer ist mit einer Person mit Schwerbehinderung gleichzustellen, wenn ihre Behinderung im Zusammenspiel mit der Umwelt eine bedeutende Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe nach sich zieht, auch unabhängig davon, ob aus medizinisch-objektiver Perspektive eine solche gegeben ist.⁴⁴⁴

2.2.2 „Chronische Krankheiten“ als Schwerbehinderung

Eine akute Krankheit kann für sich alleine keine Schwerbehinderung darstellen. Ebenso wenig sind chronische Krankheiten automatisch Schwerbehinderungen. Hingegen kann die Chronifizierung dazu führen, dass Schädigungen und Funktionsbeeinträchtigungen entstehen, die den GdS (bzw. GdB) beeinflussen. Zudem schließen die in der GdS-Tabelle angegebenen Werte die üblicherweise vorhandenen Schmerzen, die u.a. bei einer Chronifizierung der Krankheit erhöht sein können, mit ein und berücksichtigen erfahrungsgemäß besonders schmerzhaft Zustände (A 2 Bchst. j VersMedV). Bei einer über das übliche Maß hinausgehenden Schmerzhaftigkeit können höhere GdB-Werte angesetzt werden.

Die Chronifizierung einer Krankheit führt i.d.R. auch zu seelisch belastenden Begleiterscheinungen. Daher werden bei der Beurteilung des GdS/GdB die seelischen Begleiterscheinungen mitberücksichtigt. Auch hier sind die üblichen Werte in den Sätzen der GdS-Tabelle enthalten (A 2 Bchst. i VersMedV). Sind die seelischen Begleiterscheinungen erheblich höher als aufgrund der organischen Veränderungen zu erwarten wäre, so ist ein höherer GdS (bzw. GdB) gerechtfertigt. Außergewöhnliche seelische Begleiterschei-

437 BAG vom 18.11.2008, 9 AZR 643/07, Rn 22; BAG vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 32a ff.

438 BAG vom 18.11.2008, 9 AZR 643/07, Rn 35; BAG vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 33 ff.

439 BAG vom 03.04.2007, 9 AZR 823/06, Rn 18 ff, BAGE 122; BAG vom 18.11.2008, 9 AZR 643/07, Rn 36 f.; BAG vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 35 ff. Vgl. zudem EuGH vom 23.02.2006, C-43/05, in welchem der Gerichtshof entschied, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen habe, die notwendig seien, um der RL 2000/78/EG Geltung zu verschaffen.

440 BAG vom 03.04.2007, 9 AZR 823/06, Rn 18 ff, BAGE 122; BAG vom 18.11.2008, 9 AZR 643/07, Rn 36 f.

441 Mit der Einführung des AGG wurde das bestehende Umsetzungsdefizit beseitigt (Düwell in: LPK-SGB IX, § 81 Rdnr. 8, 19; Fabricius in: jurisPK-SGB IX, § 81 Rn 24; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen-Neumann, § 81 Rn 11.

442 BAG vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 35 ff. Vgl. zudem BAG vom 18.11.2008, 9 AZR 643/07, Rn 48.

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

444 Entsprechend argumentiert die Klägerin in BAG, Urteil vom 27.01.2011, 8 AZR 580/09, Rn 9.

nungen sind anzunehmen, wenn anhaltende psychoreaktive Störungen in einer Ausprägung vorliegen, dass eine spezielle ärztliche Behandlung dieser Störungen – z.B. eine Psychotherapie – erforderlich ist.

2.3 Beispielhafte chronische Erkrankungen und ihr Verhältnis zum Behinderungsbegriff

Im Folgenden wird an den Beispielen HIV/Aids, Diabetes mellitus, chronische Darmerkrankungen und Adipositas gezeigt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sie als Behinderung gelten. Bei der Auswahl der Krankheiten spielten drei Kriterien eine Rolle:

- | Erstens werden mit HIV/Aids und Diabetes mellitus zwei chronische Krankheiten ausgewählt, die im politischen Diskurs und in ausländischen Erlassen regelmäßig und explizit als Krankheiten genannt werden, das entweder als eigenständige Dimensionen oder subsumiert unter „Behinderung“ vom Diskriminierungsschutz erfasst sind.⁴⁴⁵
- | Zweitens werden mit Colitis Ulcerosa und Morbus Crohn zwei chronische Darmerkrankungen gewählt, die prima vista nicht zwingend eine substantielle Teilhabebeeinträchtigung zur Folge haben. Damit kann die Problematik der Kausalität zwischen Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung thematisiert werden.
- | Drittens wird mit Adipositas eine Ernährungs- und Stoffwechselkrankheit ausgewählt, die i.d.R. chronischer Natur ist, die aber nicht zwingend eine Funktionsbeeinträchtigung zur Folge hat. Damit kann insbesondere die Problematik der Schädigung bzw. der Funktionsbeeinträchtigung als Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung thematisiert werden.

Mit der Auswahl soll gezeigt werden, dass die explizite Nennung einzelner chronischer Krankheiten in Diskriminierungsverboten problematische Ausschlüsse aus dem Diskriminierungsschutz zur Folge haben können⁴⁴⁶, die entweder über die Rechtsanwendung und/oder vom Gesetzgeber gelöst werden müssen.⁴⁴⁷

2.3.1 HIV/Aids

Nach der VersMedV weist eine HIV-Infektion ohne klinische Symptomatik („Erworbenes Immundefizienzsyndrom“) eine GdB/GdS⁴⁴⁸ von 10 auf, eine HIV-Infektion mit klinischer Symptomatik bei geringer Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei Lymphadenopathie syndrom) einen von 30-40, bei stärkerer Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei AIDS-related complex) 50-80 und bei einem AIDS-Vollbild einen von 100 (16.11 Immundefekte). Daher wird u.E. eine HIV/Aids-Infektion vom Behinderungsbegriff im AGG grundsätzlich erfasst. Gleicher Meinung ist auch das Bundesministerium für Gesundheit⁴⁴⁹, wie die Bundesregierung in einer Antwort auf eine einfache Anfrage der Die Linke verlauten ließ.⁴⁵⁰ In der Literatur wird

445 Siehe hinten, Teil 4.

446 Siehe insb. die Ausführungen vorne, Teil 2. C) 1.4.

447 Siehe hierzu hinten, Teil 4.

448 Ausführungen zum GdB/GdS siehe vorne, Teil 2. C) 2.3.

449 Bericht zum Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung vom Juni 2011, S. 6 und 52.

450 DS 17/7283, S. 2

dies auch mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des US Supreme Court bejaht.⁴⁵¹ Unbestritten ist der Behindertenstatus bei Infektion mit klinischer Symptomatik ab GdB 40; bei schweren Leistungsbeeinträchtigungen, dem sog. AIDS-Vollbild, gilt gar ein GdB von 100. Dies ergibt sich bereits daraus, dass eine symptomatische HIV/Aids-Infektion objektiv zu substantziellen Beeinträchtigungen in der gesellschaftlichen Teilhabe führt, da die Infektion zu erheblichen Leistungseinschränkungen in der Ausübung körperlicher Aktivitäten und damit auch in der gesellschaftlichen Teilhabe z.B. in Beruf und Freizeit führt. Ab einem GdB 50 liegt gar der Status der Schwerbehinderung, darunter bis einem GdB 30 besteht die Möglichkeit einer Behinderung, die einer Schwerbehinderung gleichgesetzt ist.

Bei einer Infektion mit klinischer Symptomatik unter 40 GdB und bei einer HIV-Infektion ohne klinische Symptomatik mit einem GdB von 10 sind die Positionen in Praxis und Literatur umstritten, wie bereits gezeigt wurde.⁴⁵² Angesichts des Stigmatisierungspotentials und den Nachteilen bzw. Vorurteilen, denen auch Menschen mit symptomloser HIV-Infektion ausgesetzt sind, besteht u.a. das erhöhte Risiko von Benachteiligungen in zentralen gesellschaftlichen Bereichen wie z.B. in Beruf und Freizeit.⁴⁵³ Daher sind wir der Auffassung, dass auch eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des AGG und des GG darstellt. Die Positionen stützen sich im Wesentlichen auf stigmatheoretische Argumente sowie auf der Tatsache dass HIV/Aids eine chronische Erkrankung mit konkreten Einbußen darstellt.⁴⁵⁴

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass eine Benachteiligung wegen HIV/Aids auch eine Benachteiligung aufgrund der (zugeschriebenen) sexuellen Identität darstellen kann. Umgekehrt handelt es sich auch dann um eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität, wenn jemand bei einer homosexuellen Person eine HIV-Infektion/Aids-Erkrankung vermutet. Benachteiligungen wegen der Rasse oder der Herkunft kann dann vorliegen, wenn entsprechende Vermutungen einer HIV-Infektion/Aids-Erkrankung daran geknüpft werden.⁴⁵⁵

2.3.2 Diabetes mellitus

Diabetes führt je nach Typus zu unterschiedlicher Intensität von Beeinträchtigungen in der Lebensführung. Je nach Schweregrad entspricht dies gemäß VersMedV einem GdS von 0-50: GdS 0 bei Diabetes ohne Hypoglykämie; GdS 20 bei Diabetes erkrankten Menschen, deren Therapie eine Hypoglykämie auslösen kann und die durch Einschnitte in der Lebensführung beeinträchtigt sind; GdS 30-40 bei Hypoglykämie mit mindestens einmal täglich einer dokumentierten Überprüfung des Blutzuckers; GdS 50 bei täglich mindestens vier Insulininjektionen. Außergewöhnlich schwer regulierbare Stoffwechsellagen können jeweils höhere GdS-Werte bedingen. Eine Schwerbehinderung im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX liegt demnach nur bei schwerer Diabetes vor.⁴⁵⁶ Liegen Folgeerkrankungen wie z.B. Adipositas,

451 Däubler/Bertzbach-Däubler, Rn 81 § 1; Mohr, S. 204 Fn 131; Schiek-Schiek, Rn 43 § 1; v. Roetteken, § 1 Rn 166. Siehe auch Pärli/Caplazi/Suter, u.a. S. 183-187, 365 ff.

452 Siehe vorne, insb. Teil 2. C) 2.2.

453 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

454 Baer et al., Rechtsauskunft, S. 3 f. mit Verweis auf Pärli/Caplazi/Suter, HIV/Aids-Diskriminierung, S. 280.

455 Vgl. hierzu etwa Baer et al., Rechtsauskunft, S. 4.

456 Siehe hierzu auch VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/04.

Nierenschäden bis zu Dialysepflichtigkeit, kardiovaskuläre Erkrankungen, Nervenschäden, Augenschäden bis zur Erblindung vor, ist ein GdB von 40-60 einschlägig.⁴⁵⁷ Der Diabetes mellitus Typ I ist eine Behinderung im Sinne von Art. 1 Richtlinie 2000/78, des GG und des AGG.⁴⁵⁸ Einerseits bestehen verschiedene Funktionsbeeinträchtigungen wie z.B. ein Ausschluss der Verarbeitung von Kohlenhydraten und die fehlende Produktion von Insulin. Andererseits ist die gesellschaftliche Teilhabe durch die Abhängigkeit von Medikamenten und die damit einhergehende kontrollierte Fremd- und Selbstmedikation, sowie durch die zwingend erforderliche Einhaltung einer strengen Diät, beeinträchtigt. Somit zeigt sich die Beschränkung einerseits in der medizinisch erforderlichen kontrollierten Lebensführung. Darüber hinaus lässt sich bei vielen Diabetes-Erkrankungen nicht mit einer großen Wahrscheinlichkeit prognostizieren, dass eine vorzeitige Dienstunfähigkeit der betroffenen Person nicht eintreten wird.⁴⁵⁹ So kommt das VG Gelsenkirchen in einem Urteil zum Schluss, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Kläger vor Erreichen der Altersgrenze eine oder mehrere diabetische Folgeerkrankungen erleiden wird.⁴⁶⁰ Unabhängig davon, ob dem tatsächlich so ist, bedeutet dies bereits einen beachtlichen Grad an Stigmatisierung, die sich darin zeigt, dass Diabetiker_innen ständig mit Ausgrenzungen rechnen müssen und diesen auch tatsächlich ausgesetzt sind.⁴⁶¹

2.3.3 Chronische Darmerkrankungen (Colitis Ulcerosa, Morbus Crohn)

Colitis Ulcerosa und Morbus Crohn sind schwerwiegende chronische Erkrankungen des Darmes.⁴⁶² Gemäß VersMedV weisen sie einen GdB zwischen 10 und 80 auf. Bei einer Erkrankung mit schwerster Auswirkung (GdB 70-80) und mit schwerer Auswirkung (GdB 50-60) liegt eine Schwerbehinderung nach § 2 Abs. 2 SGB IX vor. Unabhängig davon, welcher Position gefolgt wird, ist auch eine Behinderung nach AGG und Art. 3 Abs. 2 GG gegeben. Einerseits liegen schwerwiegende Funktionsbeeinträchtigungen vor: Die betroffenen Darmabschnitte verfügen nicht mehr über dieselbe Absorptionsfähigkeit, was leichte bis sehr starke Kräfteverluste durch Mangel- und Unterernährung zur Folge hat. Die körperlichen Beeinträchtigungen wiederum führen zu erheblichen Einschränkungen im Alltag: z.B. durch längere Spitalaufenthalte bzw. krankheitsbedingte Abwesenheiten in Beruf und Freizeit, aufgrund regelmäßiger medizinischer Behandlungen, teilweise medizinisch gebotenen strengen Diäten,⁴⁶³ oder schulmedizinisch zwar nicht indizierten Ernährungsumstellungen⁴⁶⁴. Berufs- und Freizeitleben sind vielfach einschränkenden Strukturierungen durch medizinische Behandlung, sportliche Tätigkeit und Diäten unterworfen. Zudem ist es insbesondere bei Morbus Crohn-Patienten oft notwendig, dass sich diese in der Nähe von Toiletten befinden, da rasche, unvorhersehbare Toilettenbesuche erforder-

457 VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/04.

458 Betreffend die Verweigerung einer Verbeamtung eines Mannes mit Diabetes mellitus vom Typus I VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03.

459 Siehe etwa VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03; BAG, Urteil vom 16.09.2008 – 9 AZR 791/07.

460 VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03.

461 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

462 Siehe etwa OVG Lüneburg, Urteil vom 11.11.2008 – 5 LB 17/08, Rn 3b (MS-Patientin); beurteilt nach Nr. 16.1 Satz 2 AMR.

463 Daher zählt nach VwV-StVO zum Kreis der schwerbehinderten Personen, die regelmäßig für Parkerleichterungen in Frage kommen auch Personen mit Schwerbehinderung, die an Morbus Crohn und Colitis Ulcerosa leiden, wenn hierfür ein GdB von wenigstens 60 vorliegt (siehe auch VG Braunschweig, Urteil vom 06.06.2012 – 6 A 122/11; OVG Münster, Urteil vom 23.08.2011 – 8 A 2247/10).

464 § 6 Abs. 1 Nr. 2 BhV. Siehe Sachverhalt in OVG Lüneburg, Urteil vom 11.11.2008 – 5 LB 17/08 (MS-Patientin).

lich sind.⁴⁶⁵ Erschwerend kommen Folgekrankheiten wie Fisteln, Stenosen, postoperative Folgezuständen sowie bei Kindern Wachstums- und Entwicklungsstörungen hinzu. Auch bei Verläufen geringer Auswirkung (GdB 10-20) und mittelschwerer Auswirkung (GdB 30-40) liegt aufgrund der Störung der gesellschaftlichen Teilhabe eine Behinderung vor. Zwar sind hier im Gegensatz zu schwersten und schweren Erkrankungen Verläufe die Regel, die mittels medikamentöser Behandlung so im Griff sind, dass zu großen Teilen keine bedeutende Einschränkung der gesellschaftlichen Teilhabe vorliegt.⁴⁶⁶ Zu berücksichtigen ist aber, dass auch leichte Formen der Colitis Ulcerosa und des Morbus Crohn auf ein ganzes Leben betrachtet meist unterschiedliche Intensitäten aufweisen. Schübe wechseln sich mit teilweise längeren Ruhephasen ab. So kann beispielsweise Stress Auslöser für eine akute Krankheitsphase sein.⁴⁶⁷ Insgesamt lassen sich CU/MC-Erkrankungen prognostisch nicht leicht erfassen.⁴⁶⁸ Illustrativ lässt sich dies anhand eines Sachverhaltes eines Härtefallgesuches zur Zulassung zum Studiengang Humanmedizin nach VergabeVO zeigen.⁴⁶⁹ So kann eine Colitis Ulcerosa unter einer medikamentösen Dauertherapie als nicht hochaktiv stabilisiert werden. Hingegen ist etwa im weiteren Verlauf mit dem Auftreten von teils auch starken Schüben zu rechnen. Durch zu erwartende Krankheitsepisoden werde sich das Medizinstudium möglicherweise deutlich verzögern und eine eventuell notwendige Wartezeit auf einen Studienplatz kaum sinnvoll überbrückt werden. Insgesamt kann eine Erkrankung auch bei weniger schweren Verläufen zu einer reduzierten Arbeitszeit führen.⁴⁷⁰ Weiter von Bedeutung ist, dass regelmäßige medizinische Kontrolluntersuchungen notwendig sind, dies unabhängig vom Verlauf bzw. GdB.⁴⁷¹ Zudem kommt es oft zu Ernährungsumstellungen bzw. Nahrungsergänzungen, die zwar nicht als Arzneimittel gelten, aber als Nahrungsmittelergänzung eingenommen werden, auch ohne Nachweis einer positiven Wirkung.⁴⁷² Auch dies ist zu berücksichtigen. Zudem sind auch bei leichteren Verläufen Phasen der Stuhlinkontinenz gegeben, die sowohl Freizeit als auch Arbeitsleben beeinträchtigen.⁴⁷³ Hinzu kommt, dass ein erhöhtes Benachteiligungsrisiko bzw. Stigma gegeben ist. Beispielsweise kommt es angesichts des strengen Maßstabes bei der Verbeamtung regelmäßig vor, dass die Nichtverbeamtung von Colitis Ulcerosa/Morbus Crohn-Patienten mit leichten Verläufen keine Bedenken auslöst, da die Möglichkeit bestehe, „dass es erneut zu Krankheitsschüben kommt, welche längere Fehlzeiten und die vorzeitige Dienstunfähigkeit zur Folge haben können“.⁴⁷⁴ Entscheidend sei, „dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vorzeitigen Dienstunfähigkeit oder häufiger Erkrankungen nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne“. Gemessen am sozialen Modell wäre jeweils zu prüfen, ob einer Person mit

465 Zur Beeinträchtigung aufgrund häufiger Stuhlgänge siehe auch VG Sigmaringen, Urteil vom 29.10.2009 – 8 K 2267/07.

466 Vgl. etwa auch VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 27.06.2012 – 6z K 1522/12; Sachverhalt in VG Düsseldorf, Urteil vom 06.09.2011 – 2 K 6853/09.

467 Kausalität nicht gegeben in VG Würzburg, Urteil vom 05.05.2010 – W 3 K 08.2241, 3 K 08.2241 (Kein Anspruch auf Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben für eine geplante Umschulung); VG Düsseldorf, Urteil vom 12.02.2008 – 2 K 6317/06.

468 Aus der Rüge gemäss VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 27.06.2012 – 6z K 1522/12.

469 Aus der Rüge gemäss VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 27.06.2012 – 6z K 1522/12.

470 Aus der Rüge gemäss VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 27.06.2012 – 6z K 1522/12.

471 Dem entsprechend wird die Krankheit auch offenkundig als schwerwiegend eingestuft (BGH VersR 00, 1486; LG Osnabrück, Urteil vom 11.12.2002 – 9 O 1978/02)

472 Vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 11.11.2008 – 5 LB 17/08.

473 Aus der Rüge gemäss VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 27.06.2012 – 6z K 1522/12.

474 VG Düsseldorf, Urteil vom 06.09.2011 – 2 K 6853/09.

geringer oder mittelschwerer Colitis Ulcerosa eine Leistungsschwäche zugeschrieben wird; dies auch angesichts der Tatsache, dass bei Darmerkrankungen eine Zukunftsprognose kaum machbar ist.⁴⁷⁵ Abweisung des Antrages auf Übernahme eines Lehrers mit MC ins Beamtenverhältnis auf Probe, der seit vier Jahren beschwerdefrei ist, dies wegen fehlender gesundheitlicher Eignung.

2.3.4 Adipositas: Behinderung durch Stigmatisierung

Gemäß VersMedV bedingt die Adipositas allein keinen GdS (15.3). Nur Folge- und Begleitschäden können die Annahme eines GdS begründen. Gleiches gilt für die besonderen funktionellen Auswirkungen einer Adipositas permagna. Daran anlehnend kommt das OVG Lüneburg in einem Urteil vom 31. Juli 2012⁴⁷⁶ zum Schluss, Adipositas, auch wenn ihr Krankheitswert zukomme, keine rechtlich relevante Funktionsbeeinträchtigung im Sinne des Behinderungsbegriffs nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX darstelle. Die Klägerin sei auch nicht behindert im Sinne des AGG. Dabei übernimmt das Gericht die Auffassung des Gesetzgebers, der den Behinderungsbegriff im AGG an denjenigen des SGB IX anlehnt. Da der Behinderungsbegriff weitgehend dem des § 2 Abs. 1 SGB IX und damit dem des AGG entspreche, gelte die Klägerin auch nach den Maßstäben des Europäischen Gerichtshofes (Chacón Navas) nicht als behindert, weil mit ihrer Adipositas gerade keine Beeinträchtigung der Teilhabe am Berufsleben einhergehe. Anlehnend an die ICF-Grundsätze verneint das Gericht den Behindertenstatus auch deshalb, weil im konkreten Fall keine Beeinträchtigung der Teilhabe erkennbar sei. Die Klägerin habe ihren Beruf frei wählen können, sei bei der Beklagten als Lehrkraft eingestellt worden und zwischenzeitlich unbefristet beschäftigt. In der Wahrnehmung ihrer Aufgaben sei die Klägerin durch die Adipositas unstreitig nicht erkennbar eingeschränkt. Die von der Klägerin im Übrigen angeführten Aspekte der Teilhabe am sozialen Leben – wie das Finden von Lebenspartnern, die Ausübung vieler Sportarten, das Zeigen des Körpers in öffentlichen Bädern, Kauf modischer Kleidung, Eisessen oder Biertrinken in der Öffentlichkeit – ließen sich zwar teilweise den in der ICF vertyperten Domäne zuordnen, seien aber sämtliche nicht in einem Maße beeinträchtigt, das bei einer Gesamtbetrachtung die Schwelle zur Behinderung überschreiten würde. Alle diese Handlungen seien auch bei Adipositas möglich und würden nach Einschätzung des Senats auch von adipösen Personen weitgehend unbefangen und unbeanstandet ausgeübt. Im Grundsatz gleich argumentiert das VG Hannover in einem Urteil vom 19.11.2009.⁴⁷⁷

Das Gericht orientiert sich in seiner Entscheidung an einem engen medizinisch-sozialen Verständnis von Behinderung. Nach dem u.E. dem internationalen Recht folgenden sozialen Modell⁴⁷⁸ ist Adipositas als Behinderung im Sinne des AGG zu qualifizieren.⁴⁷⁹ Adipositas kann angesichts der Abweichung der körperlichen Funktion von dem für das Lebensalter typischen Zustand zu einer Beeinträchtigung bei der Teilnahme am Leben führen. Unabhängig davon, ob eine Kausalität zwischen der Adipositas und der Teilhabestörung gegeben ist, sind adipöse Menschen gesellschaftlich stigmatisiert,

475 Siehe hierzu etwa VG Düsseldorf, Urteil vom 06.09.2011. Es ging auch um die Feststellung eines Verfahrensmangels, da die Gleichstellungsbeauftragte nicht miteinbezogen wurde.

476 OVG Lüneburg, Urteil vom 31.07.2012 – 5 LB 33/11.

477 VG Hannover, Urteil vom 11.11.2009 – 13 A 6085/08.

478 Siehe vorne, Teil 2. C) 1.4.

479 Bauer/Göpfert/Krieger, Rn 44 § 1.

was zur Folge hat, dass sie nicht selten körperlich pathologisiert und als unästhetisch wahrgenommen werden; und dadurch sind sie im besonderen Maße der Benachteiligung ausgesetzt.⁴⁸⁰ Das Benachteiligungsrisiko wird u.a. aufgrund der Entwicklung von Herz-Kreislauf Erkrankungen und den erhöhten Risiken für weitere Erkrankungen noch erhöht. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn nach VersMedV bei Adipositas kein GdS vorliegt, da letztlich der Behinderungsbegriff im AGG von demjenigen des SGB IX unabhängig ist. Demgegenüber sind wir aus den genannten Gründen der Auffassung, dass einfaches bzw. leichtes Übergewicht in der Regel nicht als eine Behinderung zu qualifizieren ist.⁴⁸¹

3. „Drohende chronische Krankheit“ als Behinderung

Menschen, die von einer Behinderung bedroht sind, werden in den Schutz des SGB IX einbezogen, wenn die Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erwarten ist.⁴⁸² „Wenn Behinderung minimiert werden soll, ist es folgerichtig, dass die Intervention schon vor ihrem Eintritt einsetzt.“⁴⁸³ Gleiches gilt für chronische Krankheiten, unabhängig davon, ob diese im Sinne des § 2 SGB IX als Behinderung bzw. Schwerbehinderung gelten oder nicht. Dies ergibt sich aus § 3, der die Rehabilitationsträger dazu verpflichtet, darauf hin zu wirken, den Eintritt einer Behinderung einschließlich einer chronischen Krankheit zu vermeiden.⁴⁸⁴ Zudem werden gemäß § 26 die erforderlichen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation behinderter und von Behinderung bedrohter Menschen erbracht, um Behinderungen einschließlich chronischer Krankheiten abzuwenden.

Für die Qualifikation, ob eine Behinderung bzw. chronische Krankheit droht, ist das Verhältnis der Wahrscheinlichkeit des Eintritts und der Schwere der zu befürchtenden Behinderung bzw. Erwerbsminderung und Pflegebedürftigkeit maßgeblich.⁴⁸⁵ Je schwerer diese ist, mit desto geringerer Wahrscheinlichkeit ist sie als drohend im Sinne des SGB IX anzusehen.

Eine drohende Behinderung gilt auch nach § 1 AGG als Behinderung. Dies entspricht sowohl verschiedener Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur⁴⁸⁶, die den Behinderungsbegriff des AGG an denjenigen des SGB IX anlehnt, als auch einer völkerrechts- und unionsrechtskonformen Auslegung.⁴⁸⁷ Dem sozialen Modell nach unterscheidet sich eine Benachteiligung aufgrund einer drohenden Behinderung von einer Benachteiligung wegen bestehender Behinderung einzig darin, dass Benachteiligung und Behinderung zeitlich nicht zusammenfallen. Daher muss ein umweltbezogener Behinderungsbegriff letztlich auch den Zeitfaktor als Element der Umwelt mitberücksichtigen.

480 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

481 Bauer/Göpfert/Krieger, Rn 44 § 1.

482 § 1 Satz 1 SGB IX i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Vgl. hierzu Welti, S. 108.

483 Welti, S. 108.

484 Siehe vorne, Teil 2. B) und C) 2.1.

485 Welti, S. 109.

486 Däubler/Bertzbach-Däubler, § 1.

487 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1 und 2.2.

4. „Genetische (Prä-)Disposition“ als Behinderung

„Genetische Merkmale“ können in einem Zusammenhang mit einer Behinderung bzw. chronischen Krankheit stehen und aus diesem Grunde zu einer Benachteiligung führen.⁴⁸⁸ Dies ist dann gegeben, wenn aufgrund genetischer Eigenschaften eine Krankheit oder Behinderung tatsächlich droht – oder aber ein solches Erkrankungs- bzw. Behinderungsrisiko zugeschrieben wird –, und dies eine substantielle Beeinträchtigung ihrer gesellschaftlichen Teilhabe zur Folge hat.⁴⁸⁹

Umstritten ist, ob eine genetische Prädisposition zur chronischen Krankheit bzw. Behinderung vom Begriff der „Behinderung“ erfasst ist. Die wohl herrschende Meinung möchte eine „ungünstige genetische Anlage“ vom Begriff der Behinderung nicht erfasst haben, da sie den aktuellen Gesundheitszustand und die Teilhabe am beruflichen Leben nicht beeinträchtigt.⁴⁹⁰ Damit schließt sie normativ – bewusst oder unbewusst – an das medizinische Modell von Behinderung an.⁴⁹¹

Ein derart enges Verständnis ist jedoch problematisch.⁴⁹² Anlehnend an das soziale Modell sind genetische Merkmale bzw. Prädispositionen unter bestimmten Voraussetzungen unter den Behinderungsbegriff zu subsumieren.⁴⁹³ So kann bereits die Fremdeinschätzung eines Zusammenhangs zwischen genetischen Merkmalen und Behinderung bzw. chronischer Krankheit zu erheblichen Teilhabebeeinträchtigung führen, unabhängig davon, ob das Erkrankungsrisiko tatsächlich besteht oder lediglich aufgrund von Vorurteilen zugeschrieben wird. Ein prinzipieller Ausschluss genetischer Prädisposition vom Behinderungsbegriff mit dem Argument, eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung liege objektiv ja gar nicht vor, lässt sich insbesondere bei denjenigen Konstellationen nicht rechtfertigen, wo sich eine solche Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe auf substantielle Weise manifestiert, weil die Betroffenen dem Vorurteil körperlicher, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Dies entspricht auch den Vorgaben der BRK, die besagt, dass Menschen vor Stigmatisierungsprozessen, die zu substantiellen Beeinträchtigungen in der Teilhabe führen, zu schützen sind.⁴⁹⁴ Zwar darf diese Konzeption nicht zur Folge haben, dass eine Teilhabebeeinträchtigung mit einem Verhalten des Arbeitgebenden begründet wird, das zugleich als diskriminierende Ungleichbehandlung untersagt werden soll.⁴⁹⁵ Dies jedoch entbindet nicht davon, jeweils sorgfältig unter Berücksichtigung der Abwägung des Zusammenspiels der beeinträchtigenden Faktoren zu entscheiden, ob eine Behinderung wegen genetischer Prädisposition zur Behinderung oder aber chronischen Krankheit vorliegt.

488 Siehe vorne, Teil 1. B) 3.

489 Welti, S. 41.

490 Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 210; unklar Däubler-Däubler/Bertzbach-Däubler, § 1 Rn 75.

491 Siehe vorne, Teil 2. C) 1.4.

492 Siehe vorne, Teil 2. C) 1.4 und 1.6.

493 Caspar, EuGRZ 2000, S. 135, 137.

494 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1 und C) 1.4.

495 Zu diesem Kritikpunkt Leder, S. 151.

Eine „Behinderung“ im Sinne des AGG liegt jedenfalls immer bei einer mit einem gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad drohenden Behinderung vor. Für die Qualifikation, ob eine Behinderung bzw. chronische Krankheit droht, ist das Verhältnis der Wahrscheinlichkeit des Eintritts und der Schwere der zu befürchtenden Behinderung bzw. Erwerbsminderung und Pflegebedürftigkeit maßgeblich.⁴⁹⁶ Je schwerer diese ist, mit desto geringerer Wahrscheinlichkeit ist sie als drohend im Sinne des SGB IX anzusehen. Insofern stellt sich die Frage des Verhältnisses der durch die genetische Prädisposition drohenden Schwere der Behinderung. Ebenso entscheidend muss jedoch sein – und das wurde bereits erwähnt – dass die Behinderungsbedrohung letztlich auch in einer Stigmatisierung und nicht zwingend in einer tatsächlichen drohenden körperlichen Beeinträchtigung gründen kann. So macht es letztlich keinen Unterschied, ob eine Person Schwierigkeiten hat, eine Arbeitsstelle zu finden, weil sie körperlich beeinträchtigt ist, weil sie als körperlich beeinträchtigt angesehen wird oder weil sie als Fremdkörper in der Gesellschaft betrachtet wird.

Dem kann auch nicht das Argument entgegengehalten werden, dass „genetische Merkmale“ neben „Behinderung“ als Merkmal in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aufgenommen wurde.⁴⁹⁷ Denn das Merkmal „genetische Merkmale“ wurde deshalb in den Katalog aufgenommen, weil Behinderung nur in einer Minderheit der Fälle eine Folge genetischer Anlagen ist; nicht alle genetischen Anlagen, die zum Anlass einer Benachteiligung genommen werden führen zu Behinderungen. Der Chartageber wollte klarstellen, dass Diskriminierungen auch insofern verboten sind, als sie alleine an die genetische Andersartigkeit und nicht an die mit ihr verbundenen Teilhabestörungen anknüpfen.⁴⁹⁸ Dieses Problem kann sich insbesondere beim Zugang zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen und zur Privatversicherung manifestieren.⁴⁹⁹ Daher ist es auch kein Zufall, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem GenDG eine klare Regelung geschaffen hat.

5. Fazit

Der Behinderungsbegriff in § 2 Abs. 1 SGB IX folgt einem medizinischen Modell. Demnach liegt eine Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX vor, wenn eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung dauerhaft (mind. 6 Monate) in eine Teilhabebeeinträchtigung mündet. Voraussetzung dafür ist eine Kausalität zwischen der Funktionsbeeinträchtigung einerseits und der Teilhabebeeinträchtigung andererseits. Chronische Krankheiten, die objektiv nicht in eine Teilhabebeeinträchtigung münden, fallen nicht unter das Behinderungsverständnis von § 2 Abs. 1 SGB IX.

⁴⁹⁶ Welti, S. 109.

⁴⁹⁷ „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion, der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

⁴⁹⁸ Welti, S. 413.

⁴⁹⁹ Siehe vorne, Teil 1. B) 3.2 und 3.3.

Einem anderen Behinderungsverständnis unterliegen die Behinderungsbegriffe in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG, das dem sozialen Modell entspricht. Dem nach liegt eine Behinderung vor, wenn (kumulativ)

- | 1) eine Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung tatsächlich vorliegt oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit droht, die
- | 2) mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dauerhaft ist oder über mehrere Monate andauert, die
- | 3) zu einer substanziellen Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe führt oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dazu führt, welche
- | 4a) entweder auf die tatsächliche Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung im Zusammenwirken mit gesellschaftlichen Barrieren zurückzuführen ist, oder
- | 4b) in der einstellungsbedingten Zuschreibung gründet, die benachteiligte Person sei aufgrund der Funktionsbeeinträchtigung nicht in der Lage, angemessen gesellschaftlich zu partizipieren.

Bestehende oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit drohende chronische Krankheiten sind von diesem Begriffsverständnis des sozialen Modells i.d.R. erfasst, soweit die Schwere der Funktionsbeeinträchtigung in eine Teilhabebeeinträchtigung mündet (z.B. bei Diabetes mellitus, entsprechend mittelschweren oder schweren Verläufen von chronischen Darmerkrankungen) oder diese Teilhabebeeinträchtigung in einer sozialen Zuschreibung beziehungsweise Stigmatisierung gründet (z.B. HIV/Aids). Nicht erfasst sind jedoch diejenigen chronischen Krankheiten, die nicht mit einer Funktionsbeeinträchtigung einhergehen (z.B. bei gewissen Verläufen von Adipositas).

Enger fassen Vertreter_innen des medizinischen Modells von Behinderung den Behinderungsbegriff in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG. Demnach liegt eine Behinderung gleich wie beim Behinderungsbegriff nach § 2 Abs. 1 SGB IX nur bei einer objektiven Kausalität zwischen einer tatsächlich bestehenden Schädigung bzw. Funktionsbeeinträchtigung einerseits und einer substanziellen Beeinträchtigung gesellschaftlicher Teilhabe andererseits vor. Chronische Erkrankungen, die nicht zu einer Teilhabebeeinträchtigung führen, werden nach diesem engen Verständnis nicht vom Behinderungsbegriff erfasst. Dies hat zur Folge, dass z.B. eine HIV/Aids-Infektion oder zahlreiche unproblematische Krankheitsverläufe (z.B. bei Darmerkrankungen, Neurodermitis) nicht vom Behinderungsbegriff erfasst sind.

Nicht voraussehbar ist, ob angesichts der sich fortentwickelnden menschenrechtlichen Rechtsprechung etwa der UNO-Behindertenrechtsausschuss künftig einem sozialen Modell folgen wird. Dies würde bedeuten, dass auch tatsächlich nicht bestehende oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit drohende Funktionsbeeinträchtigungen unter den Behinderungsbegriff fallen können, vorausgesetzt eine Benachteiligung beruht auf einer stigmatisierenden Beurteilung körperlicher Eigenschaften, psychischer oder geistiger Eigenschaften. Damit wäre sichergestellt, dass etwa auch Adipositas unter den Behinderungsbegriff fällt, soweit dies der gesellschaftlich negativen Normierung unterliegt. Der Nachteil dieser weitgehenden Fassung von Behinderung wäre eine Verwässerung des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung.

Unabhängig von einer sehr weitgehenden Interpretation von Behinderung, erweist sich das soziale Modell für den Diskriminierungsschutz als wegweisend. Maßgeblich für die Frage, ob eine bestimmte Kategorie als Diskriminierungsdimension aufgefasst werden soll, ist letztlich nicht die klare Abgrenzung von Gruppenmerkmalen, sondern das Vorkommen von Benachteiligung und Stigmatisierung in der sozialen Realität.⁵⁰⁰ Da Menschen mit chronischer Krankheit Benachteiligung und Stigmatisierung ausgesetzt sind und dabei keine oder nur beschränkte Möglichkeiten haben, darauf Einfluss zu nehmen, ist es grundsätzlich gerechtfertigt und notwendig, den Diskriminierungsschutz diesbezüglich angemessen auszuweiten.⁵⁰¹

D) „Statistische Benachteiligung“ aufgrund chronischer Krankheit im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen

1. Die „statistische Frage“ bei Privatversicherungen: Problemstellung, Begriffsklärung

Die „statistische Frage“ wird im Antidiskriminierungsrecht vorwiegend im Zusammenhang mit der Problematik der „mittelbaren Diskriminierung“ gestellt. So kann das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung durch den statistischen Vergleich zweier Gruppen festgestellt werden.⁵⁰² Eine Benachteiligung ist dann als mittelbar diskriminierend ausgewiesen, wenn Träger_innen einer Diskriminierungsdimension statistisch stärker davon betroffen sind, ohne dass hierfür eine überwiegende Rechtfertigung gegeben ist.⁵⁰³ Demgegenüber ist die Problematik der „statistischen Benachteiligung“ als eine Form „unmittelbarer Diskriminierung“ erst seit kurzem Thema in der deutschen Rechtswissenschaft.⁵⁰⁴ GABRIELA BRITZ hat im Rahmen ihrer Studie „Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung“ einen maßgeblichen Beitrag zur Klärung der Problemstellung und deren Lösung geleistet. Betreffend Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen manifestiert sich die Problematik wie folgt:

Versicherungsunternehmen, die private Kranken-, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen anbieten, erheben im Rahmen der Beurteilung von Versicherungsanträgen Informationen über den Gesundheitszustand der Antragsteller_innen, die anhand von statistischen Daten über vorbestehende Krankheiten bzw. Krankheitsdispositionen für die Risikoeinschätzung geprüft werden.⁵⁰⁵ Damit soll entschieden werden, ob bzw.

500 Siehe auch Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus, die dafür plädieren, im Antidiskriminierungsrecht „Praktiken, Verhältnisse und -ismen zu markieren statt Gruppenkategorien zu unterscheiden“, S. 218.

501 Siehe hinten, Teil 4.

502 EuGH 27.10.1993, C-127/92 (Enderby), NZA 1994, 797; 27.05.2004, C-285/02 (Elsner-Lakeberg), NZA 2004, 783; BAG 08.06.2005, NZA 2006, 611.

503 EuGH 09.02.1999, C.-167/97 (Seymour-Smitz), AR-Blattei ES 800.2 Nr. 9; BAG 19.04.1995, NZA 1995, 985; Schlachter, NZA 1995, 393, 396).

504 Dammann, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, S. 245 ff.

505 Siehe hinten, Teil 2. D) 2.2.

unter welchen Konditionen eine_n Antragsteller_in in den Versicherungsschutz aufgenommen wird. Versicherungsnehmenden obliegt es, die entsprechenden Gesundheitsdaten zu liefern.⁵⁰⁶ Gemäß § 19 Abs. 1 VVG hat der Versicherungsnehmende bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung die ihm bekannten Gefahrenumstände, die für den Entschluss des Versicherungsunternehmens, den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zu schließen, erheblich sind und nach denen der Versicherte in Textform gefragt hat, dem Versicherenden anzuzeigen. Vorerkrankungen und Erkrankungen gehören zu diesen anzeigepflichtigen Gefahrenumständen.⁵⁰⁷ Je nach Ergebnis der Risikokalkulation sind die Versicherungsunternehmen grundsätzlich frei, den Abschluss eines Versicherungsvertrags zu verweigern oder ihn zu vergleichsweise schlechteren Bedingungen (z.B. vergleichsweise höhere Prämien) zu vereinbaren.⁵⁰⁸

Diese Art der statistischen Risikoselektion (bzw. -differenzierung) der Versicherungsunternehmen betrifft die Problemstellung der statistischen Benachteiligung. Der Begriff lehnt sich an denjenigen der statistischen Diskriminierung („statistical discrimination“), der in den Wirtschaftswissenschaften entstanden und erst seit relativ kurzer Zeit auch im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs rezipiert wird.⁵⁰⁹ Im Unterschied zur „präferenzbedingten Diskriminierung“ („taste discrimination“, „animus-based discrimination“⁵¹⁰) zielt die statistische Diskriminierung nicht unmittelbar auf die Person als Trägerin einer Diskriminierungsdimension, sondern stellvertretend auf ein dahinter liegendes, ökonomisch „problematisches“ Hauptmerkmal.⁵¹¹ Das Stellvertretermerkmal (Diskriminierungsdimension) wird lediglich als Entscheidungsmerkmal herangezogen, weil es in einem (vermeintlichen) statistischen Zusammenhang (Korrelation) zu einer als ineffizient bezeichneten „Eigenschaft“ der Träger_innen des Stellvertretermerkmals steht. Somit ist mit einer statistischen Diskriminierung die aus einer wirtschaftlichen Logik rationale Absicht verbunden, Risiken bzw. Kosten möglichst effizient zu allokalieren bzw. diese zu verhindern oder zu minimieren.⁵¹² Dank vertiefter Informationen führt dies zu einer Effizienzsteigerung und mitunter auch zu mehr Gerechtigkeit.⁵¹³

An dieses Begriffsverständnis anschließend, liegt eine statistische Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit vor, wenn im Rahmen einer Risikoprüfung einer Versicherung oder in einem anderen Zusammenhang, z.B. durch Arbeitgebende oder durch eine Bank bei der Kreditvergabe an eine oder mehrere, bestehende oder vorbestehende Krankheit(en) angeknüpft wird, weil diese in einem statistischen Zusammenhang zu anderen Eigenschaften der Person steht, die im jeweiligen Kontext als ineffizient gelten. Bezogen auf Dienstleistungen privater Versicherungsunternehmen heisst dies, dass Versicherungsnehmende bzw. -antragstellende aufgrund ihrer Krankheit bzw. Krankheitsdisposition einen Nachteil erfahren, weil aus der Sicht des Versicherungsunternehmens

506 Looschelders/Pohlmann/Looschelders, § 19 Rn 2; Ruffer/Halbach/Schimikowski-Schimikowski, § 19 Rn 4; Bruck/Möller/Röls, § 19 Rn 6.

507 Siehe auch § 18 Abs. 2 GenDG.

508 Ausführlich dazu hinten, Teil 2. D) 2.2.

509 Siehe Stern, „Group Rights“ and the problem of statistical discrimination.

510 Fiss; Stern; Britz, S. 15 ff.

511 Die dichotomische Unterscheidung zwischen „präferenzbedingter“ und „statistischer Diskriminierung“ ist insofern zu relativieren, als sich die beiden auch überschneiden können, da auch mit statistischen Diskriminierungen bewusst oder unbewusst Präferenzen portiert werden können (s. hierzu etwa Stern).

512 Zum Ganzen siehe Britz, S. 15 ff.

513 Siehe hinten.

die fragliche Krankheit bzw. Krankheitsdisposition den Grad des Eintritts des zu versichernden Risikos signifikant erhöht ist. Festzustellen ist, dass eine (*chronische*) Krankheit regelmässig einen Selektionsgrund bildet.⁵¹⁴

Die statistische Benachteiligung im Bereich der Versicherungsleistungen ist eine Folge der versicherungsmathematischen Risikodifferenzierung, mit der verhindert werden soll, den anderen Mitgliedern des Versicherungskollektives unnötige oder unzumutbare Lasten aufzubürden, für die sie nicht oder nur beschränkt mit verantwortlich sind.⁵¹⁵ Eine Risikoprüfung analysiert die Faktoren eines individuellen Risikos und bestimmt, ob ein Risiko versicherbar ist, und wenn ja, zu welchem Preis und welchen Bedingungen.⁵¹⁶ Versicherungen müssen leistbar sein, es darf nicht zu einer Antiselektion⁵¹⁷ führen.

Gemäss dem Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (VAG)⁵¹⁸ sind Versicherende bei bestimmten Versicherungsprodukten gar verpflichtet, die Prämien unter Zugrundelegung versicherungsmathematischer Annahmen zu kalkulieren.⁵¹⁹ Letztlich geht es darum, Risiken mittels mathematischer Modelle möglichst differenziert bzw. fair auf eine Risikogemeinschaft zu verteilen, worauf die Risikogemeinschaft bzw. jedes einzelne Mitglied auch „Anspruch“ hat.⁵²⁰ Dadurch wurde es auch möglich, bestimmte auf Krankheiten beruhende Risiken versicherbar zu machen, die früher aus ökonomischen Gründen als nicht versicherbar galten (z.B. HIV/Aids).⁵²¹

Den positiven Effekten statistischer Benachteiligung der Informations- und daraus resultierenden Richtigkeitsgewinnung sowie Effektivitätssteigerung stehen negative Auswirkungen gegenüber.⁵²² Zum einen ist dies der sogenannte „statistische Fehltreffer“. Damit gemeint sind all diejenigen Versicherungsnehmenden bzw. Antragstellenden, die trotz chronischer Krankheit nicht zu der Risikogruppe gehören, der sie statistisch zugeordnet sind. Nachteilige Folgen treten aber auch bei „richtiger“ Differenzierung auf. Problematisch sind etwa Eingriffe in die Persönlichkeit wie die Perpetuierung von Benachteiligung bzw. der Stigmatisierung.⁵²³ Heikel ist auch die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensführung z.B. durch den Ausschluss von (bzw. die Erschwer-

514 Dies jedoch im Rahmen der Erfassung gesundheitlicher Faktoren und nicht explizit unter der Kategorie „chronische Krankheit“ (siehe vorne, Teil 2. D) 2.2).

515 Siehe hierzu auch Christian Mumenthaler, Getting the balance right, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 4 f., 5.

516 Bernhard Geismann, Risikoprüfung in der Personenversicherung – Diskriminierung von Behinderten?, Versicherungsrundschau 5/08, S. 15-17, 16; Stern, I.

517 Unter Antiselektionswirkung versteht man die Nachteile, die sich für den Versicherenden daraus ergeben können, dass sich der Bestand massgeblich verschlechtert, wenn – vor allem – gute Risiken, die damit rechnen, dass sich das versicherte Risiko nicht realisiert, das Versichertenkollektiv vorzeitig verlassen und schlechte Risiken im Kollektiv verbleiben (Mönnich, Münchner Kommentar, Rn 119; s. auch Schwintowski VersR 2010, 1126, 1127).

518 BGBl 1993 I S. 2.

519 So etwa bei Lebensversicherungen (§ 11 VAG), bei der substitutiven Krankenkasse (§ 12 Abs. 1 (1)),

520 Stern, I. Siehe hierzu etwa auch Kai-Marjep Kosik, Private insurance – an increasing complementary pillar to social insurance, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 11; Bauer/Göpfert/Krieger, § 20 Rn. 17; siehe zudem hinten, Teil 2. D) 5.

521 Kai-Marjep Kosik, S. 11. Ulrich Remmert, The use of age in pricing private insurance, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 20 f.

522 Britz, S. 74.

523 Ausführungen dazu hinten, Teil 2. D) 4 und 5.

nis des Zugangs zu) bedeutenden Versicherungsleistungen des Alltagsbedarfes.⁵²⁴ BRITZ bezeichnet das Phänomen, dass Personen allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit benachteiligt werden, wenn auch aus statistisch relevanten Gründen, als „Generalisierungsrecht“.

2. „Chronische Krankheit“ als statistisches Kriterium der Risikokalkulation: Rechtsgrundlagen, Praxis der Versicherungsunternehmen

2.1 Rechtsgrundsätze: GG, VVG, GenDG und AGG

2.1.1 (Grundsätzliche) Zulässigkeit der Risikoselektion nach dem Kriterium der „(chronischen) Krankheit“

Im privaten Versicherungsvertragsrecht gilt die Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie der Versicherungsunternehmen.⁵²⁵ Die Versicherenden und die Versicherungsnehmenden sind grds. frei zu entscheiden, ob und mit welcher Partei sie zu welchen Bedingungen einen Vertrag abschließen.⁵²⁶ Insbesondere die Prämienhöhe unterliegt in vollem Umfang der parteiautONOMEN Gestaltung.⁵²⁷ Demzufolge ist die Risikoselektion bei privaten Berufsunfähigkeits-, Krankenzusatz- und Lebensversicherungen nach dem Kriterium „(chronische) Krankheit“ in der Regel zulässig.

Die Vertragsfreiheit wird vorab durch gesetzliche Kontrahierungspflichten einzelner Versicherungen beschränkt, bspw. trifft dies zu auf die Haftpflichtversicherung⁵²⁸ und bei bestimmten Berufsgruppen auf die Berufshaftpflichtversicherung⁵²⁹. Pflichtversicherungen finden sich zudem im Bereich der Krankenversicherung mit Kontrahierungszwang im Basistarif⁵³⁰ und sind als Versicherungen mit entsprechendem Kontrahierungszwang ausgestaltet.⁵³¹ Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind gemäß Art. 2 Abs. 1 GG einzig dann erlaubt und geboten, wenn aufgrund erheblich ungleicher Verhandlungspositionen der Vertragspartner einer von ihnen ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann.⁵³²

524 Ausführungen dazu hinten, Teil 2. D) 4 und 5.

525 BVerfG 29.05.2006 – 1 BvR 240/98, VersR 2006, 961, 962; BVerfG 26.07.2005 – 1 BvR 80/95, VersR 2005, 1127, 1131 m. Anm. Brömmelmeyer, WuB IV F. 2 ALB 1.06; BVerfG 15.02.2006 – 1 BvR 1317/96, VersR 2006, 489, 493.

526 Mit Bezug zur Freiheit ungleich zu behandeln siehe Säcker, Vernunft statt Freiheit, S. 288; Adomeit, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW (2002), S. 1622.

527 Beckmann/Matusche-Beckmann-Hahn, § 12 Rn. 14; Berliner Kommentar-Riedler, § 35 Rn. 17.

528 § 1, 5 Abs. 2 PflVG.

529 § 193 Abs. 3 VVG.

530 § 193 Abs. 5 VVG.

531 Z.B. für Notare (§§ 19a, 67 Abs. 2 Nr. 3 NNotO, für Wirtschaftsprüfer (§ 54 WPO) und für Steuerberater (§§ 51 ff. DVStB).

532 BVerfG 29.05.2006 – 1 BvR 240/98, VersR 2006, 961, 962; BVerfG 15.02.2006 – 1 BvR 1317/96, VersR 2006, 489, 493; BVerfG 26.07.2005 – 1 BvR 80/95, VersR 2005, 1127, 1131.

Das BVerfG hatte erstmals 2001 im Rahmen der privaten Pflegepflichtversicherung die Einschränkung der Privatautonomie durch Pflichtversicherung und Kontrahierungszwang erwähnt.⁵³³ Wer gegen *Krankheit* bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen versichert ist, muss für das Pflegerisiko eine private Pflegeversicherung abschließen⁵³⁴; und im Gegenzug trifft den Versicherenden eine Kontrahierungspflicht⁵³⁵.

Gesetzliche Schranken der Privatautonomie sowohl hinsichtlich der Abschlussfreiheit und der Inhaltsfreiheit (Vertragsbedingungen), die für alle privaten Versicherungsangebote nach VVG Gültigkeit haben, sind nach dem AGG für die Selektion aufgrund einer „Behinderung“ vorgesehen. Sofern und soweit eine „chronische Krankheit“ unter den Begriff der „Behinderung“ fällt, greift diese Schranke auch hier. Noch weitergehende Schranken der Privatautonomie der Versicherungsunternehmen ergeben sich zudem nach GenDG bei „genetischen (Prä)Disposition“ (s. hierzu hinten, 2.1.2). Dies entspricht der Logik, dass Diskriminierungsverbote letztlich auch dazu da sind, einen minimalen Grad an Vertragsfreiheit für beide Seiten zu gewährleisten.⁵³⁶

Ausgehend von der Vertragsabschlussfreiheit sieht das VVG Regeln für den Abschluss des Versicherungsvertrages vor, die eine Willkür der Versicherungsunternehmen beschränken. Gemäß § 19 Abs. 1 VVG haben Versicherungsnehmer_innen bis zur Abgabe ihrer Vertragserklärung die ihnen bekannten Gefahrenumstände, die für den Abschluss des Versicherungsunternehmens, den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zu schließen, erheblich sind und nach denen der Versicherende in Textform gefragt hat, dem Versicherenden anzuzeigen. §§ 19 ff. bezwecken sicherzustellen, dass die Versicherungsunternehmen in die Lage versetzt werden, eine rationale Entscheidung über die Risikozeichnung zu treffen.⁵³⁷ Dabei geht es um die Vermeidung nicht adäquat kalkulierter Risiken. Damit werden nicht nur die Interessen der Versicherungsunternehmen sondern auch der Versicherungsnehmenden abgesichert, indem nachträgliche Korrekturen prospektiv vermieden und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen gewährleistet ist.⁵³⁸ Die vorvertragliche Anzeigepflicht verpflichtet im Gegenzug die Versicherungsunternehmen zu einer ordnungsgemässen Prämienkalkulation. § 11 Abs. 1 VAG fordert für die Lebensversicherung eine Prämienberechnung „unter Zugrundelegung angemessener versicherungsmathematischer Annahmen“. Die substitutive Krankenversicherung darf nur „nach Art der Lebensversicherung“ betrieben werden. Auch hier müssen die Prämien gemäss § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG „auf versicherungsmathematischer Grundlage unter Zugrundelegung von Wahrscheinlichkeitstabellen und anderen einschlägigen statistischen Daten, insbesondere unter Berücksichtigung der massgeblichen Annahmen zur Invaliditäts- und Krankheitsgefahr, zur Sterblichkeit, zur Alters- und Geschlechtsabhängigkeit des Risikos und zur Stornowahrscheinlichkeit“

533 BVerfG 03.04.2001 – 1 BvR 2014/95, NJW 2001, 1709. Zum Ganzen siehe Rüffer/Halbach/Schimikowski-Brömmel-Meyer, Einleitung Rn 8 ff.

534 §§ 1 Abs. 2 S. 2, 23 SGB XI.

535 § 110 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI.

536 Siehe hierzu etwa Busche, S. 402 ff.; Schiek, S. 303; Coester-Waltjen, S. 127.

537 Rüffer/Halbach/Schimikowski-Schimikowski, § 19 Rn 1;

538 MüKö-Langheid, § 19 Rn 1; Römer VersR 2006, 740.

auf der Grundlage der Kalkulationsverordnung⁵³⁹ berechnet werden. Für Sach- oder Haftpflichtversicherungen existieren keine vergleichbaren gesetzlichen Vorschriften.⁵⁴⁰

Gefahrerhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen sind grundsätzlich anzeigepflichtig.⁵⁴¹ Unerheblich ist, ob die antragstellende Person ihre Krankheit für nicht gefahrerheblich hält oder ob sie diese zum Zeitpunkt des Antrages bereits als ausgeheilt erachtet.⁵⁴² Nur offensichtlich belanglose Krankheitssymptome sind nicht anzuzeigen.⁵⁴³ Zeigt ein_e Antragsteller_in die entsprechende Krankheit vorsätzlich nicht an, besteht ein unbeschränktes Rücktrittsrecht des Versicherungsunternehmens.⁵⁴⁴ Bei grobfahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht hat der Versicherende einzig ein Recht auf Vertragsanpassung (§ 19 Abs. 4 S. 1 VVG); ein Rücktrittsrecht steht dem Versicherenden nur zu, sofern er den Vertrag bei Kenntnis der nicht bzw. falsch angezeigten Umstände nicht geschlossen hätte. Bei leichter Fahrlässigkeit bleibt einzig das Recht zur Kündigung binnen Monatsfrist (§ 19 Abs. 3 S. 2 VVG).

2.1.2 (Grundsätzliche) Unzulässigkeit der Risikoselektion nach „genetische Merkmale“

Strengere Restriktionen für die Risikodifferenzierung der Versicherungsunternehmen gelten bei der Verwendung genetischer Merkmale.⁵⁴⁵ Gemäß § 18 GenDG darf der Versicherende von Versicherten weder vor noch nach Abschluss des Versicherungsvertrages die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen (Abs. 1 Ziff. 1) oder die Mitteilung von Ergebnissen oder Daten aus bereits vorgenommenen genetischen Untersuchungen oder Analysen verlangen oder solche Ergebnisse oder Daten entgegennehmen oder verwenden (Abs. 1 Ziff. 2). Mit Abs. 2 von § 18 wird klargestellt, dass Vorerkrankungen und Erkrankungen weiterhin im Sinne von § 19 VVG anzeigepflichtig bleiben.

Der Gesetzgeber erachtete Daten zu genetischen Eigenschaften als besonders sensibel und bezweckte mit der Regelung in § 18 zu gewährleisten, dass der Zugang zu den privaten Kranken- und Lebensversicherungen nicht im Hinblick auf genetische Eigenschaften erschwert oder verweigert wird.⁵⁴⁶ Zweck des GenDG ist es, Benachteiligung auf Grund genetischer Eigenschaften zu verhindern, „um insbesondere die staatliche Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Würde des Menschen und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren“ (§ 1 GenDG).⁵⁴⁷ Genetische Diskri-

539 Verordnung über die versicherungsmathematischen Methoden zur Prämienkalkulation und zur Berechnung der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung vom 18.11.1996 (BGBl. I S. 1783, Kalkulationsverordnung, KalV).

540 Zum Ganzen siehe Langheid-Münchener Kommentar, § 19 Rn 1;

541 St. Rspr, vgl. OLG Saarbrücken 15.04.1998 – 5 U 928/97, r+s 2000, S. 432; Ruffer/Halbach/Schimikowski-Schimikowski, § 19 Rn 6. Für eine Übersicht zur Praxis gefahrerheblicher Gesundheitsbeeinträchtigungen siehe Prölss/Martin, § 19 Rn. 6 ff.

542 Beckmann/Matusche-Beckmann-Knappmann, § 14 Rn. 71.

543 St. Rspr, vgl. OLG Saarbrücken 15.04.1998 – 5 U 928/97, r+s 2000, S. 432; Schimikowski-Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 19 Rn 6.

544 Prölss/Martin-Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, 28. A., § 19 Rn. 61 f.

545 Ausführlich etwa Präve, VersR 2009, S. 857 ff.

546 BT-Drucks. 16/10532 S. 16. Siehe auch Fenger-Spickhoff, § 18 Rn 2; Siehe hierzu auch die analoge Zwecksetzung in der Schweiz bei Pärli, Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG), online: http://project.zhaw.ch/fileadmin/user_upload/W/non_discrimination/Startseite/Publikationen_P%3%A4rli/GUMG.pdf (Zugriff: 19.11.2012).

547 Hierzu auch Franzen-Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 1 Rn 1 f. Für die Schweiz siehe Pärli, GUMG, S. 84.

minierung bezeichnet der Gesetzgeber als besonders schwerwiegende Form der Diskriminierung. Daher ist der völker-, unions- und verfassungsrechtliche Schutz vor privater Diskriminierung bzw. die indirekte Drittwirkung der einschlägigen Diskriminierungsverbote entsprechend umzusetzen.⁵⁴⁸ Weil die genetischen Merkmale von den betroffenen Personen nicht beeinflusst werden können und angesichts der prinzipiellen Risiken sozialer, ethnischer und eugenischer Diskriminierung gelten sie als besonders sensibel. Es handelt sich dabei um persönliche identitätsrelevante Gesundheitsdaten mit einem hohen prädiktiven Potenzial. Hinzu kommt das hohe Missbrauchsrisiko, Informationen zulasten der Betroffenen zu missbrauchen.⁵⁴⁹

Ausnahmen bestehen einzig für die Lebensversicherung, die Berufsunfähigkeitsversicherung, die Erwerbsunfähigkeitsversicherung und die Pflegerenteversicherung, wenn eine Leistung von mehr als 300.000 Euro oder mehr als 30.000 Euro Jahresrente vereinbart wird (Art. 18 Abs. 1). Hier dürfen die Versicherungsunternehmen Mitteilungen von Ergebnissen oder Daten aus bereits vorgenommenen genetischen Untersuchungen oder Analysen verlangen oder solche Ergebnisse oder Daten entgegennehmen oder verwenden. Diese Ausnahme ist im vorliegenden Zusammenhang insofern von praktischer Bedeutung als eine genetische „(Prä-)Disposition“ als Behinderung zu qualifizieren ist.

2.1.3 Selektionskategorie mit erhöhtem Rechtfertigungsmaßstab: „Behinderung“

Für die Unterscheidung aufgrund einer „Behinderung“ sind die Versicherungsunternehmen erhöhten Rechtfertigungsmaßstäben unterstellt. Daher ist es wichtig, dass zwischen „Behinderung“ und „Krankheit“ genau unterschieden wird. Wird der Versicherungsschutz aufgrund einer Vorerkrankung abgelehnt, gelangt das VVG zur Anwendung; bei einer Benachteiligung aufgrund einer Behinderung gilt die Regelung des AGG als *lex specialis*.⁵⁵⁰ Nach § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist es den Versicherenden auch unter dem AGG erlaubt, im Rahmen privater Versicherungen die Versicherungsnehmenden unterschiedlichen Bedingungen zu unterstellen bzw. bestimmten Personen den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu verweigern. Wie oft Anträge abgelehnt werden und ob sich an der Anzahl seit Inkrafttreten des AGG etwas geändert hat, ist nicht bekannt. Statistische Angaben zu den abgewiesenen Anträgen bzw. zu den Unterschieden in den Vertragsbedingungen liegen weder beim Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. noch beim Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. vor.⁵⁵¹

Die AGG-Regelung ist mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten verbunden.⁵⁵² Unklar ist etwa, wann ein Prinzip risikoadäquater Kalkulation als „anerkannt“ i.S.v. § 20 Abs. 2 S. 3 AGG gelten kann. In der Begründung des AGG hierzu wird auf die von Versiche-

548 Siehe hinten, Teil 2. D) 4., vorne, Teil 2. A) 2.1; Pärli, GUMG, S. 80 ff

549 BT-Drucks. 16/10532 S. 32.

550 Ernst/Braunroth/Franke/Wischer/Lenz, § 20 Rn. 15.

551 Nachfrage per E-Mail.

552 Vgl. hierzu etwa die ungenauen Ausführungen dazu in der amtlichen Begründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 47).

Vgl. auch Däubler/Bertzbach-Ambrosius, § 20 Rn. 56.

rungsmathematiker_innen zur Berechnung von Prämien und Deckungsrückstellungen anzuwendenden Grundsätze und auf deren gesetzlichen Grundlagen verwiesen.⁵⁵³ Ein formelles Anerkennungsverfahren für die Prinzipien risikoadäquater Kalkulation gibt es nicht.⁵⁵⁴ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Risikokalkulation ist, dass bestimmte mathematische Formeln, kalkulatorische Herleitungen und statistische Grundlagen (z.B. Sterbetafeln) herangezogen werden. Liegen keine statistischen Daten vor und können diese auch nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden, entfällt nach mehrheitlicher Auffassung das Erfordernis statistischer Daten.⁵⁵⁵ Die Berechnung muss dann gemäß Gesetzgeber auf medizinische Erfahrungswerte und Einschätzungstabellen der Rückversicherer gründen.⁵⁵⁶ Diese genügen jedoch nach herrschender Auffassung nicht, wenn ihnen keinerlei statistische Erhebungen zugrunde liegen.⁵⁵⁷ Im Streitfall müssen die anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation durch ein Sachverständigen-gutachten ermittelt werden.⁵⁵⁸ Praktisch von Bedeutung ist dies u.a. bei der Einschätzung der Risiken bei neuartigen Krankheiten.⁵⁵⁹

Demgegenüber lehnt eine Minderheitenposition die Möglichkeit einer Rechtfertigung, die nicht auf statistischen Zahlen ruht, ab.⁵⁶⁰ Begründet wird dies mit dem Ziel des AGG, Vorurteile in der Gesellschaft zu bekämpfen. Zudem führe die statistisch nicht gesicherte Risikovermutung zu einer gesteigerten Darlegungs- und Beweislast der Versicherungsunternehmen.⁵⁶¹ Dem widersprechend wird wiederum argumentiert, dass eine unbedingte Darlegung mittels statistischer Daten der Intention des AGG-Gesetzgebers zuwider laufe, der lediglich ein Willkürverbot verankert habe. Zudem böten medizinische Erfahrungswerte oder Einschätzungstabellen der Rückversicherung die Chance, die Grenzen der Versicherbarkeit von Risiken kontinuierlich zu erweitern.⁵⁶² So seien mittlerweile in vielen Fällen Angebote mit Risikozuschlag möglich. Z.B. konnten in der Vergangenheit Menschen, die einen Herzinfarkt erlitten hatten oder an Krebs erkrankt waren, kein Versicherungsschutz geboten werden.⁵⁶³ Gleiches gelte für HIV-infizierte Personen, bei denen ein Abschluss einer Lebensversicherung erst jüngst unter bestimmten risikobezogenen Einschränkungen wie Deckungshöchstsummen oder Prämienzuschläge möglich ist.⁵⁶⁴

Somit kann festgehalten werden, dass die rechtlichen Anforderungen an Verfahren und an die materiellen Kriterien der Risikoselektion nach „Behinderung“ mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind. Diese Unklarheit bildet sich auch in der mangelnden Transparenz der Praxis der Versicherungsunternehmen ab, wie sich aus den folgenden Ausführungen entnehmen lässt.

553 BT-Drucks. 16/1780 S. 45. U.a. auf § 11 VAG, § 65 VAG und die dazu erlassenen Rechtsverordnungen, § 341 HGB.

554 Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Rn. 154; Armbrüster, VersR 2006, 1297, 1298 f.

555 OLG Saarbrücken, VersR 2009, 1522, 1525; Adomeit/Mohr, § 20 Rn 33; Armbrüster, ADS-Gutachten, S. 23 f.; Gaier/Wendtland-Wendtland, Rn 124.

556 BT-Drucks. 16/1780 S. 47.

557 Armbrüster, VersR 2006, 1297; Meinel/Heyn/Herms, Rn 28; Thüsing/v. Hoff, VersR 2007, 1, 5.

558 Däubler/Bertzbach-Ambrosius, § 20 Rn 57.

559 Ambrosius, AGG-Kommentar, S 24.

560 Däubler/Bertzbach-Ambrosius, § 20 Rn 57; Weimann, § 20 Rn 131.

561 Däubler/Bertzbach-Ambrosius, § 20 Rn 57.

562 Armbrüster, ADS-Gutachten, S. 24.

563 Auskunft GDV.

564 Siebers, VW 2008, 1216.

2.2 Praxis der Versicherungsunternehmen

2.2.1 Verfahren der Risikobeurteilung

Gemäß Auskunft des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) und des Verbandes der Privaten Krankenversicherung e.V. (PKV) erheben die Versicherungsunternehmen vor Abschluss eines Vertrages risikorelevante Informationen. Wie die Erhebung genau ausgestaltet ist, ist unternehmensindividuell unterschiedlich. Üblicherweise muss der Kunde hierfür einen Fragebogen zur Gesundheit ausfüllen. Hiermit soll das Versicherungsunternehmen in die Lage versetzt werden zu entscheiden, ob die Antragstellerin in das Versicherungskollektiv aufgenommen wird und zu welchen Bedingungen.

Ergeben sich aus der von der Kundin gemachten Angaben Hinweise auf Erkrankungen fragt das Versicherungsunternehmen üblicherweise gezielt nach oder er bittet um einen Bericht der behandelnden Ärztin. Bei bestimmten besonders gelagerten Sachverhalten (wie z.B. sehr hohe Versicherungssummen in der Lebensversicherung) verlangt der Versicherende, dass der Kunde ein ärztliches Zeugnis vorlegt. Will die Kundin die Möglichkeit haben, Einfluss auf den Versicherungsabschluss bzw. die Police (z.B. Prämienhöhe, Deckungsbereich) nehmen, sucht sie einen Arzt auf, der einige medizinische Routineuntersuchungen durchführt. Im Zuge dieser Informationserhebung kann der Kunde alle Informationen einbringen, die seine Erkrankung betreffen.

Aus den gesammelten Informationen bestimmt die Versicherin, ob und wie stark die Wahrscheinlichkeit und der Zeitpunkt des Versicherungsfalls von der Erkrankung der Kundin beeinflusst werden. Dies geschieht mithilfe statistischer Erkenntnisse und medizinischem Wissen; wobei unklar ist, auf welche Quellen sich diese stützen.⁵⁶⁵ Für schwierigere Risikobewertungen nutzen die Versicherungsunternehmen auch die Expertise der Rückversicherer. Erst- und Rückversicherer überprüfen und aktualisieren kontinuierlich die statistischen Erkenntnisse und das medizinische Wissen. So unterhalten z.B. die Rückversicherer große Abteilungen, die permanent die medizinische Forschungslandschaft beobachten und neue Erkenntnisse in die Risikobewertung einfließen lassen.

Liegt die Risikoeinschätzung vor, wird ein Angebot für die Kundin erstellt. Je nach Risiko kann sich ein Angebot zu Normalbedingungen, zu einer höheren Prämie oder mit einem Ausschluss bestimmter Leistungsursachen ergeben. In einzelnen Fällen kann es zudem sein, dass der Kunde kein Vertragsangebot erhält, da das Risiko zu hoch ist. Üblicherweise erklären die Unternehmen den Kundinnen ihre Entscheidungen ausführlicher, wenn diese wissen möchten, wieso sie eine höhere Prämie zahlen sollen, bestimmte Leistungsursachen ausgeschlossen werden oder ihre Anträge abgelehnt werden.

⁵⁶⁵ Kai-Marjep Kosik hielt die Präferenz fest, dass die Risikoeinschätzung „should be able to rely on a wide range of relevant sources such as medical reports, medical research and medical experience and actuarial principles“, S. 11.

2.2.2 Materielle Kriterien der Risikobeurteilung

Nicht transparent ist, nach welchen Kriterien das Risiko beurteilt wird und ab wann es aus versicherungsökonomischen Überlegungen als signifikant qualifiziert wird. Weder vom GDV noch vom PKV gibt es hierzu vertiefte Informationen. Die Bewertung der Risiken liegt in der Zuständigkeit der Versicherungsunternehmen, wobei die Versicherungsunternehmen hier aus wettbewerbslogischen Überlegungen jeweils individuell nach eigenen Kriterien die unterschiedlichen Risikoklassen bilden. Aus der Vertragsfreiheit ergibt sich, dass die Versicherungsunternehmen frei darin sind, wie die Risikoprüfung konkret ausgestaltet ist. Ob ein Unternehmen, nachdem es festgestellt hat, dass die den Antrag stellende Person über eine risikorelevante Vorerkrankung verfügt, nochmals nachfragt, hängt von den Annahmerichtlinien des jeweiligen Versicherungsunternehmens ab. Ob ein Unternehmen eine Erkrankung als signifikant für das abzusichernde Risiko einordnet, hängt u.a. davon ab, wie stark sich die Wahrscheinlichkeit des Leistungsfalls und der Zeitpunkt des Eintritts und damit die Summe der zu erbringenden Leistungen durch die Erkrankung ändert und wie viel Risiko das Unternehmen wirtschaftlich tragen kann. Entsprechend der Beurteilung kommt es dann zu unterschiedlichen Prämienhöhen oder der Antragstellerin wird ein Versicherungsabschluss verweigert.

Weder der GDV noch der PKV verfügen über Daten zur Anzahl von Versicherungspolicen, die aufgrund einer „Krankheit“ bzw. einer „chronischen Krankheit“ oder einer „Behinderung“ abgelehnt werden. Zudem konnte uns nicht mitgeteilt werden, von welchem Verständnis von „Krankheit“ bzw. „chronischer Krankheit“ die Versicherungsunternehmen ausgehen. Entgegen der Auffassung des GDV spricht der Grundsatz des Wettbewerbs nicht gegen die Veröffentlichung. Im Gegenteil. Mehr Transparenz würde auch mehr Wettbewerb bedeuten.

3. Negative Effekte der Risikodifferenzierung nach dem Kriterium „(chronische) Krankheit“

3.1 Das „diskriminierungsschutzrechtliche Dilemma“ der Risikodifferenzierung nach „Krankheit“

Wie bereits erwähnt, stellt die Risikoselektion im Rahmen privater Versicherungen eine Notwendigkeit dar.⁵⁶⁶ U.a. geht es auch darum, neue Risiken versicherbar zu machen. Darüber hinaus unterliegt die Risikodifferenzierung aufgrund von Gesundheitsdaten einem diskriminierungsschutzrechtlichen Dilemma: Einerseits hat eine Differenzierung nach „Krankheit“ möglicherweise eine Entlastung anderer sensibler Kriterien zur Folge indem diese bei der Risikozeichnung weniger Gewicht erhalten oder möglicherweise auch gänzlich wegfallen. So bedeutet etwa die immer differenziertere Erhebung von Gesundheitsdaten eine Entlastung der Kategorien „Geschlecht“ und „Alter“. Andererseits hat die Differenzierung nach Krankheit auch höchst problematische Effekte.

⁵⁶⁶ Mumenthaler, S. 5. Siehe hierzu etwa auch Kai-Marjep Kosik, Private insurance – an increasing complementary pillar to social insurance, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 11.

Eine hilfreiche Systematisierung dieser Effekte liefert GABRIELA BRITZ:

- | Auf einer ersten Ebene handelt es sich um Benachteiligungen aufgrund statistischer Fehlannahmen;
- | auf einer zweiten Ebene geht es um Gruppenzugehörigkeitsbedingte Benachteiligungen ohne spezifisch statistische Effekte.

Folglich werden die gewichtigen problematischen Effekte der Risikodifferenzierung aufgrund „chronischer Krankheit“ skizziert.

3.2 Negative Effekte der statistischen Benachteiligung auf Menschen mit chronischer Krankheit

3.2.1 Ebene 1: Benachteiligung aufgrund statistischer Fehlannahmen

BRITZ unterscheidet in ihrem Modell zwischen drei Arten von statistischen Fehlannahmen: dem „statistischen Anwendungsfehler“, der „ungenauen Erfassung des statistischen Zusammenhangs“⁵⁶⁷ und dem „statistikimmanenten Fehler“. Ein statistischer Anwendungsfehler liegt vor, wenn „etwa in die Prognose vermeintliche Merkmale der betroffenen Person einfließen, die zwar statistisch gesehen relevant sind, die die Person aber gar nicht aufweist“. Der ungenauen Erfassung des statistischen Zusammenhangs liegt „eine übertriebene Vorstellung über den statistischen Zusammenhang zwischen Merkmal und zugeschriebener Eigenschaft“ zugrunde. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn nicht harte statistische Daten Grundlage für die Herstellung der Korrelation sind, sondern weiche Einschätzungsfaktoren wie z.B. „allgemeines Erfahrungswissen“. Bei einem statistikimmanenten Fehler handelt es sich um die eigene Treffunsicherheit statistisch begründeter Prognosen.

Um ein Bild darüber zu kriegen, ob und wie weit die derzeitige Praxis der Versicherungsunternehmen betreffend die Risikoselektion nach „Krankheit“ im Rahmen der entsprechenden Versicherungsprodukte zu statistischen Fehlannahmen führt, bedarf es einer vertieften empirischen Untersuchung. Vorliegend kann gesagt werden, dass angesichts der mangelnden Transparenz der Versicherungsunternehmen insbesondere die Genauigkeit des statistischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen „(chronischen) Krankheiten“ und des Eintritts des entsprechenden Risikos unklar ist (z.B. Tod, Berufsausfall, akuter Ausbruch einer Erkrankung und damit verbunden eine medizinische Intensivbehandlung). Risiken bestehen insbesondere da, wo keine aussagekräftigen Statistiken vorliegen.

Die Effekte statistischer Fehlannahmen könnten höchst problematisch sein: So kommt es bei einem statistischen Fehltreffer zu einer Ungleichbehandlung zwischen dem Träger einer chronischen Krankheiten und der Nichtträgerin. Dies hat z.B. zur Folge, dass diejenigen Versicherungsnehmenden mit den entsprechenden chronischen Krankheiten, die als statistische Fehltreffer gelten, mit ihren höheren Prämien die Kosten derjenigen statistischen Fehltreffer mitfinanzieren, die statistisch der Nichtrisikogruppe zugeordnet werden. Dies ist etwa der Fall bei Krankenversicherungen, wenn die betroffenen Personen die entsprechend statistisch kalkulierten Risiken zwar mitfinanzieren

⁵⁶⁷ Stern, I; Britz, S. 75 ff.

aber von diesen nicht Gebrauch machen, während andere, die diese nicht mitfinanzieren darüber finanziert werden.⁵⁶⁸

Weiter trifft eine statistische Fehlannahme die betroffene Person in ihrer Personalität: Erstens wird ihr fälschlicherweise eine Eigenschaft zugeschrieben, die in der geltenden gesellschaftlichen Wahrnehmung als (eher) negativ aufgefasst wird (z.B. Arbeitsausfall durch Erkrankung, Ansteckungsgefahr etc.). Insbesondere bei Krankheiten, die Stigma-behaftet sind, wird durch die Risikodifferenzierung das Stigma des Risikobehafteten kranken Menschen noch verschärft.⁵⁶⁹ In den Worten von STERN birgt statistische Diskriminierung das Risiko zu einem „Brand with a badge of caste“⁵⁷⁰. Fraglich ist, ob beziehungsweise inwieweit eine Anknüpfung dazu beiträgt, dass eine Gruppe gesellschaftlich stigmatisiert bzw. hierarchisiert oder die Stigmatisierung perpetuiert wird.⁵⁷¹ Bei der Krankenpflegeversicherung, der Krankentaggeldversicherung und der Berufsunfähigkeitsversicherung resultiert daraus das Stigma des kranken Menschen, der unfähig ist, Arbeit zu leisten und gesund zu bleiben. Ähnlich auch die Problematik der Lebensversicherung, wo die Betroffenen nicht in der Lage zu sein scheinen, genügend Gelder einzuzahlen. Dieser (möglicherweise stigmatisierende) „Zuschreibungsmechanismus statistischer Diskriminierung (...) nimmt der betroffenen Person die Möglichkeit, sich dem Gegenüber selbst darzustellen und damit zu beeinflussen, welches Bild man sich von ihr macht“⁵⁷². Aufgrund dieser fehlenden Möglichkeit einer Individualisierung sind die betroffenen Personen in ihrem individuellen „Da- und Sosein“ bzw. in ihrer Menschenwürde getroffen; sie verkommen – wenn auch aus rationalen Erwägungen der Versicherungslogik – zum Objekt der Versicherungsmathematik, dem sämtliche Optionen genommen sind, sich selbst darzustellen und damit Zugang zu einer wichtigen Leistung zu erhalten. Problematisch ist dies insbesondere bei den sogenannten „suspect grounds“, da es sich um i.d.R. elementare Merkmale handelt, die zur eigenen Person gehören, deren sich diese Person nicht entledigen kann bzw. es ihr nicht zumutbar ist, sich diesen zu entledigen, und aufgrund deren sie möglicherweise Stigmatisierung ausgesetzt ist. Aufgrund der Auskunft des GDV und des PKV wird den Antragstellenden zwar die Möglichkeit gegeben, weiterführende Informationen wie z.B. ärztliche Expertisen zu ihrer Krankheit zu liefern. Unklar ist aber, wie diese Daten in die Risikodifferenzierung einfließen. Bei Absagen bleiben die Informationen zudem oft schwammig. Insofern bleiben die Antragstellenden im Dunkeln über ihren Einfluss auf den Versicherenden auf die Darstellung der Persönlichkeit bzw. die Frage, ob die Versicherungsunternehmen die von den Antragstellenden eingebrachten Informationen im Verfahren der Risikoberechnung angemessen gewichten.

568 Siehe auch Britz, S. 107.

569 Siehe hierzu vorne, Teil 1. C) 3.

570 Stern, I; Fiss.

571 Stern, II. Aus der US-amerikanischen Rechtsprechung siehe etwa *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543, 563 (1976), in welchem darüber zu befinden war, ob die vergleichsweise detailliertere Befragung von Personen mit „apparent Mexican ancestry“ an einem Kontrollpunkt durch die Polizei mit der Begründung statistisch nachgewiesener illegaler Einreise genau dieser Gruppe, zulässig sei. Hier entschied das Gericht anders als in *Sidoti*, ohne jedoch zu erklären, warum.

572 BRITZ, S. 124.

Drittens hat die statistische Fehlannahme unter Umständen schwerwiegende Folgen in der Lebensführung. Zum einen entstehen in einem elementaren Bereich der Lebensführung massive Einschränkungen – durch höhere Prämien oder gar Ausschlüsse von der Alters-, der Kranken- und Erwerbsausfallvorsorge. Zum Zweiten kann dies auch zu weiteren kaskadenhaften Benachteiligungen führen, wenn etwa durch die Verweigerung einer Krankenzusatzversicherung sich der Krankheitszustand verschlechtert und dadurch die Aussicht auf einen Abschluss der entsprechenden Versicherung noch geringer werden.⁵⁷³ Statistische Benachteiligung im Versicherungsbereich hat teils schwerwiegende Folgen auf die Interessen von Menschen mit chronischer Krankheit. So handelt es sich um Versicherungen gegen existenzielle Risiken, die die Qualität der eigenen Lebensführung maßgeblich beeinflussen können. Wird es den Betroffenen aufgrund einer rigiden mathematischen Kalkulation verunmöglicht, sich als statistische Fehltreffer zu individualisieren, bedeutet dies, dass sie sich oft nicht gegen Risiken wie Tod, Erwerbslosigkeit, Armut und Krankheit über den obligatorischen Bereich absichern möchten, sofern und soweit diese Risiken nicht durch obligatorische Sozialversicherungen abgedeckt sind, die eine entsprechende Risikoselektion nicht zulassen.⁵⁷⁴ Dabei handelt es sich – gemessen an aktuellen Standards – um zentrale Leistungen, um für die Gestaltung des Lebens notwendige Güter. Der Zugang zu ihnen ist entsprechend an strengeren Maßstäben zu beurteilen.⁵⁷⁵ Dies hängt damit zusammen, dass sie vielfach über keine oder nur beschränkte und kostenintensivere Ausweichmöglichkeiten verfügen, weil entweder gewisse Risiken von keiner Versicherung versichert werden oder aber lediglich zu hohen Konditionen.

3.2.2 Ebene 2: Benachteiligung ohne spezifische statistische Effekte

Unabhängig von statistischen Fehltreffern, d.h. auch wenn die betroffene Person tatsächlich in die Risikogruppe fällt, können der Ausschluss von bestimmten Versicherungsleistungen und Nachteile bei den Vertragsbedingungen schwerwiegende Folgen für die betroffenen Menschen mit chronischer Krankheit haben. Dies gilt es auf normativer Ebene zu berücksichtigen.⁵⁷⁶ Je grösser die Auswirkungen – sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht sind – desto schwerwiegender ist eine statistische Risikodifferenzierung nach Krankheit zu gewichten. Nachteilige Auswirkungen können sich sowohl auf der Ebene der Personalität als auch derjenigen der Folgen auf die Lebensführung ergeben. Beide Aspekte wurden bereits genannt, sollen aber nochmals verdeutlicht werden:

573 Stern, I. Zur Problematik der Kaskade siehe auch Somek.

574 Siehe hierzu etwa auch Jean Lambert, Understanding society's issues with private insurance, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 6 f.

575 Siehe hinten, Teil 2. D) 5. Für die Position der EU-Kommission siehe Tobias Müllensiefen, Anti-discrimination directives and the insurance industry, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 8 f.

576 Stern, II. Interessant aus der US-amerikanischen Rechtsprechung etwa die Entscheidung *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), in welcher der Sachverhalt zu entscheiden war: nach einer Scheidung das Sorgerecht eines Kindes mit zwei weissen Eltern dem Vater zugesprochen wurde, weil aufgrund statistischer Angaben interracial Ehen („interracial marriage“), in welcher die Mutter seither lebt, weniger zum Wohle des Kindes sei. Das Gericht stellte eine Diskriminierung fest, ohne dies zu begründen.

Auf der Ebene der Personalität wird durch die Kategorisierung zum Einen möglicherweise Stigmatisierung befördert. Diese Gefahr besteht insbesondere da, wo sich der Stigma-Faktor mit dem Hauptmerkmal der Risikodifferenzierung deckt wie z.B. die mangelnde gesundheitliche Belastbarkeit von adipösen Menschen.⁵⁷⁷ Daher kann eine Risikodifferenzierung aufgrund bestimmter chronischer Krankheiten aus dem Grunde der „Verhinderung expandierender Stereotypisierung“ abgelehnt werden.⁵⁷⁸ Zum Zweiten manifestiert sich der Eingriff in die Persönlichkeit auch darin, dass die Person mit chronischer Krankheit der Benachteiligung machtlos gegenüber steht, da sie letztlich nur beschränkt durch ihr Verhalten Einfluss darauf nehmen kann. Chronische Krankheiten bleiben i.d.R. erhalten und lassen sich nur schwer verändern. Dies steht etwa im Gegensatz zu einem Verhalten wie z.B. das Rauchen.

Auf der Ebene der Folgen auf die Lebensführung wird durch die Risikodifferenzierung im Versicherungsbereich der betroffenen Person die Möglichkeit genommen, Zugang zu einer Dienstleistung zu erhalten bzw. sie werden restriktiveren Vertragsbedingungen unterstellt, die vielfach einen wichtigen, teilweise gar existenziellen Aspekt der Lebensführung darstellen.⁵⁷⁹ Beispielsweise ist dies bei der Altersvorsorge der Fall, die maßgeblichen Einfluss auf den Lebensstandard nach der Pensionierung hat. Ähnlich elementar sind Leistungen der Krankenzusatzversicherungen, die sich gerade bei Menschen mit chronischer Krankheit als erheblich herausstellen können, so z.B. die Übernahme der Kosten für alternativmedizinische Behandlungen. Anlehnend an das von BRITZ eingeführte Argument der „Ermächtigung“⁵⁸⁰ wird Menschen mit chronischer Krankheit durch ein Verbot der Differenzierung möglicherweise der Zugang zu einem Gut gesichert, das es ihnen erlauben würde, aus eigener Kraft die negativen Auswirkungen der chronischen Krankheit auf ihre Lebensführung abzuschwächen oder gar zu beseitigen (z.B. durch Abschluss einer spezifischen Krankenversicherung).

Gegen die Differenzierung spricht schließlich der „Anspruch“ auf Kompensation für vergangenes Diskriminierungsunrecht; BRITZ spricht von Kompensationsgedanken. Zutreffend ist wohl eher der „Anspruch“ auf Vermeidung struktureller Diskriminierung, die sich quasi kaskadenhaft, aufbauend auf vergangene oder parallele Diskriminierung in den Bereich der Versicherung weiterzieht. Bspw. sind Menschen mit chronischen Krankheiten verstärkt der Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt. Dadurch steht ihnen ein vergleichsweise geringeres Einkommen zur Verfügung. Aus diesem Grunde sind sie besonders auf gute Versicherungsprodukte der Altersvorsorge angewiesen.

577 „Ist mit der Differenzierung die Zuschreibung einer negativen Eigenschaft verbunden, kann dies als problematisch empfunden werden, wenn eine Gruppe betroffen ist, die ohnehin mit (überzogenen) negativen Stereotypen konfrontiert ist“ (Britz, S. 129).

578 Britz, S. 129.

579 Siehe hierzu auch Pärli, GUMG, S. 85.

580 Britz, S. 128 f.

4. Unsicherheiten und fehlende Transparenz betreffend den rechtlichen Status quo

Die problematischen Effekte der statistischen Benachteiligung lassen sich aufgrund der Intransparenz betreffend die tatsächliche Praxis der Versicherungsunternehmen in der Risikodifferenzierung nicht abschliessend eruieren und qualifizieren. Diesbezüglich wenig förderlich sind die Unklarheiten in den rechtlichen Anforderungen an die Versicherungsunternehmen bezüglich der materiellen Kriterien und dem Verfahren der Risikodifferenzierung.⁵⁸¹ Dies hat zur Folge, dass Menschen, die aufgrund einer chronischen Krankheit vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden, oder die Nachteilen bei den Vertragsbedingungen ausgesetzt sind, keine Gewissheit darüber haben, wie mit ihnen verfahren wird. Unklar ist insbesondere, ob die geltende Praxis einer verhältnismässigen bzw. dem Recht entsprechenden Anwendung folgt, so wie dies der GDV und der PKV offiziell kommunizieren.

Konkret stellen sich folgende Fragen:

- | Verständnis von „chronischer Krankheit“: Unklar ist, von welchem Begriffsverständnis zu „(chronischer) Krankheit“ die Versicherungsunternehmen ausgehen. Eine Nachfrage beim GDV und PKV hat zu keiner Klärung geführt. Fraglich ist etwa, wie bzw. ob und inwiefern der Rechtfertigungsmaßstab des AGG bei Benachteiligungen aufgrund von Krankheiten, die Behinderungen darstellen, eingehalten wird bzw. angesichts der defizitären Verfahrensstandards eingehalten werden können.
- | Rückgriff auf (statistische) Daten: Intransparent ist, zu welchen Krankheitsbildern welche statistischen Daten konsultiert werden und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen fehlende Daten mittels angemessener Aufwendungen erhoben werden. Hierzu besteht weiterer Klärungsbedarf, gerade auch angesichts der Komplexität der Risikoprüfung.⁵⁸² In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob die Versicherungsunternehmen die entsprechenden Statistiken überhaupt erheben. Zweifel bestehen auch aufgrund der Aussage des GDV, nach der Versicherungsunternehmen offenbar nur bei „schwierigeren Risikobewertungen“ die Expertise der Rückversicherer nutzen; dies obwohl ein solcher Rückgriff immer dann gefordert ist, wenn damit bessere bzw. genauere Daten gewonnen werden können. Zum Einen bleibt unklar, nach welchen Kriterien Risikobewertungen als schwierig eingeschätzt werden. Davon abgesehen steht weiter die Frage im Raum, ob die Versicherungsunternehmen bei weniger schwierigen Risikobewertungen alles Zumutbare unternehmen, um an die bestmöglichen Daten heran zu kommen.
- | Berücksichtigung/Gewichtung individualisierter Daten: Des Weiteren besteht keine Klarheit darüber, wie mit den individuellen Daten, die von den Versicherungsnehmenden bzw. den Antragstellenden eingereicht werden, verfahren wird, wie z.B. ärztliche Prognosegutachten im Rahmen der Risikokalkulation im Vergleich zu anderen Daten gewichtet werden.

⁵⁸¹ Lambert, S. 7.

⁵⁸² Geismann, S. 16.

- | Begründungspraxis/mangelhafte Transparenz des Verfahrens der Risikoselektion: Unklarheiten bestehen zudem betreffend die Praxis der Versicherungsunternehmen, Abschlussverweigerungen und unterschiedliche Vertragsbedingungen zu begründen bzw. den Versicherungsnehmenden Unterschiede bei den Vertragsbedingungen proaktiv und offen zu kommunizieren. Auch hier müssten weitere Informationen erfasst werden.⁵⁸³
- | Frequenz der Überprüfung: Schließlich stellt sich die Frage der Modalitäten der erneuten Überprüfung eines sich möglicherweise ändernden Risikos, dies etwa aufgrund neuer Daten bzw. Änderungen bei den Versicherungsnehmenden.⁵⁸⁴

5. Einschätzung der geltenden Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG aus völker-, unions- und verfassungsrechtlicher Perspektive

5.1 Grundsätze des Diskriminierungsschutzes im Verhältnis zwischen Privatversicherungsunternehmen und Versicherungsnehmenden

5.1.1 Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: Pflicht zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes vor statistischer Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit durch private Versicherungsunternehmen?

Statistische Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit fällt als eine Form unmittelbarer Benachteiligung unter den bereits erläuterten Voraussetzungen in den Geltungsbereich der völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote.⁵⁸⁵ Zwar binden die einschlägigen Bestimmungen die Versicherungsunternehmen im Rahmen der privatrechtlichen Versicherungsverträge nicht unmittelbar. Doch verpflichten die Diskriminierungsverbote im Rahmen der Schutzpflicht private Versicherungsunternehmen indirekt.⁵⁸⁶ Für den Bereich der Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit ist etwa Art. 25e BRK von Bedeutung. Demnach ist Deutschland als Vertragsmitglied verpflichtet „(...) to prohibit discrimination against persons with disabilities in the provision of health insurance, and life insurance where such insurance is permitted by national law, which shall be provided in a fair and reasonable manner (...)“. Die Behörden haben hierfür alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen “to eliminate discrimination on the basis of disability by any person, organization or private enterprise“ (Art. 4 Abs. 1e) “(...) and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds“ (Art. 5 Abs. 2).

Die Anerkennung der Schutzpflichten sowie der objektivrechtlichen Grundrechtsgehalte, die zur mittelbaren horizontalen Wirkung von Menschenrechten bzw. Grundrechten führt, hat eine unmittelbare Kollision der (grund- und menschenrechtlichen) Interessen der Versicherungsunternehmen einerseits und der Versicherungsnehmenden bzw. Antragstellenden andererseits zur Folge. Dies macht den „(...) Einbau des Verhältnismä-

⁵⁸³ Siehe hierzu Laurence Lwoff, Ethical issues within the risk selection process, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 12 f. Siehe auch Empfehlung unter 2, S. 26: „(...) the duty to publish relevant data should be on a request basis only, rather than making the data available to the public in advance at all times“.

⁵⁸⁴ Kevin Somerville, verlangt hier auch eine regelmäßige Überprüfung, indem „(...) the effect of risk factors and impairments on mortality needs to be continually and systematically reviewed with regard to the clinical and insurance literature (...)“, S. 25.

⁵⁸⁵ Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1-2.3.

⁵⁸⁶ Siehe auch vorne, Teil 2. A) 2.1.

ßigkeitsprinzips in die Anwendung objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte notwendig⁵⁸⁷. Die Staaten haben dafür zu sorgen, dass innerstaatlich zwischen den Interessen der Versicherungsunternehmen (an Wirtschaftsfreiheit bzw. Vertragsfreiheit) und den der Versicherten (an diskriminierungsfreier Behandlung) sorgfältig abgewogen wird.⁵⁸⁸ Dies bedeutet nicht, dass sich private Versicherungsunternehmen bei der Risikodifferenzierung am selben Maßstab messen lassen müssen wie der Staat, in dessen Rahmen statistische Diskriminierung rechtlich praktisch ausgeschlossen ist. Vielmehr sei die Verhältnismäßigkeit, die hierbei als Maßstab der Abwägung angewandt werden soll, nicht die klassische sondern eine „Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit“⁵⁸⁹. Während die klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung im Staat-Bürger-Verhältnis die relationale Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eines Grundrechtseingriffes prüfe, suche die Angemessenheitsprüfung im Bürger-Bürger-Verhältnis nach einem angemessenen Ausgleich. Denn im Gegensatz zum Staat-Bürger-Verhältnis fehle der Zweck des Gesetzes als fester Bezugspunkt.⁵⁹⁰

Dem hält BRITZ u.E. mit überzeugenden Argumenten zu Recht entgegen, dass das Verbot statistischer Diskriminierung auch im Privatrecht im Grundsatz relativ streng zu handhaben und daher eine ordentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen sei.⁵⁹¹ Zwar ist auch BRITZ der Auffassung, dass das System der Privatversicherungen weniger strengen Regeln unterworfen ist als dasjenige der Sozialversicherungen. Hingegen unterscheide sich die Prüfung graduell, nicht aber grundlegend.⁵⁹² Insbesondere gleiche die Angemessenheitsprüfung gerade bei einem Regel-Ausnahme-Verhältnis – wie § 20 Abs. 2 AGG – der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil „dann die gesetzliche Regelung prima facie für die Berechtigung des von der Regel gedeckten Ziels spricht, erscheint es sinnvoll, wenn auch nicht logisch zwingend, zunächst die Legitimität allein des Ausnahmebegehrens näher zu prüfen.“⁵⁹³ Mit der entsprechenden Zweckrelation sei dann auch der Boden für eine der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung ähnelnde Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung bereitet.⁵⁹⁴ Als letzter Schritt werde die eigentliche Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, die Angemessenheit einer Benachteiligung geprüft. Dabei wird deutlich, dass das Ergebnis der Enge bzw. der Strenge der Angemessenheitsprüfung jeweils von der konkreten Situation im Einzelfall abhängt.

Folgt man der Argumentation von BRITZ, bedarf es einer weitergehenden Klärung der normativen Maßstäbe der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Anlehnend an die für staatliche Benachteiligungen entwickelten Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts ist der Rechtfertigungsmaßstab umso höher anzusetzen umso intensiver die Ungleichbehandlung ist. Vier Kriterien sind ausschlaggebend: Die Intensität der Ungleichbehandlung erhöht sich, je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung gruppen- und nicht situationsbezogen ist. Weiter ist die Intensität umso stärker, je mehr das Kriterium

587 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Böckenförde, S. 183.

588 Siehe vorne, Teil 2. A) 2.1.

589 Britz, S. 152; anlehnend an Böckenförde, S. 184; und Ruffert, S. 99 ff.

590 Böckenförde, S. 183 f.

591 Britz, S. 153 ff.

592 Britz, S. 156.

593 Britz, S. 155.

594 Britz, S. 155.

einem nach Art. 3 Abs. 3 GG gleicht.⁵⁹⁵ Eine reine Willkürprüfung genügt also insbesondere bei denjenigen Dimensionen nicht, die „suspect grounds“ bzw. sensible Persönlichkeitsmerkmale darstellen.⁵⁹⁶ Drittens wächst der Grad der Intensität, je weniger die betroffene Person die Ungleichheitsdimension beeinflussen kann.⁵⁹⁷ Viertens ist die Ungleichbehandlung umso intensiver, je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheit erschwert.⁵⁹⁸

Auch in der EuGH-Entscheidung *Test-Achats* bezüglich der Risikodifferenzierung nach Geschlecht findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anwendung auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen Versicherenden und Versicherungsnehmenden. In Anlehnung an die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott ist die Grenze der Typisierung dort zu ziehen, wo das zur Typisierung ausschlaggebende Merkmal „untrennbar mit der Person des Versicherten verbunden ist und auf das dieser keinerlei Einfluss hat“.⁵⁹⁹ Bei der Bestimmung dieser rechtlichen Kriterien spielten politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen eine Rolle. Damit gelte die Notwendigkeit des Versicherungsmarktes, gleichartige Risiken zusammenzufassen, niemals absolut. Sie werde nur insoweit berücksichtigt, wie es zur Bestimmung der rechtlichen Kriterien – neben anderen politischen und sozialen Bedingungen – notwendig sei.

Den vorangegangenen Überlegungen nach unterscheidet sich die Struktur in der Prüfungsdichte im Privatrechtsverhältnis im Vergleich zum staatlichen Verhältnis also nicht prinzipiell sondern einzig graduell. Die Freiheiten zur Benachteiligung Privater sind aufgrund von Art. 12 Abs. 1 GG höher zu gewichten im Vergleich zu denjenigen eines staatlichen Diskriminators.⁶⁰⁰ Dennoch bedarf es einer dem Einzelfall angemessenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der divergierenden Interessen zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmenden. Je stärker das obligatorische Sozialversicherungsnetz trägt, desto weniger weit hat der Schutz vor Diskriminierung im Privatversicherungsbereich zu gehen, um den völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zu gewährleisten.

Auf gesetzlicher Ebene wurde diese Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Abstufung betreffend die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen in § 20 AGG im Grundsatz vorgenommen. Hingegen bestehen angesichts der vorangegangenen Erläuterungen – faktischer und normativer Natur – offene Fragen hinsichtlich der Auslegung von § 20 Abs. 3 Satz 2 AGG. So stehen insbesondere Fragen prozeduraler Natur im Raum wie z.B. ob eine statistische Benachteiligung auch ohne versicherungsmathematisch saubere Statistiken zulässig ist? Und mit welcher Qualität Benachteiligungen nach den AGG-Regeln begründet werden müssen? Diese bedürfen jedoch der eingehenden Betrachtung anhand einer individuellen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Daran anschließend stellt sich auf gesetzgeberischer Ebene die Frage der Adäquanz der Regelung in § 20 Abs. 2 S. 3 AGG. Bedarf die Regelung einer Novellierung im Sinne einer Präzisierung? Oder ist es

595 BVerfGE 59, 128, 156; Jarass, in: JP, Art. 3 Rn 2.

596 Gleicher Meinung Britz, S. 151 ff. Zum Gleichheitsgebot als Willkürverbot siehe BVerfGE 107, 27, 46.

597 BVerfGE 55, 72, 89; 88, 87, 96.

598 BVerfGE 37, 342, 353; 60, 123 134; 82, 126, 146; 89, 15, 22 ff.

599 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.09.2010 in der Rs. C-236/09 (*Test-Achats*), Rn. 50.

600 Siehe auch Müllensiefen, S. 8.

angesichts des Diskriminierungsvorkommens und der erheblichen Auswirkungen von Benachteiligungen auf Menschen mit Behinderung bzw. mit chronischer Krankheit gar angezeigt, die Risikodifferenzierung im Rahmen bestimmten Versicherungsdienstleistungen nur noch bei Krankheiten zuzulassen, die weder eine Behinderung noch eine chronische Krankheit darstellen?

Um diese Fragen der Verhältnismäßigkeit zu beantworten, sind zusätzliche Kriterien erforderlich. „Die Überlegungen zur Angemessenheit einer Ungleichbehandlung gewinnen in dem Maße an Rationalität, in dem weitere verfassungsrechtliche Wertungsgesichtspunkte etabliert werden, anhand des Maßstabs der Beeinträchtigung beurteilt werden kann.“⁶⁰¹ Im Zentrum der normativen Betrachtung stehen die Persönlichkeitseffekte und – infolge der Benachteiligung – die Vorenthaltung eines Gutes im weitesten Sinne. Die Persönlichkeitseffekte sind am Recht auf Selbstdarstellung zu messen (Art. 2 Abs. 1 GG), die als Diskriminierungsfolge eintretenden Entbehungen an Freiheit oder materiellen Gütern an den entsprechenden Freiheitsrechten.

5.1.2 Art. 2. Abs. 1 GG: Persönlichkeitsschutz als Kriterium im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schließt das Recht auf Selbstdarstellung ein.⁶⁰² Daran anknüpfend gewährleistet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Schutz gegen Persönlichkeitseffekte statistischer Diskriminierung. Art. 3 Abs. 3 GG und die einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote würden sich auch als Ausprägungen des Rechts auf Selbstdarstellung erweisen und wurzeln damit im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit sich die Diskriminierungsverbote gegen statistische Diskriminierung richten.⁶⁰³ Es schützt die Betroffenen vor der Zuschreibung fremder Persönlichkeitsbilder, so BRITZ in ihrer eingehenden Untersuchung „Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung“.⁶⁰⁴ Das Recht garantiert zwar keine „kongruente Wahrnehmung seitens des Gegenübers“. Hingegen muss der Prozess der Persönlichkeitskonstruktion durch das Gegenüber offen bleiben für Versuche einer eigenen Darstellung der Persönlichkeit. Ohne reale Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorgang der Fremdbildkonstruktion bliebe das Recht auf Selbstdarstellung wertlos. Das Grundrecht garantiere darum die Schaffung und Erhaltung der Möglichkeiten der eigenen Darstellung. Eine schematische Vorgehensweise ist verboten, weil die Persönlichkeitseffekte statistischer Diskriminierung je nach Merkmal und Kontext schwanken.

Anlehnend an Art. 2 Abs. 1 GG erweisen sich die Diskriminierungsverbote zum einen als „normative Festlegung unzulässiger Fremdbilder“. Dabei handelt es sich um Fremdbilder, die in stereotyper Weise aus einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale abgeleitet würden, so BRITZ. Darüber hinaus liessen sich ausserdem aus Art. 3 Abs. 1 GG „starke Barrieren auch gegen solche Fremdbilder ableiten, die an personenbezogene Merkmale anknüpfen, welche zwar in Art. 3 Abs. 3 GG nicht ausdrücklich genannt sind,

⁶⁰¹ Britz, S. 177.

⁶⁰² Britz, S. 180.

⁶⁰³ Britz, S. 195.

⁶⁰⁴ Britz, S. 187 ff.

die aber ähnliche Wirkung haben wie die in Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich genannten Merkmale“. Ergänzen zur Argumentation von BRITZ handelt es sich insbesondere um Stigma-behaftete Merkmale und um Merkmale, die zentrale Elemente der Persönlichkeit darstellen und die weder aufgegeben werden können oder aber es deren Trägerinnen nicht zuzumuten ist, sie aufzugeben. Chronische Krankheit gilt als ein solches Merkmal, wie dies bereits eingehend aufgezeigt wurde.⁶⁰⁵

Zum Zweiten sind Diskriminierungsverbote nach BRITZ auch als prozedurales Instrument des Schutzes vor Fremdbildern zu sehen. Diskriminierungsverbote würden nicht am Entscheidungsergebnis ansetzen, sondern sie nehmen Einfluss auf den Entscheidungsvorgang. Zwar „bewahren sie die Betroffenen nicht mit Sicherheit davor, dass das Gegenüber seiner Entscheidung gleichwohl ein ‚falsches Bild‘ zugrunde legt“. Hingegen zwingen sie das Gegenüber zu einem aufwendigeren Prozess der Fremdbildkonstruktion.⁶⁰⁶ Auf der Basis des Schutzauftrages sichergestellt werden muss, dass die betroffenen Versicherungsnehmenden bzw. Antragstellenden, weitgehend auf die potentielle Fehlkonstruktion des Fremdbildes durch Dekonstruktion mittels individualisierter Daten Einfluss nehmen können. Je schwer wiegender die Fremdbildkonstruktion in die Persönlichkeit und in die Freiheitsrechte eingreift, bzw. je schwerwiegender die Benachteiligung wiegt, desto höhere Anforderungen müssen an das Verfahren der statistischen Fremdbildkonstruktion gestellt werden.

Folglich genügt es aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht, wenn Versicherungsunternehmen einen Abschluss eines Versicherungsvertrages aus statistischen Gründen verweigern, ohne über die Datengrundlagen Transparenz zu verschaffen. Darüber hinaus muss die Möglichkeit bestehen, dass die betroffenen Personen individuelle Informationen erbringen können, die dann auch entsprechend sachgemäß im Rahmen der Risikokalkulation berücksichtigt werden. Auf gesetzgeberischer Ebene bestehe das Anforderungs, so BRITZ, Mechanismen zu installieren, „die den Entscheidungsautomatismus statistischer Diskriminierung durchbrechen, die Betroffenen (chronisch erkrankten Antragssteller) ‚ins Spiel zurückbringen‘ und ihnen eine Chance geben, darauf Einfluss zu nehmen, welches Bild das Gegenüber sich von ihnen macht“⁶⁰⁷.

5.1.3 Freiheitsrechte: Schutz vor Entbehrung an Freiheit oder materiellen Gütern als normativer Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Die Verhältnismäßigkeit der Ausschlüsse von Versicherungsleistungen und der benachteiligenden Vertragsbedingungen sind zusätzlich an den mit den dadurch erzeugten negativen Folgen der Entbehrung im weiten Sinne zu messen. Bezugspunkte sind die entsprechenden menschen- und grundrechtlich geschützten Freiheitspositionen. Je bedeutsamer eine Versicherung für die Lebensführung ist, desto schwerwiegender greifen Benachteiligungen in die freiheitliche Position ein.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Siehe vorne, Teil 1. B) und C) 2 und 3.

⁶⁰⁶ Britz, S. 201; Leder, S 155; Somek, S. 225.

⁶⁰⁷ Britz, S. 208.

⁶⁰⁸ Dem entsprechend normierte auch der schweizerische Gesetzgeber (Pärl, GUMG; S. 85).

5.2 Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit: Betrachtungen zu § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG im Lichte der vorliegenden Grundsätze

Auf der Grundlage der vorangegangenen Überlegungen konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Rechtfertigung von Benachteiligungen aufgrund einer chronischen Krankheit, soweit diese unter den genannten Voraussetzungen eine Behinderung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG darstellen.

5.2.1 Legitimer Zweck

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach muss eine statistische Benachteiligung aufgrund einer Behinderung erstens einem legitimen Zweck dienen (Primärziel). Eine risikoangemessene Prämienkalkulation stellt u.E. ein solches legitimes Ziel dar, dies unter Bezugnahme auf die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Auf einer weiteren Stufe ist zu prüfen, ob die chronische Erkrankung als Stellvertretermerkmal mit dem primären Ziel risikoadäquater Prämienkalkulation unmittelbar etwas zu tun hat (Sekundärziel). Grundsätzlich lässt sich diese Frage nur auf der Grundlage der jeweiligen Daten zum entsprechenden Versicherungsprodukt und bezogen auf das Krankheitsbild im Einzelfall betrachten. I.d.R. besteht – unter Vorbehalt der Betrachtung im Einzelfall – bei Kranken-, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen ein direkter Zusammenhang zwischen Krankheit und den entsprechenden zu versichernden Risiken, doch ist in jedem Fall eine Einzelfallbetrachtung zwingend.

5.2.2 Geeignetheit

Nach dem Maßstab der Geeignetheit muss die Differenzierung nach dem Hauptkriterium der „Behinderung“ bzw. der „chronischen Krankheit“ geeignet sein, um das Primärziel zu erreichen. Zusätzliche Voraussetzung, um die Geeignetheit zu bejahen, ist die Geeignetheit der Verwendung des Stellvertretermerkmals, das Sekundärziel der Überwindung von Informationsdefiziten zu realisieren. Der Eignungszusammenhang ist dann gegeben, wenn die chronische Krankheit als Stellvertretermerkmal mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen des Hauptkriteriums (z.B. Erkrankungsrisiko, Eintritt des Todes etc.) hinweist. Es bedarf also einer gewissen minimalen Prognosesicherheit. Ob eine solche besteht, hängt maßgeblich von der Qualität der Daten ab. Zudem muss das Stellvertretermerkmal eine hinreichende Prognoseeignung besitzen. Hierfür bedarf es also eines signifikanten Zusammenhanges zwischen der entsprechenden chronischen Krankheit und dem Hauptmerkmal. Fraglich ist diese hinreichende Prognoseeignung insbesondere da, wo keine statistischen Angaben vorliegen, d.h. die Einschätzung auf allgemeinem Erfahrungswissen beruht. § 20 Abs. 2 AGG kann in diesem Sinne als Eignungserfordernis gelesen werden, das entsprechend ausgelegt werden muss.

5.2.3 Erforderlichkeit

Drittens hat die Differenzierung dem Maßstab der Erforderlichkeit zu genügen, d.h. es darf zur Erreichung des legitimen Zwecks – bzw. des Primär- und des Sekundärziels – kein ebenso geeignetes Mittel geben, das die Diskriminierungsverbote quantitativ oder qualitativ weniger einschränkt (geringere Intensität der Ungleichbehandlung,

Zweck-Mittel-Relation)⁶⁰⁹. Auch hier ist eine Betrachtung der spezifischen Konstellation bzw. des spezifischen Falles mit Bezug zum jeweiligen Versicherungsprodukt und der Krankheit vorzunehmen. Die Erforderlichkeit ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Verweigerung eines Versicherungsabschlusses durch unterschiedliche Bedingungen ersetzt werden könnte. Unterschiede bei den Versicherungsprämien wiederum sind ersetzbar durch eine nachträgliche Prämienkorrektur. Keine Erforderlichkeit liegt zudem vor, wenn es ein anderes Mittel (als die Risikoselektion nach Krankheit bzw. Gesundheitszustand) gibt, das die Ungleichheit vermeidet oder zumindest reduziert.

Mit Bezug zu allen Privatversicherungen zwingend notwendig ist eine – im Rahmen der Risikodifferenzierung vorzunehmende – weitgehende Berücksichtigung der individuellen Daten zur entsprechenden Krankheit einer Person. Dazu gehören neben den jeweiligen spezifischen Elementen der Diagnose auch ärztliche Einschätzungen zum Verlauf und zur Prognose einer Erkrankung. BRITZ schlägt vor, den Betroffenen die Möglichkeit des „Gegenbeweises“ einzuräumen, indem sie darlegen dürfe, aus welchen Gründen der unwahrscheinlichere Fall tatsächlich der wahrscheinlichere darstellt. Dabei ist jedoch sorgfältig darauf zu achten, dass damit keine zu weitgehenden Eingriffe in das Recht auf informationelle Darstellung entstehen.⁶¹⁰ Zudem gilt die Abklärung der Individualisierung möglicherweise dann nicht als ein milderes Mittel, wenn damit unangemessene Kosten für die Versicherungsunternehmen verbunden sind.⁶¹¹

5.2.4 Angemessenheit (Zweck-Mittel-Relation)

Schließlich verlangt das Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit), dass die Schwere des Eingriffs bei der Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Hierbei ist erstens zu prüfen, welche Kosten das Ausbleiben einer statistischen Benachteiligung hat. Zweitens gilt es zu klären, welche negativen Auswirkungen sie hat.

Auf materieller Ebene von Bedeutung ist insbesondere die Frage der Wichtigkeit einer entsprechenden Versicherung.⁶¹² Die Alters-, Kranken- und Erwerbsausfallvorsorge gehören zu den zentralen Aspekten der Lebensführung.⁶¹³ Daher erweist sich in einer Pauschalbetrachtung eine Benachteiligung als relativ schwerwiegend. Hingegen variiert die betroffene grundrechtlich geschützte Freiheit je nach Versicherungsart. Zudem ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung zwingend.

Auf formeller Ebene ist damit der Gesichtspunkt der Handlungsalternativen verbunden. Im Wesentlichen ist zu fragen, ob das durch die private Versicherung abzuschließende Risiko auch anderweitig abgesichert werden kann. Wird das Risiko etwa durch weitere Versicherungsunternehmen versichert und das zu den entsprechend gleichen Bedingungen, oder aber ist das Risiko gar durch das System der Sozialversicherungen gedeckt, dann bestehen für die betroffene Person entsprechende Handlungsalternativen. Folglich wäre zu prüfen, ob die von einem Ausschluss oder einer Prämienbenach-

609 BVerfGE 68, 193, 218 f.

610 Weber-Dürler, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, S 190.

611 Schlink, S. 457; Dechsling, S. 64.

612 Ähnlich Geismann, S. 15.

613 Ähnlich Geismann, S. 15.

teilung betroffene Person mit chronischer Krankheit zu einer Risikogruppe gehört, die tendenziell auch bei anderen Versicherungsunternehmen nicht oder aber nur zu benachteiligenden Bedingungen versichert wird. Für das Vorliegen von Handlungsalternativen entscheidend ist auch die Ausweichbarkeit betreffend das entsprechende Stellvertretermerkmal. So ist in Anlehnung an die Schlussanträge von GA Kokott die Grenze der Typisierung dort zu ziehen, wo das zur Typisierung ausschlaggebende Merkmal „untrennbar mit der Person des Versicherten verbunden ist und auf das dieser keinerlei Einfluss hat“.⁶¹⁴ *Chronische Krankheit* erweist sich als ein gruppenbezogenes Kriterium, das sich zu wesentlichen Teilen mit der Dimension der *Behinderung* überschneidet, das in Art. 3 Abs. 3 GG und von den einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Antidiskriminierungsbestimmungen gefasst ist, auf das die betroffenen Personen je nach Art und individuellen Konstellationen zwar auf den Verlauf grundsätzlich jedoch nicht auf das Vorliegen Einfluss haben. Je nach Art der Krankheit und kontextuellen Gegebenheiten erweist sich auch der individuelle Einfluss auf den Verlauf der Krankheit als mehr oder weniger beeinträchtigt. Eine Benachteiligung aufgrund einer chronischen Krankheit ist demnach als eine schwerwiegende Form, die einer relativ engen Angemessenheits-Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt, die wiederum von Fall zu Fall stark variieren kann.

Auf formeller Ebene ist weiter die Ungleichbehandlung als Verletzung eines intrinsischen Wertes⁶¹⁵ mit in die Güterabwägung miteinzubeziehen, unabhängig davon, ob weitere materielle Einschränkungen und Einschränkungen in Freiheiten vorliegen. Hier zeigt sich, dass insbesondere Benachteiligungen aufgrund von chronischen Krankheiten, die stark stigmatisiert sind, schwerwiegende den Diskriminierungsverboten intrinsische Auswirkungen haben können.

Weiter sind für die Prüfung der Angemessenheit auch prozedurale Gesichtspunkte miteinzubeziehen. Dem entsprechend sind die Anforderungen an die prozeduralen Voraussetzungen einer Risikoprüfung umso höher, je schwerer die Beeinträchtigung von Prognosefehlern wiegt. Einerseits bedeutet dies, dass der Versicherende die Prognoserichtigkeit nachzuweisen hat. Daraus ergeben sich Aufklärungspflichten, die unter Umständen eine weitere Prüfung des individuellen Antragsstellenden erforderlich machen. Die Annahme oder Ablehnung eines Risikos und die Bestimmung der entsprechenden Vertragsbedingungen verlangt u.E. eine statistisch fundierte und einen transparenten Risikoentscheidungsprozess.⁶¹⁶ Die Entscheidung über Risikozuschläge, Ausschlüsse, Ablehnungen oder andere Maßnahmen darf stets nur nach individueller Risikoprüfung und nicht aufgrund pauschaler Regeln ausgesprochen werden. Nicht-aktuarielle Erkenntnisse wie Wissen und Erfahrung der Versicherungsärzte, medizinischer Expert_innen sowie Einschätzungshandbücher der Rückversicherer können hierbei nur eine untergeordnete Rolle spielen. Letztere bedürfen der regelmäßigen Überarbeitung und müssen neuen empirischen Erkenntnissen angepasst werden.⁶¹⁷

614 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.09.2010 in der Rs. C-236/09 (Test-Achats), Rn 50.

615 Zur Ausstrahlung von Gleichheitsgedankens siehe Jarass, in: JP, Art. 3 Rn 92.

616 Geismann, S. 17.

617 Geismann, S. 17.

Schließlich: Aus der Perspektive der Angemessenheit problematisch an der derzeitigen Regelung ist zudem die gesetzliche Ungleichbehandlung zwischen Krankheitsveranlagungen, die mittels präsymptomatischer Tests und solchen, die mittels nicht genetischen Untersuchungen bestimmt werden können. Die Erbkrankheit Chorea Huntington beispielsweise gehört zur ersteren, eine HIV-Infektion jedoch lässt sich mit einem HIV-Antikörper-Test nachweisen. Während erstere unter das privilegierte Nachforschungs- und Verwertungsverbot des GenDG fallen, sind Letztere einzig der strengeren Rechtfertigung in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG zuzuordnen. Während etwa die Verweigerung der Einstellung einer Lehrerin als Beamtin auf Probe in den hessischen Schuldienst vom Gericht angesichts der Erkrankung aufgrund der genetischen Veranlagung als rechtswidrig bezeichnet wurde⁶¹⁸, griff dieser strengere Schutz bei einem Beamten, der aufgrund seines Übergewichts aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen wurde als rechtmässig.⁶¹⁹

5.3 Fazit

Aufgrund der einschneidenden Eingriffe in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und maßgeblichen Einschnitte in zentrale Bereiche der Lebensführung (Alters-, Kranken- und Lebensvorsorge) erweist sich die Selektion nach „chronischen Krankheiten“ bei privaten Versicherungen als besonders rechtfertigungsbedürftig. Insbesondere die Nähe der Dimension „chronische Krankheit“ zu Behinderung, aber ebenso die Tatsache, dass „chronische Krankheit“ ein persönlichkeitsnahes, sensibles Merkmal darstellt, führt zu diesem Schluss. Insofern handelt es sich bei „chronische Krankheit“ um ein vergleichsweise viel sensibleres Kriterium als bei „Krankheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ allgemein. Zwar decken die Sozialversicherungen bereits maßgebliche Bereiche, dies jedoch ersetzt nicht die private Vorsorge, die in diesen zentralen Bereichen auch zum Normalbedarf gehört. Es gilt also der Grundsatz der besonderen Rechtfertigungsstrenge, dies unter Vorbehalt der Betrachtung im Einzelfall.

Dies hat Folgen sowohl auf der Ebene der Rechtsanwendung als auch derjenigen der Rechtsetzung.

- | Rechtsanwendung: Gemäß § 20 Abs 2 Satz 2 AGG gelten für eine unterschiedliche Behandlung bei den Prämien oder Leistungen im Rahmen von Privatversicherungen folgende Grundsätze: Eine Benachteiligung aufgrund „chronischer Krankheit“ unterliegt einem strengen Rechtfertigungsmaßstab, der u.E. einzig statistische Daten erlaubt. Darüber hinaus gilt es sicherzustellen, dass Menschen mit chronischer Krankheit nicht von der privaten Versicherungsvorsorge ausgeschlossen werden. In prozeduraler Hinsicht ist gegenüber der von einer Benachteiligung betroffenen Person volle Transparenz über die der Risikodifferenzierung zugrunde liegenden Daten und deren Gewichtung herzustellen.
- | Rechtsetzung: Eine grund- und menschenrechtlich fundierte und zugleich für alle Marktteilnehmer transparente gesetzliche Lösung, die darüber hinaus der Rechtssicherheit dient, gewährleistet, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund chronischer Krankheit unzulässig ist.

⁶¹⁸ VG Darmstadt, Urteil vom 24.06.2004, 1 E 370/04 (3).

⁶¹⁹ VG Frankfurt, 9. Kammer, Entscheidung vom 02.02.2004, 9 G 7433/03.

Teil 3

Rechtsvergleich: insb. Frankreich, Großbritannien, Kanada, Niederlande, Schweiz

Nachfolgende Ausführungen bilden Ergebnis einer summarischen Analyse ausgewählter Rechtsordnungen hinsichtlich der Frage der Verankerung von Diskriminierungs- bzw. Benachteiligungsverboten in einschlägigen Diskriminierungsschutzergüssen auf Gesetzesstufe oder in Diskriminierungsverbotsbestimmungen in der Verfassung. Die identifizierten Benachteiligungsverbote lassen sich in fünf Typen unterteilen:

- | A) „Krankheit“ bzw. „Chronische Krankheit“ als explizite Diskriminierungsdimension
 - 1) „Krankheit“
 - 2) „Chronische Krankheit“
- | B) „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ als explizite Diskriminierungsdimension
- | C) „Krankheit“ bzw. „Chronische Krankheit“ als Bestandteil von „Behinderung“
 - 1) Explizite Aufzählung spezifischer „(chronischer) Krankheiten“ als Bestandteil von „Behinderung“
 - 2) Implizite Erfassung „chronischer Krankheit“ unter den Behinderungsbegriff
- | D) „Chronische Krankheit“ als ungeschriebene Diskriminierungsdimension im Rahmen einer offenen Liste von Diskriminierungsverboten
- | E) „Chronische Krankheit“ als Aspekt des Persönlichkeitsschutzes

Gesondert aufgeführt werden zudem Verbote der Benachteiligung aufgrund „genetischer Merkmale“ (F).

A) „Chronische Krankheit“ als explizite Diskriminierungsdimension

1. „Krankheit“

Es gibt wenige Staaten, die „Krankheit“ explizit in den Katalog von Antidiskriminierungsgesetzen aufnehmen.⁶²⁰

In den untersuchten Staaten Frankreich, Großbritannien, Kanada, Niederlande und Schweiz finden sich einzig im **französischen Code de travail** und im **kanadischen Labour Code** Bestimmungen, die ausdrückliche Verbote der Diskriminierung aufgrund einer Krankheit beinhalten. Nach Art. L1226-5 Code de travail ist einem Arbeitneh-

⁶²⁰ Siehe etwa Benecke, S. 26 f.

menden, der eine schwere Krankheit hat, die nötige Freizeit zu gewähren, damit er die notwendigen Behandlungen durchführen kann. Gemäß Sektion 239 (1) Canada Labour Code ist eine Kündigung wegen Krankheit oder einer Verletzung („due to illness or injury“) verboten, sofern die Krankheit bzw. Verletzung nicht länger als 12 Wochen dauert und die Person bereits länger als 3 Monate beim selben Arbeitgebenden angestellt ist. Eine spezielle Lösung sieht der **Novia Scotia Human Rights Act** vor, der in S. 5 (1) (p) Diskriminierungen aufgrund einer irrationalen Angst mit einer Krankheit angesteckt zu werden untersagt („an irrational fear of contracting an illness or disease“).

2. „Chronische Krankheit“

Schutz vor Diskriminierung aufgrund „chronischer Krankheit“ sehen z.B. die **Niederlande, Portugal** und **Rumänien** vor. Gemäß § 1 Sec. 1a) Dutch Act on Equal Treatment on the Grounds of Disability or Chronic Illness liegt eine direkte Diskriminierung vor bei „discrimination between people on the grounds of a real or alleged disability or chronic disease“. Art. 23(1) des **portugiesischen Labour Code** untersagt Arbeitgebenden “any direct or indirect discrimination based on, in particular, (...) reduced capacity to work, disability, chronic illness (...)”

B) „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ als explizite Diskriminierungsdimension

Erlasse aus unterschiedlichsten Staaten wie **Frankreich, Tschechien** und **Ungarn** umfassen Verbote der Diskriminierung aufgrund der „Gesundheit“ bzw. des „Gesundheitszustandes“.

Im **französischen „Code du travail“** ist u.a. ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Gesundheitszustandes verankert („état de santé“). Gemäß Art. L1132-1 untersagt ist eine „(...) mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...)“. 1 des Loi n° 2008-496 vom 27. Mai 2008 „(...) en raison de santé (...)“. Der Code du Travail regelt Rechtsbeziehungen zwischen privaten Arbeitnehmenden und -gebenden. 2009 sprach die HALDE einer Frau Entschädigung zu, da sie von ihrem Arbeitgebenden aufgrund der Krankheit gekündigt wurde.⁶²¹ 2010 bezahlte der Arbeitgeber nach einer Mediation vor der HALDE der Angestellten eine Entschädigung von 50.000 Euro, da sie nach einem langen krankheitsbedingten Urlaub nicht wieder in die Stelle, die ihren Qualifikationen entspricht, eintreten durfte.⁶²² Das Prinzip der Nichtdiskriminierung im „Code du travail“ ist auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis anwendbar. So hielt die HALDE in einer Empfehlung fest⁶²³, dass es für die Zulassung zum Sicherheitspersonal einer Haftanstalt unzulässig sei zu fordern, dass die sich bewerbenden Personen nicht von einer fortschreitenden Krankheit betroffen sind, die zu einem langen krankheitsbedingten

621 Délibération n° 2009-319 du 14 septembre 2009. Zusammenfassung in: HALDE, Rapport Annuel HALDE 2009, S. 59, online: http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/rapport_annuel_2009.pdf (Zugriff: 15.11.2012). Weitere Fälle, in welchen eine Person aufgrund ihrer Krankheit diskriminiert wurde: Rapport Annuel 2009, S. 59; 2008, S. 23 f.; 2007, S. 21, 2005, S. 58, online: <http://www.defenseurdesdroits.fr> (Zugriff: 15.11.2012).

622 HALDE, Rapport Annuel de HALDE 2010, S. 33, online: http://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/ra_halde_2010_1.pdf (Zugriff: 15.11.2012).

623 HALDE, Rapport Annuel de HALDE 2010, S. 33, online: http://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/ra_halde_2010_1.pdf (Zugriff: 15.11.2012).

Urlaub führen könnte. Auch der **französische „Code Pénal“** untersagt in Art. 225-1 Diskriminierungen aufgrund des Gesundheitszustandes („état de santé“). Strafrechtlich verboten sind nach Art. 225-2 die Verweigerung von Gütern und Dienstleistungen („d’un bien ou d’un service“) oder die Anstellungsverweigerung („embauche“). Auch im Rahmen von Kollektivversicherungen ist ein Ausschluss einzelner Arbeitnehmenden aufgrund des Gesundheitszustandes nicht möglich. Gemäß Art. 2 des Loi n° 89-1009 du 3 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques darf keine Pathologie oder Affektion („pathologie ou affection“) zu einer Benachteiligung führen.

In **Tschechien** wird die Gesundheit als Kriterium in das arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsrecht aufgenommen und geht insofern weiter als die anderen Länder. Der **ungarische Act CXXV von 2003 on equal treatment and on fostering equal opportunities**⁶²⁴ beinhaltet die Diskriminierungsdimension „health conditions“.

C) „Chronische Krankheit“ als Bestandteil von „Behinderung“

1. Explizite Aufzählung bestimmter Krankheiten als Behinderung

Vereinzelt werden einzelne Krankheiten explizit als Behinderung aufgeführt. In **Großbritannien** etwa ist gemäß Equality Act 2010 grundsätzlich behindert und vor Diskriminierung geschützt wer ein „physical or mental impairment which has a substantial and longterm adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities“⁶²⁵. Spezifiziert wird, dass Krebs, Multiple Sklerose und HIV-Infektionen ab dem Zeitpunkt der Diagnose eine Behinderung darstellen und die Betroffenen als Behinderte gelten.⁶²⁶ In der Rechtsprechung wurde einem Angestellten aufgrund seiner HIV-Erkrankung gekündigt. Der Arbeitgebende wurde wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zu einer Entschädigungszahlung in der Höhe von £18.000 verurteilt.⁶²⁷ Über die ausdrückliche Auflistung im Equality Act 2010 hinaus wurde in der Rechtsprechung u.a. Hepatitis C⁶²⁸ und eine chronische Erkrankung der Atemwege⁶²⁹ als Behinderung anerkannt.

In **Frankreich** verbesserte die ursprünglich auf HIV/Aids-Patienten beschränkte Convention Belorgay den Zugang zu existenziellen Versicherungen seit 2001 für weitere chronische Krankheiten.

624 2003. Évi CXXV. Törvény az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról, s. 8.

625 Disability Discrimination Act, Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability, Sektion A1, abrufbar unter: http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/guidance_on_matters_to_be_taken_into_account_in_determining_questions_relating_to_the_definition_of_disability.pdf (Zugriff: 15.11.2012).

626 Siehe FN. 7, Section A10.

627 Workplace Law Magazine vom 21. September 2006; Personnel Today, online: <http://qqq.personneltoday.com/Articles/2006/09/22/37342/hiv-positive-armani-employee-receives-18000-compensation-for.html> (Zugriff: 15.11.2012).

628 A and others v. The National Blood Authority and others, 1998 A458.

629 S. Fitzpatrick v. Royal Mail Group Limited, 01787/07.

Der **Ontario Human Rights Code** listet neben „klassischen“ Behinderungen eine längere Reihe von Krankheiten auf, die als Behinderung gelten. In Parts I and II 10 (1) ‚disability‘ means (a) any degree of physical disability, infirmity, malformation or disfigurement that is caused by bodily injury, birth defect or illness and, without limiting the generality of the foregoing, includes diabetes mellitus, epilepsy, a brain injury, any degree of paralysis, amputation, lack of physical co-ordination, blindness or visual impediment, deafness or hearing impediment, muteness or speech impediment, or physical reliance on a guide dog or other animal or on a wheelchair, or other remedial appliance or device“.

2. Implizite Erfassung „chronischer Krankheiten“ vom Behinderungsbegriff

Chronische Krankheiten werden in zahlreichen Staaten vom Behinderungsbegriff implizit mit erfasst. Dies gilt insbesondere in denjenigen Staaten, für die die einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Erlasse Gültigkeit haben.

In **Großbritannien** beispielsweise fallen Menschen mit chronischer Krankheit unter den Behinderungsbegriff des Equality Act 2010, sofern nachgewiesen werden kann, dass eine psychische oder physische Beeinträchtigung im Sinne von Section A1 der Richtlinie besteht. Das **Irish Equality Office** versteht unter „Behinderung“ im Sinne von „(...) malfunction, malformation or disfigurement of a part of a person’s body“ auch „Krankheit“: In *Fernandez v. Cable & Wireless*⁶³⁰ hatte der Equality Officer zu klären, ob eine Arbeitnehmerin, die wegen einer Überreaktion aufgrund einer Penizilin-Injektion wegen einer Niereninfektion und zusätzlich aufgrund früherer gesundheitsbedingter Abwesenheiten wegen Schwangerschaft vom 24-Stunden-Telefonservice entfernt wurde, auf unzulässige Weise diskriminiert wurde. Er stellte fest, „that the complainant’s illnesses amounted to a disability within the meaning of the Act“. In *A Civil Servant v. The Office of Civil Service and Local Appointments Commissioners*⁶³¹ betrachtete der Equality Officer sowohl Asthma als auch das Reizdarmsyndrom als Behinderung im Sinne des Act. Auch Diabetes, Epilepsie und angeborene neuromuskuläre Erkrankungen können unter den Behinderungsbegriff fallen.⁶³²

In Sektion 15 der **kanadischen Charter of Rights and Freedoms** – die Bestandteil des Constitution Acts ist und ausschließlich im Verhältnis zum Staat und privaten Akteuren, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sind⁶³³, zur Anwendung gelangt – wird geistige und physische Behinderung („mental or physical disability“) als Diskriminierungsdimension aufgelistet. Gemäß *Brown. v. British Columbia* wird HIV/Aids unter „Behinderung“ subsumiert.⁶³⁴ Der **Canadian Human Rights Act** beinhaltet ebenso ein

630 Equality Tribunal, 11.12.2002, DEC-E/2001/052, *Fernandez v. Cable & Wireless*.

631 Equality Tribunal, 01.06.2004, DEC-E/2004/029, *A Civil Service v. the Office of Civil Service and Local Appointments Commissioners*, 5.7.

632 Hinweis auf Fälle des Arbeitsgerichtes in Equality Tribunal, 01.06.2004, DEC-E/2004/029, *A Civil Service v. the Office of Civil Service and Local Appointments Commissioners*, 5.7.

633 Sec. 32.

634 *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 DLR (4th) 444 (BCSC).

Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung („disability“)⁶³⁵, geht hingegen weniger weit als die kanadische Verfassung, die eine nicht abschließende Liste von Diskriminierungsverboten aufweist.⁶³⁶ Nach der Rechtsprechung des Canadian Human Rights Tribunal ist der Begriff weit auszulegen („the term is defined very broadly“⁶³⁷). Der Behinderungsbegriff deckt sowohl tatsächliche Funktionsbeeinträchtigungen („actual functional limitations“) als auch ledigliche Annahmen, Mythen und Stereotypen („perceptions, myths and stereotypes“)⁶³⁸, vergangene oder gegenwärtige („past or present“) Behinderungen ab.⁶³⁹ Als „Behinderungen“ qualifiziert wurden Erkrankungen des Bewegungsapparats, Nierenversagen, psychologische oder psychiatrische Erkrankungen, Erkrankungen der Atemwege, Migräne sowie Ekzeme und Schlaflosigkeit.⁶⁴⁰ Weiter werden „Entstellung“ („disfigurement“), Alkohol- und Drogenabhängigkeit („alcohol or drug dependence“) unter den Behinderungsbegriff subsumiert.⁶⁴¹ In *Foreman et al. v. VIA Rail Canada Inc.* stellte das Gericht eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung fest, da der Beschwerdeführerin eine (Wieder-)Anstellung verweigert wurde, weil ihre Sehstärke nicht den vom Arbeitgeber gesetzten medizinischen Standards entsprach.⁶⁴² In *Forseille v. United Grain Growers*⁶⁴³ und in *Grant, Heather Lynn v. Manitoba Telecom Services Inc.*⁶⁴⁴ wurde Diabetes unter „physische Behinderung“ („physical handicap“) subsumiert. In Sektion 10 der **Quebec Charter of Human Rights and Freedoms** wird der Begriff „handicap“ verwendet. Im Gegensatz zu „disability“, der ein Überbegriff für „Behinderung“ darstellt, bezieht sich der Begriff „handicap“ mehr auf die soziale Dimension von „Behinderung“. In einer Entscheidung befand das Quebec Human Rights Tribunal, dass die Verweigerung der Wiedereinstellung eines Angestellten aufgrund seiner früheren Alkoholkrankung vermutungsweise eine Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung („prima facie case of discrimination based on handicap“) darstelle. Auch das Berufungsgericht (Quebec Court of Appeal) bestätigte, dass die Annahme, der Mitarbeiter leide weiterhin an einer Behinderung, diskriminierend sein könne.⁶⁴⁵

„Chronische Krankheit“ gilt auch in der **Schweiz** als implizite Dimension von Behinderung. Bei chronischen Krankheiten handle es sich auch um eine Behinderung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 und wohl auch Art. 8 Abs. 4 BV. Denn eine chronische Erkrankung stelle „eine bleibende oder länger dauernde gesundheitliche Beeinträchtigung dar, die allein oder zusammen mit Umwelteinflüssen zu Benachteiligungen in der gleichbe-

635 3 (1) „For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.“

636 Siehe hinten, Teil 3. D).

637 Siehe Stellungnahme auf http://www.chrc-ccdp.ca/research_program_recherche/rtw_rat/page4-eng.aspx mit Verweis auf *University of British Columbia v. Berg* (1993) 2 S.C.R. 353; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* (2000), 1 S.C.R.

638 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, (2000) 1 S.C.R., par. 39–41.

639 Online: <http://chrt-tcdp.gc.ca/NS/about-apropos/jurisdiction-competence-eng.asp> (Zugriff: 18.11.2012).

640 Siehe Urteile zitiert in *Bernier/Granosik/Pednault, Les droits de la personne et les relations de travail*, op. cit., paragraphes 8.348.

641 Online: <http://chrt-tcdp.gc.ca/NS/about-apropos/jurisdiction-competence-eng.asp> (Zugriff: 18.11.2012).

642 *Foreman et al. v. VIA Rail Canada Inc.* (1980) 1 C.H.R.R. D/111.

643 *Forseille v. United Grain Growers* (1985) C.H.R.T. 7.

644 *Grant, Heather Lynn v. Manitoba Telecom Services Inc.*, (2011) C.H.R.T. 1 (CanLII).

645 Online: <http://www.equalitylaw.co.uk/news/2291/57/Canada-a-decision-not-to-rehire-is-not-necessarily-discriminatory/> (Zugriff: 18.11.2012).

rechtigten Teilhabe führt⁶⁴⁶. Gemäß Art. 2 Abs. 1 BehiG bedeutet Mensch mit Behinderungen „eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben“. Dem entsprechend gelten auch hier zumindest diejenigen Menschen mit chronischer Krankheit als behindert, die angesichts der Schwere und Art der Funktionsbeeinträchtigung in der gesellschaftlichen Teilhabe dauerhaft beeinträchtigt sind.

„Chronische Krankheit“ können auch unter das **französische Behindertengleichstellungsgesetz** fallen, sofern sie die Definition einer Behinderung gemäß Art. 2 erfüllen. Gemäß Art. 2 bezeichnet eine Behinderung „tout limitation d'activité de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychique, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. (...)“. Dem entsprechend erfasst sind chronische Krankheiten, die zu dauerhaften Einschränkungen in der gesellschaftlichen Teilhabe führen.

In den meisten Staaten wird der Behinderungsbegriff durch den Zeitfaktor vom Krankheitsbegriff abgegrenzt. Der Grossteil realisiert dies durch konkrete Fristen.⁶⁴⁷ Ausnahmen bilden z.B. **Schweden** und **Zypern**, wo nach geltendem Recht eine unbestimmte Beeinträchtigung vorliegen muss.⁶⁴⁸ Diese Anforderung wird hingegen durch die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien relativiert, denen nach eine Prognose, die eine „lange Dauer“ erwarten lässt, genügt.⁶⁴⁹

D) „Chronische Krankheit“ als ungeschriebene, eigenständige Diskriminierungsdimension im Rahmen einer offenen Liste von Diskriminierungsverboten

Eine offene Liste von Diskriminierungsverboten sehen die Französische „Constitution“, die kanadische Verfassung, die niederländische Verfassung und die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vor. In allen vier Staaten wird davon auch „chronische Krankheit“ als eigenständige implizite Kategorie erfasst.

Art. 1 der **Französischen „Constitution“** gewährleistet die Gleichheit vor dem Gesetze für alle Bürger_innen „sans distinction d'origine, de race ou de religion“. Weder „Behinderung“, „Krankheit“ und „Gesundheit“ sind vom Gleichheitsgebot erfasst. Hingegen ist die Liste verbotener Diskriminierungskriterien gemäß Verfassungsrat offen für weitere Entwicklungen.⁶⁵⁰

646 Pärli, Diabetes, S. 56.

647 Z.B. In Österreich (§ 3 ...) und Deutschland (§ 2 SGB IX) gilt eine Frist von 6 Monaten. In Großbritannien gilt eine Frist von einem Jahr.

648 Zypern: Gesetz 127 (I) 2000; Schweden: § 2 des Gesetzes gegen Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung von 1999.

649 Chacón Navas.

650 Latraverse, S. 10.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot in Section 15 (1) der **kanadischen Verfassung** besagt, dass „Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination“ und im Speziellen („in particular“) „without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability“. Mit der Formulierung „in particular“ wird deutlich, dass die Liste offen ist für weitere Diskriminierungsdimensionen.

Auch die **niederländische Verfassung** verfügt in Art. 1 eine nicht abschließende Liste von Diskriminierungsdimensionen: „All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted.“

Ähnlich ist die Situation in Art. 8 Abs. 2 der **Eidgenössischen Bundesverfassung** mit einer Liste von Diskriminierungsverboten, die nicht abschließender Natur ist. Nach der Art. 8 Abs. 2 zugrundeliegenden Konzeption ermöglicht dies die Öffnung der Sicht auf die konkurrierenden, vielfältigen tatsächlichen und zugeschriebenen Zugehörigkeiten eines Menschen. Art. 8 Abs. 2 BV verpflichtet, gesellschaftliches Denken und Handeln in stereotypen Gruppenbegriffen Rechnung zu tragen bzw. ermahnt dazu, dessen Tragfähigkeit stets zu hinterfragen.⁶⁵¹ Angesichts der Stigmatisierungsrealität, der Menschen mit chronischen Krankheiten ausgesetzt sind, erfüllen diese i.d.R. die Kriterien, die „chronische Krankheit“ als eigenständiges Unterscheidungsmerkmal unter die Tatbestände subsumieren lassen. Nach PÄRLI/CAPLAZI/SUTER ausgewiesen ist dies etwa bei Status „HIV/Aids“.⁶⁵² Einerseits würden Studien die Schwierigkeiten, Ausgrenzungen und Herabwürdigungen von Personen mit positiver HIV/Aids-Diagnose im Arbeits- und Sozialleben belegen.⁶⁵³ Andererseits sei der Status „HIV/Aids“ eine erworbene und dauerhafte Eigenschaft, die ein unveränderbares und angesichts der massiven Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen identitätsstiftendes Merkmal darstellt.⁶⁵⁴ Ebenso ausgewiesen ist der Bedarf der diskriminierungsschutzrechtlichen Absicherung bei Benachteiligungen aufgrund von Diabetes mellitus.⁶⁵⁵

E) „Chronische Krankheit“ als Aspekt der Persönlichkeit

Das allgemeine Privatrecht zahlreicher Länder umfasst einen Persönlichkeitsschutz. Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit können als Persönlichkeitsverletzungen aufgefasst werden, da sie unmittelbar die Betroffenen in einem wesentlichen Persönlichkeitsmerkmal treffen.⁶⁵⁶ Dies zeigen u.a. auch die Ausführungen zum Grundrecht auf Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG. Um einen Eingriff in die Persönlichkeit wegen Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit zu rechtfertigen, bedarf es eines überwiegenden privaten oder öffentlichen Grundes. Illustrativ hierfür lässt

651 Naguib, Mehrfachdiskriminierung.

652 Pärli/Caplazi/Suter, S. 110 ff.

653 Dubois-Arber/Haour-Knipe; Thomas/Haour-Knipe/Huynh; Pärli/Müller/Spycher.

654 Waldmann, S. 712 ff.

655 Pärli, Diabetes, S. 55 f.

656 Siehe Teil 2. D) 5.

sich etwa der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches nennen. Art. 28 Abs. 1 ZGB besagt, dass wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Eine Verletzung ist nach Abs. 2 widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

Teil 4

Handlungsbedarf und Empfehlungen

A) „Chronische Krankheit“ als Benachteiligungsdimension

1. Handlungsbedarf

Die rechtliche Frage, ob „chronische Krankheit“ unter den Begriff der „Behinderung“ gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG fällt, ist nicht abschließend geklärt. Dies hängt maßgeblich mit der Unschärfe des Behinderungsbegriffs zusammen. Die vorliegende Analyse hat ergeben, dass die Gerichte oft dem medizinischen Verständnis des Begriffs „Behinderung“ folgen. Demnach sind Benachteiligungen aufgrund chronischer Krankheit einzig bei Vorliegen einer substanziellen Teilhabebeeinträchtigung sowie einem Kausalzusammenhang zwischen der Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung untersagt. Während diese Auslegung des Behinderungsbegriffs bei § 2 Abs. 2 SGB IX mit Blick auf die sozialrechtliche Zwecksetzung grundsätzlich sinnvoll erscheint, verfehlt das gleiche Begriffsverständnis im Anwendungsbereich des AGG aus menschenrechtlicher Perspektive das Ziel eines möglichst weitgehenden Diskriminierungsschutzes aufgrund nicht veränderbarer Eigenschaften einer Person. Angesichts der therapeutischen Möglichkeiten, die es Menschen mit chronischen Krankheiten heute verstärkt erleichtern, mit relativ geringen Funktionsbeeinträchtigungen gesellschaftlich zu partizipieren (z.B. bei einer HIV-Infektion), manifestieren sich Benachteiligungen aufgrund einer chronischen Krankheit i.d.R. wegen stereotyper bzw. vorurteilsbehafteter und veralteter Vorstellungen über die begrenzten Möglichkeiten der Betroffenen. Eine Behinderung liegt in solchen Fällen aufgrund eines fehlenden direkten Zusammenhanges zwischen der (rein medizinischen) Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung nicht vor (z.B. bei einer gut behandelten HIV-Infektion). Dies obwohl die betroffenen Personen möglicherweise auf substanzielle Weise in der Lebensführung beeinträchtigt sind, indem sie etwa aufgrund einer Stigmatisierung vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind.

2. Empfehlungen

Empfehlung 1: Anerkennung des sozialen Modells als verbindlichen Maßstab im Diskriminierungsschutz

Den rechtsetzenden und den rechtsanwendenden Behörden wird ganz generell empfohlen, sich am – wie unsere Analyse zeigt – völkerrechtlich gebotenen sozialen Modell von Behinderung zu orientieren. Demnach werden chronische Krankheiten als Behinderung aufgefasst, weil sie entweder direkt (aufgrund der Funktionsbeeinträchtigung) oder indirekt (über die soziale Zuschreibung) zu substantiellen Teilhabestörungen führen. Dem entsprechend fallen auch Benachteiligungen durch Zuschreibung und wegen potentiellen chronischen Krankheiten darunter, welche entweder aufgrund genetischer (Prä-)Dispositionen oder aufgrund von bestehenden Unfällen oder Vorerkrankungen drohen.

Empfehlung 2: Anerkennung von „chronische Krankheit“ als implizite Dimension von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG

Den rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung, Gerichte) wird empfohlen, die Behinderungsbegriffe nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 1 AGG dem sozialen Modell entsprechend auszulegen und „chronische Krankheiten“ grds. darunter zu subsumieren. Eine prinzipielle weiterführende Differenzierung je nach Art und Intensität der entsprechenden „chronischen Krankheiten“ erweist sich aus Gründen der Praktikabilität als nicht empfehlenswert. Vielmehr soll in jedem Einzelfall entschieden werden, ob zwischen der Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung ein Zusammenhang besteht, der entweder tatsächlicher oder zugeschriebener Natur ist. Wünschenswert ist eine höchstrichterliche Klärung des so verstandenen weiteren Begriffs „Behinderung“ (einschließlich „chronische Krankheit“) bzw. eine Klärung von „Diskriminierung wegen einer Behinderung einschließlich chronische Krankheit“. Die höchstrichterliche Rechtsprechung enthält sinnvollerweise eine eigentliche Definition der genannten Begriffe.

Empfehlung 3: Gewährleistung eines effektiven Schutzes vor Diskriminierung aufgrund chronischer Krankheit mittels Novellierung von § 1 AGG

Den zuständigen rechtsetzenden Behörden wird empfohlen, über eine Novellierung des AGG den Schutz von Menschen mit chronischer Krankheit vor ungerechtfertigten Benachteiligungen abzusichern und Rechtssicherheit herzustellen. Bedenken wegen Ausuferung des Diskriminierungsschutzes sind angesichts der Konzeption des Diskriminierungsschutzes nicht angebracht. Allfällige Einschränkungen können einzelfallgerecht auf der Ebene der Rechtfertigung vorgenommen werden. „Chronische Krankheit“ soll neben „Behinderung“ vom AGG erfasst sein. Als Untervariante denkbar ist, dass „chronische Krankheit“ und „Behinderung“ legaldefiniert werden, dies ergänzt durch eine nicht abschließende Liste spezifischer Krankheiten (über die Formulierung „namentlich ...“). Prüfwert ist zudem die Einführung der Dimension „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“. Die verschiedenen Optionen haben Vor- und Nachteile. Eine ausdrückliche Erfassung der Dimensionen „chronische Krankheit“, „Krankheit“ oder „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ im AGG schafft Rechtssicherheit. Im Vergleich zur Dimension „Krankheit“ findet bei der Dimension „chronische Krankheit“

eine Beschränkung auf Erkrankungen mit dauerhaftem Charakter statt, das heisst auf Krankheiten mit besonders lebensprägenden Auswirkungen. Der Nachteil einer Beschränkung auf „chronische Krankheiten“ sind diskriminierungsschutzrechtlich problematische Ausschlüsse von Stigma-behafteten Krankheiten (wie z.B. Hepatitis). Zudem haben sowohl die Dimension „Krankheit“ als auch „chronische Krankheit“ die Nachteile, dass weiterhin eine Funktionsbeeinträchtigung vorliegen muss und zudem weder diskriminierende Zuschreibungen einer „Krankheit“ bzw. „chronische Krankheit“ noch Benachteiligungen aufgrund „drohender Krankheit“ bzw. „chronische Krankheit“ zwingend erfasst sind. Demgegenüber findet durch die Verwendung der Dimension „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes auch auf Krankheiten ohne Funktionsbeeinträchtigungen statt. Jedoch auch bei den Dimensionen „Gesundheit“ bzw. „Gesundheitszustand“ besteht weiterhin der Nachteil der Nichterfassung von Benachteiligungen aufgrund drohender Beeinträchtigungen der Gesundheit bzw. drohender Krankheiten. Dem kann Abhilfe geschaffen werden, indem die Formulierung „aufgrund des Gesundheitszustandes bzw. wegen einer bestehenden oder drohenden Krankheit (bzw. chronische Krankheit) ...“ oder aber „aufgrund der Gesundheit bzw. einer drohenden Beeinträchtigung der Gesundheit“ gewählt wird. Schließlich bleibt noch der Vorteil einer offenen Liste von Diskriminierungsdimensionen zu erwähnen, wie dies z.B. in Art. 8 Abs. 2 der eidgenössischen Bundesverfassung der Fall ist. Dieser besteht darin, dass jederzeit auf weitere soziale Benachteiligungsrealitäten reagiert werden kann. Problematisch daran ist jedoch die fehlende Rechtssicherheit.

B) Rechtsprinzipien im Rahmen statistischer Benachteiligung

1. Handlungsbedarf

Die Analyse hat gezeigt, dass Menschen mit chronischer Krankheit beim Zugang zu Versicherungsdienstleistungen teilweise schwerwiegenden Benachteiligungen ausgesetzt sind. Die Folgen davon sind Ausschlüsse von der privaten Alters-, Kranken- und Todesvorsorge sowie finanzielle Belastungen aufgrund höherer Prämien im Vergleich zu Versicherten ohne entsprechende chronische Krankheiten. Trotz ausgebautem System der Sozialversicherung sind damit Eingriffe in die Entfaltung der Persönlichkeit und bedeutende Beeinträchtigungen der Lebensführung verbunden. Rechtsunsicherheit betreffend die prozeduralen und materiellen Anforderungen in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG sowie Intransparenz der Praxis der Versicherungsunternehmen verschärfen das Problem dadurch, indem sie zu beachtlichen Unsicherheiten darüber führen, ob die in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG verankerten rechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung des objektiv-rechtlichen Gehalts des in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit i.V.m. mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gewahrt sind. Unklar ist etwa, von welchem Begriff der „Krankheit“ bzw. „chronischen Krankheit“ die Versicherungsunternehmen ausgehen, wie sie diesen zum Behinderungsbegriff gemäß § 1 AGG abgrenzen und welche Konsequenzen sie daraus für die erhöhten Anforderungen an die formellen und materiellen Kriterien der Risikodifferenzierung ziehen. Im Einzelfall unbekannt ist weiter, welche Methoden die Versicherungsunternehmen bei der

Risikodifferenzierung anwenden, insbesondere wie sie individuelle Angaben (z.B. ärztliche Zeugnisse zu Diagnose, Verlauf und Prognose der chronischen Krankheit) gewichten und fehlende bzw. mangelhafte statistische Daten kompensieren. Ebenso offen ist, ob und in welcher Frequenz die Versicherungsunternehmen die der Risikodifferenzierung zu Grunde liegenden Statistiken bzw. anderweitigen Daten überprüfen und welche Anforderungen sie an die Qualität der Überprüfung stellen. Statistische Anwendungsfehler, ungenaue Erfassung des statistischen Zusammenhangs und statistikimmanente Fehler können so nicht ausgeschlossen werden. Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Risikodifferenzierung nach chronischen Krankheiten aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht angemessen ist, angesichts der Benachteiligung und Stigmatisierung, denen Menschen mit chronischer Krankheit ausgesetzt sind, sowie angesichts der Tatsache, dass Menschen mit chronischer Krankheit sich der Krankheit nicht entledigen können. Auch verfügen sie nur über beschränkte Einflüsse auf deren Verlauf.

2. Empfehlungen

Empfehlung 4: Herstellung von Fairness im Verfahren der Risikodifferenzierung

Den Versicherungsunternehmen wird empfohlen, gegenüber der Öffentlichkeit weitestgehende Transparenz über das Verfahren der Risikodifferenzierung und die dem Verfahren zugrunde liegenden Daten herzustellen. Die vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) und dem Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. (PKV) uns gegenüber angeführten Bedenken über Eingriffe in den Wettbewerb, die mit der Herstellung von Transparenz verbunden sein sollen, teilen wir nicht. Im Gegenteil: Transparenz im Verfahren der Risikodifferenzierung führt zu einem faireren und effizienteren Versicherungsmarkt. Konkret sind folgende Maßnahmen einzuleiten:

- | a) Definition des Begriffes „chronische Krankheit“ und Herstellung von Transparenz über den verwendeten Begriff und die darunter erfassten Krankheiten
- | b) Veröffentlichung der statistischen und anderweitigen Daten, die der Risikodifferenzierung nach „chronische Krankheit“ zu Grunde liegen
- | c) Sicherstellen, dass die Antragstellenden mittels ärztlicher Gutachten und anderweitiger Daten zu Diagnose, Verlauf und Prognose weitestgehend auf die persönliche Risikodifferenzierung Einfluss nehmen können
- | d) Transparente Information und vertiefte Begründung der individuellen Risikodifferenzierung gegenüber den Antragstellenden und den Versicherungsnehmenden

Empfehlung 5: Restriktive Auslegung von § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG

Den Versicherungsunternehmen und den rechtsanwendenden Behörden wird empfohlen, § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG im Sinne eines menschen- und grundrechtlich fundierten Diskriminierungs- und Persönlichkeitsschutzes restriktiv auszulegen, indem eine unterschiedliche Behandlung aufgrund einer chronischen Krankheit bei den Prämien oder Leistungen einzig bzw. ausschließlich unter Heranziehung einwandfreier statistischer Daten vorgenommen wird.

Empfehlung 6: Garantie des Zugangs zu privaten Versicherungsdienstleistungen von Menschen mit chronischer Krankheit

Den Versicherungsunternehmen und den rechtsanwendenden Behörden wird empfohlen, vor dem Hintergrund einer menschen- und grundrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung von § 20 Abs. 2 S. 2 AGG sicherzustellen, dass die Verweigerung einer Versicherungsdienstleistung bei der privaten Alters-, Kranken- und Todesvorsorge weitestgehend ausgeschlossen ist.

Empfehlung 7: Novellierung von § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG, VAG

Den rechtsetzenden Behörden wird empfohlen über eine Novellierung von § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG sicherzustellen, dass eine unterschiedliche Behandlung im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur aufgrund versicherungsmathematisch ermittelter Statistiken zulässig ist.

Ergänzend dazu wird den rechtsetzenden Behörden empfohlen, § 10 VAG analog zu dessen Art. 10a Abs. 2a folgendermaßen zu ergänzen: „Ein Versicherungsunternehmen, das unterschiedliche Prämien oder Leistungen aufgrund chronischer Krankheit vorsieht, hat die versicherungsmathematischen und statistischen Daten zu veröffentlichen, aus denen die Berücksichtigung der entsprechenden chronischen Krankheit als Faktor der Risikobeurteilung abgeleitet wird; diese Daten sind regelmäßig zu aktualisieren. Bei Daten, die bereits von anderen Stellen veröffentlicht worden sind, genügt ein Hinweis auf diese Veröffentlichung.“

Abkürzungsverzeichnis

Die im nachfolgenden Verzeichnis nicht enthaltenden Abkürzungen werden bei erstmaliger Erwähnung ausgeschreiben.

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Fachzeitschrift)
ADS	Antidiskriminierungsstelle des Bundes
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Fachzeitschrift)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Fachzeitschrift)
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrom
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Fachzeitschrift)
ArG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVR	Archiv des Völkerrechts (Fachzeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesagentur für Arbeit

BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BarbBl.	Bundesarbeitsblatt (Fachzeitschrift)
Bchst.	Buchstabe
Bd.	Band
Begr.	Begründer_in
Beil.	Beilage
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bl.	Blatt
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
bzw.	beziehungsweise
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	Bezüglich
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselben, dieselbe
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor_in

Dr. iur	doctor iuris
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EJIL	European Journal of International Law (Fachzeitschrift)
ELR	European Law Reporter (Fachzeitschrift)
Erw.	Erwägungen
et al.	und weitere
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift (Fachzeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seiten)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GAOR	United Nations General Assembly Official Records
ggf.	gegebenenfalls
Grunds.	Grundsätze
GUMG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12)
Halbs.	Halbsatz

Hdb.	Handbuch
HIV	Human Immunodeficiency Virus
h.M.	herrschende Meinung
HRLJ	Human Right Law Journal (Fachzeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber_in
hrsg.	herausgegeben
i.A.	im Auftrag
i.d.F.	in der Fassung
i.f.	im folgenden
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.	in Vertretung
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Fachzeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Fachzeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Fachzeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Fachzeitschrift)
KJ	Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik (Fachzeitschrift)
KOM	Kommissionsdokumente der Europäischen Gemeinschaft
LAG	Landesarbeitsgericht

LG	Landgericht
Lic. iur.	Lizentiat in Rechtswissenschaften
Ls	Leitsatz, Leitsätze
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Fachzeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Fachzeitschrift)
MLR	Marburg Law Review (Fachzeitschrift)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
NJ	Neue Justiz (Fachzeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Fachzeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Fachzeitschrift)
Nr.	Nummer
no.	number
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Fachzeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Fachzeitschrift)
o.ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
p.	page
PharmR	Pharma Recht (Fachzeitschrift)
pp.	pages

Prof.	Professor_in
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rev.	Revidiert
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Fachzeitschrift)
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Fachzeitschrift)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Fachzeitschrift)
sog.	sogenannt, sogenannte, sogenannter
SozSich	Soziale Sicherheit. Zeitschrift für Arbeit und Soziales (Fachzeitschrift)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
st.	ständige
str.	streitig
STREIT	Streit – feministische Rechtszeitschrift
u.a.	und andere, unter anderem
u.ä.	und ähnliches
u.E.	unseres Erachtens
UN	United Nations

UNO	United Nations Organisation
UNTS	United Nations Treaty series (Vertragssammlung der Vereinten Nationen)
u.s.w.	und so weiter
Verf.	Verfasser_in
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
vs.	versus
WHO	World Health Organization
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Fachzeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Fachzeitschrift)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Fachzeitschrift)
zust.	zustimmend

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert und gegebenenfalls mit dem in Klammern gesetzten Stichwort. Auf weiterführende, in diesem Verzeichnis nicht enthaltene Literatur, wird in den Fußnoten an den einschlägigen Stellen verwiesen.

ADOMEIT Klaus, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622-1623

ADOMEIT Klaus/MOHR Jochen, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, 1162 ff.

DIES. (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart u.a. 2007 (zit.: Hrsg.-*Bearbeiter*)

DIES., Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadenersatz, NZA 2007, 179-184

DIES., Verantwortung von Unternehmen für diskriminierende Stellenanzeigen durch Dritte?, NJW 2007, 2522 ff.

AEBI-MÜLLER Regina, Die „Persönlichkeit“ im Sinne von Art. 28 ZGB, in: Geiser et al. (Hrsg.), Festschrift Heinz Hausheer, Bern 2002, 99-116 (zit. *Persönlichkeit*)

DIES., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005 (zit. *Informationen*)

AICHELE Valentin, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis. Eine Aufgabe für die Anwaltschaft: Die Rezeption menschenrechtlicher Normen, AnwBl 10/2011, 727-730

AMBROSIUS Barbara, Mittelbare Frauendiskriminierung bei der betrieblichen Krankenversicherung, AuR 2005, 86-90

ANNUSS Georg, Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung, NZA 1999, 738-744

DERS., Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629-1636 (zit. BB 2006)

ARMBRÜSTER Christian, Bedeutung des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297-1306 (zit. Versicherungsverträge)

DERS., Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS-Gutachten)

BAER Susanne/BITTNER Melanie/GÖTTSCHE Anna Lena, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Teilexpertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

BARNES/MERCER (Hrsg.), Exploring the divide: Illness and disability, Leeds 1996

BAUER Jobst-Hubertus, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, NJW 2001, 2672-2677

BAUER Jobst-Hubertus/GÖPFERT Burkhard/KRIEGER Steffen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl.

BAUER Jobst-Hubertus/THÜSING Gregor/SCHUNDER Achim, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen, NZA 2006, 775-778

BAUMGÄRTEL/PRÖLSS, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 5 Versicherungsrecht, 1999

BECKER Howard S., Aussenseiter. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens, Frankfurt am Main 1967

BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2009 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

BENECKE Martina, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

BERNSDORFF v. Jochen, Menschenrechte und Betroffenenpräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 2007, 1041 ff.

BERTZBACH Martin, Anmerkung zu LAG Berlin 19.10.2006, Az. 2 Sa 1776/06, Juris PR-ArbR 7/2007, Nr. 1

BEZANI Thomas/RICHTER Marcus, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Köln 2001

- BEZZENBERGER Tilman**, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395
- BILLINGS Paul/KOHN Mel/CUEVAS DE Margaret/BECKWITH Jonathan/ALPER Joseph/NATOWICZ Martin**, Discrimination as a Consequence of Genetic Testing, American Journal of Human Genetics, Vol. 50, 476-482
- BJÖRGVINSSON David Thor**, The Protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights, in: Arnardóttir/Quinn (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives, Leiden/Boston 2009, 141-161
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang**, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 159
- BOEMKE Burkhard/DANKO Franz-Ludwig**, AGG im Arbeitsrecht, Heidelberg 2007
- BRITZ Gabriele**, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen 2008
- BRUCK/MÖLLER (Hrsg.)**, Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Band 1: Einführung, §§ 1-32, 9. Aufl. 2008 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)
- CALLIESS Christian/RUFFERT Matthias**, EUV/AEUV, Charta der Grundrechte der Europäischen Union
- CLOERKES Günther**, Soziologie der Behinderten. Eine Einführung, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: Soziologie)
- CLOERKES Günther (Hrsg.)**, Wie man behindert wird. Texte zur Konstruktion einer sozialen Rolle und zur Lebenssituation betroffener Menschen (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)
- COLKER Ruth**, When is Separate Unequal? A Disability Perspective, New York 2009, 23-38
- COURTENAY-QUIRK Cari/WOLITSKI Richard J./PARSONS Jeffrey T./GÓMEZ Cynthia A/SEROPOSITIVE URBAN MEN'S STUDY TEAM**, Is HIV/AIDS Stigma Dividing the Gay Community? Perceptions of HIV-positive Men Who Have Sex With Men, AIDS Education and Prevention, 18(1), 2006, 56-67
- DAMM Sven Mirko**, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, Berlin 2006
- DÄUBLER Wolfgang**, BGB Kompakt, 2. Aufl., München 2003
- DÄUBLER Wolfgang/BERTZBACH Martin (Hrsg.)**, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008

DEGENER Theresia, Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen: Vom Entstehen einer neuen Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen, Vereinte Nationen 2006

DOMRÖSE Ronny, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?, NZA 2006, 1320-1325.

DREIER Horst, Grundgesetz, Kommentar, Tübingen 2006 (zit. Dreier-Bearbeiter)

DÜWELL Franz-Josef, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741-1745

ERMAN Walter (Begr.)/WESTERMANN Harm-Peter (Hrsg.), Handkommentar zum BGB, 11. Aufl., Münster 2004

FINCK Hermann/HOLL Reinhard, Die soziale Dimension von Diabetes mellitus, in: Deutscher Gesundheitsbericht, Diabetes 2007, München 2006, 101-112

FOUGEYROLLAS Patrick, Le processus de production du handicap: L'expérience québécoise, in: Raphaël de Riedmatten (Hrsg.), Une nouvelle approche de la différence. Comment repenser le „handicap“, Genève 2001, 101-122

FREDMAN Susanne, Disability Equality, A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?, in: Lawson/Gooding (Hrsg.), Disability Rights in Europe. From Theory to Practice

FRIAUF Karl Heinrich/HÖFLING Wolfram, Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Stand 2012), Loseblattwerk (zit.: BK-Bearbeiter)

FUCHS Maximilian, Elemente der Antidiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, ZESAR 2006, 377 ff.

GAIER/WENDTLAND (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, München 2006

GELLER Lisa/ALPER Joseph/BILLINGS Paul/BARASH Carol/BECKWITH Jonathan/NATOWICZ Marvin, Individual, Family, and Societal Dimensions of Genetic Discrimination: A Case Study Analysis, Science and Engineering Ethics Vol. 2, 71-88

GOFFMAN Erwing, Stigma – Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität, 20. Aufl., Deutsche Originalausgabe 1975

GREENE Michael A., The Age of Legal Advocacy for Diabetes, Diabetes Spectrum, Vol. 12, 4/1999, 214 ff.

- HAILBRONNER Kay**, Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, ZAR 2001, 254-259
- HERDEGEN Matthias**, Europarecht, 14. Aufl., München 2012
- HEY (Hrsg.)**, Kommentar zum AGG, Frankfurt am Main 2009
- HOFMANN Rainer/BOLDT Nicki**, Internationaler Bürgerrechtspakt, Baden-Baden 2012
- HONSELL Heinrich (Hrsg.)**, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Berlin/Heidelberg/New York 1998 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)
- JARASS Hans D.**, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge, München 2010
- JARASS Hans D./PIEROTH Bodo**, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., München 2006
- JOHNSON Roberta Ann**, Mobilizing the Disabled, in: Freemann (Hrsg.), Social Movements of the Sixties and Seventies, New York 1983, 82-100
- KLATT Matthias**, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 2011, 691 ff.
- KLOSE Alexander**, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?, in: Cottier M./Estermann J./Wrase M. (Hrsg.), Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigung, Luzern 2008, 347-367 (zit.: Antidiskriminierungsrecht)
- DERS.**, Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), Expertise im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, Berlin 2011 (zit.: LADS)
- KOSSENS/VON DER HEIDE/MAASS (Hrsg.)**, SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., München 2006
- KURTH B.-M.**, Erste Ergebnisse aus der „Studie zur Gesundheit Erwachsener in Deutschland“ (DEGS), Bundesgesundheitsblatt 2012, S. 1-11, 3 f.
- LANGHEID**, NJW 2007, 3665 ff.
- LANGHEID/WANDT (Hrsg.)**, Münchener Kommentar VVG, Band 1, §§ 1-99 (Teil 1. Allgemeiner Teil), Erläuterungen zum EGVVG, 2010; Band 3: §§ 192-215 VVG, Synopsen, Materialien, München 2010 (zit.: MüKo-Bearbeiter)

- LEDER Tobias**, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, Berlin 2006
- LEMKE Thomas**, „Die Polizei der Gene“ – Genetische Diskriminierung und die Fallstricke der Kritik, Soziale Welt 56 (2005), 53-72 (zit.: Gene)
- DERS.**, Genetische Diskriminierung: Empirische Befunde und konzeptionelle Probleme, Aktualisierung von Gene (zit.: Genetische Diskriminierung)
- DERS.**, Genetische Diskriminierung in Deutschland – Eine explorative Studie am Beispiel der Huntington-Krankheit (zit. Diskriminierung)
- LEMKE Thomas/LOHKAMP Christiane**, Formen und Felder genetischer Diskriminierung. Ein Überblick über empirische Studien und aktuelle Fälle, in: van den Daele W. (Hrsg.): Biopolitik, Wiesbaden, 45-70
- LIEBSCHER Doris/NAGUIB Tarek/PLÜMECKE Tino/REMUS Juana**, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2/2012, 204-217
- LINGSCHIED Anja**, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, Berlin 2004.
- LINK B.G./PHELAN J.C.**, Conceptualizing stigma, Annual Review of Sociology, 27, 363-385 (zit.: Conceptualizing stigma)
- DIES.**, Stigma and its public health implications, The Lancet, 367, 528-529 (zit.: Stigma)
- LINK B.G./YANG L.H./PHELAN J.C./COLLINS P.Y.**, Measuring Mental Illness Stigma, Schizophrenia Bulletin, 30(3), 511-541
- LOOSCHELDERS/POHLMANN (Hrsg.)**, VVG-Kommentar, 2. Aufl. 2011 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)
- LORENZ (Hrsg.)**, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, 2004
- Low Lawrence/KING Suzanne/WILKIE Tom**, Genetic Discrimination in Life Insurance: Empirical Evidence From a Cross Sectional Survey of Genetic Support Groups in the United Kingdom, British Medical Journal, Vol. 317 (7173), 1632-1635
- MANGOLDT (Begr.)/KLEIN/STARCK (Hrsg.)**, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005 (zit. v. Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter)
- MARLOW/SPUHL**, Das Neue VVG kompakt – Ein Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2010
- MATUSCHE**, Pflichten und Haftung des Versicherungsvertragsrechts, 4. Aufl. 1995

- MAUNZ (Hrsg.)/DÜRIG (Begr.)**, Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar
- MEINEL/HEYN/HERMS (Hrsg.)**, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, 2. Aufl. 2010
- MEYER Jürgen (Hrsg.)**, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)
- MOHR Jochen**, Schutz vor Diskriminierung im Europäischen Arbeitsrecht – Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 21. November 2000 – Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung, Berlin 2004
- MOONEY COTTER Anne-Marie**, This Ability, An International Legal Analysis of Disability Discrimination, Hampshire/Burlington 2007
- MROZYNSKI Peter**, Kommentar zum SGB IX, Teil 1, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2002
- MÜLLER Jörg-Paul/SCHEFER Markus**, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2008
- NAGUIB Tarek**, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 106 (2010) Nr. 10, 233-243
- NEBIKER-PEDROTTI Piera M./KELLER Ulrich/ISELIN Hans-Ulrich/RUIZ Juan/PÄRLI Kurt/CAPLAZI Alexandra/PUDER Jardena J.**, Perceived discrimination against diabetics in the workplace and in work-related insurances in Switzerland, SWISS MED WKLY 2009, 139 /7-8), 103-109.
- NEUBERT Dieter/CLOERKES Günther**, Behinderung und Behinderte in verschiedenen Kulturen – eine vergleichende Analyse ethnologischer Studien, 3. Aufl., Heidelberg 2001
- NEUMANN (Hrsg.)**, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Handbuch SGB IX, Baden-Baden 2004 (zit.: Neumann-Bearbeiter)
- NEUMANN/PAHLEN/MAJERSKI-PAHLEN (Hrsg.)**, Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, 12. Aufl.
- OTLOWSKI Margaret/TAYLOR Sandra/BARLOW-STEWART Kristine**, Australian Empirical Study into Genetic Discrimination, Genetics in Medicine, Vol. 4 (5), 392-395.
- OPP Karl-Dieter (1973)**, Soziologie im Recht, Reinbek bei Hamburg 1973
- PALANDT Otto (Begr.)**, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008 (zit.: Palandt-Bearbeiter)

PÄRLI Kurt, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses: (Eine Nachlese und Reflexion zu Sonja Chacón Navas vs. Euret Colctividades SA, EuGH vom 11. Juli 2006, C-13/052 (zit. Chacón Navas)

DERS., Rechtsgutachten „Diskriminierung Diabetes-Patienten/innen“. Im Auftrag der Schweizerischen Diabetes-Gesellschaft, Winterthur 2009 (zit. Diabetes)

DERS., Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG), AJP/PJA 2007, 79-88 (zit. GUMG)

DERS., Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses, European Law Reporter 2006, 383 ff.

PÄRLI Kurt/CAPLAZI Alexandra/SUTER Caroline, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007

PÄRLI Kurt/MÜLLER Karin/SPYCHER Stephan, Aids, Recht und Geld. Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich/Chur 2003

PASLACK Rainer/SIMON Jürgen, Reaktionen des Rechts auf genetische Diskriminierung und ihre ethische Begründung, in: van den Daele (Hrsg.), Biopolitik, Wiesbaden, 123-152 (zit.: Reaktionen des Rechts)

PESCOSOLIDO B./MARTIN J./LANG K./OLAFSDOTTIR S., Rethinking theoretical approaches to stigma: A Framework Integrating Normative Influences on Stigma (FINIS), Social Science & Medicine, 67, 431-440

PHELAN Jo, Geneticization of Deviant Behavior and Consequences for Stigma: the Case of Mental Illness, Journal of Health and Social Behavior, Vol. 46 (4), 307-322

positive stimmen, www.positive-stimmen.de (zit.: positive stimmen)

PREIS Ulrich, Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG, ZESAR 2007, 249-256 und 308-315

PRÖLSS/MARTIN (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG, EGVVG mit Rom I-VO, VVG-InfoV und Vermittlerrecht sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen, 28. Aufl., 2010

QUINN Gerard, A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Quinn/Waddington (Hrsg.), European Yearbook of Disability Law, Vol. 1, Antwerp/Oxford/Portland 2009, 89-114

REICHENBACH Peter, § 2 Abs. 1 SGB IX – Ein Beitrag zur Umsetzung des Diskriminierungsverbots in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?, SGB 2002, S. 485-491

ROLFS/GIESEN/KREIKEBOHM/UDSCHING (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

ROMER/LANGHEID (Hrsg.), Versicherungsgesetz VVG mit VVG-Informationspflichtenverordnung, Kommentar (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

ROTHFRITZ Lauri Philipp, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Ebene, Frankfurt a.M. u.a. 2010

ROTTLEUTHNER Hubert, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987

ROTTLEUTHNER Hubert/MAHLMANN Matthias, Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten, Berlin 2011

RUDOLF/MAHLMANN (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden 2007 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2011 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

RUFFERT Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001

RUST/DÄUBLER/FALKE/LANGE/PLEIT/SCHWEIWE/SIEVEKING (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Rehbürg-Loccum 2003 (zit.: Hrsg.-Bearbeiter)

SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., München 2003 (zit. Sachs-Bearbeiter)

SÄCKER Franz-Jürgen, Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht, BB-Special 2004, Nr. 6, 16-19

SCHIEK Dagmar, Differenzierte Gerechtigkeit. Differenzierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000

DIES. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007 (zit.: Schiek-Bearbeiter)

SCHIMIKOWSKI Peter, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn 181

SCHLEUSENER Aino/SUCKOW Jens/VOIGT Burkhard, AGG, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Neuwied 2007

SCHULIN Bertram/IGL Gerhard, Sozialrecht, 7. Aufl., Düsseldorf 2002

SCHUNTERMANN Michael F., Behinderung und Rehabilitation. Die Konzepte der WHO und des deutschen Sozialrechts, Die neue Sonderschule 44 (1999), 342-363

SCHUTTER DE Olivier, Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz. Seine Bedeutung für die „Rassengleichbehandlungsrichtlinie“ und die Richtlinie zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung, Europäische Kommission (Hrsg.), 2005

SCHWULENBERATUNG BERLIN, HIV/Aids und Erwerbstätigkeit. Eine Befragung für Menschen mit HIV und Aids. Ergebnisse der Umfrage, September 1998

SEGER Rolf, Diabetes mellitus und Fahreignung, in: Arbeitsgruppe Verkehrsmedizin der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (Hrsg.), Handbuch der verkehrsmmedizinischen Begutachtung, Bern 2005, 67 f.

SHAKESPEARE Tom, The Social Model of Disability, in: Davis (Hrsg.), Disability Studies Reader, 3. Aufl., New York 2010, 266-273

SOMEK Alexander, Rationalität und Diskriminierung: Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Wien und New York 2001

SPECHT K.G., Soziologische Aspekte der Rehabilitation, Mitteilungen der LVA Württemberg 1980, S. 33-36

STARCK (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck/Drath et al. (Hrsg.), Tübingen 1975

STERN Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, Band IV/1, 2006

TEMMING Felipe, Unisex-Tarife auf dem verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Prüfstand, ZESAR 2005, 72-82.

THALHEIM Christoph, Consumer needs – balancing accessibility and affordability, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance. Februar 2010“, in Conference Report, S. 22 f.

THOMAS Carol, Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers, in: Barnes/Oliver/Barton (Hrsg.), Disability Studies Today, Cambridge 2012, 38-57

THÜSING Gregor, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, München 2006

WAGNER Rainer/KAISER Daniel, Einführung in das Behindertenrecht, Heidelberg 2004

WALDMANN Bernhard, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003

WEBER-DÜRLER Beatrice, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Bern 1973

WELTI Felix, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat. Freiheit, Gleichheit und Teilhabe behinderter Menschen, Tübingen 2005

WERNSMANN Rainer, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224-233

WIEDEMANN Herbert, Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung, in: Oetker u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, 265-285

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeberin:

Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin

www.antidiskriminierungsstelle.de

Telefon: 03018 555-1855

E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung: www.mumbeck.de

Stand: Mai 2013