

Amicus-Curiae-Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention

in dem Verfahren 6 AZR 190/12 des Bundesarbeitsgerichts
(eingereicht am 10.09.2013)

Inhalt

1	Hintergrund	2
2	Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Entscheidung des streitgegenständlichen Falles	5
2.1	Grundsätzlich: Die UN-BRK als Maßstab für die Auslegung des AGG	5
2.2	Zu § 1 AGG: HIV-Infektionen sind als Behinderung im Sinne der UN-BRK zu werten	7
2.3	Zu §§ 7 und 8 AGG: Ungleichbehandlungen bedürfen nach der UN-BRK einer besonderen, gerichtlich im Wege der Beweisaufnahme umfassend nachzuprüfenden Rechtfertigung	14
3	Der europarechtliche Bezug zur UN-BRK	22

1 Hintergrund

- 1 Die Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention (Monitoring-Stelle, MSt), eingerichtet im unabhängigen Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin, hat gemäß der UN-Behindertenrechtskonvention (die Konvention; UN-BRK)¹ den Auftrag, die Rechte von Menschen mit Behinderungen im Sinne der Konvention zu fördern und zu schützen sowie die Umsetzung der UN-BRK in Deutschland konstruktiv wie kritisch zu begleiten.² Sie fokussiert ihr Monitoring auf die strukturelle Umsetzungsebene. Ihre monitoring-bezogenen Tätigkeiten setzen auch auf der Einzelfallebene an, wenn ein vor Gericht anhängiger Fall eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung für die Einhaltung oder Umsetzung der UN-BRK aufwirft.
- 2 Dieses einzelfallbezogene Monitoring beinhaltet insbesondere auch sogenannte Amicus-Curiae-Stellungnahmen. Eine Amicus-Curiae-Stellungnahme ist eine Eingabe einer Organisation, die selbst am Verfahren nicht beteiligt ist und das Ziel verfolgt, dem erkennenden Gericht von unabhängiger Seite fallbezogene Informationen zur Verfügung stellen. Sie enthält Ausführungen, die die Grundlagen der Rechts- und Entscheidungsfindung betreffen, ohne dem erkennenden Gericht eine konkrete Entscheidung anzuraten. Diese eigenständige Initiative der Monitoring-Stelle, im hiesigen Verfahren eine entsprechende Stellungnahme einzureichen, ist verbunden mit der Bitte an das Bundesarbeitsgericht, die im Folgenden aufgeführten Informationen zur Kenntnis zu nehmen und nach richterlichem Ermessen im Rahmen der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.
- 3 Zum Sachverhalt, der dieser Amicus-Curiae-Stellungnahme zugrunde liegt: Der Revisionsführer, symptomlos HIV-infiziert, wendet sich gegen die Kündigung durch seinen Arbeitgeber, ein in Berlin ansässiges Pharmaunternehmen, unter Verweis auf das Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Er war Ende 2010 als Chemisch-Technischer Assistent befristet eingestellt worden und

¹ Siehe das Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl. 2008 II, S. 1419 ff.

² Siehe Art. 33 Abs. 2 UN-BRK; siehe hierzu auch die Gesetzesbegründung zum Vertragsgesetz in BT-Drs. 16/10808, S. 67.

sollte in der Produktion und Qualitätskontrolle im sogenannten Reinraumbereich eingesetzt werden. Die dort hergestellten Arzneimittel zur Krebsbehandlung werden intravenös verabreicht und sind aufgrund von Radioaktivität nur 10 Stunden wirksam. Besondere Sicherheitsvorschriften des Unternehmens, die sich aus einer Regelungskette von europäischen Vorschriften ableiten, nennen als Ausschlusskriterien für die Arbeit im Reinraum ansteckende Krankheiten, unter anderem auch „HIV“. Bei einer Einstellungsuntersuchung teilte der Arbeitnehmer dem Betriebsarzt mit, dass er HIV-infiziert ist. Die daraufhin ausgesprochene Kündigung wurde vom Arbeitgeber mit dem Mangel an alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten, dem Erfordernis der höchsten Stufe an präventiven Maßnahmen in der sog. aseptischen Arzneimittelherstellung und der Verletzungsgefahr während der Arbeit mit Hohlkanülen, Glasfläschchen und Aluminiumdeckeln begründet. Der Arbeitnehmer setzte sich gegen diese Kündigung gerichtlich zu Wehr und wandte ein, dass eine Ansteckung wegen der ständigen Medikamenteneinnahme und der Übertragungswege des Virus nahezu ausgeschlossen sei. Daher sei die Kündigung wegen seiner HIV-Infektion innerhalb des ersten Monats seit Arbeitsbeginn entsprechend der Ablehnung eines Bewerbers aufgrund einer Behinderung zu bewerten. Auch die symptomlose HIV-Infektion stelle ein Hindernis für die Teilhabe an der Gesellschaft dar und falle somit in den Schutzbereich des AGG.

- 4 Mit seiner Klage blieb der Revisionsführer in den ersten beiden Instanzen ohne Erfolg. Das in zweiter Instanz zuständige Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (LAG) hat in seinem Urteil vom 13.01.2012 - 6 SA 2159/11 - wiederum dem Arbeitgeber Recht gegeben und die Berufung des Revisionsführers zurückgewiesen.
- 5 Dieser nun unter dem Az. 6 AZR 190/12 als Revisionsverfahren vor den Bundesarbeitsgericht (BAG) anhängige Fall ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Umsetzung der UN-BRK. Er betrifft zunächst allgemeine Fragen nach der rechtlichen Stellung der UN-BRK für die Auslegung des AGG und gebietet, das Verhältnis der UN-BRK als Vertragsvölkerrecht zu einem Bundesgesetz zu bestimmen. Inhaltlich steht zum einen im Mittelpunkt, welche Aussagen die UN-BRK zum Verständnis von Behinderung und damit auch in Bezug auf das Verständnis des Anwendungsbereiches des AGG und dessen Auslegung des Merkmals „Behinderung“ trifft. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob eine HIV-Infektion vom Merkmal „Behinderung“ in § 1

AGG erfasst wird. Damit berührt der Sachverhalt außerdem die viel diskutierte und in der Vergangenheit von den Gerichten unterschiedlich beantwortete Frage, in welchem Verhältnis eine chronische Erkrankung zu einer Behinderung steht und ob chronische Erkrankungen im Sinne einer längerfristigen Beeinträchtigung vom Begriff der Behinderung im Sinne der UN-BRK nicht schlichtweg vorausgesetzt werden. Zum anderen wirft der Fall die Frage auf, wie die gesetzlichen Regelungen zur Beweislastumkehr anzuwenden sind, wenn Anhaltspunkte für eine strukturelle Benachteiligung auf Grund von Behinderung gegeben sind.

- 6 Bei seiner Entscheidung hat das LAG nach Auffassung der Monitoring-Stelle die UN-BRK als Maßstab für die Auslegung der streitentscheidenden Vorschriften des AGG nicht angemessen in den Blick genommen. Dies betrifft insbesondere zwei Aspekte: Erstens rechtfertigen die in der Urteilsbegründung angegebenen Gründe vor dem Hintergrund der UN-BRK nicht in hinreichendem Maß den Schluss, die unterschiedliche Behandlung des betroffenen Arbeitnehmers sei jedenfalls gemäß § 8 Abs. 1 AGG zulässig gewesen. Zweitens kann es nicht dahingestellt bleiben, ob eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne der UN-BRK und damit des § 1 AGG darstellt oder nicht. Denn es ist bereits für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung nach §§ 7 und 8 AGG rechtserheblich, ob der Anwendungsbereich der UN-BRK eröffnet ist.
- 7 Die Monitoring-Stelle sieht daher wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falles für die Umsetzung der UN-BRK in Deutschland die Notwendigkeit, sich im Rahmen des laufenden Revisionsverfahren vor dem Bundesarbeitsgericht mit dieser Amicus-Curiae-Stellungnahme zu denjenigen aus menschenrechtlicher Sicht erheblichen Aspekten einzubringen, die für die Entscheidung des streitgegenständlichen Falles von wesentlicher Bedeutung sind und die in den Vorinstanzen keine adäquate Berücksichtigung gefunden haben. Diese unsachgemäße Behandlung der UN-BRK im Rahmen der gerichtlichen Entscheidungen der Vorinstanzen war nach Auffassung der Monitoring-Stelle rechtsfehlerhaft, da sie gegen das verfassungsrechtliche Gebot der völkerrechtskonformen Rechtsanwendung verstieß.

2 Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Entscheidung des streitgegenständlichen Falles

- 8 Für eine völkerrechtskonforme und damit verfassungsgemäße Rechtsanwendung und -entscheidung im hier vorliegenden Fall sind nach Auffassung der Monitoring-Stelle zwei inhaltliche Aspekte der UN-BRK von grundlegender Bedeutung: Erstens der Behinderungsbegriff der UN-BRK, der für die Auslegung von § 1 AGG eine elementare Rolle spielt (dazu unten 2.2), und zweitens das auch in der UN-BRK normierte völkerrechtliche Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit dem Verbot, angemessene Vorkehrungen zu versagen, sowie den daraus resultierenden inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen an eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach den §§ 7 und 8 AGG (dazu unten 2.3).
- 9 Bevor auf diese inhaltlichen Fragen näher eingegangen wird, sollen im Hinblick auf die Entscheidungen der Vorinstanzen zunächst einige grundsätzliche Ausführungen zur Bedeutung der UN-BRK bei der Anwendung und Auslegung deutschen Rechts vorangestellt werden (siehe nachfolgend 2.1).

2.1 Grundsätzlich: Die UN-BRK als Maßstab für die Auslegung des AGG

- 10 Die seit dem 26. März 2009 für Deutschland völkerrechtlich verbindliche UN-BRK hat, soweit ihr Schutzbereich berührt ist, signifikante Bedeutung für die Anwendung deutschen Rechts. Aus ihr ergeben sich auch wichtige Konsequenzen für die Entscheidung von Rechtsfällen nach dem AGG.
- 11 Der Bundesgesetzgeber hat der UN-BRK mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt (BGBl. II vom 31.12.2008, S. 1419 ff.), wodurch die Normen der UN-BRK nach allgemeiner Auffassung den Rang einfachen Bundesrechts erhalten haben.

Vgl. BVerfG 2 BvR 2115/01 vom 19.09.2006, Absatz-Nr. 52, unter Verweis auf BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); 111, 307 (317); Geiger, Rudolf (2010): Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht. 5. Aufl. München: Beck, S. 156f.

- 12 Wegen der Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG führen der durch den Bundesgesetzgeber erteilte Rechtsanwendungsbefehl und die Rangzuweisung als einfaches Bundesrecht dazu, dass alle staatlichen Organe, einschließlich der Gerichte, die Normen der UN-BRK als anwendbares Völkervertragsrecht wie anderes Gesetzesrecht des Bundes zu beachten haben. Sie sind an die für Deutschland in Kraft getretene UN-BRK im Rahmen ihrer Zuständigkeit kraft Gesetzes gebunden und haben deren Gewährleistungen bei der Rechtsanwendung ausreichend zu berücksichtigen.

Vgl. BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19.09.2006, Absatz-Nr. 52; BVerfGE 111, 307 (323 f.), erneut bekräftigt durch BVerfG, 1 BvR 420/09 vom 21.07.2010, Absatz-Nr. 74.

- 13 Hierbei ist der Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts als „verfassungsrechtliche Leitlinie“ des Grundgesetzes zu beachten. Das heißt, dass das nationale Recht unabhängig vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht, insbesondere den internationalen Menschenrechtsübereinkommen, auszulegen und anzuwenden ist.

Vgl. BVerfGE 111, 307 (324); 74, 358 (370); BVerwG, 1 C 36/04 vom 13.12.2005, Absatz-Nr. 20, = E 125, 1 ff, m.w.N.; näher dazu siehe Geiger, Rudolf (2010): Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht. 5. Aufl. München: Beck, S. 171; Kotzur, Markus / Richter, Clemens (2012): Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht. In: Welke, Antje (Hrsg.): Die UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen. Berlin: Lambertus-Verlag, S. 63, Rn. 6.

- 14 Dies gilt, wie das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die UN-BRK ausdrücklich bestätigt hat, auch für die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes.

Vgl. BVerfG, 2 BvR 882/09 vom 23.03.2011, Absatz-Nr. 52; BVerfGE 111, 307 (317).

- 15 Die UN-BRK ist auch speziell für das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG heranzuziehen.

BSG, B 1 KR 10/11 R vom 06.03.2012, Absatz-Nr. 31.

- 16 Dies gilt umso mehr bei der Auslegung einfachen Rechts. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards

Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Behörden und Gerichte die aus dem Rechtsstaatgebot abgeleitete Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.

BVerfGE 111,307 (329).

- 17 Diese Pflicht besteht auch bei Gesetzen, mit denen europarechtliche Vorgaben umgesetzt worden sind (siehe dazu unten 3).

2.2 Zu § 1 AGG: HIV-Infektionen sind als Behinderung im Sinne der UN-BRK zu werten

- 18 Eine Person, die symptomlos HIV-infiziert ist, fällt in den Schutzbereich der UN-BRK.

2.2.1 Der Behinderungsbegriff der UN-BRK

- 19 Der Schutzbereich der UN-BRK bestimmt sich nach deren Verständnis von Behinderung. Dieses geht weit über das klassische Verständnis einer Behinderung hinaus. Es besagt, dass das Vorliegen einer Behinderung nicht nur von der körperlichen, geistigen oder seelischen Verfasstheit eines Menschen abhängt, sondern gleichermaßen von dessen rechtlichen und sozialen Interaktionsmöglichkeiten.
- 20 Nach dem Wortlaut der UN-BRK zählen zu den Menschen mit Behinderungen „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Partizipation an der Gesellschaft hindern können.“ (Art. 1 Abs. 2 UN-BRK).

Näher zum Behinderungsverständnis der Konvention siehe Hirschberg, Marianne (2011): Behinderung: Neues Verständnis nach der Behindertenrechtskonvention (Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention: Positionen 4). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/positionen_nr_4_behinderung_neues_verstaendnis_nach_der_behindertenrechtskonvention_02.pdf (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 21 Der Schutzbereich der UN-BRK ist auch dann eröffnet, wenn die betreffende Person sich selbst nicht als behindert versteht. Außerdem setzt er keine faktisch bestehende Behinderung voraus: In den Schutzbereich der UN-BRK fallen Menschen nicht

erst dann, wenn eine individuelle Beeinträchtigung in Verbindung mit existierenden Barrieren bereits zu einer Teilhabeeinschränkung geführt hat, sich die Teilhabebeschränkung also manifestiert, sondern bereits dann, wenn aus der Wechselwirkung zwischen Beeinträchtigung und Barrieren ein diesbezügliches Potenzial erwächst. (vgl. Art. 1 Abs. 2 a.E. UN-BRK: „...hindern können.“)

- 22 Auf eine bestimmte Schwere oder einen bestimmten Grad der Beeinträchtigung kommt es nicht an. Selbst - isoliert betrachtet - geringfügige Beeinträchtigungen sind nach der UN-BRK als Behinderungen anzusehen, solange sie langfristiger Natur sind und soweit sie auf eine Weise mit bestehenden Barrieren interagieren, die zu Teilhabehindernissen führen kann.
- 23 Als potenziell zu Teilhabeeinschränkungen führende Barrieren kommen nicht nur bauliche Hindernisse in Betracht, sondern Barrieren unterschiedlichster Gestalt.

Näher hierzu Palleit, Leander (2012): Systematische 'Enthinderung': UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet zum Barriereabbau (Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention: Positionen 7). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Positionen_nr_7_Systematische_Enthinderung_UN_Behindertenrechtskonvention_verpflichtet_zum_Barriereabbau.pdf (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 24 Ausdrücklich benennt die UN-BRK neben umweltbedingten Barrieren auch „einstellungsbedingte Barrieren“ (vgl. Präambel e) UN-BRK). Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich unter anderem aus Art. 8 Abs. 1 lit. b) UN-BRK: „Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen mit Behinderungen“.
- 25 Die UN-BRK trennt auch nicht zwischen chronischen Krankheiten einerseits und Behinderungen andererseits. Ein Mensch, der eine langfristige chronische Krankheit hat, kann nach dem Verständnis der Konvention zugleich auch ein Mensch mit Behinderungen sein - nämlich dann, wenn diese chronische Krankheit mit einer körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigung einhergeht, und wenn dem oder der chronisch Kranken im Zusammenhang mit dieser Krankheit Teilhabeeinschränkungen drohen.

2.2.2 Anwendung auf den streitgegenständlichen Fall

- 26 Ausgehend von den vorstehend dargelegten Maßstäben fällt der streitgegenständliche Fall in den Anwendungsbereich der UN-BRK. Eine HIV-Infektion ist auch dann, wenn sie symptomlos ist, als Behinderung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK zu qualifizieren. Sie erfüllt alle Tatbestandsmerkmale dieser Norm.
- 27 Eine HIV-Infektion ist unzweifelhaft eine körperliche Beeinträchtigung von langfristiger Natur. Die mit der Infizierung unmittelbar einsetzende, unumkehrbare Veränderung des Immunsystems stellt eine „Schädigung“ im Sinne der International classification of disability, functioning and health (ICF) der World Health Organization (WHO)³ dar. Nach dieser international anerkannten Klassifikation, die für die Auslegung der UN-BRK herangezogen werden muss, bezeichnet Schädigung eine maßgebliche Abweichung vom altersbezogenen biomedizinischen Referenzwert, d.h. eine „Abweichung von gewissen, allgemein anerkannten Standards bezüglich des biomedizinischen Zustands des Körpers und seiner Funktionen“.

WHO (2001): ICF, Einleitung 4.1, Ziff. 5; siehe auch Rothfritz, Lauri Philipp (2010): Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene. Frankfurt am Main: Lang, S. 156.

- 28 In diesem Zusammenhang ist insbesondere eine Entscheidung des US-Supreme-Court illustrativ. In der Rechtssache „Bragdon vs. Abbott“ hatte der Gerichtshof bereits 1998 auf Basis des US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts zu entscheiden, ob eine symptomlose HIV-Infektion unter den Begriff der Behinderung fällt. Dies hat der Gerichtshof aufgrund folgender Erwägungen bejaht: Eine körperliche Beeinträchtigung sei bereits vom Moment der Infektion an gegeben, da der Virus unmittelbar mit seiner Übertragung die weißen Blutzellen des Infizierten zu beschädigen beginne und so die Fähigkeit des Körpers zur Abwehr verschiedener Krankheiten beeinträchtigt. Außerdem führe die Infektion zu einem zwangsläufigen, vorhersehbaren und unumkehrbaren Krankheitsverlauf und

³ World Health Organization (WHO): International classification of disability, functioning and health (ICF) vom 22.05.2001, WHA 54.21, abrufbar unter: <http://www.dimdi.de/dynamic/de/klassi/downloadcenter/icf/endaassung/> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

beeinträchtigt wesentliche Lebensbereiche in substantieller Weise.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, No. 97-156, RANDON BRAGDON v. SIDNEY ABBOTT ET AL., vom 25.06.1998, S. 7 bis 15.

- 29 Die durch eine HIV-Infektion hervorgerufene körperliche Beeinträchtigung hat diverse Teilhabebeeinträchtigungen zur Folge, auch wenn die Infektion nicht mehr - wie noch zum Zeitpunkt der Entscheidung des US-Supreme Court - mit großer Wahrscheinlichkeit einen tödlichen Verlauf nimmt, weil die heutigen Medikamente den Ausbruch einer Aids-Erkrankung auf lange Sicht verhindern können.
- 30 Diese Teilhabebeeinträchtigungen infolge einer HIV-Infektion, die aus der Wechselwirkung mit Umweltfaktoren resultieren, stehen erstens im Zusammenhang mit der medikamentösen Therapie der Infektion selbst. Die entsprechenden Medikamente müssen auch nach dem heutigen medizinischen Standard lebenslang regelmäßig eingenommen werden, damit die Vermehrung des Virus und der Ausbruch der Krankheit dauerhaft verhindert wird. Den Betroffenen wird durch stark reglementierende Vorgaben zur Einnahme der Medikamente eine sehr an diesen Vorgaben ausgerichtete Lebensführung abverlangt, dies betrifft etwa die strikte Einhaltung bestimmter Erfordernisse in Bezug auf Tagesrhythmik und Alltagsgestaltung sowie Ernährungs- und Trinkgewohnheiten (sog. Compliance). Diese restriktive Einnahmepaxis bindet die Betroffenen an eine rationale Organisation und Funktionalisierung ihrer Lebensführung, wodurch die Möglichkeiten gesellschaftlicher Teilnahme entscheidend begrenzt werden.

Pfundt, Katrina (2010): Die Regierung der HIV-Infektion : eine empirisch-genealogische Studie. Wiesbaden: Verl. für Sozialwiss., S. 390, 394; Dybowski, Sandra (2005): Soweit nicht anders verordnet...: HIV-positive Frauen im Spannungsfeld zwischen Compliance und Lebensgestaltung. Frankfurt am Main: Mabuse-Verlag, S. 308 f.

- 31 Zudem wird die medikamentöse Therapie regelmäßig von Nebenwirkungen begleitet, die von Mensch zu Mensch unterschiedlich stark auftreten. Häufige Nebenwirkungen sind Müdigkeit, Übelkeit, Erbrechen, Durchfall, Muskel- und Kopfschmerzen sowie Hautausschläge. Diese Nebenwirkungen, die hauptsächlich zu Beginn der Behandlung auftreten, bleiben in manchen Fällen bestehen oder entwickeln sich erst nach längerer Zeit. Langzeitnebenwirkungen, die den Fettstoffwechsel,

die Fettgewebsverteilung, den Kohlenhydratstoffwechsel, die Funktion von Leber und Mitochondrien, der Nieren und das zentrale Nervensystem betreffen können, treten bei einem hohen Prozentsatz der Behandelten nach monate- bis jahrelanger Therapie in unterschiedlichem Ausmaß und Schweregrad auf und sind z. T. nur wenig reversibel.

Robert-Koch-Institut (2011): RKI-Ratgeber für Ärzte HIV/AIDS, abrufbar unter: http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_HIV_AIDS.html#doc2374480bodyText9 (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); zu den verschiedenen Nebenwirkungen siehe auch: <http://www.aidshilfe.de/de/leben-mit-hiv/medizinische-infos/nebenwirkungen> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung/ Deutsche AIDS-Hilfe (Hrsg.) (2011): HIV/Aids von A bis Z - Heutiger Wissensstand. 4. Aufl., abrufbar unter: http://www.gib-aids-keine-chance.de/materialien/infomaterial/index.php?id=33&backlink=http%3A%2F%2Fwww.gib-aids-keine-chance.de%2Fwissen%2F aids_hiv%2Fzahlen_und_fakten.php (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 32 Zweitens ist eine HIV-Infektion, im Gegensatz zu vielen anderen chronischen Krankheiten, trotz verschiedener aufklärerischer Erfolge nach wie vor mit einem gesellschaftlichen Stigma belegt.

Vgl. Stutterheim, Sarah E.; Bos, Arjan E.R.; Schaalma Herman P. (2008): HIV-related stigma in the Netherlands. Maastricht: AIDS Fonds & Maastricht University, S. 18; Stürmer, Stefan ; Salewski, Christel (2009): Chronische Krankheit als Stigma : das Beispiel HIV/AIDS. In: Beelmann, Andreas; Jonas, Kai J. (Hrsg.): Diskriminierung und Toleranz : psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven. Wiesbaden: VS-Verlag; Dybowski, Sandra (2005): Soweit nicht anders verordnet...: HIV-positive Frauen im Spannungsfeld zwischen Compliance und Lebensgestaltung. Frankfurt am Main: Mabuse-Verlag, S. 307.

- 33 Obwohl die offene Diskriminierung von Menschen mit HIV/AIDS in den USA und den westeuropäischen Ländern seit Mitte der 1980er Jahre deutlich zurückgegangen ist, bedeutet dies nicht, dass das Stigma in diesen Gesellschaften unwirksam geworden wäre. Das gilt auch für Deutschland. Überreste des Stigmas haben sich bis in die Gegenwart erhalten. Häufig äußern sie sich nur subtiler, beispielsweise in Verhaltensweisen, die sich nicht unmittelbar als Diskriminierung erkennen lassen (z.B. in einer Diskrepanz zwischen verbalem und nonverbalem Verhalten).

Stürmer, Stefan ; Salewski, Christel (2009): Chronische Krankheit als Stigma : das Beispiel HIV/AIDS. In: Beelmann, Andreas; Jonas, Kai J. (Hrsg.): Diskriminierung und Toleranz: psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, Wiesbaden: VS-Verlag, S. 273.

- 34 Typische Ausprägung heute noch vorhandener Stereotype ist ein soziales Vermeidungsverhalten anderer Menschen gegenüber HIV-Infizierten. Das hängt auch damit zusammen, dass noch immer Fehlvorstellungen zur Übertragungsweise von HIV existieren und eine Reihe von Menschen bei dem Gedanken, mit HIV-Positiven zusammenzuarbeiten, ein Unbehagen spüren. Diese diffuse Angst, durch alltäglichen Kontakt einer Ansteckungsgefahr ausgesetzt zu sein, zeigt sich auch bei aufgeklärten Menschen.

Stürmer, Stefan; Salewski, Christel (2009): Chronische Krankheit als Stigma : das Beispiel HIV/AIDS. In: Beelmann, Andreas; Jonas, Kai J. (Hrsg.): Diskriminierung und Toleranz: psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, Wiesbaden: VS-Verlag, S. 272; Whetten, Kathryn; Reif, Susan; Whetten, Rachel; Murphy-McMillan, Laura Kathleen (2008): Trauma, Mental Health, Distrust, and Stigma Among HIV-Positive Persons: Implications for Effective Care. In: Psychosomatic Medicine 70 (2008), S. 535; Kaiser Family Foundation (Hrsg.) (2006): Kaiser public opinion spotlight: attitudes about stigma and discrimination related to HIV/Aids, abrufbar unter: <http://www.hivlawandpolicy.org/resources/view/595> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); Stutterheim, Sarah E.; Bos, Arjan E.R.; Schaalma Herman P. (2008): HIV-related stigma in the Netherlands. Maastricht: AIDS Fonds & Maastricht University, S. 18.

- 35 Konkret manifestiert sich diese Stigmatisierung zum Beispiel in der Verweigerung von Gesundheitsleistungen durch medizinisches Personal. Auch heute noch kommt es im Gesundheitswesen immer wieder zu diskriminierendem Verhalten, beispielsweise indem HIV-Positive in Arzt- oder Zahnarztpraxen entweder gar nicht oder erst am Ende der Sprechstunde behandelt werden.

Deutsche Aidshilfe (2012): Positive Stimmen verschaffen sich Gehör; Die Umsetzung des PLHIV Stigma Index in Deutschland, S. 18, 58, 68, abrufbar unter: <http://www.aidshilfe.de/sites/default/files/positive%20stimmen%20Doku.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); vgl. auch ein Zeitungsinterview mit Prof. Dr. Norbert H. Brockmeyer, Sprecher des Kompetenznetzes HIV/AIDS und Leiter des Zentrums für Sexuelle Gesundheit, Klinik für Dermatologie, Venerologie und Allergologie der Ruhr-Universität Bochum, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2012-11/hiv-aids-aerzte-patienten-norbert-brockmeyer> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 36 Dass bereits mit der Infizierung mit dem HIV-Virus - unabhängig vom Vorliegen bestimmter Symptome - eine potenzielle Teilhabebeeinträchtigung entsteht, manifestiert sich auch in anderen Zusammenhängen. So erleben Betroffene Teilhabebeeinträchtigungen im sozialen Umfeld in Form von sozialem Vermeidungsverhalten oder Ausgrenzung, etwa im

sportlichen Bereich. Weiteres Beispiel ist die Benachteiligung beim Abschluss einer privaten Versicherung, etwa durch komplette Verweigerung einer Police oder erhöhte Prämien. Eine private Krankenversicherung kann zum Beispiel mit einem positiven Testergebnis nur im sogenannten Basis-Tarif abgeschlossen werden.

Deutsche Aidshilfe (2012): Positive Stimmen verschaffen sich Gehör; Die Umsetzung des PLHIV Stigma Index in Deutschland, S. 18, 63, 68, abrufbar unter: <http://www.aidshilfe.de/sites/default/files/positive%20stimmen%20Doku.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); Pärli, Kurt; Naguib, Tarek (2012): 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. Juristische Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S 24, 25, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/chronische_Krankheiten_Expertise.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 16.08.2013); vgl. auch folgende Online-Informationenportale: <http://www.positiv-versichert.de/krankenversicherung/78-stichwort-krankenversicherung-und-hiv.html>; (zuletzt abgerufen am 16.08.2013) und <http://www.aidshilfe.de/de/leben-mit-hiv/recht/versicherungen?page=3> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 37 Die mit einer HIV-Infektion verknüpften Stereotype bzw. Stigmata gehören, auch wenn sie heute in abgeschwächter Form auftreten, zu den sogenannten einstellungsbedingten Barrieren im Sinne der Präambel e) der UN-BRK und führen wie gezeigt dazu, dass HIV-infizierte Menschen potenziell Einschränkungen bei der gesellschaftlichen Teilhabe hinnehmen müssen.

Vgl. Loutfy MR, Logie CH, Zhang Y, Blitz SL, Margolese SL, et al. (2012): Gender and Ethnicity Differences in HIV-related Stigma Experienced by People Living with HIV in Ontario, Canada. PLoS ONE 7(12): e48168. doi:10.1371/journal.pone.0048168, S. 1, abrufbar unter <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0048168> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 38 Das Potenzial einer Teilhabe einschränkung zeigt sich auch am hier vorliegenden Fall. Es erwächst nämlich auch dadurch, dass Menschen mit HIV solche Einschränkungen von anderen zugeschrieben werden, etwa indem Arbeitgeber aus dem Vorhandensein einer HIV-Infektion auf Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit schließen, sich auf wissenschaftlich nicht fundierte Regelungen zur Produktsicherheit stützen und diese Annahmen unhinterfragt auf einen konkreten Arbeitnehmer übertragen.

Siehe Pärli, Kurt; Naguib, Tarek (2012): 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. Juristische Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S 66, 67, 73; Pärli, Kurt; Caplazi, Alexandra; Suter, Caroline (2007): Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Bern u.a.: Haupt Verlag, S. 64.

- 39 Menschen mit einer HIV-Infektion haben mithin, gleichviel ob die Infektion symptomlos ist oder nicht, eine langfristige körperliche Beeinträchtigung, welche sie in Wechselwirkung mit insbesondere einstellungsbedingten Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Partizipation an der Gesellschaft hindern kann. Sie unterfallen damit dem Behinderungsbegriff des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und wegen des Gebots völkerrechtsfreundlicher Auslegung auch dem Merkmal Behinderung im Sinne des § 1 AGG.

Welti, Felix (2007): § 1 AGG, Rn 43. In: Schiek, Dagmar (Hrsg): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive. München: Sellier; Pärli, Kurt; Naguib, Tarek (2012): 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. Juristische Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S 78; Pärli, Kurt; Caplazi, Alexandra; Suter, Caroline (2007): Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Bern u.a.: Haupt Verlag, S. 94, 368.

2.3 Zu §§ 7 und 8 AGG: Ungleichbehandlungen bedürfen nach der UN-BRK einer besonderen, gerichtlich im Wege der Beweisaufnahme umfassend nachzuprüfenden Rechtfertigung

- 40 Ungleichbehandlungen, die an das Vorliegen einer Behinderung anknüpfen, bedürfen anerkanntermaßen einer besonderen Rechtfertigung. Wegen des zentralen Stellenwerts des menschenrechtlichen Diskriminierungsverbots muss das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer solchen Rechtfertigung gerichtlich umfassend überprüft und entsprechend Beweis erhoben werden. Dabei ist auch der Frage nachzugehen, ob dem Erfordernis der angemessenen Vorkehrungen ausreichend Rechnung getragen wurde.
- 41 Bei adäquater Berücksichtigung dieser Vorgaben der UN-BRK darf im Streitgegenständlichen Fall nicht ohne Beweisaufnahme davon ausgegangen werden, dass das Fehlen einer HIV-

Infektion eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG darstellt.

2.3.1 Das Diskriminierungsverbot der UN-BRK und die daraus folgenden Anforderungen an die Begründung von Ungleichbehandlungen

- 42 Nichtdiskriminierung und Gleichberechtigung sind Grundbestandteile der internationalen Menschenrechtsnormen und für die Ausübung und den Genuss der Menschenrechte unverzichtbar. Nichtdiskriminierung ist eine unmittelbare und übergreifende Verpflichtung der Vertragsstaaten bei der Gewährleistung der durch die Menschenrechtskonventionen anerkannten Rechte.

Siehe UN, Sozialpaktausschuss (2009): Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten), UN Doc. E/C.12./GC/20 vom 02.07.2009, in deutscher Übersetzung als **Anlage 1**, Absätze 2 und 7.

- 43 Dem Gebot der Nichtdiskriminierung kommt auch in der UN-BRK eine zentrale Bedeutung zu. Es gehört zum Kernbestandteil der staatlichen Verpflichtungen aus Art. 4 und 5 der Konvention, und es ist einer der die gesamte Konvention tragenden allgemeinen Grundsätze der UN-BRK, vgl. Art. 3 b) UN-BRK.
- 44 Die UN-BRK folgt, bedingt durch zahlreiche und unterschiedlichste Diskriminierungserfahrungen von Menschen mit Behinderungen in der Vergangenheit, einem weiten Diskriminierungsverständnis. Dieser umfassende Diskriminierungsbegriff, der auch bei der Auslegung der §§ 7 ff. AGG zu beachten ist, ist in Art. 2 Unterabs. 3 UN-BRK wie folgt definiert: „Im Sinne dieses Übereinkommens (...) bedeutet ‚Diskriminierung aufgrund von Behinderung‘ jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen“.
- 45 Die Konvention verortet angemessene Vorkehrungen damit im Zusammenhang des menschenrechtlichen Gebots, niemanden

aufgrund einer Behinderung zu diskriminieren, und bestimmt, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung zu bewerten ist. Was unter angemessenen Vorkehrungen zu verstehen ist, definiert Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK als „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“.

- 46 Die Konvention bestimmt die Versagung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierungstatbestand *sui generis*. Während es bei der Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbots um die Frage der Rechtfertigung einer Gleich- bzw. Ungleichbehandlung geht, geht es bei der Prüfung der angemessenen Vorkehrungen darum, ob die erforderlichen Vorkehrungen „angemessen“ wären. Im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung spielen die Umstände des Einzelfalls eine große Rolle.
- 47 Ausgehend von dieser Begriffsdefinition normiert Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ein umfassendes Diskriminierungsverbot: „Die Vertragsstaaten verbieten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen.“
- 48 Dieser vom Staat zu garantierende Diskriminierungsschutz gilt ohne Einschränkungen auch für das Recht auf Arbeit, das in Art. 27 UN-BRK normiert ist und wodurch Art. 6 des UN-Sozialpakts im Hinblick auf Menschen mit Behinderungen konkretisiert wird. In Art. 27 Unterabs. a) UN-BRK wird das Diskriminierungsverbot in Bezug auf den Bereich der Beschäftigung wie folgt formuliert: „Die Vertragsstaaten sichern und fördern die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, einschließlich für Menschen, die während der Beschäftigung eine Behinderung erwerben, durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlassens von Rechtsvorschriften, um unter anderem a) Diskriminierung aufgrund von Behinderung in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art, einschließlich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen, zu verbieten.“

- 49 Die Beachtung dieses spezifischen Diskriminierungsverbots gehört zu den staatlichen Kernpflichten im Bereich des Rechts auf Arbeit.

Siehe UN, Sozialpaktausschuss (2006): Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (Das Recht auf Arbeit), UN Doc. E/C.12/GC/18 vom 06.02.2006, Absatz-Nr. 31.

- 50 Dem Diskriminierungsverbot kommt daher im Rahmen einer völkerrechtskonformen Anwendung innerstaatlichen Rechts besonderes Gewicht zu. Dieses besondere Gewicht zeigt sich zum Beispiel darin, dass es selbst in Notstandsfällen nicht suspendierbar ist. Das Diskriminierungsverbot ist wegen seiner starken Bindungskraft im Rahmen völkerrechtskonformer Rechtsauslegung und -anwendung immer zu beachten und damit eine nicht zu überschreitende Grenze der Auslegung.
- 51 Es gehört zu denjenigen völkerrechtlichen Rechtsnormen, die für nationale Gerichte unmittelbar anwendbar, in diesem Sinne also „self-executing“, sind.

Vgl. BSG, B 1 KR 10/11 R vom 06.03.2012, Absatz-Nr. 29.

- 52 Diese unmittelbare Anwendbarkeit gilt für das Diskriminierungsverbot in seiner gesamten Breite, also auch für das Erfordernis angemessener Vorkehrungen, die wie oben ausgeführt integraler Bestandteil des in der UN-BRK normierten Diskriminierungsverbots sind.
- 53 Die besondere Bedeutung von angemessenen Vorkehrungen im Kontext innerstaatlicher Antidiskriminierungsgesetzgebung hat der UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen jüngst mehrfach hervorgehoben, so etwa in seinen abschließenden Bemerkungen gegenüber Ungarn: „Der Ausschuss stellt mit Besorgnis fest, dass die Gesetze des Vertragsstaats, einschließlich des Gesetzes XXVI von 1998 über die Rechte und Gleichen Möglichkeiten von Menschen mit Behinderungen sowie des Gesetzes CXXV von 2003 über die Gleichbehandlung und Förderung Gleicher Möglichkeiten, nicht feststellen, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen eine Diskriminierung darstellt. Der Ausschuss ruft den Vertragsstaat auf, Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass seine Gesetze ausdrücklich festlegen, dass die Nichtgewähr angemessener Vorkehrungen einen verbotenen Akt der Diskriminierung darstellt.“

UN, Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderten (2012):

Abschließende Bemerkungen zum Staatenbericht Ungarn, UN-Dok. CRPD/C/HUN/CO/1 vom 22.10.2012, Ziff. 15 f. (eigene Übersetzung der Monitoring-Stelle).

- 54 Ähnlich hat sich der UN-Fachausschuss gegenüber Argentinien geäußert: „Der Ausschuss stellt mit Besorgnis fest, dass weder das Konzept der angemessenen Vorkehrungen noch die Bestätigung, dass die Versagung solcher Vorkehrungen eine Form der Diskriminierung darstellt, ausdrücklich in den Antidiskriminierungsgesetzen oder in den Gesetzen zu - unter anderem - Arbeit, Gesundheit und Bildung enthalten sind. (...) Der Ausschuss ersucht den Vertragsstaat eindringlich, das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in seine Antidiskriminierungsgesetze zu inkorporieren und sicherzustellen, dass die relevanten Gesetze und Vorschriften die Versagung angemessener Vorkehrungen als eine Form von Diskriminierung aus Gründen der Behinderung definieren.“

UN, Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderten (2012): Abschließende Bemerkungen zum Staatenbericht Argentinien, UN Doc. CRPD/C/ARG/CO/1 vom 08.10.2012, Ziff. 11 f. (eigene Übersetzung der Monitoring-Stelle).

- 55 Der Grundsatzentscheidung der UN-BRK, wonach jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung eine Diskriminierung darstellt, wenn dadurch der gleichberechtigte Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten beeinträchtigt wird, kommt insbesondere im Bereich der mittelbaren Diskriminierung große Bedeutung zu. Wie der UN-Sozialpaktausschuss ausgeführt hat, muss „[zur] Beseitigung der Diskriminierung in der Praxis [...] Gruppen von Personen, die Ziel traditioneller oder hartnäckiger Vorurteile sind, ausreichende Aufmerksamkeit entgegengebracht werden, anstatt lediglich ihre formale Behandlung mit der formalen Behandlung von Personen in ähnlichen Situationen zu vergleichen.“

Siehe UN, Sozialpaktausschuss (2009): Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten), UN Doc. E/C.12./GC/20 vom 02.07.2009, in deutscher Übersetzung als **Anlage 1**, Absatz 8 b).

- 56 Aus alledem folgt, dass an eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen strenge Anforderungen zu stellen sind. So müssen die mit der Ungleichbehandlung verbundenen Ziele und Wirkungen mit der Natur der in der Konvention niedergelegten Rechte vereinbar sein und ausschließlich dem Zweck der Förderung des allgemeinen Wohls in einer

demokratischen Gesellschaft dienen. Darüber hinaus muss eine eindeutige und vernünftige Verhältnismäßigkeit zwischen dem zu erreichenden Ziel und den Maßnahmen oder Unterlassungen und ihren Wirkungen bestehen.

Siehe UN, Sozialpaktausschuss (2009): Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten), UN Doc. E/C.12./GC/20 vom 02.07.2009, in deutscher Übersetzung als **Anlage 1**, Absatz 13.

2.3.2 Konsequenzen für den streitgegenständlichen Fall

2.3.2.1 Gebotene Beweisaufnahme

- 57 Soweit es in einem Rechtsstreit wie dem vorliegenden maßgeblich darauf ankommt, ob eine Ungleichbehandlung gemäß § 8 Abs. 1 AGG möglicherweise dadurch gerechtfertigt werden kann, dass das Fehlen einer Behinderung - hier einer HIV-Infektion - eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt, dann ist es nicht mit der UN-BRK vereinbar, diese tatbestandliche Voraussetzung des § 8 Abs. 1 AGG ohne Beweisaufnahme als erfüllt zu werten, wenn die dieser rechtlichen Würdigung zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen von Seiten des Betroffenen bestritten worden sind.
- 58 Nach der Rechtsprechung des BAG ist das Merkmal „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ nur dann erfüllt, wenn bei funktionaler Betrachtung aus objektiver Sicht die von dem Arbeitnehmer konkret auszuübende Tätigkeit ohne dieses Merkmal entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, d.h. wenn die von dem Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit objektiv gesehen bei Fehlen des Differenzierungsmerkmals nur schlechter als bei Vorhandensein des Merkmals ausgeübt werden kann. Hierbei sind auch die unternehmerischen Zwecke zu berücksichtigen, unter Einschluss etwaiger Beziehungen zu Dritten, z.B. zu Kunden oder Personen, denen gegenüber bestimmte Leistungen zu erbringen sind.
- BAG, 8 AZR 536/08 vom 28.5.2009, Absatz-Nr. 38 f.
- 59 Im Berufungsverfahren war dies jedoch nicht Gegenstand der Beweisaufnahme. Stattdessen wurde es vom Berufungsgericht als ausreichend betrachtet, dass der Arbeitgeber sich im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, ein

Anforderungsprofil festzulegen, ein Regelwerk gegeben hat, um allgemein möglichst jedes Risiko für eine Verunreinigung von Medikamenten durch Erreger auszuschließen. Dem Arbeitgeber sei es, so das Berufungsgericht, nicht zu versagen, unabhängig von einem konkreten Nachweis im Einzelfall „von einem, wenn auch noch so geringen Risiko auszugehen“ (Urteilsbegründung Ziff. 2.4.1.3). Es wurde keinerlei Beweis erhoben dazu, ob diese vom Arbeitgeber selbst aufgestellten Regeln für die Erreichung des angegebenen Zwecks überhaupt in diesem Umfang erforderlich waren. Es ist durch das Berufungsgericht auch nicht überprüft worden, ob in diesen Regelungen des Arbeitgebers nicht gerade die im Zusammenhang mit HIV-Infektionen bestehenden Stigmatisierungen Niederschlag gefunden haben, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestanden hätte. Das Berufungsgericht betrachtete es dagegen als „unerheblich, ob sich durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ermitteln ließe, dass eine Übertragung des HI-Virus über die injizierten Medikamente ohnehin vollkommen ausgeschlossen wäre.“ (Urteilsbegründung Ziff. 2.4.1.3).

- 60 Dies begegnet nicht nur Bedenken im Hinblick auf die Beweislastverteilung des AGG, die dadurch ausgehebelt würde, sondern verfehlt auch die durch die UN-BRK vorgegebenen Anforderungen an eine konkret-individuelle Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen. Aus dem in Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Unterabs. a) UN-BRK normierten Diskriminierungsverbot, das in Deutschland unmittelbar anwendbar und damit von deutschen Gerichten direkt in seiner gesamten völkerrechtlichen Dimension zu beachten ist, folgt, dass eine Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen nur insoweit zulässig ist, als sie auch im Einzelfall legitimiert werden kann.
- 61 Eine solche individuelle Rechtfertigung ist auch dort notwendig, wo eine Ungleichbehandlung auf übergeordnete Regularien gestützt wird, da auch diese ihrerseits völkerrechtskonform auszulegen sind.
- 62 Im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip folgt daraus für Gerichte die Verpflichtung, die zur Verfügung stehenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um die zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vorgebrachten Argumente und Tatsachenbehauptungen auf ihre Stichhaltigkeit bzw. ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Unterstellungen und Annahmen zu Lasten einer bzw. eines Beteiligten mit Behinderung sind mit der UN-BRK nicht in Einklang zu bringen.

2.3.2.2 Erfordernis angemessener Vorkehrungen ist bei der Auslegung von § 8 Abs. 1 AGG zu berücksichtigen

- 63 Bei seiner Anwendung der §§ 7 und 8 AGG hat das Berufungsgericht außer Acht gelassen, dass nach dem Verständnis der UN-BRK auch die Versagung angemessener Vorkehrungen den Tatbestand einer Diskriminierung erfüllt.
- 64 Insbesondere ist der Urteilsbegründung nicht zu entnehmen, dass das Berufungsgericht überprüft hätte, inwiefern der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung erfolglos versucht hat, angemessene Vorkehrungen im Sinne der UN-BRK zu treffen, d.h. durch spezielle individuelle Maßnahmen das im Einzelfall Erforderliche zu tun, um den aus seiner Sicht bestehenden Nachteil, nämlich das behauptete erhöhte Infektionsrisiko, zu kompensieren und so die geforderte Produktsicherheit zu gewährleisten.
- 65 Im Rahmen einer völkerrechtskonformen Rechtsanwendung schlagen die oben genannten Maßgaben der UN-BRK in einem Rechtsstreit, der auf Basis des AGG zu entscheiden ist, in zweierlei Hinsicht durch:
- 66 Erstens ist bei der Auslegung von § 7 Abs. 1 AGG - als Grundlage für die Beurteilung, ob im zu entscheidenden Fall eine Benachteiligung im Sinne dieser Vorschrift vorgelegen hat - das Diskriminierungsverbot in der gesamten von der UN-BRK normierten Bandbreite zugrunde zu legen. Maßgeblich ist damit das Diskriminierungsverständnis des Art. 2 UN-BRK, wonach auch das Unterlassen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung zu werten ist. In der Konsequenz wäre nur eine solche Auslegung des § 7 Abs. 1 AGG völkerrechtskonform, die es auch dann als eine Benachteiligung ansieht, wenn ein Arbeitgeber individuelle Anpassungsmaßnahmen unterlässt, die für den Ausgleich einer behinderungsbedingten Einschränkung eines Arbeitnehmers erforderlich wären und ihn nicht unbillig belasten würden.
- 67 Damit wirkt sich, zweitens, die UN-BRK auch auf die Auslegung von § 8 Abs. 1 AGG aus: Konventionskonform wäre nur eine Auslegung, die es nicht unberücksichtigt lässt, ob ein Arbeitgeber die ihm zumutbaren angemessenen Vorkehrungen getroffen hat bzw. bereit wäre zu treffen, d.h. die eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen nur dann als zulässig legitimiert, wenn durch den Arbeitgeber alle individuellen Anpassungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden

sind. Eine in Rede stehende berufliche Anforderung, auf die sich ein Arbeitgeber beruft, ist daher nur unter dieser Voraussetzung als „angemessen“ im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG anzusehen.

- 68 Diese Maßgaben der UN-BRK für die Auslegung des AGG haben im Berufungsurteil keinen erkennbaren Niederschlag gefunden.

3 Der europarechtliche Bezug zur UN-BRK

- 69 Die vorstehenden Ausführungen zur Bedeutung der UN-BRK für die Entscheidung des streitgegenständlichen Falls werden auch dadurch untermauert, dass das AGG in Umsetzung sekundären Unionsrechts, konkret der Richtlinie 2000/78/EG, erlassen wurde.

- 70 Wie das BAG in seiner Rechtsprechung zum AGG unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Ausdruck gebracht hat, ist bei der Anwendung des AGG eine einheitlich geltende Auslegung des Behinderungsbegriffs, basierend auf dem unionsrechtlichen Begriffsverständnis, zu Grunde zu legen.

BAG, Urteil vom 13.10.2011, 8 AZR 608/10, Absatz-Nr. 33.

- 71 Seit dem Beitritt der Europäischen Union zur UN-BRK, in dessen Folge die UN-BRK für die EU mit Wirkung zum 23.01.2011 verbindlich geworden ist, ist dieser europarechtliche Behinderungsbegriff seinerseits, wie das gesamte sekundäre Unionsrecht, im Lichte der UN-BRK zu ermitteln, da das Gebot völkerrechtskonformer Rechtsauslegung und -anwendung auch bezogen auf sekundäres Unionsrecht gilt.

- 72 Dies wurde jüngst vom EuGH ausdrücklich in Bezug auf die UN-BRK bestätigt.

- 73 In seinem Urteil vom 11. April 2013 in den verbundenen Rechtssachen C-335/11 und C-337/11 führt der Gerichtshof aus: „Vorab ist daran zu erinnern, dass die Organe der Europäischen Union, wenn von dieser internationale Übereinkünfte geschlossen werden, nach Art. 216 Abs. 2 AEUV an solche Übereinkünfte gebunden sind; die Übereinkünfte haben daher gegenüber den Rechtsakten der Union Vorrang. (...) Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass der Vorrang der von der Union geschlossenen internationalen Übereinkünfte vor den Bestimmungen des abgeleiteten Rechts es gebietet, diese

Bestimmungen nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Verträgen auszulegen.“

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, Absatz-Nr. 28 f., abrufbar unter:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136161&pageIdex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=601847> (zuletzt abgerufen am 16.08.2013)

- 74 Mit Bezug auf die UN-BRK fährt der Gerichtshof anschließend fort: „Die Bestimmungen dieses Übereinkommens bilden folglich seit dessen Inkrafttreten einen integrierenden Bestandteil der Unionsrechtsordnung. (...) Daraus folgt, dass die Richtlinie 2000/78 nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen ist.“

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, Absatz-Nr. 30-32.

- 75 In Anbetracht dieser Erwägungen gelangt der EuGH zu folgender Auslegung des Behinderungsbegriffs: „Es ist daher festzustellen, dass eine heilbare oder unheilbare Krankheit unter den Begriff „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78 fallen kann, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.“

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, Absatz-Nr. 41.

- 76 Im Ergebnis wird damit das oben unter 2.2 dargelegte Auslegungsergebnis auch durch den EuGH bestätigt.

Anlage 1

zur Amicus-Curiae-Stellungnahme
der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention
in dem Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht (6 AZR 190/12)

**VEREINTE
NATIONEN**

E



Wirtschafts- und Sozialrat

Verteilung:
ALLGEMEIN

E/C.12/GC/20
2. Juli 2009

Deutsch
Original: ENGLISCH

AUSSCHUSS FÜR WIRTSCHAFTLICHE,
SOZIALE UND KULTURELLE RECHTE
Zweiundvierzigste Tagung
Genf, 4.-22. Mai 2009
Tagesordnungspunkt 3

ALLGEMEINE BEMERKUNG NR. 20

Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Artikel 2 Absatz 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte)

I. EINLEITUNG UND GRUNDLEGENDE PRÄMISSEN

1. Diskriminierung behindert die Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte eines erheblichen Teils der Weltbevölkerung. Wirtschaftswachstum allein hat nicht zu einer nachhaltigen Entwicklung geführt, und Einzelpersonen wie auch Gruppen sehen sich nach wie vor sozioökonomischen Ungleichheiten gegenüber, die oft auf tief verwurzelte historische und moderne Formen der Diskriminierung zurückgehen.
2. Nichtdiskriminierung und Gleichberechtigung sind Grundbestandteile der internationalen Menschenrechtsnormen und für die Ausübung und den Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte unverzichtbar. Nach Artikel 2 Absatz 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (der „Pakt“) ist jeder Vertragsstaat verpflichtet, „zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden“.
3. Die Anerkennung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichberechtigung zieht sich durch den gesamten Pakt. In der Präambel werden die „Gleichheit und Unveräußerlichkeit“ der Rechte aller Menschen hervorgehoben, und im Pakt wird das Recht

„eines jeden“ auf die verschiedenen im Pakt festgelegten Rechte ausdrücklich anerkannt, wie unter anderem das Recht auf Arbeit, auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, auf gewerkschaftliche Freiheiten, auf soziale Sicherheit, einen angemessenen Lebensstandard, Gesundheit, Bildung und Teilnahme am kulturellen Leben.

4. Im Pakt werden außerdem die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichberechtigung im Hinblick auf bestimmte individuelle Rechte ausdrücklich genannt. Nach Artikel 3 müssen sich die Staaten verpflichten, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung der im Pakt festgelegten Rechte sicherzustellen, und Artikel 7 umfasst das Recht auf „gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit“ und „gleiche Möglichkeiten für jedermann, in seiner beruflichen Tätigkeit [...] aufzusteigen“. Artikel 10 sieht unter anderem vor, dass Mütter während einer angemessenen Zeit vor und nach der Niederkunft besonderen Schutz genießen sollen und dass Sondermaßnahmen zum Schutz und Beistand für Kinder und Jugendliche ohne Diskriminierung getroffen werden sollen. In Artikel 13 wird anerkannt, dass „der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss“, und festgelegt, dass der Hochschulunterricht jedermann gleichermaßen zugänglich gemacht werden muss.

5. Die Präambel, Artikel 1 Absatz 3 und Artikel 55 der Charta der Vereinten Nationen sowie Artikel 2 Absatz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verbieten Diskriminierung beim Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Völkerrechtliche Verträge über Rassendiskriminierung, die Diskriminierung von Frauen und die Rechte von Flüchtlingen, Staatenlosen, Kindern, Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen sowie von Menschen mit Behinderungen enthalten Bestimmungen über die Ausübung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte¹, während andere Verträge die Beseitigung der Diskriminierung in bestimmten Bereichen, beispielsweise Beschäftigung und Bildung, verlangen². Neben der allgemeinen Bestimmung hinsichtlich Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung, die sich sowohl im Pakt als auch im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte findet, enthält Artikel 26 des letzteren eine unabhängige Garantie des gleichen und wirksamen Schutzes vor dem Gesetz und durch das Gesetz³.

6. In früheren Allgemeinen Bemerkungen hat sich der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte mit der Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf bestimmte im Pakt niedergelegte Rechte in Bezug auf Wohnung, Nahrung, Bildung,

¹ Siehe das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen, das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, die Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen und das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

² Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958) und Übereinkommen der UNESCO gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen.

³ Siehe die Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989) des Menschenrechtsausschusses über Nichtdiskriminierung.

Gesundheit, Wasser, Urheberrechte, Arbeit und soziale Sicherheit befasst.⁴ Darüber hinaus konzentriert sich die Allgemeine Bemerkung Nr. 16 auf die Verpflichtungen der Vertragsstaaten nach Artikel 3 des Paktes, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller im Pakt festgelegten Rechte sicherzustellen, während die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 5 und Nr. 6 die Rechte von Menschen mit Behinderungen beziehungsweise die Rechte älterer Menschen betreffen.⁵ Mit der vorliegenden Allgemeinen Bemerkung soll klargestellt werden, wie der Ausschuss die Bestimmungen des Artikels 2 Absatz 2 des Paktes versteht, namentlich den Umfang der staatlichen Verpflichtungen (Teil II), die verbotenen Diskriminierungsgründe (Teil III) und die innerstaatliche Umsetzung (Teil IV).

II. UMFANG DER STAATLICHEN VERPFLICHTUNGEN

7. Die Nichtdiskriminierung ist eine unmittelbare und übergreifende Verpflichtung aus dem Pakt. Artikel 2 Absatz 2 verlangt von den Vertragsstaaten, die Nichtdiskriminierung bei der Ausübung der im Pakt verankerten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gewährleisten, und kann nur in Verbindung mit diesen Rechten angewandt werden. Festzuhalten ist, dass Diskriminierung jede unmittelbar oder mittelbar auf verbotenen Diskriminierungsgründen beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung oder sonstige unterschiedliche Behandlung ist, die zur Absicht oder zur Folge hat, dass dadurch das gleichberechtigte Anerkennen, Genießen oder Ausüben der im Pakt niedergelegten Rechte vereitelt oder beeinträchtigt wird⁶. Diskriminierung umfasst darüber hinaus auch Aufstachelung zu Diskriminierung und Belästigung.

⁴ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 4 (1991): Das Recht auf angemessenen Wohnraum; Allgemeine Bemerkung Nr. 7 (1997): das Recht auf angemessenen Wohnraum: Zwangsräumung (Artikel 11 Absatz 1); Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (1999): Das Recht auf angemessene Nahrung; Allgemeine Bemerkung Nr. 13 (1999): Das Recht auf Bildung (Art. 13); Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2000): Das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit (Art. 12);

Allgemeine Bemerkung Nr. 15 (2002): Das Recht auf Wasser (Art. 11 und 12); Allgemeine Bemerkung Nr. 17 (2005): Das Recht eines jeden, den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu genießen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen (Art. 15 Abs. 1 Buchstabe c); Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (2005): Das Recht auf Arbeit (Art. 6) und Allgemeine Bemerkung Nr. 19 (2008): Das Recht auf soziale Sicherheit.

⁵ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 (1994): Menschen mit Behinderungen; und Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (1995): Die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte älterer Menschen.

⁶ Eine ähnliche Definition findet sich in Art. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Art. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und Art. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Der Menschenrechtsausschuss gelangt in den Ziffern 6 und 7 seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 18 zu einer ähnlichen Auslegung. In früheren Allgemeinen Bemerkungen nahm der Ausschuss eine ähnliche Position ein.

8. Damit die Vertragsstaaten „gewährleisten“ können, dass die im Pakt niedergelegten Rechte ohne Diskriminierung ausgeübt werden können, müssen sowohl die formale als auch die materielle Diskriminierung beseitigt werden:⁷

a) **Formale Diskriminierung:** Zur Beseitigung der formalen Diskriminierung ist sicherzustellen, dass die Verfassung, die Gesetze und die politischen Dokumente eines Staates niemanden aus unzulässigen Gründen diskriminieren; so sollte das Gesetz beispielsweise Frauen nicht aufgrund ihres Familienstands gleiche Leistungen der sozialen Sicherheit vorenthalten;

b) **Materielle Diskriminierung:** Die bloße Beseitigung der formalen Diskriminierung wird die in Artikel 2 Absatz 2 vorgesehene und umschriebene faktische Gleichstellung jedoch nicht gewährleisten⁸. Die effektive Ausübung der im Pakt niedergelegten Rechte wird oft dadurch beeinflusst, ob eine Person einer Gruppe angehört, auf die verbotene Diskriminierungsgründe zutreffen. Zur Beseitigung der Diskriminierung in der Praxis muss Gruppen von Personen, die Ziel traditioneller oder hartnäckiger Vorurteile sind, ausreichende Aufmerksamkeit entgegengebracht werden, anstatt lediglich ihre formale Behandlung mit der formalen Behandlung von Personen in ähnlichen Situationen zu vergleichen. Die Vertragsstaaten müssen daher sofort die erforderlichen Maßnahmen beschließen, um die Bedingungen und Einstellungen, die zu materieller oder faktischer Diskriminierung führen oder diese fortbestehen lassen, zu verhindern, zu mindern und zu beseitigen. So wird die Gewährleistung des gleichen Zugangs aller Menschen zu angemessenem Wohnraum, Wasser und sanitären Einrichtungen helfen, die Diskriminierung von Frauen und Mädchen und von Menschen, die in informellen Siedlungen und in ländlichen Gegenden leben, zu überwinden.

9. Um die materielle Diskriminierung zu beseitigen, sind die Vertragsstaaten unter Umständen verpflichtet, besondere Maßnahmen zur Milderung oder Beseitigung der Bedingungen zu treffen, die das Fortbestehen der Diskriminierung bewirken. Derartige Maßnahmen sind rechtmäßig, soweit sie angemessene, objektive und verhältnismäßige Mittel zur Behebung faktischer Diskriminierung darstellen und sofern sie wieder aufgehoben werden, sobald die faktische Gleichstellung dauerhaft erreicht wurde. In Ausnahmefällen können derartige positive Maßnahmen auf Dauer notwendig sein, beispielsweise die Bereitstellung von Dolmetschdiensten für sprachliche Minderheiten oder angemessene Vorkehrungen für Personen mit Sinnesbeeinträchtigungen beim Zugang zu Gesundheitsversorgungseinrichtungen.

10. Sowohl unmittelbare als auch mittelbare Formen unterschiedlicher Behandlung können Diskriminierung im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 des Paktes darstellen:

a) **Unmittelbare Diskriminierung** liegt vor, wenn eine Person wegen eines mit einem verbotenen Grund zusammenhängenden Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt

⁷ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 16 (2005): Die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Art. 3)

⁸ Siehe auch Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 16.

als eine andere Person in einer ähnlichen Situation, z.B. wenn eine Beschäftigung in Bildungs- oder Kultureinrichtungen oder die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft von der politischen Anschauung des Bewerbers oder des Beschäftigten abhängig gemacht wird. Unmittelbare Diskriminierung umfasst auch auf unzulässigen Gründen beruhende nachteilige Handlungen oder Unterlassungen, wenn keine vergleichbare ähnliche Situation vorliegt (z.B. im Fall einer schwangeren Frau);

b) **mittelbare Diskriminierung** bezieht sich auf Gesetze, Politiken oder Praktiken, die dem ersten Anschein nach neutral sind, die sich jedoch unverhältnismäßig stark auf die Ausübung der im Pakt niedergelegten Rechte auswirken, für die ein Diskriminierungsverbot gilt. Wenn beispielsweise zur Schuleinschreibung eine Geburtsurkunde vorzulegen ist, könnten ethnische Minderheiten oder Nichtstaatsangehörige diskriminiert werden, wenn sie eine solche Urkunde nicht besitzen oder ihnen deren Ausstellung verweigert wurde.

Im privaten Bereich

11. Diskriminierung findet sich häufig in Familien, am Arbeitsplatz und in anderen Bereichen der Gesellschaft. Akteure im privaten Wohnungssektor (z.B. private Vermieter, Kreditgeber und öffentliche Wohnungsträger) können aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, des Familienstands, einer Behinderung oder der sexuellen Orientierung direkt oder indirekt den Zugang zu Wohnraum oder Hypotheken verweigern, und manche Familien können sich weigern, Mädchen zur Schule zu schicken. Die Vertragsstaaten müssen daher Maßnahmen und nach Möglichkeit auch Rechtsvorschriften beschließen, um sicherzustellen, dass weder Einzelpersonen noch Institutionen im privaten Bereich Menschen aus unzulässigen Gründen diskriminieren.

Strukturelle Diskriminierung

12. Der Ausschuss hat regelmäßig festgestellt, dass die Diskriminierung mancher Gruppen weit verbreitet und hartnäckig sowie im Verhalten und in der Organisation der Gesellschaft tief verwurzelt ist, wobei diese Diskriminierung oft nicht in Frage gestellt wird oder indirekter Art ist. Unter einer solchen strukturellen Diskriminierung versteht man Rechtsvorschriften, politische Konzepte, Praktiken oder vorherrschende kulturelle Einstellungen im öffentlichen wie im privaten Sektor, durch die bestimmte Gruppen im Vergleich benachteiligt und andere bevorzugt werden.

Zulässige unterschiedliche Behandlung

13. Unterschiedliche Behandlung aus unzulässigen Gründen wird als diskriminierend angesehen, solange keine vernünftige und objektive Rechtfertigung vorliegt. Dabei ist unter anderem zu bewerten, ob die Ziele und Wirkungen der Maßnahmen oder Unterlassungen rechtmäßig und mit der Natur der im Pakt niedergelegten Rechte vereinbar sind und ausschließlich dem Zweck der Förderung des allgemeinen Wohls in einer demokratischen Gesellschaft dienen. Darüber hinaus muss eine eindeutige und vernünftige Verhältnismäßigkeit zwischen dem zu erreichenden Ziel und den Maßnahmen oder Unterlassungen und ihren Wirkungen bestehen. Mangel an Mitteln ist keine objektive und vernünftige Rechtfertigung dafür, eine unterschiedliche Behandlung nicht aufzuheben, es sei denn, der Vertragsstaat hat unter Einsatz aller ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen alles getan, um vorrangig gegen die Diskriminierung anzugehen und sie zu beseitigen.

14. Erfüllt ein Staat nicht nach Treu und Glauben seine Verpflichtung nach Artikel 2 Absatz 2, zu gewährleisten, dass die im Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung ausgeübt werden, stellt dies einen Verstoß nach dem Völkerrecht dar. Ein Verstoß gegen die im Pakt niedergelegten Rechte kann durch eine unmittelbare Handlung oder Unterlassung eines Vertragsstaats, einschließlich seiner Institutionen oder Stellen auf nationaler wie auf kommunaler Ebene, erfolgen. Die Vertragsstaaten sollten außerdem darauf achten, dass sie bei der internationalen Zusammenarbeit und Hilfe keine diskriminierenden Praktiken anwenden, und durch entsprechende Maßnahmen sicherstellen, dass alle ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Akteure ein Gleiches tun.

III. VERBOTENE DISKRIMINIERUNGSGRÜNDE

15. Nach Artikel 2 Absatz 2 sind die verbotenen Diskriminierungsgründe Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status. Die Erwähnung des „sonstigen Status“ ist ein Hinweis, dass diese Aufzählung nicht erschöpfend ist und weitere Gründe aufgenommen werden können. Die ausdrücklich genannten sowie einige der unter den „sonstigen Status“ fallenden implizierten Gründe werden nachstehend erörtert. Die in diesem Abschnitt genannten Beispiele für unterschiedliche Behandlung dienen nur der Veranschaulichung; sie sind nicht gedacht, die gesamte Bandbreite möglicher diskriminierender Behandlung aus einem bestimmten verbotenen Grund abzudecken, und stellen auch keine abschließende Aussage dar, dass eine bestimmte unterschiedliche Behandlung in jeder Situation Diskriminierung darstellt.

Zugehörigkeit zu einer Gruppe

16. Ob einer oder mehrere der verbotenen Gründe auf eine Person zutreffen, wird, sofern nichts dagegen spricht, anhand der Selbsteinordnung der betreffenden Person ermittelt. Die Zugehörigkeit umfasst auch die Verbindung zu einer Gruppe, auf die einer der verbotenen Gründe zutrifft (z.B. Eltern von Kindern mit Behinderungen) oder die Wahrnehmung Dritter, dass eine Person einer solchen Gruppe angehört (z.B. Personen mit ähnlicher Hautfarbe wie die Mitglieder der Gruppe, Personen, die für die Rechte einer bestimmten Gruppe eintreten, oder ehemalige Angehörige einer Gruppe).

Mehrfachdiskriminierung⁹

17. Manche Einzelpersonen oder Gruppen sind aus mehr als einem der verbotenen Gründe Diskriminierung ausgesetzt, beispielsweise Frauen, die einer ethnischen oder religiösen Minderheit angehören. Eine solche kumulative Diskriminierung hat ganz eigene, konkrete Auswirkungen auf die Betroffenen und bedarf besonderer Berücksichtigung und Abhilfemaßnahmen.

⁹ Siehe Ziff. 27 dieser Allgemeinen Bemerkung über die intersektionelle Diskriminierung.

A. Ausdrücklich genannte Gründe

18. Der Ausschuss hat immer wieder seine Besorgnis über die formale und materielle Diskriminierung, unter anderem von indigenen Völkern und ethnischen Minderheiten, in Bezug auf ein breites Spektrum von im Pakt niedergelegten Rechten geäußert.

„Rasse und Hautfarbe“

19. Diskriminierung aufgrund der „Rasse und Hautfarbe“, worunter auch die ethnische Herkunft einer Person fällt, ist nach dem Pakt ebenso wie nach anderen Verträgen, darunter das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, verboten. Die Verwendung des Begriffs der „Rasse“ im Pakt oder in dieser Allgemeinen Bemerkung bedeutet keine Akzeptanz von Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz getrennter menschlicher Rassen nachzuweisen¹⁰.

Geschlecht

20. Der Pakt garantiert die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.¹¹ Seit der Annahme des Paktes hat sich das Verständnis des verbotenen Grundes „Geschlecht“ erheblich gewandelt und umfasst nicht mehr nur physiologische Merkmale, sondern auch das soziale Konstrukt der Geschlechterstereotype, Vorurteile und Rollenerwartungen, die Hindernisse für die gleichberechtigte Wahrnehmung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte geschaffen haben. So stellt es Diskriminierung dar, wenn eine Frau nicht eingestellt wird, weil sie schwanger werden könnte, oder wenn Frauen aufgrund stereotyper Annahmen, beispielsweise dass sie nicht gewillt seien, so lange wie Männer zu arbeiten, eine niederwertige Tätigkeit oder eine Teilzeitstelle zugewiesen wird. Die Weigerung, Männern Vaterschaftsurlaub zu gewähren, kann ebenfalls Diskriminierung darstellen.

Sprache

21. Die Diskriminierung aufgrund der Sprache oder einer regionalen Sprachfärbung ist oft eng mit der Ungleichbehandlung aufgrund der nationalen oder ethnischen Herkunft verbunden. Sprachbarrieren können die Ausübung vieler im Pakt niedergelegter Rechte behindern, so auch des mit Artikel 15 des Paktes garantierten Rechts, am kulturellen Leben teilzunehmen. Daher sollten Informationen, beispielsweise über öffentliche Dienstleistungen und Güter, nach Möglichkeit auch in Minderheitensprachen verfügbar sein, und die Vertragsstaaten sollten gewährleisten, dass alle sprachlichen Anforderungen im Bereich der Beschäftigung und der Bildung auf angemessenen und objektiven Kriterien beruhen.

¹⁰ Siehe Ziffer 6 des Ergebnisdokuments der Durban-Überprüfungskonferenz: „*bekräftigt*, dass alle Völker und Menschen eine einzige Menschheitsfamilie von reicher Vielfalt bilden und dass alle Menschen frei und gleich an Würde und Rechten geboren sind, und verwirft mit Nachdruck jede Lehre rassistischer Überlegenheit zusammen mit Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz sogenannter getrennter menschlicher Rassen nachzuweisen.“

¹¹ Siehe Art. 3 des Paktes sowie die Allgemeine Bemerkung Nr. 16 des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

Religion

22. Dieser verbotene Diskriminierungsgrund umfasst das Bekenntnis zu einer Religion oder einer Weltanschauung eigener Wahl (einschließlich des Nichtbekenntnisses zu einer Religion oder Weltanschauung), die öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung und Unterricht bekundet wird¹². Diskriminierung liegt beispielsweise vor, wenn Angehörigen einer religiösen Minderheit aufgrund ihrer Religion der gleichberechtigte Zugang zu Universitäten, zur Beschäftigung oder zur Gesundheitsversorgung verwehrt wird.

Politische oder sonstige Anschauung

23. Die politische oder sonstige Anschauung – darunter fallen das Haben wie auch das Nicht-Haben einer Meinung, die Äußerung von Ansichten oder die Mitgliedschaft in Meinungsverbänden, Gewerkschaften oder politischen Parteien – ist oft Grund für diskriminierende Behandlung. So darf der Zugang zu Programmen für Nahrungsmittelhilfe nicht vom Bekenntnis zu einer bestimmten politischen Partei abhängig gemacht werden.

Nationale oder soziale Herkunft

24. „Nationale Herkunft“ bezieht sich auf den Staat, die Nation oder den Ort der Herkunft einer Person. Aufgrund dieser persönlichen Umstände können sich Einzelpersonen wie auch Gruppen bei der Ausübung ihrer im Pakt niedergelegten Rechte struktureller Diskriminierung im öffentlichen und im privaten Bereich ausgesetzt sehen. Die „soziale Herkunft“ bezieht sich auf den ererbten sozialen Status einer Person und wird nachstehend im Kontext des Vermögensstatus, der Diskriminierung aufgrund der Abstammung unter „Geburt“ und des „wirtschaftlichen und sozialen Status“ eingehender erörtert.¹³

Vermögen

25. Der Vermögensstatus als verbotener Diskriminierungsgrund ist ein breiter Begriff und umfasst unbewegliches (z.B. Grundeigentum oder Grundbesitz) ebenso wie bewegliches Vermögen (z.B. geistiges Eigentum, bewegliche Sachen, Einkommen) beziehungsweise den Mangel an solchem Vermögen. Der Ausschuss hat bereits früher angemerkt, dass die im Pakt niedergelegten Rechte, wie das Recht auf Zugang zur Wasserversorgung und Schutz vor Zwangsräumung, nicht vom Grundbesitzstatus einer Person, etwa davon, ob sie in einer informellen Siedlung lebt, abhängig gemacht werden dürfen.¹⁴

¹² Siehe auch die in Resolution 36/55 der Generalversammlung vom 25. November 1981 verkündete Erklärung über die Beseitigung aller Formen von Intoleranz und Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Überzeugung.

¹³ Siehe Ziff. 25, 26 und 35 dieser Allgemeinen Bemerkung.

¹⁴ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkungen Nr. 15 beziehungsweise 4.

Geburt

26. Diskriminierung aufgrund der Geburt ist verboten; in Artikel 10 Absatz 3 des Paktes ist ausdrücklich festgeschrieben, dass Sondermaßnahmen für alle Kinder und Jugendlichen „ohne Diskriminierung aufgrund der Abstammung“ getroffen werden sollen. Daher dürfen außerehelich geborene Kinder, Kinder staatenloser Eltern oder adoptierte Kinder sowie ihre Familienangehörigen nicht unterschiedlich behandelt werden. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geburt umfasst auch die Abstammung, insbesondere aufgrund der Kaste oder vergleichbarer Systeme eines ererbten Status.¹⁵ Die Vertragsstaaten sollten Schritte unternehmen, um beispielsweise gegen Angehörige von Abstammungsgemeinschaften gerichtete diskriminierende Praktiken zu verhindern, zu verbieten und zu beseitigen und gegen die Verbreitung von Ideen der Überlegenheit oder Unterlegenheit aufgrund der Abstammung vorzugehen.

B. Sonstiger Status¹⁶

27. Die Natur der Diskriminierung variiert je nach dem Kontext und unterliegt einem zeitlichen Wandel. Daher bedarf es im Hinblick auf den Diskriminierungsgrund des „sonstigen Status“ eines flexiblen Ansatzes, um andere Formen der unterschiedlichen Behandlung zu erfassen, die nicht vernünftig und objektiv zu rechtfertigen sind und ihrem Wesen nach mit den in Artikel 2 Absatz 2 ausdrücklich genannten Gründen vergleichbar sind. Diese zusätzlichen Gründe werden allgemein anerkannt, wenn sie die Erfahrungen schwächerer sozialer Gruppen widerspiegeln, die marginalisiert wurden oder werden. Der Ausschuss hat in seinen Allgemeinen und Abschließenden Bemerkungen verschiedene weitere Diskriminierungsgründe genannt, die im Folgenden eingehender beschrieben werden. Diese Aufzählung erhebt jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Mögliche weitere verbotene Gründe können vorliegen, wenn einer Person, weil sie sich in Haft befindet oder gegen ihren Willen in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht wurde, die Rechts- und Handlungsfähigkeit entzogen wird, oder wenn sich zwei verbotene Diskriminierungsgründe überschneiden, z.B. wenn der Zugang zu einer sozialen Dienstleistung aufgrund des Geschlechts und wegen einer Behinderung verweigert wird.

Behinderungen

28. In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 definierte der Ausschuss die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen¹⁷ als „jede Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung aufgrund von Behinderung oder jede Versagung angemessener

¹⁵ Eine umfassende Übersicht über die diesbezüglichen Verpflichtungen der Staaten findet sich in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 29 (2002) des Ausschusses für die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung zu Art. 1 Abs. 1 betreffend die Abstammung.

¹⁶ Siehe Ziff. 15 dieser Allgemeinen Bemerkung.

¹⁷ Eine Definition findet sich in Art. 1 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“.

Vorkehrungen, die zur Folge hat, dass das Anerkennen, Genießen oder Ausüben der wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Rechte vereitelt oder beeinträchtigt wird“¹⁸. Die Versagung angemessener Vorkehrungen sollte als eine verbotene Form der Diskriminierung aufgrund von Behinderung in die innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufgenommen werden.¹⁹ Die Vertragsstaaten sollten gegen Diskriminierung, beispielsweise gegen Verbote betreffend das Recht auf Bildung, sowie gegen die Versagung angemessener Vorkehrungen an öffentlichen Orten wie öffentlichen Gesundheitseinrichtungen und am Arbeitsplatz²⁰ ebenso wie an nichtöffentlichen Orten vorgehen, denn solange beispielsweise Räume so konzipiert und gebaut werden, dass sie für Rollstühle unzugänglich sind, wird Rollstuhlfahrern ihr Recht auf Arbeit effektiv versagt.

Alter

29. Alter ist in mehreren Kontexten ein verbotener Diskriminierungsgrund. Der Ausschuss hat die Notwendigkeit betont, gegen die Diskriminierung arbeitsloser älterer Menschen bei der Stellensuche oder beim Zugang zu beruflicher Weiterbildung oder Umschulung und gegen die Diskriminierung von in Armut lebenden älteren Menschen, die beim Zugang zu allgemeinen Altersrenten aufgrund ihres Wohnorts benachteiligt werden, vorzugehen.²¹ Was junge Menschen betrifft, so stellt der ungleiche Zugang Jugendlicher zu Informationen und Gesundheitsdiensten im Bereich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit Diskriminierung dar.

Staatsangehörigkeit

30. Der Grund der Staatsangehörigkeit sollte der Inanspruchnahme der im Pakt niedergelegten Rechte nicht entgegenstehen²²; so haben beispielsweise alle in einem Staat lebenden Kinder, auch Kinder ohne regulären Aufenthaltsstatus, das Recht auf Bildung und auf Zugang zu ausreichender Nahrung und erschwinglicher Gesundheitsversorgung. Die im

¹⁸ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5, Ziff. 15.

¹⁹ Nach Art. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen „bedeutet ‚angemessene Vorkehrungen‘ notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“.

²⁰ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5, Ziff. 22.

²¹ Siehe ferner Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 6.

²² Dieser Absatz berührt nicht die Anwendung von Art. 2 Abs. 3 des Paktes, der wie folgt lautet: „Entwicklungsländer können unter gebührender Berücksichtigung der Menschenrechte und der Erfordernisse ihrer Volkswirtschaft entscheiden, inwieweit sie Personen, die nicht ihre Staatsangehörigkeit besitzen, die in diesem Pakt anerkannten wirtschaftlichen Rechte gewährleisten wollen.“

Pakt niedergelegten Rechte gelten für alle Menschen, einschließlich Nichtstaatsangehöriger, beispielsweise Flüchtlinge, Asylsuchende, Staatenlose, Wanderarbeitnehmer und Opfer des internationalen Menschenhandels, ungeachtet dessen, welche Rechtsstellung und welche Ausweispapiere sie besitzen²³.

Familienstand und Familienverhältnisse

31. Menschen können sich bezüglich ihres Familienstands und ihrer Familienverhältnisse unterscheiden, unter anderem danach, ob sie verheiratet oder ledig sind, nach einer bestimmten Rechtsordnung verheiratet sind, in einer faktischen Lebensgemeinschaft oder in einer gesetzlich nicht anerkannten Beziehung leben, ob sie geschieden oder verwitwet sind, in einer Großfamilie oder einer Verwandtschaftsgruppe leben oder ob sie in unterschiedlichem Maße Verantwortung für Kinder und abhängige Angehörige oder für eine bestimmte Zahl von Kindern tragen. Eine unterschiedliche Behandlung beim Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit auf der Grundlage dessen, ob jemand verheiratet ist, muss anhand angemessener und objektiver Kriterien gerechtfertigt werden. In bestimmten Fällen kann Diskriminierung auch vorliegen, wenn eine Person aufgrund ihrer Familienverhältnisse nicht in der Lage ist, ein durch den Pakt geschütztes Recht auszuüben, oder wenn sie dies nur mit Zustimmung des Ehegatten oder mit Zustimmung oder Bürgschaft eines Verwandten tun kann.

Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität

32. Zu dem in Artikel 2 Absatz 2 anerkannten „sonstigen Status“ gehört auch die sexuelle Orientierung.²⁴ Die Vertragsstaaten sollten gewährleisten, dass die sexuelle Orientierung kein Hindernis für die Verwirklichung der im Pakt niedergelegten Rechte bildet, beispielsweise beim Zugang zu Hinterbliebenenrenten. Darüber hinaus gehört die Geschlechtsidentität anerkanntermaßen zu den verbotenen Diskriminierungsgründen; so sehen sich beispielsweise Transgender, Transsexuelle oder Intersexuelle oft ernststen Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt, wie Belästigungen in der Schule oder am Arbeitsplatz.²⁵

Gesundheitszustand

33. Der Gesundheitszustand bezieht sich auf die körperliche oder seelische Gesundheit.²⁶ Die Vertragsstaaten sollten gewährleisten, dass der tatsächliche oder wahrgenommene Gesundheitszustand einer Person die Verwirklichung der im Pakt niedergelegten Rechte nicht behindert. Staaten führen oft den Schutz der öffentlichen Gesundheit als Rechtfertigung für Einschränkungen der Menschenrechte im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand einer

²³ Siehe außerdem die Allgemeine Bemerkung Nr. 30 (2004) des Ausschusses zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung über Nicht-Staatsangehörige.

²⁴ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkungen Nr. 14 und 15.

²⁵ Definitionen finden sich in *Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität*.

²⁶ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 12 b), 18, 28 und 29.

Person an. Viele dieser Einschränkungen sind jedoch diskriminierend, beispielsweise wenn der HIV-Status als Rechtfertigung für unterschiedliche Behandlung beim Zugang zu Bildung, Beschäftigung, Gesundheitsversorgung, Reisen, sozialer Sicherheit, Wohnung und Asyl herangezogen wird.²⁷ Die Vertragsstaaten sollten außerdem Maßnahmen gegen die umfassende Stigmatisierung aufgrund des Gesundheitszustands ergreifen, der psychisch kranke Menschen, Leprakranke und Frauen, die an Geburtsfisteln leiden, ausgesetzt sind und die oftmals ihre Fähigkeit untergräbt, die im Pakt niedergelegten Rechte uneingeschränkt zu genießen. Die Versagung des Zugangs zur Krankenversicherung wegen des Gesundheitszustands stellt Diskriminierung dar, wenn keine angemessenen oder objektiven Kriterien zur Rechtfertigung einer solchen unterschiedlichen Behandlung vorliegen.

Wohnort

34. Die Ausübung der im Pakt niedergelegten Rechte sollte nicht vom gegenwärtigen oder früheren Wohnort eines Menschen abhängig sein oder bestimmt werden, beispielsweise davon, ob jemand in einem städtischen oder ländlichen Gebiet oder in einer formellen oder einer informellen Siedlung lebt oder registriert ist, Binnenvertriebener ist oder eine nomadische Lebensweise führt. Unterschiede zwischen Orten und Regionen sollten in der Praxis beseitigt werden, indem beispielsweise die Verfügbarkeit und die Qualität primärer, sekundärer und palliativer Gesundheitsversorgungseinrichtungen auf ausgewogene Weise sichergestellt wird.

Wirtschaftliche und soziale Situation

35. Personen und Personengruppen dürfen nicht aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten wirtschaftlichen oder sozialen Gruppe oder Gesellschaftsschicht willkürlich behandelt werden. Die soziale und wirtschaftliche Situation in Armut lebender oder obdachloser Menschen kann umfassende Diskriminierung, Stigmatisierung und negative Stereotypisierung zur Folge haben und dazu führen, dass ihnen der Zugang zu einer Bildung und Gesundheitsversorgung gleicher Qualität wie für andere Menschen sowie der Zugang zu öffentlichen Orten verwehrt wird oder sie nicht gleichen Zugang haben.

IV. INNERSTAATLICHE UMSETZUNG

36. Die Vertragsstaaten sollten nicht nur diskriminierende Handlungen unterlassen, sondern auch konkrete, überlegte und gezielte Maßnahmen treffen, um zu gewährleisten, dass Diskriminierung bei der Ausübung der im Pakt niedergelegten Rechte beseitigt wird. Personen und Personengruppen, auf die einer oder mehrere der verbotenen Gründe zutreffen, sollte das Recht garantiert werden, an den Entscheidungsprozessen in Bezug auf solche Maßnahmen mitzuwirken. Die Vertragsstaaten sollten regelmäßig prüfen, ob die gewählten Maßnahmen in der Praxis Wirkung zeigen.

²⁷ Siehe die vom Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte und dem Gemeinsamen Programm der Vereinten Nationen für HIV/Aids (UNAIDS) 2006 veröffentlichten Leitlinien *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, 2006 Consolidated Version*. Im Internet verfügbar unter http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/JC1252-InternGuidelines_en.pdf.

Gesetzgebung

37. Für die Einhaltung des Artikels 2 Absatz 2 ist der Erlass von Rechtsvorschriften gegen Diskriminierung unabdingbar. Den Vertragsstaaten wird daher nahegelegt, konkrete Gesetze zum Verbot der Diskriminierung auf dem Gebiet der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu beschließen. Diese Vorschriften sollten auf die Beseitigung der formalen wie auch der materiellen Diskriminierung gerichtet sein, staatlichen und privaten Akteuren Verpflichtungen auferlegen und die vorstehend genannten verbotenen Diskriminierungsgründe abdecken. Andere Gesetze sollten regelmäßig überprüft und erforderlichenfalls geändert werden, um sicherzustellen, dass sie weder diskriminieren noch zu formaler oder materieller Diskriminierung bei der Ausübung und dem Genuss der im Pakt niedergelegten Rechte führen.

Politiken, Pläne und Strategien

38. Die Vertragsstaaten sollten sicherstellen, dass Strategien, Politiken und Aktionspläne vorhanden sind und durchgeführt werden, um sowohl gegen formale als auch materielle Diskriminierung durch staatliche und private Akteure bei den im Pakt niedergelegten Rechten vorzugehen. Diese Politiken, Pläne und Strategien sollten alle Gruppen erfassen, auf die verbotene Gründe zutreffen, und die Vertragsstaaten werden ermutigt, neben anderen möglichen Schritten vorübergehende Sondermaßnahmen zu ergreifen, um die Gleichberechtigung rascher herbeizuführen. Ökonomische Maßnahmen, wie die Zuweisung von Haushaltsmitteln und die Stimulierung des Wirtschaftswachstums, sollten der Notwendigkeit Rechnung tragen, den wirksamen Genuss der im Pakt niedergelegten Rechte ohne Diskriminierung zu gewährleisten. Öffentliche und private Institutionen sollten verpflichtet werden, Aktionspläne gegen Diskriminierung aufzustellen, und die Staaten sollten Menschenrechtsbildungs- und -schulungsprogramme für staatliche Amtsträger durchführen und solche Programme auch für Richter und Richteramtskandidaten anbieten. Die Unterweisung in den Grundsätzen der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung sollte in eine niemanden ausschließende, multikulturelle Bildung innerhalb wie außerhalb des formalen Bildungswesens integriert werden, mit dem Ziel, auf verbotenen Gründen beruhende Vorstellungen von Überlegenheit oder Unterlegenheit abzubauen und den Dialog und die Toleranz zwischen unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppen zu fördern. Die Vertragsstaaten sollten außerdem Maßnahmen treffen, um der Entstehung neuer marginalisierter Gruppen vorzubeugen.

Beseitigung der strukturellen Diskriminierung

39. Die Vertragsstaaten müssen aktiv darangehen, strukturelle Diskriminierung und Segregation in der Praxis zu beseitigen. Die Bekämpfung dieser Art von Diskriminierung erfordert in der Regel eine umfassende Herangehensweise mit einem breiten Spektrum rechtlicher, politischer und programmatischer Maßnahmen, einschließlich vorübergehender Sondermaßnahmen. Die Vertragsstaaten sollten erwägen, öffentliche und private Akteure durch Anreize zur Änderung ihrer Einstellungen und Verhaltensweisen gegenüber Personen und Personengruppen zu veranlassen, die struktureller Diskriminierung ausgesetzt sind, oder widrigenfalls Sanktionen vorsehen. Oft ist es notwendig, dass öffentliche Stellen hierbei vorangehen, dass Programme zur Bewusstseinsbildung in Bezug auf die strukturelle Diskriminierung entwickelt und strenge Maßnahmen gegen die Aufstachelung zu Diskriminierung ergriffen werden. In vielen Fällen wird die Beseitigung der

strukturellen Diskriminierung mehr Mittel zugunsten traditionell vernachlässigter Gruppen erfordern. Angesichts der anhaltenden Feindseligkeit gegenüber bestimmten Gruppen wird besonders darauf geachtet werden müssen, dass die Gesetze wie auch die Politik von Amtsträgern und anderen in der Praxis umgesetzt werden.

Abhilfemaßnahmen und Rechenschaftspflicht

40. In den innerstaatlichen Rechtsvorschriften, Strategien, Politiken und Plänen sollten Mechanismen und Institutionen vorgesehen sein, die wirksam an den individuellen und strukturellen Schadenswirkungen ansetzen, die durch Diskriminierung auf dem Gebiet der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verursacht werden. Zu den Institutionen, die sich mit mutmaßlicher Diskriminierung befassen, gehören in der Regel Gerichte, Verwaltungsbehörden, nationale Menschenrechtsinstitutionen beziehungsweise Ombudspersonen, die für jeden ohne Diskriminierung zugänglich sein sollten. Diese Institutionen sollten umgehend und in unparteiischer und unabhängiger Weise die vorgebrachten Beschwerden untersuchen und über sie entscheiden und behaupteten Verstößen gegen Artikel 2 Absatz 2, einschließlich Handlungen oder Unterlassungen durch private Akteure, nachgehen. Wenn die fraglichen Tatsachen und Ereignisse in ihrer Gesamtheit oder teilweise nur den Behörden oder einem anderen Beschwerdegegner bekannt sind, sollte gelten, dass die Beweislast bei diesen Behörden beziehungsweise dem anderen Beschwerdegegner liegt. Die genannten Institutionen sollten außerdem befugt sein, für wirksame Abhilfemaßnahmen zu sorgen, wie Entschädigung, Wiedergutmachung, Restitution, Rehabilitation, die Garantie der Nichtwiederholung sowie öffentliche Entschuldigungen, und die Vertragsstaaten sollten sicherstellen, dass diese Maßnahmen wirksam umgesetzt werden. Innerstaatliche Rechtsgarantien der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung sollten von diesen Institutionen in einer Weise ausgelegt werden, die den vollen Schutz der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte erleichtert und fördert.²⁸

Überwachung, Indikatoren und Zielmarken

41. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Durchführung von Maßnahmen zur Einhaltung von Artikel 2 Absatz 2 des Paktes wirksam zu überwachen. Bei der Überwachung sollten sowohl die zur Beseitigung der Diskriminierung getroffenen Maßnahmen als auch die dabei erzielten Ergebnisse bewertet werden. Im Rahmen der nationalen Strategien, Politiken und Pläne sollten geeignete, nach den verbotenen Diskriminierungsgründen aufgeschlüsselte Indikatoren und Zielmarken verwendet werden.²⁹

²⁸ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkungen Nr. 3 und 9. Siehe auch die Praxis des Ausschusses in seinen Abschließenden Bemerkungen zu den Berichten der Vertragsstaaten des Paktes.

²⁹ Siehe Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkungen Nr. 13, 14, 15, 17 und 19 sowie seine neuen Leitlinien für die Berichterstattung (E/C.12/2008/2).