

1. Kapitel: Behinderung

A. Was ist Behinderung?

Der Begriff der Behinderung ist Ausgangspunkt einer jeden Behinderungspolitik, da er sowohl die Gruppe der betroffenen Personen bestimmt als auch bereits den Ansatz der Hilfe festlegt.⁴⁰ Diese Feststellung spricht die Funktion einer Begriffsbestimmung an. Aus behinderungspolitischer Sicht bedarf es sowohl eines bestimmbaren Personenkreises als auch der Darlegung der Sicht auf Behinderung, um daran geeignete Maßnahmen knüpfen zu können. Die Erziehungswissenschaft (Sonder-,⁴¹ Heil- und Behindertenpädagogik) hingegen versucht, mit der Unterteilung der Behinderung in verschiedene Behinderungsarten der inhaltlichen Vielfalt des Begriffs deskriptiv Rechnung zu tragen. So werden die jeweiligen pädagogischen Maßnahmen an die Behinderungsarten, wie Lernbehinderung, geistige/körperliche Behinderung,⁴² Sprachbehinderung, Verhaltensstörung, Schwerhörigkeit, Gehörlosigkeit, Sehbehinderung oder Blindheit, angepasst.⁴³ Dem rechtlichen Behinderungsbegriff kommt einerseits mit der Festlegung der Behinderung als Status eine Feststellungsfunktion und andererseits eine an diesen anknüpf-

40 Siehe *Maschke*, Behinderungspolitik in der Europäischen Union, S. 29.

41 Siehe *Klein*, Zum Begriff der Behinderung in der Sonderpädagogik, in: *Neumann* (Hrsg.), "Behinderung", 2. Aufl., S. 105.

42 Siehe dazu ausführlich *Bintig*, Körperbehinderung, in: *Albrecht/Groenemeyer, et al.* (Hrsg.), Handbuch soziale Probleme, S. 487, 487 ff.

43 Vgl. *Baier*, Behinderung/Behinderte, in: *Korff/Beck, et al.* (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, S. 323, 324; siehe auch *Speck*, Behinderte, in: *Görres-Gesellschaft* (Hrsg.), Staatslexikon Recht - Wirtschaft - Gesellschaft, 7. Aufl., 619, Sp. 620 f. Zum ethischen Behinderungsbegriff vgl. *Walter/Gitter*, Behinderung, in: *Eser* (Hrsg.), Lexikon Medizin, Ethik, Recht, 211 ff.; v. *Ferber*, Behinderung/Behinderte, in: *Korff/Beck, et al.* (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, S. 321, 312 f.; *Lanzerath*, Behinderung/Behinderte, in: *Korff/Beck, et al.* (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, S. 327, 327 ff. Ausführlich zu Bioethik und Behinderung siehe *Dederich*, Bioethik und Behinderung - Eine Einleitung, in: *Dederich* (Hrsg.), Bioethik und Behinderung, S. 7.

fende Verteilungsfunktion behinderungsbezogener Sozialleistungen zu.⁴⁴ Allen Disziplinen gemein ist die Bestrebung und Notwendigkeit, in irgend-einer Weise einen Personenkreis abzugrenzen, um mit den jeweiligen Mitteln auf die Behinderung reagieren zu können.⁴⁵ Der Inhalt dieser Mittel ist wiederum dadurch beeinflusst, was unter Behinderung verstanden wird.⁴⁶

Selbst kritische Stimmen, die die Möglichkeit, überhaupt „einen“ Behinderungsbegriff fassen zu können, infrage stellen, erkennen die Notwendigkeit, eine abgrenzbare Gruppe zu schaffen.⁴⁷ Dem Terminus Behinderung nähert sich die Untersuchung im Folgenden, indem sie Paradigmata und Modelle der Sicht auf Behinderung aufzeigt (I.), ehe sie anhand der Internationalen Klassifikation der WHO – der ICF – (II.) einen nicht-rechtlichen Behinderungsbegriff skizziert. Dieser wird in den Länderberichten fruchtbar gemacht, indem geltende rechtliche Behinderungsdefinitionen in Deutschland und der Schweiz dargestellt werden (B. I. bzw. C. I.). Anhand des Modells der ICF werden diese reflektiert und bewertet (D. I.). Der vorliegende Abschnitt schließt mit Überlegungen zur möglichen Implementation des WHO-Begriffs im Recht (A. III.). Die funktionellen Anforderungen an einen rechtlichen Behinderungsbegriff sind von den an ihn geknüpften Rechtsfolgen geprägt.

Die Kategorisierung der Rechtsfolgen wird in den Länderberichten überprüft. So werden der Begriff der Behinderung als Ansatzpunkt von Rechtsfolgen (B. II. bzw. C. III.) und die Klassifikation von Behinderung (B. III. bzw. C. IV.) dargestellt. Die Ergebnisse auswertend (D. II.) wird der Vorschlag eines neuen deutschen, enger am ICF-Modell orientierten Behinderungsbegriffs unterbreitet (D. III.).

44 Vgl. *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 66. Siehe auch *Biermann/Bleidick*, Behinderung, in: *Bundesanstalt für Arbeit* (Hrsg.), Teilhabe durch berufliche Rehabilitation, Ausgabe 2002, S. 291, der die unterschiedlichen Aspekte einer Behinderungsdefinition beleuchtet.

45 Die Abgrenzung des Personenkreises zielt somit auf die Begrenzung der Leistungsempfänger, die Festlegung der Gruppe, der bestimmte Rechte zustehen, die Definition der Zielgruppe einer Behindertenpolitik und die Begrenzung individuell Anspruchsberichtigter für spezielle Leistungen oder Maßnahmen ab (siehe *Thornton/Lunt*, Employment policies for disabled people in eighteen countries: A Review, S. 301).

46 Vgl. *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 33 f.

47 So beispielsweise *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 97, mit dem Hinweis es handle sich bei Behinderung nicht um einen amorphen Zustand, sondern um ein Spektrum.

I. Paradigmata und Modelle

Eine Hilfe zur Inhaltsbestimmung ist das soziologische Konzept der Differenzierung der Sicht auf Behinderung in Paradigmata und Modelle. Während Erstere theoretische Ansätze und damit wissenschaftliche Sichtweisen darstellen,⁴⁸ bestimmen Modelle Handlungsweisen.⁴⁹ Dabei werden Grundmuster herausgearbeitet, nach denen für den konkreten Einzelfall schließlich Handlungskonzepte und -strategien entwickelt werden.⁵⁰

1. Paradigmata

Nach *Bleidick* werden vier Paradigmen unterschieden:

Das personenorientierte Paradigma⁵¹ sieht die Behinderung als individuelle Kategorie. Der Defekt ist objektivierbar. Beim Behindertsein handelt es sich um ein persönliches, weitgehend unabänderliches und somit hinzunehmendes Schicksal. Die Ursachen der Behinderung sucht man in der Person und betrachtet sie auch dann, wenn sie objektiv nachweisbar sind, als individuelle Angelegenheit. Das Forschungsinteresse orientiert sich an der Medizin und die Relativität der Behinderung wird kaum gesehen.⁵² Das interaktionistische Paradigma hingegen betrachtet Behinderung als Resultat der Zuschreibung von normativen Erwartungshaltungen Dritter.⁵³ Der Mensch mit Behinderung ist in „unerwünschter Weise anders“⁵⁴ und wird durch die gesellschaftlichen Reaktionen „typisiert, etikettiert, stigmatisiert und kon-

⁴⁸ Vgl. *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 10; *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 31 und *Kobi*, Modelle und Paradigmen in der heilpädagogischen Theoriebildung, in *Bürli* (Hrsg.), Sonderpädagogische Theoriebildung - Vergleichende Sonderpädagogik, S. 11, 11.

⁴⁹ Siehe *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 13.

⁵⁰ Dazu *Kobi*, Modelle und Paradigmen in der heilpädagogischen Theoriebildung, in: *Bürli* (Hrsg.), Sonderpädagogische Theoriebildung - Vergleichende Sonderpädagogik, S. 11; zustimmend *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 13.

⁵¹ Auch: Medizinisches Modell, ätiologisches Paradigma, individuumszentriertes Paradigma (vgl. *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 10 f.).

⁵² Ebd., S. 10 und *Bleidick*, ZfH 1976, S. 408, 411.

⁵³ Siehe *Bleidick*, ZfH 1976, S. 408, 412 und *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 10 f.

⁵⁴ *Goffman*, Stigma, S. 11.

trolliert“.⁵⁵ Das systemtheoretische Paradigma sieht die Behinderung in einer erzwungenen Abhängigkeit zum Bildungs- und Ausbildungswesen und somit als Ergebnis seiner Qualifikations- und Selektionsfunktion.⁵⁶ Das gesellschaftstheoretische Paradigma⁵⁷ hingegen definiert Behinderung als Produkt der Produktionsverhältnisse und als Folge von Kapitalverwertungsinteressen herrschender Klassen. Behinderung ist damit typisch für eine kapitalistische Gesellschaftsordnung.⁵⁸

-
- 55 *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 11. Vgl. auch *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 32 und *Bleidick*, Behinderung als pädagogische Aufgabe, S. 41 ff. Aus soziologischer Perspektive umfassend hierzu *Striebeck*, Behinderung als Stigma, in: *Eberwein/Sasse* (Hrsg.), Behindert sein oder behindert werden?, S. 120.
- 56 Dazu *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 32 und *Bleidick*, ZfH 1976, S. 408, 412.
- 57 Auch politökonomisches oder materialistisches Paradigma (so *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 11).
- 58 Vgl. *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 11; *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 32; *Jantzen*, Allgemeine Behindertenpädagogik, S. 30 ff. und *Bleidick*, ZfH 1976, S. 408, 412. Zur möglichen Zusammenfassung des gesellschaftstheoretischen und des interaktionistischen Paradigmas (siehe *Bleidick*, Behinderung als pädagogische Aufgabe, S. 46 ff. mit Bezügen auf *Jantzen*, Sozialisation der Behinderung, S. 18 ff.; so auch *Bleidick*, Historische Theorien: Heilpädagogik, Sonderpädagogik, Pädagogik der Behinderten, in: *Bleidick* (Hrsg.), Theorie der Behindertenpädagogik, S. 253, 254). Insbesondere der Hinweis auf die fehlende Entität der Gesellschaft überzeugt. Da die Gesellschaft von den Interaktivitäten der handelnden Personen gemacht ist sind die politisch-gesellschaftsrechtlichen Aspekte unterzuordnen (vgl. *Bleidick*, Behinderung als pädagogische Aufgabe, S. 48). Auch das Argument *Cloerkes* (*Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 12) der gesellschaftstheoretische Ansatz erkläre Behinderung ausschließlich mit den Produktions- und Klassenverhältnissen der Gesellschaft hindert nicht die Zuordnung dieses Paradigmas zum interaktionistischen Paradigma – als Teil dessen. Problematisch ist diesbezüglich allerdings die Theorie die Grenzen des interaktionistischen Paradigmas würden dadurch gesprengt. Aufgrund einer mikrosoziologischen Analyse könnten nicht alle gesellschaftsbezogenen Faktoren einbezogen werden. Für den englischsprachigen Raum hingegen wurden deutlich mehr Paradigmen herausgebildet. Siehe hierzu die Zusammenstellung bei *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 33. Auch in diesen finden sich sowohl der Ansatz der medizinischen Schädigung als auch die Hinweise auf die Benachteiligung durch die Strukturen der Gesellschaft und der Behinderung als soziales Konstrukt.

Eine gute Übersicht der Paradigmata findet sich bei *Maschke*⁵⁹ in Anlehnung an *Hensle*:⁶⁰

Behinderung ist ...	Behinderung als ...	Paradigma
1. ein medizinischer Sachverhalt	medizinische und individuelle Kategorie	personenorientiert
2. eine Zuschreibung von sozialen Erwartungshaltungen	Etikett und Resultat sozialer Reaktionen	interaktionistisch
3. ein Systemerzeugnis der Leistungsdifferenzierung in Schule und Beruf	Systemfolge und Resultat schulischer und beruflicher Selektion	systemtheoretisch
4. durch die Gesellschaft gemacht	Produkt einer kapitalistischen Gesellschaftsordnung	gesellschaftstheoretisch

2. Modelle

Je nach gewähltem Paradigma differiert somit die Sichtweise auf die Behinderung. Um die daraus resultierenden Handlungsweisen festzulegen, werden zwei idealtypische Handlungsmodelle unterschieden:⁶¹ das personenorientierte medizinische Modell⁶² (*model of impairment*)⁶³ und das soziale (sozialpolitische) Handlungsmodell (*social model of disability*), das

59 Vgl. *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 32.

60 Siehe *Hensle/Vernooij*, Psychologische, pädagogische und medizinische Aspekte, 7. Aufl., S. 18.

61 Zu weiteren, allerdings teils überholten oder mit anderen verschmolzenen Modellen und deren Paradigmen siehe *Kobi*, Modelle und Paradigmen in der heilpädagogischen Theoriebildung, in: *Bürli* (Hrsg.), Sonderpädagogische Theoriebildung - Vergleichende Sonderpädagogik, S. 11, 12.

62 Dieses bildete sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Grundlage des Paradigmas der Bekämpfung von Infektionskrankheiten heraus. Siehe *ebd.*, S. 14.

63 Impairment (Schädigung) wird auch in der ICD-10 der WHO von 1980 als eine Ebene des dreidimensionalen Modells gebraucht. In dieser wird linear kausal die Beeinträchtigung (*Handicap*) von der Schädigung oder der daraus folgenden Funktionsstörung (*Disability*) abgeleitet (siehe dazu *Barnes/Mercer, et al.*, Exploring disability, S. 22 ff.; *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 36 f.; *Cloerkes*, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 4 ff.; *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 63 ff. und *Igl*, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit, S. 252 ff.). Vgl. zur ICD-10 und dem ihr immanenten Konzept der WHO insbesondere *Schuntermann*, Behinderung und Rehabilitation: Die Konzepte der WHO und des deutschen Sozialrechts.

sich auf die soziale Situation des Menschen mit Behinderung in der Gesellschaft bezieht.⁶⁴

Ersteres begreift Behinderung „als alleinige Folge von biologisch gearteten Defiziten“.⁶⁵ Es verortet die Krankheit im Patienten und macht sie somit objektiviert zu einem individuellen Problem des Betroffenen⁶⁶ (*personal tragedy theory of disability*).⁶⁷ Das soziale Modell der Behinderung hingegen lokalisiert das Problem der Behinderung in der Gesellschaft selbst. Somit wird die Behinderung vom Menschen gelöst und als gesellschaftliche Resonanz auf einen Menschen mit einer Schädigung aufgefasst.⁶⁸ Damit besteht die Einschränkung, die ein Mensch mit Behinderung erfährt, nicht auf individueller Ebene, sondern stellt ein Scheitern der Gesellschaft dar, da sie keine angemessenen Leistungen und Absicherungen der Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung bereitstellt.⁶⁹ Die daraus folgende Abkehr von

64 Vgl. hierzu ausführlich Barnes/Mercer, et al., Exploring disability, S. 20 ff.; Oliver, Understanding disability, 2. Aufl., S. 41 ff.; Priestley, Worum geht es bei den Disability Studies? Eine britische Sichtweise, in: Waldschmidt (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 23, 26 ff. und Oliver/Barnes, Disabled people and social policy from exclusion to inclusion, S. 13 ff. Differenzierter noch stellt sich eine Dreiteilung der Modelle dar, die neben dem (bio-) medizinischem und dem sozialpolitischen Modell die Besonderheit der Arbeitsfähigkeit aufgreift und ein ökonomisches Modell hinzufügt. Dieses richtet sich nach den Leistungsprinzipien aus und zieht damit die Konsequenz aus dem systemtheoretischen und gesellschaftstheoretischen Paradigma (vgl. Bickenbach, Physical disability and social policy, S. 12 ff., 93 ff.).

65 Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 48.

66 Siehe ausführlich hierzu Kobi, in: Bürli (Hrsg.), Sonderpädagogische Theorienbildung - Vergleichende Sonderpädagogik, S. 11, 15; so auch Cloerkes, Soziologie der Behinderten, 3. Aufl., S. 13 f.; Barnes/Mercer, et al., Exploring disability, S. 21.

67 Dazu Drake, Understanding disability policies, S. 10 f. Es steht somit in der Tradition des personenorientierten Paradigmas Bleidicks.

68 Siehe Hirschberg, Ethik Med 2003, S. 171, 172.

69 Vgl. Oliver, Understanding disability, 2. Aufl., S. 43; Drake, Understanding disability policies, S. 13; Waldschmidt, P&G 2005, S. 9, 17 ff. Dieses Modell resultiert aus dem interaktionistischen Paradigma Bleidicks (vgl. Maschke, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 35). Interessant hierzu ist auch das Interaktionsmodell Kobis, das direkt mit dem genannten Paradigma in Bezug steht. Es gibt demnach keine Behinderung an sich, sondern sie ergibt sich nur als psychosoziales Funktionsnetz. Behinderungszustände werden in kreisförmigen Interaktionsprozessen erzeugt, indem Abnormalität durch Normierungen, Definitionen und Zuschreibungen

der persönlichen Ebene in Hinblick auf die fehlende Beachtung der individuellen Erfahrung mit psychischer und physischer Einschränkung wird jedoch stark kritisiert.⁷⁰ Während also die rein defizitorientierte Betrachtung der Möglichkeit von Stigmatisierungen Vorschub leistet,⁷¹ erlaubt auch der von der Person völlig losgelöste Erklärungsansatz gerade hinsichtlich des tatsächlich bestehenden Hilfebedarfes von Menschen mit Behinderungen keine hinreichende Klärung.⁷² Es besteht somit die Notwendigkeit, das me-

festgesetzt wird (sog. labeling approach). Der Behinderte ist damit eine Rollenzuschreibung auf eine Person, an der ein Defekt abgelesen wird, der in einem kausalen Zusammenhang mit der Systemstörung steht. Siehe dazu Kobi, Modelle und Paradigmen in der heilpädagogischen Theoriebildung, in: *Bürli* (Hrsg.), Sonderpädagogische Theoriebildung - Vergleichende Sonderpädagogik, S. 11, 18 ff.

- 70 Vgl. *Morris*, Pride against prejudice, reprinted, S. 10; *Waldschmidt*, P&G 2005, S. 9, 19 ff.; sowie *Oliver*, Understanding disability, 2. Aufl., S. 48 f. So wird sogar der kausale Zusammenhang zwischen Schädigung und Behinderung bestritten (vgl. *ebd.*, S. 21).
- 71 Die Hauptkritikpunkte gegen dieses Modell sind das primäre Beruhen auf medizinischen Definitionen, die Verwendung eines einseitigen biophysischen Begriffs von Normalität, das Betrachten der individuellen Schädigung als alleinige Ursache von Beeinträchtigung und Benachteiligung und der Zwang für Menschen mit Behinderungen sich in abhängige Positionen zu begeben und sich individuell anzupassen, um ihre Behinderung so gut wie möglich zu „bewältigen“ (dazu ausführlich *Waldschmidt*, P&G 2005, S. 9, 15 ff.). *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 49, weist zudem auf die Tendenz der Klassifizierung und Aussonderung bestimmter Menschengruppen hin, die gerade in Deutschland in der Zeit des dritten Reiches grauenhafte Auswüchse annahm und furchtbare Konsequenzen für die klassifizierten Personen hatte.
- 72 Ausführlich zur "Körpervergessenheit" des sozialen Modells siehe *Hughes/Paterson*, Disability and Society 1997, S. 325. Daneben werden auch der methodologische Status und seine empirische Validierung negativ beurteilt. Das soziale Modell setzt die Schädigung als gegeben voraus ohne sie selbst zu untersuchen oder eine Verbindung mit der Behinderung herzustellen und ist damit aus methodischer Sicht anzuzweifeln (so *Waldschmidt*, P&G 2005, S. 9, 23; dazu ausführlich *Siminski*, Disability and Society 2003, S. 707). Daneben wird auch die Problemorientierung kritisiert. Behinderung wird im sozialen Modell immer als Problem wahrgenommen, das einer Lösung bedarf (so *Waldschmidt*, P&G 2005, S. 9, 23 f.). Siehe dazu auch den Vorschlag dem sozialen ein affirmatives Modell hinzuzufügen. Dieses baut auf dem sozialen Modell auf und ergänzt es um positive Erfahrungen mit Schädigung und Behinderung (vgl. ausführlich *Swain/Sally*, Disability and Society 2000, S. 569).

dizinische und das soziale Handlungsmodell miteinander zu verknüpfen.⁷³ Dies versucht die WHO mit der International Classification of Functioning, Disability and Health – der ICF.

II. Die Internationale Klassifikation der WHO

Die Vollversammlung der WHO hat als Nachfolge der krankheitsfolgenorientierten ICIDH⁷⁴ von 1980 im Mai 2001 die ICF verabschiedet und als Grundlage ein bio-psycho-soziales Modell der Funktionsfähigkeit und Behinderung aufgestellt.⁷⁵

1. Das Modell

In diesem Modell wird Behinderung als jede Beeinträchtigung der funktionalen Gesundheit einer Person gesehen.⁷⁶ Behinderung ist dabei die Situation, die sich aus der Wechselwirkung zwischen einer Person mit einem Gesundheitsproblem⁷⁷ mit personenbezogenen Faktoren (psychologische und soziale Aspekte) oder Umweltfaktoren (soziale Aspekte), den sogenannten Kontextfaktoren, ergibt. Sie zeichnet sich als Ergebnis dieser Wech-

73 Vgl. hierzu *Shakespeare*, Coalition 1992, S. 40. Daneben können auch andere Modelle diskutiert werden. So z. B. das kulturelle Modell, das die Mehrheitsgesellschaft aus Sicht der Behinderung untersucht und so einen Perspektivenwechsel auf Normalität schafft (so *Waldschmidt*, "Behinderung" neu denken: Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, in: *Waldschmidt* (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 11, 15 ff. und *Waldschmidt*, P&G 2005, S. 9, 28).

74 Vgl. WHO, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit. Zu den wichtigsten Unterschieden der ICIDH und der ICF siehe *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 84 f.

75 Seit 2005 liegt die ICF in ihrer endgültigen deutschen Übersetzung vor. Vgl. http://www.dimdi.de/dynamic/de/klassi/downloadcenter/icf/endfassung/icf_endfassung-2005-10-01.pdf (besucht am 05.07.2014).

76 Vgl. *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 9.

77 Gesundheitsprobleme werden in der International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD) klassifiziert. Siehe für die Originalversion der WHO <http://www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/> (besucht am 05.07.2014). Die deutschsprachige Übersetzung ist vom Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), Köln unter <http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-who/index.htm> (besucht am 05.07.2014) veröffentlicht.

selwirkung auf ihre Körperfaktoren und -strukturen, ihre Aktivität und ihre Teilhabe an Lebensbereichen ab.⁷⁸

Die Dreigliedrigkeit des Behinderungsbegriffs Schädigung (*impairment*) – Aktivitätseinschränkung (*activity limitation*) – Partizipationsbeeinträchtigung (*participation restriction*), wie sie bereits in der ICIDH ähnlich mit den Begriffen Schaden (*impairment*), Funktionsbeeinträchtigung (*disability*) und soziale Beeinträchtigung (*handicap*) festgehalten war, bleibt somit erhalten. In dem bio-psycho-sozialen Modell wird die rein biomedizinische Betrachtungsweise allerdings verlassen und der Mensch als handelndes, selbstbestimmtes und gleichberechtigtes Subjekt in die Gesellschaft und Umwelt einbezogen.⁷⁹ Zudem wird Behinderung nicht durch eine kausale Verknüpfung der Ebene Individuum und Gesellschaft beschrieben, sondern nur als Relation der beiden Ebenen zueinander.⁸⁰ Der dem Modell der ICF immanente Behinderungsbegriff firmiert in der sozial- und rechtswissenschaftlichen Literatur somit als relational.⁸¹

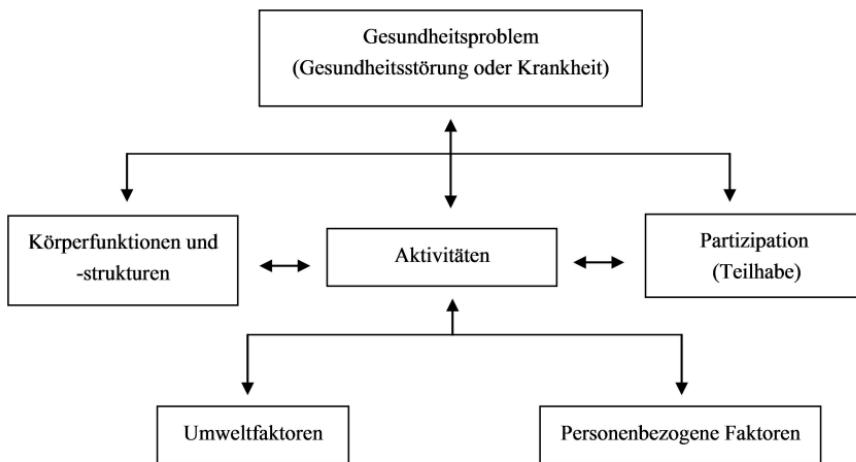
78 Siehe *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 30.

79 Vgl. *Schuntermann*, MED SACH 2008, S. 6.

80 *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 44.

81 Vgl. *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 80 f.; *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 52; *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 44 f. In der englischsprachigen Literatur bezeichnet *Waddington*, Disability, employment and the European community, S. 35 das Modell als „adapted model of disability“.

Grafisch stellt sich das Modell wie folgt dar:⁸²



Die Kontextfaktoren sind alle Gegebenheiten des Lebenshintergrundes einer Person, also sowohl Umwelt- als auch personenbezogene Faktoren. Umweltfaktoren bilden die materielle, soziale und einstellungsbezogene Umwelt ab, in der Menschen leben und ihr Dasein entfalten. Personenbezogene Faktoren hingegen sind der besondere Hintergrund des Lebens und der Lebensführung einer Person und umfassen Gegebenheiten eines Individuums, die nicht Teil ihres Gesundheitsproblems oder -zustandes sind.⁸³ Die Kontextfaktoren können sich sowohl positiv (Förderfaktoren) wie auch negativ (Barrieren) auf die funktionale Gesundheit auswirken.⁸⁴

Unter Körperfunktionen sind die physiologischen Funktionen von Körpersystemen einschließlich der psychologischen Funktionen zu verstehen. Körperstrukturen sind anatomische Teile des Körpers wie Organe, Gliedmaßen und ihre Bestandteile.⁸⁵ Lebensbereiche sind Bereiche menschlicher Tätigkeiten, Handlungen und Aufgaben (Aktivitätskonzept) und/oder menschlicher Daseinsentfaltung (Teilhabekonzept).⁸⁶

82 Siehe WHO, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, Einführung, 5.1., S. 23.

83 Vgl. Schuntermann, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 23.

84 Vgl. ebd., S. 25.

85 Vgl. ebd., S. 40.

86 Vgl. ebd., S. 45.

Beeinträchtigt in der funktionalen Gesundheit ist eine Person dann, wenn unter Berücksichtigung der Kontextfaktoren in wenigstens einer der genannten Ebenen der funktionalen Gesundheit eine Beeinträchtigung vorliegt, d. h. eine Funktionsstörung, ein Strukturschaden, eine Beeinträchtigung einer Aktivität oder eine Beeinträchtigung der Teilhabe an einem Lebensbereich.⁸⁷ Die ICF klassifiziert die in ihr enthaltenen Domänen⁸⁸ der Körperfunktionen und -strukturen, der Aktivitäten und Partizipation und listet die damit in Zusammenhang stehenden Umweltfaktoren auf.⁸⁹ Eine Beschreibung der personenbezogenen Faktoren enthält sie nicht.⁹⁰ Um die funktionale Gesundheit umfassend bewerten zu können, beinhaltet sie aber allgemeine Beurteilungskriterien, die sowohl zur Erfassung von Problemen der Körperfunktionen, der -strukturen, Aktivitäten und Teilhabe als auch zur Kodierung von Umweltfaktoren als Barrieren verwendet werden.⁹¹

87 Dazu *ebd.*, S. 33.

88 Eine Domäne ist eine praktikable und sinnvolle Menge von miteinander in Zusammenhang stehenden physiologischen Funktionen, anatomischen Strukturen, Handlungen, Aufgaben oder Lebensbereichen. Siehe *WHO, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, Einführung*, 5.1., S. 23.

89 Vgl. *ebd.*, S. 23 ff.

90 Siehe dazu auch die allgemeine Kritik von *Cibis*, MED SACH 2008, S. 10, 13.

91 Siehe *Schuntermann*, MED SACH 2008, S. 6, 9. Fehlt also z. B. einem Menschen mit Behinderung der rechte Unterschenkel, ist dies über die ICF klar einem Item zuzuordnen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Beeinträchtigung der Körperstruktur, der die Klassifikationskennung s (*structure*) zugeordnet ist. Die folgende Zahl wird durch die Nummer des Kapitels, dem das Item zugewiesen ist, definiert. Somit ist Kapitel 7 (Mit der Bewegung in Zusammenhang stehende Strukturen) und speziell Nr. 750 (Struktur der unteren Extremitäten) einschlägig. Danach werden die Ziffern 4 und 5 bestimmt. Im vorliegenden Fall ist der Behinderung das Item s75010 (Knochen des Unterschenkels) zuzuordnen. Dieser wird mit einem Punkt von dem nachfolgenden Schweregrad abgetrennt. Das Ausmaß der Schädigung ist mit den Ziffern 1-4 (0-100 %) zu benennen. Danach sind die Art und die Lokalisation der Schädigung mit 0-9 zu bezeichnen. Somit kann die Behinderung mit dem Item s75010.4 (100 %) 1 (nicht vorhanden) 1 (rechts) klassifiziert werden. Ebenso wäre die Zuordnung der Körperfunktionsbeeinträchtigung (b), der Aktivität/Partizipation (d) und der Umweltfaktoren (e) vorzunehmen.

2. Der Begriff

a. Bewertung des ICF-Begriffs

Ziel der ICF ist es, eine einheitliche und standardisierte Sprache und einen Rahmen zur Beschreibung von Gesundheits- und mit Gesundheit zusammenhängenden Zuständen zur Verfügung zu stellen⁹² und damit eine gemeinsame Kommunikationsebene zwischen Professionen und Institutionen zu schaffen.⁹³ Dabei ist der dynamische Charakter der Klassifikation hervorzuheben. Behinderung kann sich durch das interaktive Verhältnis der oben genannten Faktoren zeitlich wie graduell völlig verändern.⁹⁴ Es ergibt sich ein dynamisches Normalitätsspektrum.⁹⁵ Auch können die Auswirkungen des Gesundheitsproblems auf verschiedene Lebensbereiche differenziert beschrieben werden. Hier zeigt sich aber die Grenze des Modells.⁹⁶ Es

92 Vgl. WHO, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 9.

93 Siehe *Maschke/Powell*, Behinderungsbegriffe und ihre Folgen in Schule und Beruf, in: *Hermes/Köbsell* (Hrsg.), *Disability Studies in Deutschland - Behinderung neu denken!*, S. 80, 81; WHO, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 9 und *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 13, 81.

94 Siehe *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 38; *Schuntermann*, MED SACH 2008, S. 6, 7; *Hüller/Schuntermann*, Behinderung/chronische Krankheit und Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF), in: *BAR* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe, 3. Aufl., S. 12, 16. Zur Abhängigkeit der sozialen Reaktionen von ihren kulturspezifischen Gegebenheiten siehe *Neubert/Cloerkes*, Behinderung und Behinderte in verschiedenen Kulturen, 3. Aufl., mit einer lebenswerten vergleichenden Analyse ethnologischer Studien. So auch *Cloerkes/Neubert*, Behinderung und behinderte Menschen im interkulturellen Vergleich: Erklärungsmuster, Bewertungen und Reaktionen, in: *Kemler* (Hrsg.), Behinderung und Dritte Welt - Annäherung an das zweifach Fremde, S. 55, 58 ff.

95 Siehe *Hirschberg*, Normalität und Behinderung in den Klassifikationen der Weltgesundheitsorganisationen, in: *Waldschmidt* (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 117, 128.

96 Zu den Grenzen im medizinischen Bereich der Klassifikation siehe *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 81 und *Schuntermann*, Wie lässt sich Behinderung messen?, in: *Thomann/Jung, et al.* (Hrsg.), Schwerbehindertenrecht Begutachtung und Praxis, S. 231, 233 f. So kategorisiert die ICF ebenso wenig funktionale Diagnosen, wie sie Assessmentinstrumente (standardisierte Methoden und Instrumente) zur Beschreibung und Beurteilung der Körperfunktionen und -strukturen, der Aktivität und Teilhabe enthält. Diese können allerdings auf ihrer Grundlage,

versucht zwar, das soziale und das medizinische Modell zu integrieren,⁹⁷ indem die funktionale Gesundheit gerade im negativen Ergebnis der Wechselwirkung gesehen wird und damit nicht mehr an die Eigenschaft einer Person gebunden ist.⁹⁸ Letztendlich geht das Modell der ICF weiterhin vom (personengebundenen) Gesundheitsproblem aus und stellt das medizinische Problem in den Vordergrund.⁹⁹ Diese Inkonsistenz zeigt sich auch darin, dass die ICF zwar für alle Menschen gelten soll,¹⁰⁰ dabei de facto nur Einschränkungen der Funktionsfähigkeit klassifiziert werden.¹⁰¹ Auch wird die individuelle Leistungsfähigkeit eines Menschen mit Behinderung an der eines Nichtbehinderten gemessen.¹⁰²

Der Behinderungsbegriff der WHO ist trotz dieser einschlägigen Kritikpunkte die Grundlage der Diskussion zwischen den Mitgliedsländern der Vereinten Nationen.¹⁰³ Er stellt nicht nur ein geeignetes tertium comparationis für den Rechtsvergleich, sondern auch eine Zielvorgabe für die Mitgliedsstaaten der WHO dar. Ein einheitliches und standardisiertes Kommunikationsmittel, wie die ICF, ist Voraussetzung für eine umfassende inter-

als Forschungs-, statistisches, pädagogisches und sozialpolitisches Instrument (siehe *WHO*, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 11) entwickelt werden.

97 Dazu *ebd.*, S. 25 und *Schuntermann*, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 30.

98 Siehe *Schuntermann*, MED SACH 2008, S. 6, 7.

99 Vgl. *Hirschberg*, Ethik Med 2003, S. 171, 177 und *Hirschberg*, Normalität und Behinderung in den Klassifikationen der Weltgesundheitsorganisationen, in: *Waldschmidt* (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 117, 127.

100 Siehe dazu *WHO*, ICF - Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, S. 160.

101 Vgl. *Hirschberg*, Ethik Med 2003, S. 171, 177. Daraus folgt also eine ausschließlich negative Klassifikation von Behinderung (so *Hirschberg*, Normalität und Behinderung in den Klassifikationen der Weltgesundheitsorganisationen, in: *Waldschmidt* (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 117, 125).

102 Es wird also nicht der mögliche Assistenzbedarf im Rahmen der jeweiligen Lebenssituation innerhalb gesellschaftlicher Bedingungen herausgestellt (vgl. *Hirschberg*, Ethik Med 2003, S. 171, 177). Ausführlich dazu *Hirschberg*, in: *Waldschmidt* (Hrsg.), Kulturwissenschaftliche Perspektiven der Disability Studies, S. 117, 126 f. Zur allgemeinen Beurteilung der ICF siehe auch *Hirschberg*, Die Klassifikationen von Behinderung der WHO, 3. Aufl., S. 48 ff.

103 Deren Mitglied die Bundesrepublik Deutschland seit 1973 und die Schweiz seit dem Jahr 2002 ist.

disziplinär angelegte Rehabilitation¹⁰⁴ und „ein brauchbares trägerübergreifendes Bezugssystem“.¹⁰⁵

b. Der Behinderungsbegriff der Arbeit

Behinderung im Sinne dieser Arbeit ist somit die Wechselwirkung zwischen einer Person mit einem Gesundheitsproblem (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems - ICD*) und ihren Kontextfaktoren, die sich auf ihre Funktionsfähigkeit, Aktivitäten und Teilhabe auswirkt. In Abgrenzung zur Krankheit ist die Behinderung dauerhaft.¹⁰⁶ Menschen mit Behinderungen sind Menschen, denen eine Behinderung zugeschrieben wird. Sie sind also durch die Wechselwirkung zwischen ihrer Person, der ein Gesundheitsproblem (gemäß der ICD) beigemessen wird, und ihren Kontextfaktoren in ihrer Funktionsfähigkeit, ihren Aktivitäten und/oder ihrer Teilhabe eingeschränkt.

Es handelt sich um ein nicht-rechtliches Konzept. Die tatsächlichen Umstände, auf die das jeweilige nationale Recht reagiert, sind umschrieben. Der Begriff ermöglicht das Auffinden von rechtlichen Regelungen, die auf diesen Sachverhalt reagieren, und führt zugleich zu ihrer Vergleichbarkeit.

III. Behinderung im Recht

Das Recht als Teil des Raumes, in dem Menschen mit Behinderungen leben,¹⁰⁷ hat einen Anteil am Gelingen einer umfassenden interdisziplinär angelegten Rehabilitation.

104 Siehe *Hiller/Schuntermann*, Behinderung/chronische Krankheit und Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF), in: *BAR* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe, 3. Aufl., S. 12, 18 f.

105 So *Cibis*, MED SACH 2008, S. 10, 13.

106 Siehe *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 40. Diese Voraussetzung wird auch im Urteil des EuGH zum Fall Chacón Navas bestätigt. Vgl. EuGH Urteil vom 11 Juli 2006, C-13/05, Abl. C 224 vom 16. September 2006, S. 9 = EuZW 2006, 472, 473 f. Vgl. zu diesem Urteil auch *Ritschel*, Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Behinderung.

107 Siehe zur Konstruktion des Sozialraums *Kessl/Reutlinger*, (Sozial)Raum - ein Bestimmungsversuch, in: *Kessl/Reutlinger, et al.* (Hrsg.), Sozialraum, 2. Aufl., S. 21, 33 ff.

Auch das Recht hat somit grundsätzlich den Vorgaben der WHO zu genügen. Hierzu muss der Behinderungsbegriff der WHO jedoch als juristischer Behinderungsbegriff geeignet sein.

1. Die funktionellen Anforderungen des Rechts

Wird Behinderung als ein Rechtsbegriff eingeführt, sieht dieser sich neuen, anderen Anforderungen gegenüber. Das Recht stellt eigene funktionelle Anforderungen an einen Begriff. Im Recht muss – wie in anderen Disziplinen – das „komplexe Lebensgeschehen Behinderung begrifflich“¹⁰⁸ abgebildet werden und sich objektive Wertentscheidungen im Behinderungsbegriff spiegeln. Die Besonderheit der juristischen Disziplin ist, dass sie dem Tatbestandsmerkmal Behinderung zusätzlich eindeutige Rechtsfolgen zuordnet. Die Zuordnung erfolgt dabei linear. Immer dann, wenn der im Tatbestand umschriebene Sachverhalt tatsächlich zutrifft, findet die Rechtsfolge Anwendung. Rechtssätze sind dabei „in eine sprachliche Form gebrachte Verhaltens- und Entscheidungsregeln“.¹⁰⁹

Mit dieser juristisch-methodischen Anforderung kollidiert der Behinderungsbegriff der WHO im Punkt der Relationalität. Er fordert gerade keine linear kausale Verknüpfung zwischen Schädigung, Aktivitäts- und Partizipationsbeeinträchtigung. Diese Faktoren können sich vielmehr gegenseitig in alle Richtungen bedingen. In diesem Begriff liegt erstens eine der eindeutigen Bestimmung von Rechtsträgern entgegenwirkende Selbstauflösungstendenz, da die vollständige Partizipation die Behinderung entfallen ließe.¹¹⁰ Zweitens besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses. Diese liegt im Zusammenspiel der Dreigliedrigkeit des Behinderungsbegriffs und der Relationalität begründet. Wird nicht linear kausal von der Schädigung auf die Aktivitäts- oder Partizipationsbeeinträchtigung geschlossen, sondern sind die Einschränkungen selbst begriffsbestimmend, stehen sie als Merkmale

108 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 54.

109 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 91. Siehe zu Vorschlägen, diesen Syllogismus zu formalisieren, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273 ff.; sowie *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 37 ff.

110 Siehe *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 54 f.; sowie *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 59 mit Blick auf die verfassungsrechtlich notwendige Bestimbarkeit und *Neumann*, NVwZ 2003, S. 897, 899.

sowohl auf Tatbestands- wie auf Rechtsfolgenseite der Begriffsbestimmung. Eine Begrenzung der Normadressaten ist so nicht (mehr) möglich.¹¹¹ Sobald dem juristischen Begriff eine konkrete Rechtsfolge zugeordnet wird, ist die Relationalität unbrauchbar.¹¹² Wertentscheidungen für bestimmte Politikansätze oder die Umschreibung der Lebenswirklichkeit lassen sich mit einem relationalen Begriff jedoch auch im juristischen Bereich durchaus abbilden.¹¹³

2. Behinderung als Anknüpfungspunkt von Rechtsfolgen

Eine konkrete Rechtezuordnung an den Rechtsbegriff Behinderung erfolgt in zwei idealtypischen Kategorien: zum einen durch antidiskriminierungsrechtliche Regelungen, die dem gleichheitsbasierten-bürgerrechtlichen Modell (*civil rights model*) folgen. Auf diesen basieren Benachteiligungsverbote für Menschen mit Behinderungen. Zum anderen durch sozialleistungsrechtliche Regelungen, denen ein leistungsbasiert-sozialrechtlicher Ansatz innewohnt (*social welfare model*). Diese verknüpfen das Tatbestandsmerkmal Behinderung mit behinderungsbezogenen Sozialleistungen und nehmen so eine Verteilungsfunktion ein. Zudem ordnen sie Menschen mit Behinderungen subjektive Rechte, wie spezielle Arbeitnehmerschutzrechte, zu und setzen Beschäftigungspflichten für Arbeitgeber fest.¹¹⁴

111 So auch *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 55. Anders *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 82 ff., der den relationalen Behinderungsbegriff als ausreichend ansieht ohne jedoch den Widerspruch zu den funktionellen Anforderungen des Sozialrechts zu lösen.

112 Vgl. auch *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 54.

113 So auch *ebd.*, S. 54 mit dem Hinweis, dass der relationale Behinderungsbegriff insofern dienlich sein kann, als er alle möglichen Ansatzpunkte von Behinderungspolitiken aufzeigt.

114 Vgl. *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 66. Siehe auch *Biermann/Bleidick*, Behinderung, in: *Bundesanstalt für Arbeit* (Hrsg.), Teilhabe durch berufliche Rehabilitation, Ausgabe 2002, S. 291, die die unterschiedlichen Aspekte einer Behinderungsdefinition beleuchten.

3. Ein Begriff nach Kategorien

a. Kategorien

Ein rechtlicher Behinderungsbegriff ist anhand der ihm zugewiesenen Folgen zu beurteilen. Umfasst er Wertentscheidungen als Programm oder die Umschreibung der Lebenswirklichkeit, ist ein relationaler Begriff, wie ihn die WHO vorgibt, als Rechtsbegriff tauglich.

Sind an ihn Normbefehle in Form von Ge- oder Verboten geknüpft, bedarf es einer kausalen Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Der Kreis der Normadressaten muss nicht nur aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten klar umgrenzt sein, eine Abgrenzung ist auch hinsichtlich des mit den Ge- und Verboten verfolgten Ziels der Verhaltensänderung der Rechtsteilnehmer¹¹⁵ geboten. Um eine Abgrenzung des Personenkreises zu erhalten, müssen sich die einzelnen Elemente des Behinderungsbegriffs ebenso linear kausal zueinander verhalten. Eine Schädigung führt zu einer Funktionsbeeinträchtigung, die wiederum eine Partizipationsbeeinträchtigung hervorruft. Die Notwendigkeit, den Begriff Behinderung schädigungsorientiert zu umschreiben, wurde für das Antidiskriminierungsrecht bereits mehrfach ausdrücklich festgestellt.¹¹⁶ Diese Aussage ist auf andere Ge- oder Verbote, wie spezielle Arbeitnehmerschutzrechte oder Einstellungsquoten, übertragbar, da sich diese Normkategorien den gleichen funktionellen Anforderungen gegenübersehen.

Einer kausalen Verknüpfung sowohl zwischen Tatbestand und Rechtsfolge als auch innerhalb der Begriffselemente bedarf es zudem bei einer weiteren Normkategorie – Normen, die an das Tatbestandsmerkmal Behinderung behinderungsbezogene Sozialleistungen knüpfen. Sie stellen den Ansatzpunkt der Verteilung von Sozialleistungen dar.¹¹⁷ Indem sie eine Grenze um die Gruppe der Menschen mit Behinderung ziehen, schließen sie zugleich alle Personen von der staatlichen Leistung aus, denen das Tatbe-

115 Vgl. *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 59 und zur Wirkungsweise ausführlich S. 69 ff.

116 Rechtsvergleichend mit antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften der USA insbesondere von *ebd.*, S. 59. *Leder* (Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 108 ff.) kommt bei dem Versuch einen europäischen Behinderungsbegriff zu fassen ebenfalls zu diesem Ergebnis.

117 Da der Gewährleistungsstaat ein Staat der gerechten Auswahl ist, muss er die Organisation der Auswahlentscheidung regeln (vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 575).

standsmerkmal Behinderung nicht zugeordnet werden kann. Diese rechtliche Exklusion hat, unabhängig von der in diesem Bereich geführten Inklusionsdebatte¹¹⁸ oder der Gerechtigkeitsfrage,¹¹⁹ spezielle rechtssystemimmanente Folgen. So kann ein Ausgeschlossener beispielsweise auf die Erbringung einer Sozialleistung klagen, wenn er der Ansicht ist, er falle in den Adressatenkreis. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, der für die Rechtsprechung zuständigen Person Normen an die Hand zu geben, die die Umgrenzung einer Personengruppe zumindest möglich machen. Ein Behinderungsbegriff, der die Gefahr der Zirkelschlüssigkeit und der Selbstauflösung in sich trägt, ist hierzu untauglich.

b. Ein Vorschlag

Die Implementierung des Behinderungsbegriffs der WHO ist nicht gänzlich unvorstellbar. Sie hat allerdings die speziellen, funktionellen Anforderungen der jeweiligen Rechtskategorien zu beachten. Um die Anbindung des Rechts an andere Disziplinen durch einen offenen Rechtsbegriff zu ermöglichen, ist eine mehrstufige Begriffsbestimmung denkbar. Der Begriff der Behinderung selbst wird zunächst i. S. d. ICF dort im Recht verankert, wo er bloße Wertentscheidungen und Programmsätze entfaltet.

In einem zweiten Schritt erfolgt eine kausale Verknüpfung von Schädigung und Aktivitäts- bzw. Partizipationsbeeinträchtigung. Dies kann durch einfachrechtliche Begriffsdefinitionen geschehen, etwa in sozial- oder antidiskriminierungsrechtlichem Zusammenhang.

Fuerst geht davon aus, dass „ein konsequent zweigliedriges Begriffsverständnis mit den Elementen Schädigung und Aktivitätsbeeinträchtigung für das Antidiskriminierungsrecht ohne Alternative ist“.¹²⁰ Hintergrund dieser Erkenntnis ist, dass das Antidiskriminierungsrecht auf eine Verhaltensänderung anderer Rechtsteilnehmer ziele und so direkt auf die Kontextfaktoren wirke. Damit es auf die Akzeptanz derjenigen stoße, die ihr Verhalten da-

118 Siehe umfassend *Wansing*, Teilhabe an der Gesellschaft.

119 Vgl. *Felder*, Inklusion und Gerechtigkeit, S. 183 ff.

120 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 59. In diesem Sinne auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 118 f., der aber deutlich auf die Gefahr hinweist, Behinderung und Schädigung zu vermischen.

nach ausrichten müssen, sei es unerlässlich, dass der Kreis der durch das Antidiskriminierungsrecht geschützten Personen klar bestimmt sei.¹²¹

Für das Sozialleistungsrecht ist eine solche einengende Definition zumindest dann nicht zwingend notwendig, wenn der Normadressat im Kontext des jeweiligen Leistungsbereichs gesehen wird. Eine Verknüpfung des (potenziellen) Leistungsempfängers mit seinem Lebenskontext, beispielsweise seiner Erwerbsfähigkeit, vereinfacht die Abgrenzung einer Personengruppe. Behinderung lässt sich bereichsspezifisch leichter darstellen.¹²²

Ob und wie sehr einem Menschen das Tatbestandsmerkmal Behinderung zuzuordnen ist, kann zudem durch Klassifikationen, wie beispielsweise den Grad der Behinderung (GdB), festgesetzt werden.¹²³ Die in Europa bei der Einordnung der Behinderung verwendeten Verfahren reichen vom Gebrauch von Baremas über Pflege- und Hilfebedarfsprüfungen hin zur Messung der funktionalen Kapazitäten und Berechnung ökonomischer Verluste.¹²⁴ Barremas klassifizieren die Behinderung nach ihrem Schweregrad, indem einzelnen medizinischen Schädigungen auf prozentualen Skalen Werte zugewiesen werden. Sie setzen dabei schädigungsorientiert an der betroffenen Person an. Weitere eingesetzte Einteilungen knüpfen an die Folgen der Behinderung an und legen ihren Fokus entweder auf den ökonomischen Aspekt der Einschränkungen in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit oder auf das tägliche Leben (sog. *Limitation in one or more Activities of Daily Livings - ADLs*).¹²⁵

121 Vgl. *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 59. Siehe zur Funktionsweise eines Diskriminierungsverbotes auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 64 f.

122 So *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 75, die sozialrechtliche Legaldefinitionen gar als ungeeignet ansieht „das Phänomen der Behinderung einheitlich und unabhängig von bestimmten Bedarfen zu erfassen.“ Wie hier auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 98.

123 Vgl. zu den unterschiedlichen Formen der Klassifikation in Europa *Laroche*, in: *Council of Europe* (Hrsg.), Assessing disability in Europe - Similarities and differences, S. 71.

124 Siehe *European Commission*, Definitions of Disability in Europe. Diese Studie ist auch auf Deutsch unter dem Titel „Definitionen des Begriffs „Behinderung“ in Europa: Eine vergleichende Analyse“ erhältlich.

125 Siehe *Maschke*, Behindertenpolitik in der Europäischen Union, S. 40, 43ff.

An der Tatsache, dass sich durch die Abgrenzung einer Personengruppe und die Klassifikation eine Stigmatisierung ergeben kann,¹²⁶ wie sie das soziale Behinderungsmodell gerade zu überwinden sucht, ändert auch ein mehrfachiger Behinderungsbegriff kaum etwas. Solange aber an den juristischen Begriff die Verteilung knapper staatlicher Güter mit bestimmter sozialpolitischer Zielsetzung oder spezielle Rechte¹²⁷ geknüpft werden, ist dieser Widerspruch wohl nicht zu überwinden.

B. Deutschland

I. Der Begriff der Behinderung

1. Einfachgesetzliche Normierung

Nach deutschem Recht sind Menschen behindert,

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

Diese Definition findet sich seit dem 1. Juli 2001 in § 2 I S. 1 SGB IX und seit dem 1. Mai 2002 ebenfalls wortgleich in § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG).¹²⁸ Behinderung wird somit im antidiskriminierungs- wie im sozialleistungsrechtlichen¹²⁹ Kontext gleich defi-

126 Siehe hierzu ausführlich *Goffman*, Stigma, S. 9 ff.; sowie *Kastl*, Behinderung und Verrechtlichung. Selbstbestimmung und Teilhabe unter den Bedingungen des gegliederten Systems. Eine Fallanalyse, in: *Cloerkes/Kastl* (Hrsg.), Leben und Arbeiten unter erschwerten Bedingungen, S. 15, 16.

127 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 68, kommt bei der Betrachtung des US-amerikanischen Benachteiligungsverbotes zu dem Ergebnis, dass „dieses am besten ausschließlich an die Elemente Schädigung und Aktivitätsbeeinträchtigung anknüpft“.

128 Diese Definition wurde ebenfalls in den Gleichstellungsgesetzen der Länder Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Bayern, Sachsen, NRW, Hessen, des Saarlandes und Bremen übernommen. Vgl. zu den einzelnen Vorschriften *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 85.

129 Der Behinderungsbegriff des § 2 I SGB IX gilt, wenn im SGB IX oder im Recht der Rehabilitationsträger i. S. d. §§ 6, 6 a SGB IX der Terminus Behinderung verwendet wird. Siehe *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 2, Rn. 7.

niert. Diese Begriffserklärung soll auch im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Anwendung finden.¹³⁰

Es bleibt bei einem dreigliedrigen, kausalen Begriff, auch wenn der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung¹³¹ die Diskussion um die Weiterentwicklung der zu dieser Zeit noch geltenden ICIDH einbezogen hat. Die Definition lässt sich in drei Begriffsmerkmale zerlegen: (1.) die auf einem regelwidrigen Zustand basierende dauerhafte Funktionsstörung. In dieser gehen die *Schädigung* und die *Funktionsbeeinträchtigung* auf. Die Regelwidrigkeit wird dabei normabweichend, also im Vergleich mit der Gesamtpopulation bestimmt.¹³² Die Dauerhaftigkeit ist mit einer Grenze von sechs Monaten bestimmt.¹³³ (2.) Die *Teilhabebeeinträchtigung*. Auf ihr liegt der Fokus des Begriffs. Die Partizipationsbeeinträchtigung wird dabei deutlich betont.¹³⁴ (3.) Die kausale Verknüpfung der beiden ersten Komponenten.

Einen besonderen sozialrechtlichen Behinderungsbegriff verwendet das SGB III, indem es an die allgemeine Legaldefinition des SGB IX anknüpft und diese um arbeitsförderungsrechtliche Belange ergänzt. So sind nach § 19 I SGB III Menschen behindert,

„deren Aussichten, am Arbeitsleben teilzuhaben oder weiter teilzuhaben, wegen Art oder Schwere ihrer Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 des Neunten Buches nicht nur vorübergehend wesentlich gemindert sind und die deshalb Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsleben benötigen, einschließlich lernbehinderter Menschen“.

Die Definition zielt auf die Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit und stellt somit eine bereichsspezifische Bestimmung der persönlichen Leistungsvoraussetzung dar.¹³⁵ Die Nennung des Behinde-

130 Dies stellt die einhellige Ansicht in der Literatur dar. Siehe statt vieler *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., § 1, Rn. 75. Siehe zur Thematik auch *Welti*, SozialRecht aktuell 2007, S. 161. Ziel des Gesetzes ist es, nach Art. 1 AGG Benachteiligung aus Gründen einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen. Dem steht auch die Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Krankheit und Behinderung im Fall *Chancón Navas* nicht entgegen (siehe hierzu *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 65 f.).

131 Siehe BT 14/5074, S. 98.

132 Siehe *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 85.

133 Siehe hierzu *Neumann*, NVwZ 2003, S. 897, 898.

134 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 63 wertet dies gar als überdeutliche Betonung.

135 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 2, Rn. 8.

rungsbegriffs in § 43 II S. 2 SGB VI als Grund für die Erwerbsminderung und damit als eine Voraussetzung für den Erhalt einer Erwerbminderungsrente ist ebenfalls eine bereichsspezifische Bestimmung. Es soll mit dem Begriffspaar Krankheit und Behinderung kein neuer Aspekt des Behinderungsbegriffs beleuchtet werden, sondern lediglich eine Abgrenzung zu anderen, nicht die körperliche Leistungsfähigkeit betreffende Ursachen für den Leistungsanspruch ermöglichen.¹³⁶

2. Verfassungsrecht

Der Terminus Behinderung findet sich auch im deutschen Verfassungsrecht. Dort heißt es in Art. 3 III S. 2 GG¹³⁷:

„Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Das BVerfG hat sich bei der Entscheidung zur Sonderschuleinweisung mit dem Merkmal der Behinderung im Jahr 1996 eingehend auseinandergesetzt. Es hat angelehnt an den damals noch geltenden § 3 des Schwerbehinderten gesetzes (SchwbG) a. F. und den dritten Behindertenbericht der Bundesregierung¹³⁸ Behinderung definiert als

„die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.“¹³⁹

Auch hier lässt sich ein dreigliedriger Kausalzusammenhang – Regelwidrigkeit – Funktionsstörung – Auswirkung – erkennen, der deutlich vom schädigungsorientierten, individualisierten Behinderungsbegriff geprägt ist. Zwar wird in der verfassungsrechtlichen Literatur die Erneuerung des verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriffs mit Blick auf die ICF und die einfachrechtlichen Normierungen diskutiert.¹⁴⁰ Da sich das BVerfG seit Geltung des § 2 SGB IX bzw. des § 3 BGG nicht erneut mit der Begrifflich-

136 Ausgangsbasis der Versicherungsleistung ist die Erwerbsminderung aus gesundheitlichen Gründen (siehe Köbl, in: Ruland/Försterling (Hrsg.), GK-SGB VI, § 43, Rn. 86).

137 Siehe zum Weg bis zum Inkrafttreten des Art. 3 III S. 2 GG ausführlich Strassmair, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, S. 135 ff.

138 Siehe BT-Drs. 12/7148, S. 2.

139 Vgl. BVerfGE 96, 288, 301. Bestätigt in BVerfGE 99, 341, 357.

140 Siehe nur Neumann, NVwZ 2003, S. 897.

keit auseinandersetzen musste, bleibt es bei oben genannter verfassungsrechtlicher Definition des Begriffs Behinderung.

II. Behinderung als Anknüpfungspunkt von Rechtsfolgen

Behinderung als Rechtsbegriff und damit als Anknüpfungspunkt von Rechtsfolgen findet sich im deutschen Verfassungsrecht in Art. 3 III S. 2 GG, im einfachgesetzlich diskriminierungsrechtlichen Kontext, im BGG sowie im Sozialrecht des SGB IX.

1. Verfassungsrecht

Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmung in Art. 3 III S. 2 GG ist zweipolig.¹⁴¹ Sie besitzt zunächst einen objektiv-rechtlichen Gehalt. Dabei zielt sie darauf, eine faktische Chancengleichheit der Menschen mit Behinderung herzustellen. Der Staat ist dazu angehalten, als besonderes soziales Staatsziel auf die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen hinzuwirken.¹⁴² Insofern handelt es sich um eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips,¹⁴³ welche insbesondere dann zutage tritt, „wenn Nachteilsvermeidung besondere staatliche Leistung voraussetzt und so zum Verteilungsproblem wird“.¹⁴⁴ Bei der Auslegung des einfachen Sozialleistungsrechts, bei dem der Staat Verpflichteter bleibt, ist dieses konkretisierte

141 Siehe zur Stellung dieses Artikels im System des GG ausführlich *Beaucamp*, DVBl 2002, S. 997.

142 Siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pierothe* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3, Rn. 142; sowie *Kannengießer*, in: *Schmidt-Bleibtreu* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 59; *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 169 ff.; sowie *Strassmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, S. 248 ff.

143 Siehe *Zacher*, Der soziale Rechtstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen, in: *Igl/Welti* (Hrsg.), Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaats für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, S. 1, 6; sowie *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 305; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, et al.* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3 III, Rn. 174 bezeichnet dies gar als „spezielle Facette sozialgrundrechtlicher Schutzgewährung“.

144 *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 305. Siehe hierzu auch *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 102; *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 31.

Staatsziel als objektive Wertentscheidung grundsätzlich zu berücksichtigen. Auch im Zivilrecht kommt ihm im Rahmen der mittelbaren Drittirkung Bedeutung zu.¹⁴⁵

Daneben werden in Art. 3 III S. 2 GG Menschen mit Behinderung direkt als Grundrechtsträger benannt.¹⁴⁶ Es handelt sich um ein „subjektives grundrechtliches Abwehrrecht“¹⁴⁷ in Form eines speziellen Diskriminierungsverbotes. Es verbietet die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung durch unmittelbar am Kriterium Behinderung anknüpfende, differenzierende Regelungen. Notwendig ist eine behinderungsbezogene Ungleichheit.¹⁴⁸ Eine Bevorzugung lässt der spezielle Gleichheitssatz hingegen zu. Der Schutz vor mittelbarer Diskriminierung ist umstritten. Er ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die unterschiedliche Behandlung an scheinbar neutrale Begriffe geknüpft wird, sie jedoch im Wesentlichen zum Nachteil von Menschen mit Behinderungen führt:¹⁴⁹ so beispielsweise der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglich-

145 So etwa bei der Auslegung eines Mietvertrages. Im Beschluss vom 28. März 2000 legte das BVerfG etwa einem Vermieter die Duldung eines Treppenliftes zugunsten der Lebensgefährtin mit Behinderung des Mieters auf. Siehe *Starck*, in: von *Mangoldt/Klein, et al.* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 III, Rn. 422. Nach *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, et al.* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3 III, Rn. 174 bleibt für eine mittelbare Drittirkung über die Generalklauseln des BGB wenig Raum.

146 Siehe zur Diskussion um die Aufnahme einer solchen Regelung in das GG *Herdegen*, VSSR 1992, S. 245 und ebenfalls weiterführend *Davy*, SDSRV 2002, S. 7 ff. Zur Gesetzgebungsgeschichte *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 10 ff.

147 *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Nr. Art. 3, Rn. 305.

148 Siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3, Rn. 144. Die Ungleichbehandlung lässt sich rechtfertigen. Sie steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Im Falle der Sonderbeschulung von Kindern mit Behinderung sah das BVerfG das kollidierende Verfassungsrecht im Recht des Staates zur Planung und Organisation des Schulwesens nach Art. 7 I GG. Siehe zu Rechtfertigungsgründen ausführlich *Neumann*, Verfassungsrecht, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 2, Rn. 27.

149 Siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3, Rn. 145. Siehe zur Ausstrahlungswirkung des Art. 3 III S. 2 GG ins bürgerliche Recht ausführlich *Strassmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, S. 262 ff.

keit, der vom BVerfG als Verstoß unter anderem gegen Art. 3 III S. 2 GG bewertet wurde.¹⁵⁰

2. Einfachgesetzlich diskriminierungsrechtlicher Kontext

Das AGG legt in § 1 das Ziel fest, Benachteiligung aus genau bezeichneten Gründen zu verhindern und zu beseitigen. Eines der dort bezeichneten Merkmale ist Behinderung. § 7 I AGG enthält das Verbot, Beschäftigte anhand dieses Merkmals zu benachteiligen. Für Arbeitgeber schwerbehinderter Menschen besteht darüber hinaus ein besonderes Diskriminierungsverbot in § 81 II SGB IX.¹⁵¹ Zudem enthalten §§ 33 c S. 1 SGB I und 19 a S. 1 SGB IV Benachteiligungsverbote bei der Inanspruchnahme von sozialen Rechten bzw. Leistungen. Auch diese Verbote setzen unter anderem am Merkmal Behinderung an.¹⁵² Das in § 7 II BGG enthaltene Benachteiligungsverbot gegenüber Trägern öffentlicher Gewalt ist diesen Regelungen gegenüber nachrangig.¹⁵³

3. BGG

Das BGG zielt, wie in § 1 normiert, darauf, „die Benachteiligung von behinderten Menschen zu beseitigen und zu verhindern sowie die gleichberechtigte Teilhabe von behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen“. Es legt den Fokus damit auf die Barrierefreiheit. Explizit genannt werden in § 4 BGG „bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrich-

150 Siehe BVerfGE 99, 341. Zur Frage der mittelbaren Benachteiligung in Zusammenhang integrativer Beschulung ausführlich *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 33 ff.

151 Siehe hierzu ausführlich auch mit Blick auf den europarechtlichen Hintergrund in Bezug auf die RL 2000/78/EG *Winkler*, Die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben, S. 78 ff.

152 Siehe zum Verhältnis dieser Regelungen gegenüber dem AGG ausführlich *Dern*, Sozialrechtliche Gleichstellungs- und Antidiskriminierungskonzeptionen, S. 181 ff.

153 *Dau*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 7 BGG, Rn. 6.

tungen sowie andere gestaltete Lebensbereiche, wenn sie für behinderte Menschen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind“. Dabei handelt es sich um eine objektive gesetzliche Wertentscheidung. Um die Barrierefreiheit zu erreichen, bietet das BGG als Umsetzungsmittel in § 5 Zielvereinbarungen zwischen anerkannten Behindertenverbänden und Unternehmen oder Unternehmensverbänden der verschiedenen Wirtschaftsbranchen an. In § 6 erkennt das BGG die Gebärdensprache als eigenständige Sprache und lautsprachbegleitende Gebärden als Kommunikationsform an.

An den Stellen, an denen das BGG Menschen mit Behinderungen subjektive Rechte zuerkennt, konkretisiert es den Begriff der Behinderung auf spezielle Behinderungsformen hin.¹⁵⁴ Dies ist beispielsweise in § 10 I S. 2 BGG der Fall, der das Recht von blinden und sehbehinderten Menschen gegenüber Trägern der öffentlichen Gewalt normiert, ihnen Bescheide, öffentlich-rechtliche Verträge und Vordrucke ohne zusätzliche Kosten auch in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich zu machen, soweit dies zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren erforderlich ist.

4. Im Sozialrecht

a. Im Sozialleistungsrecht

Für Menschen mit Behinderungen normiert das deutsche Sozialleistungsrecht seit Einführung des SGB IX im Juni 2001 in § 5 SGB IX vier Leistungsgruppen zur Teilhabe: Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, zur Teilhabe am Arbeitsleben, unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen und Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft.

Leistungsadressaten von Maßnahmen der ersten drei Leistungsgruppen des § 5 SGB IX (Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, zur Teilhabe am Arbeitsleben, unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen) sind behinderte sowie von Behinderung bedrohte Menschen. Anspruchsberichtigt sind damit nicht nur diejenigen Personen, denen die obige Behinderungsdefinition des § 2 I S. 1 SGB IX bereits zugeordnet werden kann. Vielmehr soll auch der Personenkreis von den Sozialleistungen profitieren, bei dem die Funktions- bzw. Partizipationsbeeinträchtigung noch nicht ein-

¹⁵⁴ Einzige Ausnahme ist das bereits genannte Diskriminierungsverbot in § 7 BGG.

getreten, aber zu erwarten ist.¹⁵⁵ Dies setzt § 2 I S. 2 SGB IX ausdrücklich fest.¹⁵⁶ Es lässt sich zudem aus dem Grundsatz des in § 3 SGB IX angeordneten Vorrangs der Prävention ableiten. Bei der Prognoseentscheidung reicht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit. Der konkrete Grad der Wahrscheinlichkeit bestimmt sich nach der Schwere der drohenden Beeinträchtigung.¹⁵⁷

§ 55 SGB IX, der die Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft normiert, richtet sich hingegen nach seinem Wortlaut nur an behinderte Menschen i. S. d. § 2 I S. 1 SGB IX. Dies darf jedoch nicht als apodiktischer Ausschluss von Behinderung bedrohter Menschen angesehen werden. Zum einen sind von Behinderung bedrohte Menschen als Anspruchsinhaber etwa in § 56 I S. 1 Nr. 2 SGB IX bei heilpädagogischen Maßnahmen an Kindern genannt. Zum anderen treten Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft hinter Leistungen zur medizinischen oder beruflichen Rehabilitation und diese ergänzenden Leistungen zurück.¹⁵⁸ Sachlogisch wird zunächst versucht, die Funktionsstörung zu verhindern, zu heilen oder auszugleichen und die Teilhabe im Bereich der Arbeitswelt zu erreichen. Leistungen zur Teilhabe an der Gemeinschaft setzen hingegen gerade an der Partizipationsbeeinträchtigung an. Zumindest eine Funktionsbeeinträchtigung ist somit bereits vorhanden. Insoweit stimmt die Aussage in dem Kapitel zur Teilhabe, an der Gemeinschaft würden „die

155 In den einschlägigen Vorschriften zur medizinischen Rehabilitation und der Teilhabe am Arbeitsleben – §§ 26 I und 33 I SGB IX – sind behinderte und von Behinderung bedrohte Menschen als Leistungsempfänger ausdrücklich genannt. Bei den unterhaltsichernden und ergänzenden Leistungen ergibt sich dies aus § 44 I SGB IX, der an die oben genannten Leistungen anknüpft.

156 § 1 I S. 2 SGB IX spricht lediglich von Beeinträchtigung. Eine streng systematische Auslegung, die nur die Beeinträchtigung der Teilhabe als Tatbestandsmerkmal begreift (siehe *Mrozynski/Jabben*, SGB IX Teil 1, 2. Aufl., § 2, Rn. 43) ist hier nicht angebracht. Ziel des SGB IX ist es nach § 3 SGB IX ausdrücklich Behinderung zu verhindern. Falls sich dieses Ziel bereits erreichen lässt ehe eine Funktionsbeeinträchtigung eingetreten ist, muss nicht erst eine möglicherweise folgende Teilhabeeinträchtigung abgewartet werden. Wie hier auch *Neumann*, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., 5, Rn. 6 und im Ergebnis *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 2, Rn. 35.

157 Vgl. *ebd.*, § 2, Rn. 36.

158 Dies ergibt sich aus dem in § 55 I SGB IX normierten Nachrang. Dabei ist allerdings entscheidend, dass die Leistungen auch tatsächlich erbracht werden. Ein bloßer Leistungsanspruch dem Grunde nach genügt nicht. Vgl. *Joussen*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 55, Rn. 7.

Leistungen zur Überwindung oder zur Milderung behinderungsbedingter Nachteile“¹⁵⁹ zusammengefasst, obwohl sie den Fokus der sozialen Teilhabe dabei stark auf den Ausgleichsaspekt bei eingetretener Funktionsstörung legt. Ziel der sozialen Teilhabe ist es allerdings, nicht nur „den Menschen, die auf Grund ihrer Behinderung von (Teil-)Bereichen des gesellschaftlichen Lebens ausgegrenzt sind, den Zugang zur Gesellschaft zu ermöglichen“,¹⁶⁰ sondern auch „Personen, die in die Gesellschaft integriert sind, die Teilhabe zu sichern, wenn sich abzeichnet, dass sie von gesellschaftlichen Ereignissen und Bezügen abgeschnitten werden“.¹⁶¹ Deshalb ist der Ausschluss von Menschen, die von einer Behinderung im Sinne einer künftigen Partizipationsbeeinträchtigung bedroht sind, nicht mit dem Ziel der Leistung vereinbar. Er kollidiert zudem mit dem in § 3 SGB IX festgelegten Grundsatz der Prävention.¹⁶² Um dies an einem Beispiel festzumachen: Droht ein Mensch, langsam zu erblinden und ist dies nicht mehr mit den Mitteln der medizinischen Rehabilitation zu verhindern, sind alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, eine Teilhabe an der Gesellschaft auch weiterhin zu ermöglichen. So ist beispielsweise ein Blindenhund auch vor der vollständigen Erblindung zu bewilligen,¹⁶³ da die Auswahl, Eingewöhnung und Einarbeitung des Hundes einige Zeit in Anspruch nimmt.

b. Im Schwerbehindertenrecht

Die in den §§ 68 ff. SGB IX (Teil 2 des SGB IX) festgelegten besonderen Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen knüpfen an die Schwerbehinderteneigenschaft subjektive Rechte der Betroffenen. Diese

159 Hoffmann, Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 13, Rn. 1.

160 Siehe BSGE 103, 171, 174.

161 Siehe BSGE 103, 171, 174.

162 Siehe hierzu Joussen, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 55, Rn. 6 ff. sowie Lachwitz, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 55, Rn. 6. Ohne Erörterung des Problems sieht auch Schütze, in: *Hauck/Nofitz* (Hrsg.), SGB IX, § 55, Rn. 7 von Behinderung bedrohte Menschen in den berechtigten Personenkreis einbezogen.

163 Sofern dieser nicht bereits in den Hilfsmittelkatalog des § 31 SGB IX eingeordnet wird. Siehe hierzu Lachwitz, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 55, Rn. 19.

sind im arbeitsrechtlichen Bereich besondere Regelungen zum Bestandschutz des Arbeitsvertrages,¹⁶⁴ zu Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis¹⁶⁵ und zur kollektiven Vertretung in Betrieben bzw. dem Beauftragten des Arbeitgebers.¹⁶⁶ Arbeitgeber werden in den §§ 71 ff. SGB IX darüber hinaus verpflichtet, eine nach einem genauen Verteilungsschlüssel berechnete Anzahl schwerbehinderter Menschen zu beschäftigen. Die §§ 145 ff. SGB IX setzen ebenfalls an der Eigenschaft der Schwerbehinderung an und normieren das Recht auf unentgeltliche Beförderung im Straßenverkehr. Hinzu kommen besondere Leistungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen, insbesondere die begleitenden Hilfen am Arbeitsleben nach § 102 I S. 1 Nr. 3, II SGB IX. Dabei handelt es sich um besonderes Sozialleistungsrecht, dem ebenfalls eine Verteilungsfunktion innewohnt.

III. Klassifikation

Eine Klassifikation der Behinderung erfolgt nach § 69 I SGB IX auf Antrag des Menschen mit Behinderung. Dabei stellen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) zuständigen Stellen¹⁶⁷ das Vorliegen einer Behinderung und den Grad der Behinderung (GdB) fest. Die Feststellung beinhaltet indessen nicht, in welcher Weise der Mensch mit Behinderung in seiner Teilhabe an der Gemeinschaft beeinträchtigt ist.¹⁶⁸

1. Normierung

Die Skalierung erfolgt mittels des GdB. Es handelt sich um eine typisierte Gradmessung, die grundsätzlich in Zehnerschritten erfolgt. Dabei wird schä-

¹⁶⁴ Vgl. die §§ 85 ff. SGB IX.

¹⁶⁵ Siehe beispielsweise zu Mehrarbeit, Zusatzurlaub und dem Nachteilsausgleich die §§ 124-126 SGB IX.

¹⁶⁶ Vgl. die §§ 93 ff. SGB IX.

¹⁶⁷ Dies sind die Versorgungsbämter und die Landesversorgungsbämter. Nach § 69 I S. 7 SGB IX können die Länder auch Behörden außerhalb der Versorgungsverwaltung für zuständig erklären. Die Regelung ist verfassungsgemäß, da sie der Kompetenzordnung des GG entspricht. Diese Kommunalisierung kann jedoch zu differenzierenden Beurteilungen ähnlicher Sachverhalte führen. Siehe *Dau*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 69, Rn. 8.

¹⁶⁸ Vgl. *ebd.*, § 69, Rn. 14.

digungszentriert die Intensität der Behinderung klassifiziert. Ihren Ursprung hat der GdB in der Feststellung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) des BVG. Die Einteilung in MdE wurde durch Änderung des § 30 BVG im Jahr 2007¹⁶⁹ in den Terminus Grad der Schädigungsfolgen (GdS) überführt, ohne jedoch eine materielle Veränderung zu bezwecken.¹⁷⁰

Zur Beurteilung der Behinderung wird im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens des SGB X¹⁷¹ ein versorgungsärztliches Gutachten erstellt. In diesem kamen bis 31. Dezember 2008 die vom BMAS herausgegebenen Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit (AHP)¹⁷² zum Tragen, deren Rechtsnatur bis zum Schluss unklar war.¹⁷³ In diesen ist neben allgemeinen Grundsätzen zur gutachterlichen Beurteilung eine Liste verschiedenster medizinisch möglicher Gesundheitsstörungen und dem daraus folgenden GdB tabellarisch nach Körperregionen enthalten. Der GdB wurde nach einem Schädigungsverzeichnis schematisch festgestellt. Damit spielte die Partizipationsorientierung des Behinderungsbegriffs des SGB IX, der sich auch insoweit in den AHP widerspiegelt als der GdB die Auswirkungen

169 Siehe Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften des Sozialen Entschädigungsrechtes vom 13.12.2007; BGBI. I, 2007, 2904.

170 Vgl. Eckertz, Das Sonderrecht für Schwerbehinderte und das Feststellungsverfahren, in: Deinert/Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 14, Rn. 42.

171 Das in § 69 I SGB IX genannte Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopfersversorgung (KoVVfG) führt nach Einführung des SGB X nur noch ein Schattendasein (siehe hierzu und weiteren Einzelheiten Dau, in Dau/Düwell, et al. (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 69, Rn. 6).

172 Die Fassung aus dem Jahr 2008 findet sich unter http://www.bmas.de/portal/2278/property=pdf/2007_12_11_anhaltspunkte_gutachter.pdf (besucht am 05.07.2014).

173 Nach dem BSG handelte es sich um antizipierte Sachverständigungsgutachten, deren Beachtlichkeit im konkreten Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sich zum einen daraus ergibt, dass eine dem allgemeinen Gleichheitssatz entsprechende Rechtsanwendung nur dann gewährleistet ist, wenn die verschiedenen Behinderungen nach gleichen Maßstäben beurteilt werden. Zum anderen stellten die AHP nach den Erfahrungen des BSG ein geeignetes, auf Erfahrungswerten der Versorgungsverwaltung und Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft beruhendes Beurteilungsgefüge zur Einschätzung des GdB dar. Die AHP wirkten insoweit normähnlich. Ihre generelle Richtigkeit konnte deshalb durch Einzelfallgutachten nicht widerlegt werden. Sie waren allerdings – wie untergesetzliche Rechtsnormen – zu prüfen. Vgl. BSGE 91, 205, 208 f. Zuvor BSGE 72, 285, 286 f.; sowie BSGE 75, 176, 177 f.

auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft angeben soll,¹⁷⁴ keine große Rolle.¹⁷⁵

Mit Gesetz vom 31. Dezember 2007¹⁷⁶ hat der Gesetzgeber § 69 I S. 5 SGB IX neu gefasst und darin die entsprechende Anwendung der Maßstäbe des § 30 I BVG und der aufgrund des § 30 XVI BVG¹⁷⁷ erlassenen Rechtsverordnungen normiert. Begleitend wurde das BMAS in § 30 XVI BVG ermächtigt, diese Rechtsverordnungen zu erlassen und damit die lange, insbesondere aufgrund der fragwürdigen demokratischen Legitimation der AHP, geforderte Ermächtigungsgrundlage geschaffen. Hierauf basierend hat das BMAS im Dezember 2008 die Versorgungsmedizin-Verordnung¹⁷⁸ erlassen. Diese Richtlinie setzt nach eigenen Angaben des BMAS „die Vorgaben der Rechtsprechung um, ohne dass die in den AHP niedergelegten Grundsätze und Kriterien inhaltlich geändert wurden. Vielmehr wurde an die seit Jahren bewährten Bewertungsgrundsätze und Verfahrensabläufe angeknüpft“.¹⁷⁹ Konkret beinhaltet die Rechtsverordnung Grundsätze für die versorgungsmedizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und zur Feststellung des GdS, die Übernahme der GdS/GdB-Tabelle und die Nachteilsausgleiche nach Teil 2 des SGB IX.¹⁸⁰ Die versorgungsmedizinischen Grundsätze dienen nunmehr den Gutachtern als „verbindliche Norm für eine sachgerechte, einwandfreie und bei gleichen Sachverhalten einheitliche Bewertung der verschiedensten Auswirkungen von Gesundheitsstörungen unter besonderer Berücksichtigung einer sachgerechten Relation untereinander“.¹⁸¹

Mit GdB und GdS ist das Maß der Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft bezeichnet. Sie haben den Einfluss der Funkti-

174 Vgl. *BMAS*, Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit, Teil A, Ziff. 17.

175 So werden in die Feststellung der Behinderung z. B. keine Kontextfaktoren einbezogen. Siehe dazu auch *Knickrehm*, SGb 2008, S. 220, 226 f.

176 Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes vom 13. Dezember 2007.

177 Zur Zeit der Gesetzesänderung handelte es sich noch um § 30 XVII BVG.

178 Versorgungsmedizin-Verordnung vom 10. Dezember 2008 (BGBl. I, 2008, 2412).

179 *BMAS*, Versorgungsmedizin-Verordnung -VersMedV-, Einleitung S. 2, abrufbar unter http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/k710-versorgungsmed-verordnung.pdf?__blob=publicationFile (besucht am 05.07.2014).

180 Die Rechtsverordnung stellt darüber hinaus im Rahmen der Ermächtigung des § 30 XVI SGB IX maßgebende Grundsätze für die Anerkennung einer Gesundheitsstörung nach § 1 III BVG und die Kriterien für die Bewertung der Hilflosigkeit und der Stufen der Pflegezulage nach § 35 I BVG auf.

181 *BMAS*, Versorgungsmedizin-Verordnung -VersMedV-, Einleitung, S. 3.

onsbeeinträchtigung auf alle Lebensbereiche zum Gegenstand und sind damit nicht auf die Einschränkungen des Arbeitslebens beschränkt, wie dies noch bei den MdE der Fall war. Während sich der GdS nur kausal auf die Schädigungsfolgen bezieht, stellt der GdB auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer Ursache ab und ist insofern final ausgerichtet. Bei beiden Klassifikationen ist allerdings eine kausale Verknüpfung von Funktionsbeeinträchtigung und Gesundheitsschaden notwendig.¹⁸² Um es mit anderen Worten zu sagen: Beim GdB ist es gleichgültig, woher die Gesundheitsstörung stammt. Sie muss aber eine Funktionsbeeinträchtigung kausal zur Folge haben, die sich wiederum auf die Teilhabe in einem Gesellschaftsbereich auswirken muss. Die Bemessung selbst erfolgt anhand der GdS-Tabelle,¹⁸³ die ebenso wie die AHP eine Liste von Gesundheitsstörungen unterteilt nach Körperregionen enthält, diese zum Teil auf ihre Funktionsfähigkeit und den Ausfluss auf die Teilhabe in verschiedene Lebensbereiche bezieht und der Störung jeweils einen Behinderungsgrad zuordnet. So wird beispielsweise bei einer Krankheit des Herzens mit Einschränkung der Herzleistung (Gesundheitsstörung), die zu einer Leistungsbeeinträchtigung (Funktionsfähigkeit), z. B. beim Treppensteigen bis zu einem Stock (Teilhabebereich), führt, der GdB nach B 9.1.2. der GdS-Tabelle mit einem Wert von 50-70 angegeben.

Das Ziel, das bio-psycho-soziale Modell der ICF auch in den versorgungsmedizinischen Grundsätzen umzusetzen, wurde hingegen nicht umfassend erreicht. Insbesondere die Teilhabebeeinträchtigung ist in vielen Bereichen nicht klar herausgestellt. So wurde der rechtliche Bezugsrahmen des GdS/GdB-Systems von Vertretern des BMAS selbst als „statisch und pauschalierend“¹⁸⁴ bezeichnet und der Bedarf erkannt, nicht nur das Feststellungsverfahren, sondern den gesamten Bezugsrahmen zu ändern.¹⁸⁵ Insofern hat sich mit den neuen Grundsätzen an der, bereits zu den AHP getroffenen, Feststellung, § 69 SGB IX vollziehe den „partizipatorischen An-

182 Siehe die Anlage zu § 2 VersMedV (versorgungsmedizinische Grundsätze), Teil A 2 a.

183 Diese ist in Teil B der Anlage zu § 2 VersMedV enthalten.

184 Raddatz/Auer, GdB oder ICF? - Wie zeitgemäß ist der Bewertungsmaßstab der "Anhaltspunkte"?-, in: *Deutscher Sozialgerichtstag e.V.* (Hrsg.), Sozialrecht im Umbruch - Sozialgerichte im Aufbruch, S. 51, 53.

185 Ebd., S. 53.

satz des ‚modernen‘ Behinderungsbegriffs nicht nach¹⁸⁶ nichts Wesentliches geändert.

2. Rechtsfolgen der Klassifikation

Die Feststellung der Behinderung nach § 69 SGB IX wirkt deklaratorisch. Der rechtliche Behinderungsbegriff in § 2 I SGB IX setzt voraus, dass die dort genannten Tatbestandsmerkmale tatsächlich erfüllt sind – unabhängig von einer förmlichen Feststellung.¹⁸⁷ Allein an dieses Vorhandensein der Behinderung knüpft das SGB IX die Leistungen zur Teilhabe nach den §§ 4 ff. SGB IX. Dies ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 10 SGB IX, der von einer funktionsbezogenen Feststellung spricht. Die Feststellung nach § 69 SGB IX erleichtert es Menschen mit Behinderung indessen nicht, offensichtliche Behinderungen gegenüber Trägern, Behörden oder Stellen nachzuweisen. Da sie jedoch keine Anspruchsvoraussetzung darstellt, kann die Behinderung im Einzelfall ebenfalls von der jeweils für die konkret beantragte Sozialleistung zuständigen Stelle geprüft und bestimmt werden.¹⁸⁸

Die Feststellung einer Schwerbehinderung löst hingegen konkrete Rechtsfolgen aus. Sie stellt sich nicht als rein deklaratorisch dar. Für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen gilt nach § 68 I SGB IX Teil 2 des SGB IX, der mit dem eben genannten Paragrafen seinen Anfang findet. Eine Schwerbehinderung liegt gem. § 2 II SGB IX ab einem Grad von 50 vor. Gleichgestellte Menschen mit Behinderung haben nach § 2 III SGB IX einen Behinderungsgrad von mindestens 30 und weniger als 50.¹⁸⁹ Auf diese finden nach § 68 III SGB IX die Regelungen für schwer-

¹⁸⁶ Knickrehm, SGb 2008, S. 220, 226.

¹⁸⁷ So die Rspr. des BSG (BSGE 48, 167, 169). Dargestellt beispielsweise bei *Dau*, in *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 69, Rn. 4.

¹⁸⁸ Vgl. statt vieler *ebd.*, § 69, Rn. 4. Dem zugrunde liegen zwei unterschiedliche Konzepte der Behinderung. Während das SGB IX allgemein von der Behinderung als Situation mit persönlichem Bezug ausgeht und insofern einem finalen Behinderungsbegriff entspricht, geht die Feststellung der Behinderung von Behinderung als Status aus, der aus dem Bedürfnis eines Anknüpfungspunktes für ganz konkrete besondere arbeits- und sozialrechtliche Förderung entspringt. Siehe dazu ausführlich *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 106 ff.

¹⁸⁹ Für die Schwerbehinderung oder ihre Gleichstellung i. S. d. §§ 68 ff. SGB IX müssen diese Personen zusätzlich ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz nach § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich des SGB IX haben.

behinderte Menschen, mit Ausnahme der Normierungen über Sonderurlaub nach § 125 SGB IX und der unentgeltlichen Beförderung im Straßenverkehr nach §§ 145-154 SGB IX, Anwendung. Die Gleichstellung erfolgt wiederum auf Antrag des Menschen mit Behinderung. Hierfür ist nach § 68 II S. 1 SGB IX die Bundesagentur für Arbeit (BA) zuständig. Die Gleichstellung kann befristet werden. Ebenfalls gleichgestellt sind nach § 68 IV SGB IX behinderte Jugendliche und Erwachsene während der Zeit einer Berufsausbildung in Betrieben und Dienststellen, auch wenn der GdB weniger als 30 beträgt oder ein GdB nicht festgestellt ist. Für den Nachweis der Behinderung ist eine Stellungnahme der BA oder der Bescheid über Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben ausreichend. Allerdings hat diese Gleichsetzung nur eine ganz konkrete Rechtsfolge. Sie erlaubt die Auszahlung von Prämien und Zuschüssen zu den Kosten der Berufsausbildung an Arbeitgeber i. S. d. § 102 III Nr. 2 c SGB IX. Ziel der im Jahr 2004 eingeführten Regelung war es, Anreize für Arbeitgeber zu schaffen, einen Ausbildungsplatz für die betroffenen Jugendlichen und jungen Erwachsenen zur Verfügung zu stellen.¹⁹⁰ Andere Regelungen des Schwerbehindertenrechts finden indessen keine Anwendung.

C. Schweiz

I. Der Begriff der Behinderung

In der Schweiz findet sich der Begriff Behinderung als Rechtsbegriff zum einen in Art. 2 I des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG)¹⁹¹ und zum anderen in Art. 8 BV.¹⁹² In der Sozialversicherung ist der Begriff der Invalidität entscheidend. Lediglich Art. 15 II AVIG¹⁹³ und die dazugehörenden Verord-

190 Siehe Oppermann, in: Hauck/Nofitz (Hrsg.), SGB IX, § 68, Rn. 26.

191 Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz - BehiG) vom 13. Dezember 2002, Bundesgesetz Nr. 151.3.

192 Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft vom 18. April 1999.

193 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982, Bundesgesetz Nr. 837.0.

nungsbestimmungen¹⁹⁴ enthalten im Sozialleistungsrecht den Begriff der Behinderung.

1. BehiG

Nach Art. 2 I BehiG ist

„ein Mensch mit Behinderungen (Behinderte, Behindert) eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglich, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben.“

Der Behinderungsbegriff geht von einer Schädigung („*körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung*“) und einer daraus folgenden Funktionsbeeinträchtigung („*Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglich*“) aus. An diese wird kausal eine Aktivitäts- („*alltägliche Verrichtungen vorzunehmen*“) oder Partizipationsbeeinträchtigung im sozialen und beruflichen Bereich („*soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben*“) angeknüpft. Er ist damit dreigliedrig, schädigungsorientiert und kausal.

2. Verfassungsrecht

Die BV sieht in Art. 8 II – im Rahmen der grundrechtlichen Bestimmungen – vor, dass

„niemand diskriminiert werden darf, namentlich nicht wegen [...] einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

Art. 8 IV BV bestimmt darüber hinaus:

„Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.“

¹⁹⁴ Art. 15 und 40 b AVIV (Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, Nr. 837.02.

Was unter Behinderung zu verstehen ist, sagt die Verfassung nicht.¹⁹⁵ Die Begriffsbestimmung ist im Schweizer Verfassungsrecht noch kaum gefestigt.¹⁹⁶ Gemeinsam ist der Diskussion um den Behinderungsbegriff zum einen, diesen durch das bestehende schweizerische Gesetzesrecht zu konkretisieren, und zum anderen, den Begriff ob der Vielfältigkeit von Behinderung nicht zu eng auszulegen.¹⁹⁷ Nach Schefer liegt eine Behinderung i. S. d. Art. 8 II BV dann vor, „wenn die betroffene Person in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt ist und diese Beeinträchtigung schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat“.¹⁹⁸ Diese Begriffsdefinition ist ebenfalls dreigliedrig, schädigungsorientiert und kausal, ohne hingegen – im Gegensatz zu Art. 2 I BehiG – explizit auf den Lebensbereich Erwerbsfähigkeit abzustellen.

-
- 195 Zum Ringen um das Diskriminierungsverbot siehe *Luginbühl*, Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: *Gächter/Bertschi* (Hrsg.), Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, S. 99, 101 ff.
- 196 Vgl. *Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., S. 755. So auch *Biagioni*, BV, Nr. 1 BV, Art. 8, Rn. 25.
- 197 Siehe *Bigler-Eggenberger*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 8, Rn. 99 ff.; *Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., S. 755 ff.; *Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV, S. 709; *Klein*, La discrimination des personnes handicapées, S. 34 ff.; *Pulver*, L'interdiction de la discrimination, S. 298 ff.
- 198 *Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., S. 756. Diese Definition übernehmend *Rhinow/Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Rn. 1932. *Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV, S. 710 plädiert zwar dafür auf eine klar umgrenzte Begriffsumschreibung zu verzichten. Er geht letztlich allerdings ebenso von einer schädigungsorientierten Funktionsstörung aus, die sich auf eine Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft auswirkt (siehe *ebd.*, S. 710 ff.). Ebenfalls von einer schädigungsbedingten Funktionsstörung ausgehend *Pulver*, L'interdiction de la discrimination, S. 300; sowie *Klein*, La discrimination des personnes handicapées, S. 39 f. Zur Frage, ob sich auch die altersbedingte Pflegebedürftigkeit unter den Behinderungsbegriff fällt, siehe *Landolt*, ZIAS 2002, S. 22, 34 ff.

II. Der Begriff der Invalidität

Der Begriff der Invalidität ist im Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts¹⁹⁹ in Art. 8 I ATSG normiert. Danach ist Invalidität

„die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit“.

Erwerbsunfähigkeit ist nach Art. 7 I ATSG definiert als

„der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt“.

Der Invaliditätsbegriff²⁰⁰ besteht somit aus drei Komponenten: (1.) Ausgangspunkt ist die Beeinträchtigung der Gesundheit, also eine auf einer Schädigung beruhende Funktionsstörung. Hinzu kommt (2.) eine kausal darauf beruhende Aktivitätsbeeinträchtigung in Bezug auf die Erwerbsfähigkeit und (3.) muss die Erwerbsunfähigkeit von gewisser zeitlicher Dauer sein. Im Unterschied zur Erwerbsunfähigkeit ist Invalidität somit dauerhaft.

Es handelt sich somit um einen kausalen, schädigungsorientierten Begriff, in dem sich die Dreigliedrigkeit (Schädigung, Funktionsstörung, Aktivitätsbeeinträchtigung) widerspiegelt. Die Aktivitätsbeeinträchtigung wird dabei bereichsbezogen auf die Erwerbsfähigkeit hin verengt.

III. Behinderung als Anknüpfungspunkt von Rechtsfolgen

1. Verfassungsrecht

Das Verfassungsrecht schützt Menschen mit Behinderung in Art. 8 II BV vor Diskriminierungen. Dabei ist nach Ansicht des Schweizer Bundesgerichts²⁰¹ für die Erfassung durch das Diskriminierungsverbot „die Gefahr der Stigmatisierung und des gesellschaftlichen Ausschlusses wegen körper-

199 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, Bundesgesetz Nr. 830.1.

200 Siehe zur Entwicklung von Invaliditätsbegriffen *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 24 ff.; siehe für eine kritische Betrachtung der ATSG-Definition mit Blick auf die an sie anknüpfenden unterschiedlichen Rechtsfolgen *Bucher*, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Rn. 101 ff.

201 BGE 130 I 352, E. 6.1.2.

licher oder geistiger Anormalität“ entscheidend. Im Zentrum stehe dabei der Schutz einer unterprivilegierten Gruppe und ihrer Angehörigen. Menschen mit Behinderungen sind somit als Adressaten des speziellen Diskriminierungsverbotes in Art. 8 II BV vor einer behinderungsbezogenen Ungleichbehandlung geschützt. Das Schweizer Bundesgericht deutet dies wie folgt: „Das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) verbietet dem Staat (und allenfalls im Rahmen von Art. 35 BV anderen Trägern staatlicher Aufgaben), Menschen wegen ihrer Behinderung gegenüber anderen Personen in vergleichbarer Situation qualifiziert ungleich zu behandeln, indem an das Merkmal der Behinderung eine Benachteiligung geknüpft wird, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung zu verstehen ist.“²⁰² Neben direkter Diskriminierung schützt Art. 8 II BV vor mittelbarer Diskriminierung. Diese sind durch „verfassungskonforme Auslegung der fraglichen Bestimmungen soweit als möglich zu vermeiden.“²⁰³

Darüber hinaus sieht Art. 8 IV BV einen Gesetzgebungsauftrag vor. Es sollen Maßnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorgesehen werden. Umfasst sind davon nicht nur bloße Kompensationsmaßnahmen, sondern auch Privilegierungen im Sinne von *affirmative actions*.²⁰⁴ In Ausführung dieses Auftrages wurde das BehiG erlassen. Ein subjektives, justiziables Recht für Menschen mit Behinderungen lässt sich daraus nicht ableiten.²⁰⁵

Die BV knüpft an den Rechtsbegriff Behinderung neben diesen grundrechtlichen Bestimmungen zudem im dritten Titel Rechtsfolgen. Dieser regelt das Verhältnis von Bund, Kantonen und Gemeinden. So haben die Kantone nach Art. 62 III BV für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderter Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr ebenso zu sorgen wie nach Art. 112 c BV für die Hilfe und Pflege von Be-

202 BGE 134 I 105, E. 5.

203 So Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., S. 698. Vgl. auch Landolt, ZIAS 2002, S. 22, 34.

204 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., S. 761 und zu den Förderungsmaßnahmen S. 701 ff. Das Sozialstaatsprinzip steht in der Verfassung als Strukturprinzip gleichwertig neben der Rechts- und Bundesstaatlichkeit (so Meyer-Blaser/Gächter, § 34 Der Sozialstaatsgedanke, in: Thürer/Aubert, et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, S. 549, 553).

205 Siehe Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi, et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 8, Rn. 101. So auch Biaggini, BV, Nr. 1 BV Art. 8, Rn. 36.

tagten und Behinderten zu Hause.²⁰⁶ Der Bund selbst hat nach Art. 108 IV BV bei der Wohnbau- und Wohneigentumsförderung unter anderem die Interessen von Behinderten zu berücksichtigen.

2. BehiG

Ziel des BehiG ist es, nach Art. 1 I „Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind“. Es setzt nach Art. 1 II „Rahmenbedingungen, die es Menschen mit Behinderungen erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen und insbesondere selbstständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben“.²⁰⁷ Dabei beziehen sich die Rahmenbedingungen auf den Zugang zu öffentlichen Bauten, bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung und der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung.²⁰⁸

Hierzu werden Rechtsansprüche auf Unterlassen der Benachteiligung bei Errichtung oder Erneuerungen von Bauten gegen die zuständige Behörde im Bewilligungsverfahren²⁰⁹ und beim Angebot von Dienstleistungen durch das Gemeinwesen oder von – bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge

206 Bei der zweiten Aufgabe unterstützt der Bund gesamtschweizerische Bestrebungen zugunsten Betagter und Behindter. Zu diesem Zweck kann er Mittel aus der AHV und IV verwenden. Dazu existiert in Art. 197 Nr. 5 BV eine Übergangsbestimmung, die besagt, dass die bisherigen Leistungen gem. Art. 101bis AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, Bundesgesetz Nr. 831.10) an die Hilfe und Pflege zu Hause für Betagte und Behinderte durch die Kantone weiter ausgerichtet werden bis zum Inkrafttreten einer kantonalen Finanzierungsregelung für die Hilfe und Pflege zu Hause.

207 Die Rechtsbegriffe des BehiG werden in der Behindertengleichstellungsverordnung (Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003, Nr. 151.31) und der Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (vom 12. November 2003, Nr. 151.34) konkretisiert. Siehe zur Auslegung auch *Schweizerische Arbeitsgemeinschaft zur Eingliederung Behindeter* SAEB (Hrsg.), Invalidität und Versicherungsschutz, S. 174 ff.

208 Vgl. *Manfredi*, Glei^{che} Chancen für Menschen mit Behinderung? Vom Sonderweg zum hindernisfreien Zugang - im Speziellen zu Bauten und Anlagen, in: *Eckner* (Hrsg.), Recht des Stärkeren - Recht des Schwächeren, S. 173, 186 ff.

209 Siehe Art. 7 I BehiG. In Ausnahmefällen kann sich der Anspruch auch im Zivilverfahren auf Beseitigung richten.

erbringende – Unternehmen normiert.²¹⁰ Zudem wird der Bund in die Pflicht genommen.²¹¹ Er hat als Arbeitgeber alles daran zu setzen, Behinderten gleiche Chancen wie Nichtbehinderten anzubieten. Im Verkehr mit bestimmten Gruppen von Menschen mit Behinderung, namentlich Sprach-, Hör- und Sehbehinderten, hat er Rücksicht auf ihre besonderen Anliegen zu nehmen. Er hat bestimmte technische Normen, unter anderem für ein behindertengerechtes öffentliches Verkehrssystem und für Bauten und Anlagen des Bundes, zu schaffen und kann Programme zur Integration Behinderter durchführen.²¹² Der Bund richtet darüber hinaus ein Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen ein. Für die Kantone existiert in Art. 20 BehiG eine besondere Regelung zur Beschulung von behinderten Kindern und Jugendlichen. Diese Aufteilung ist der föderalen Zuordnung des Schulwesens zu den Kantonen geschuldet.²¹³

3. Einfachgesetzlich diskriminierungsrechtlicher Kontext

Eine allgemeine gesetzliche Normierung zur Gleichbehandlung in Form eines eigenen Gesetzes existiert in der Schweiz nicht. Für Menschen mit Behinderung setzt Art. 6 BehiG eine antidiskriminierungsrechtliche Vorschrift fest, die sich an Private richtet. So dürfen Behinderte von Privaten, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, nicht aufgrund der Behinderung diskriminiert werden.

210 Siehe Art. 8 BehiG.

211 Vgl. Art. 13-19 BehiG.

212 Weitere entsprechende Maßnahmen finden sich in bestimmten Spezialgesetzen. So normiert etwa Art. 7 III RVTG (Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006, Bundesgesetz Nr. 784.40) eine Pflicht für Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot einen angemessenen Anteil der Sendungen in einer für seh- oder hörbehinderter Weise zugänglicher Weise aufzubereiten. Siehe zu weiteren Maßnahmen *Rhinow/Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., S. 374.

213 Reformbedarf am BehiG wird insbesondere mit Blick auf den privaten Arbeitsmarkt konstatiert. So *Dupasquier*, ius.full 2010, S. 116, 117.

4. Sozialleistungsrecht

a. Invalidität als Anknüpfungspunkt

„Das Risiko der Invalidität stellt eines der zentralen, von der schweizerischen Sozialversicherungsgesetzgebung erfassten Risiken dar.“²¹⁴ Realisiert sich dieses Risiko, haben die Versicherten unterschiedliche Ansprüche leistungsrechtlicher Art, wie Maßnahmen mit dem Ziel der beruflichen oder medizinischen Rehabilitation nach Art. 8 I IVG²¹⁵ bzw. 33 I MVG, Rentenansprüche nach Art. 28 IVG, 18 I UVG bzw. 40 I MVG oder Ansprüche auf Ergänzungsleistungen nach Art. 2 c ELG.²¹⁶ Hinzu kommen weitere sozialrechtliche Ansprüche wie die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit in der Arbeitslosenversicherung (ALV) (siehe Art. 14 II AVIG).²¹⁷

Das Sozialversicherungsrecht der Schweiz stellt ähnlich wie das deutsche ein gegliedertes System dar. In diesem wird das Vorliegen der Invalidität als Anknüpfungspunkt von Leistungsansprüchen nicht einheitlich beurteilt. Vielmehr existieren bereichsspezifische Konkretisierungen. Die Komponenten der Invalidität werden von den Einzelgesetzen jeweils in ihrem funktionalen Kontext ergänzt.

So ist in der Invalidenversicherung (IV) die versicherte Person nach Art. 28 I b IVG invalid, wenn sie zum Zeitpunkt des Rentenanspruchs während eines Jahres ohne wesentliche Unterbrechung durchschnittlich mindestens zu 40 % arbeitsunfähig war. Die Unfallversicherung (UV) stellt in Art. 19 I UVG²¹⁸ darauf ab, ob von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten nicht mehr erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmaßnahmen der IV abgeschlossen sind. Ergänzungsleistungen nach Art. 4 I c ELG wer-

214 Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 8, Rn. 2.

215 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, Bundesgesetz Nr. 831.20.

216 Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) vom 6. Juni 2006, Bundesgesetz Nr. 831.30.

217 Siehe Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 8, Rn. 2.

218 Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, Bundesgesetz Nr. 832.20.

den dann gewährt, wenn die berechtigten Personen einen Anspruch auf Hilflosenentschädigung der IV haben.²¹⁹

b. Behinderung als Anknüpfungspunkt

Art. 15 II AVIG enthält als einzige Bestimmung im Sozialleistungsrecht den Begriff Behinderung.²²⁰ Danach gilt der körperlich oder geistig Behinderte als vermittelungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Behinderung wird in der Arbeitsversicherung somit allein bezogen auf die Fähigkeit zur Erwerbsarbeit betrachtet.

An den Begriff der Behinderung wird nur indirekt die Verteilung einer Sozialleistung in Form eines Ausschlussgrundes angeknüpft. Durch die AVIG wird das Risiko Arbeitslosigkeit abgesichert. Die Frage nach einer etwaigen Behinderung spielt nur bei der Beurteilung der Vermittelungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung für Leistungen des AVIG (Art. 8 If.) eine Rolle.

IV. Klassifikation

Behinderung wird im Schweizer Sozialversicherungsrecht nur im Bereich der Invalidität und damit hinsichtlich ihrer ökonomischen Einschränkung klassifiziert.

219 Hilflos ist eine Person nach Art. 9 ATSG, die wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf. Dieser Begriff ist inhaltlich dem Begriff der Behinderung sehr ähnlich, da Anknüpfungspunkt des Vorliegens und des Ausmaßes jeweils die alltäglichen Lebensverrichtungen sind, die noch selbstständig verrichtet werden können (so *Gärtner/Flückiger*, Probleme des Sozialstaats Ursachen, Hintergründe, Perspektiven, S. 58).

220 Diese Vorschrift wird in den Ausführungsbestimmungen der AVIV durch Art. 15 (Abklärung der Vermittelungsfähigkeit) und 40 b AVIV (Berechnung des versicherten Verdienstes) ergänzt.

1. Klassifikationsprozess

Dabei wird zunächst die Erwerbsfähigkeit, also die Erwerbsmöglichkeit unter Berücksichtigung der Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung in Bezug auf die jeweilige arbeitsmarktlche Situation beurteilt. Unter Erwerb versteht man grundsätzlich alle Möglichkeiten der Gewinnerzielung unter Bezugnahme auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.²²¹

Dann fließt die zeitliche Komponente – die Dauerhaftigkeit der Erwerbsunfähigkeit – in die Klassifikation ein. Invalidität wird prospektiv bestimmt. Für die Beurteilung der bleibenden (Art. 8 I Alt. 1 ATSG) oder voraussichtlich längere Zeit dauernden (Art. 8 I Alt. 2 ATSG) Erwerbsunfähigkeit bedarf es einer Prognose. Da die erste Variante einen stabilen Gesundheitszustand voraussetzt, kommt der zweiten Alternative in der Realität eine besondere Bedeutung zu.²²²

2. Invaliditätsgrad

Die Maßeinheit der Invalidität bildet der Invaliditätsgrad. Zu dessen Bestimmung legt Art. 16 ATSG fest, dass „das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichenener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, [...] zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre“, in Beziehung zu setzen ist.

In der IV wird bei der Bestimmung des Invaliditätsgrades zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Personen unterschieden.²²³ Bei Personen, die der ersten Gruppe zuzuordnen sind, steht die Methode des Einkommensvergleichs im Vordergrund.²²⁴ Dabei „hat der Einkommensvergleich in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der

221 Vgl. *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 167.

222 Vgl. *ebd.*, S. 169 f.

223 Siehe *Bucher*, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Rn. 715 f.

224 Siehe *Kieser*, ATSG-Kommentar, Art. 16, Rn. 6 f.; siehe *Geissbühler/Michaelis*, Sozialversicherungen 1 Grundlagen AHV, IV, S. 60.

Invaliditätsgrad bestimmen lässt“.²²⁵ Dies ist gerade deshalb kein leichtes Unterfangen, da es sich um die Beurteilung hypothetischer Entwicklungen handelt. Maßgebende Elemente der von der Rechtsprechung einbezogenen objektiven und subjektiven Umstände und der Berücksichtigung von Erfahrungsgrundsätzen²²⁶ sind etwa der Wille und der Lebensplan der betroffenen Person, Alter, berufliche Fähigkeit und Begabungen, finanzielle Gesichtspunkte, Hinzutreten und Wegfall von Betreuungsaufgaben, bisherige Ausgestaltung des Lebensplans und eherechtliche Aufgaben und Rollenverteilungen.²²⁷ Ist es nicht möglich, die gegenüberzustellenden Einkommen ziffernmäßig genau zu bestimmen, besteht die Option, einen Schätzungs- oder Prozentvergleich durchzuführen. Dabei „sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen“.²²⁸ Ergänzt wird dieses Verfahren von der Methode des Betätigungsvergleichs²²⁹ als „außerordentliches Invaliditätsbemessungsverfahren“²³⁰ wenn es nicht möglich ist, ein Vergleichseinkommen zuverlässig zu ermitteln.²³¹ Dies ist insbesondere bei selbstständig Erwerbstätigen der Fall. Hierbei wird die Tätigkeit, die ohne gesundheitliche Einbußen ausgeübt werden könnte, der Tätigkeit gegenübergesetzt, die unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Einbußen zumutbarerweise ausgeübt werden kann.²³² Für die Bemessung der Invalidität ist somit „darauf abzustellen, in welchem Masse der Versicherte behindert

225 BGE 114 V 310, 313.

226 Siehe BSG 117 V 194, 195 f.

227 Siehe *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 175.

228 BGE 114 V 310, 313. Das Bundesgericht führt dazu an dieser Stelle weiter aus: „Wird eine Schätzung vorgenommen, so muss diese nicht unbedingt in einer ziffernmässigen Festlegung von Annäherungswerten bestehen. Vielmehr kann auch eine Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen genügen. Das ohne Invalidität erzielbare hypothetische Erwerbseinkommen ist alsdann mit 100 % zu bewerten, während das Invalideneinkommen auf einen entsprechend kleineren Prozentsatz veranschlagt wird, sodass sich aus der Prozentdifferenz der Invaliditätsgrad ergibt (sog. Prozentvergleich; BGE 107 V 22 Erw. 2d, BGE 104 V 136 Erw. 2a und b).“.

229 Vgl. *Bolliger*, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, 12. Aufl., S. 254 ff.

230 Nicht veröffentlichte Urteile Eisenring vom 19. Januar 1978, Zurwerra vom 20. Dezember 1977 und Puglisi vom 10. März 1976; vgl. auch Rn. 116 und den Zwischentitel vor Rn. 148 der neuen Wegeleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung über Invalidität und Hilflosigkeit, Druckvorlage vom 1. Juni 1978, zitiert in BGE 104 V 135, 138.

231 Siehe *Bucher*, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Rn. 720.

232 Vgl. *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 179.

ist, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen“.²³³ Im Rahmen sonstiger Bemessungsmethoden kann zudem beispielsweise auf die Berufsunfähigkeit abgestellt werden.²³⁴

Die Invalidität nicht erwerbsfähiger Personen – gemeint sind dabei Personen, die auch ohne die gesundheitliche Einbuße nicht erwerbstätig wären – wird nach Art. 8 III ATSG²³⁵ durch den Vergleich mit ihrem bisherigen Aufgabenbereich festgestellt. Dabei kommen i. S. d. Art. 27 IVV²³⁶ die Tätigkeit im Haushalt, die Erziehung der Kinder oder gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten in Betracht. Nicht erwerbstätige Minderjährige gelten nach Art. 8 II ATSG als invalid, wenn die Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraussichtlich eine ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben wird. Die Besonderheit liegt hierbei darin, dass es sich um eine „qualifiziert auf die Zukunft ausgerichtete Betrachtungsweise“²³⁷ handelt. Dabei fehlt im Gegensatz zur Beurteilung der Invalidität Erwachsener das zeitliche Element.²³⁸

Der jeweils ermittelte Invaliditätsgrad ist ein „mathematisch exakter Prozentwert“,²³⁹ der „nach den Regeln der Mathematik auf die nächste ganze Prozentzahl auf- oder abzurunden“²⁴⁰ ist.²⁴¹ Die skalierte Gliederung des Invaliditätsgrades, bei der der jeweilige Grad einer bestimmten körperlichen Einbuße zugeordnet ist, findet in weiten Teilen der Privatversicherung Anwendung,²⁴² spielt trotzdem im Sozialversicherungsrecht keine große Rolle.

233 BGE 104 V 135, 136.

234 Siehe hierzu *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 172 f.

235 Danach gelten Volljährige, die vor der Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit nicht erwerbstätig waren und denen eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, als invalid, wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen.

236 Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961, Nr. 831.201.

237 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 184.

238 Dabei findet Art. 29 I IVG Beachtung, wonach Rentenansprüche aus der IV erst ab Vollendung des 18. Lebensjahres gewährt werden.

239 BGE 127 V 129.

240 BGE 130 V 121.

241 Vgl. auch *Bollier*, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, 12. Aufl., S. 254.

242 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 173, Fn. 112.

3. Rechtsfolgen der Klassifikation

Der Grad der Invalidität ist insbesondere für den Rentenanspruch von Bedeutung. So besteht nach Art. 28 II IVG bei einem Invaliditätsgrad von 40 % ein Anspruch auf eine Viertelrente, bei mindestens 50 % auf eine halbe Rente, bei mindestens 60 % auf eine Dreiviertelrente und bei mindestens 70 % auf eine volle Rente.²⁴³ Ein Mindestinvaliditätsgrad zur Beziehung einer Rente besteht nicht.²⁴⁴

D. Synthese

I. Die Behinderungsbegriffe im Lichte der ICF

1. Deutschland

Der Behinderungsbegriff im deutschen Sozialrecht war und blieb auch nach der Einführung des § 2 I SGB IX und des § 3 BGG individualisierend schädigungsorientiert.²⁴⁵

a. Der Begriff im Lichte der ICF

Die sozial- wie diskriminierungsrechtliche Definition nahm zwar Gedanken der ICF insofern auf, als sie die Partizipationsbeeinträchtigung betont.²⁴⁶ Sie geht jedoch den Weg zum relationalen Behinderungsbegriff der ICF nicht mit, da sie eine Kausalität zwischen der Schädigung bzw. Aktivitätsbeeinträchtigung und der Partizipationsbeeinträchtigung erfordert.²⁴⁷

243 Widmer, Sozialversicherungsrecht transparent, S. 96.

244 Vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 16, Rn. 5.

245 Siehe Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 64, vgl. dazu auch Felkendorff, Ausweitung der Behinderungszone: Neue Behinderungsbegriffe und ihre Folgen, in: Cloerkes (Hrsg.), Wie man behindert wird, S. 25, 32 ff.

246 Vgl. BT-Drs. 14/5074, S. 98.

247 Vgl. zum Zusammenhang zwischen dem allgemeinen und speziellen Behinderungsbegriff der ICF und dem Begriff des SGB IX die Übersicht bei Schuntermann, Einführung in die ICF, 2. Aufl., S. 36.

Zudem ist expliziter Anfangspunkt der Sicht auf Behinderung die am Menschen mit Behinderung selbst ansetzende Schädigung. Es bleibt also dabei, dass eine „Teilhabestörung ohne medizinisches Substrat [...] rechtlich unerheblich“ ist.²⁴⁸ Der rechtliche Behinderungsbegriff hält darüber hinaus an einem an nichtbehinderten Menschen orientierten Normalitätskonzept explizit fest, indem es den für das Lebensalter typischen Zustand zum Bewertungsmaßstab der Funktionsstörung erklärt.²⁴⁹ In diesen Punkten ist der Behinderungsbegriff insoweit mit der ICF konsistent, als diese zwar versucht, das soziale Modell zu implementieren, letztlich aber ebenfalls von einem personenbezogenen Gesundheitsproblem ausgeht und die individuelle Leistungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen an derjenigen von Menschen ohne Behinderung misst.²⁵⁰

b. Auswirkung auf den verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff

In Weiterentwicklung von § 3 SchwBGB a. F. hat sich das Element der Partizipationsbeeinträchtigung als Teil des Behinderungsbegriffs in § 2 SGB IX bzw. § 3 BGG auch rechtlich etabliert. Das BVerfG hat seine verfassungsrechtliche Interpretation an die alte Begriffsbestimmung angelehnt. Fraglich ist nunmehr, ob sich der dargestellte Entwicklungsprozess in der verfassungsrechtlichen Interpretation niederschlagen kann oder dies sogar muss.

Der erste Aspekt beinhaltet die Frage nach der Interpretation des Verfassungsrechts durch einfaches Recht. Zu beachten ist hierbei das Rangverhältnis zwischen GG und einfachem Gesetzesrecht. Grundrechte stellen Elemente eines wertgebundenen Systems dar.²⁵¹ Dieses Stufenverhältnis wurde zum Anlass genommen, aus der Interpretation von Verfassungsrecht durch einfachrechtliche Normierungen die Gefährdung des verfassungsrechtlichen Begriffstandes abzuleiten.²⁵² Um die Gesetzmäßigkeit der Verfassung zu erhalten, wurde eine Auslegungspraxis abgelehnt, die ohne sich

248 So *Masuch*, Die Beeinträchtigung der Teilhabe in der Gesellschaft, in: von *Wulffen* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 199, 210.

249 Vgl. auch *Luthe*, SGb 2009, S. 569, 571.

250 Vgl. zu dieser Kritik an der ICF auch *Hirschberg*, Ethik Med 2003, S. 171, 177.

251 So *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig, et al.* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Rn. 52.

252 Siehe *Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 5.

um eine eigenständige Verfassungsauslegung zu bemühen, Verfassungsbe-
griffe aus niedrigeren Normbereichen herleitet.²⁵³ Dies bedeutet aber keinen
apodiktischen Ausschluss des einfachen Rechts als Auslegungshilfe des
Verfassungsrechts, da ein formeller Rangunterschied materielle Bezüge
nicht ausschließt. Gerade bei Grundrechten mit Sozialbezug ist die Realisie-
rung der Verfassung auf die Initiative des einfachen Gesetzgebers ange-
wiesen.²⁵⁴ Was die einfachrechtliche Normierung damit abbildet, ist eine
Orientierungshilfe für eine verfassungsrechtliche Interpretation.²⁵⁵ In ein-
fachrechtlichen Regelungen schlägt sich eine Wandlung der Sicht auf Be-
hinderung nieder. An dieser kann sich das BVerfG orientieren. Diesen Weg
hat das Gericht bereits in der Sonderschulentscheidung²⁵⁶ eingeschlagen,
indem es auf den zum Zeitpunkt der Einführung des Art. 3 III S. 2 GG gel-
tenden einfachrechtlichen Behinderungsbegriff des § 2 SchwbG ver-
wies.²⁵⁷ Eine Verengung des verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriffs
durch die von § 2 SGB IX bzw. § 3 BGG beinhalteten, einschränkenden Be-
griffsmerkmale Dauer und alterstypische Beeinträchtigungen ist indessen
nicht möglich. Dies gilt ebenso für den Gedanken, den Schutzbereich des
Art. 3 III S. 2 GG nur auf schwerbehinderte Menschen zu erstrecken.²⁵⁸

Solche Einschränkungen sind unabhängig von diesen methodischen Be-
denken auch nicht geboten, da es sich bei den genannten Legaldefinitionen
um bereichsbezogene Klassifikationen handelt.²⁵⁹ An diese sind, wie dar-
gelegt, unterschiedliche Rechtsfolgen mit differierenden Zielen geknüpft.
Darüber hinaus ist Art. 3 III S. 2 GG selbst hinsichtlich seiner Rechtsfolgen
zweipolig. Er beinhaltet eine objektive Wertentscheidung ebenso wie ein
subjektives Abwehrrecht. Der Wandel bei der Festsetzung von Behinderung
als Rechtsbegriff muss sich in der verfassungsrechtlichen Interpretation nied-
erschlagen. Diese hat jedoch rechtsfolgenorientiert zu erfolgen. Um die
Anbindung an die Diskussion in anderen Disziplinen nicht zu verlieren und
eine umfassende Behinderungspolitik auch an den rechtlichen Begriff der

253 So *ebd.*, S. 33 ff.

254 So *Majewski*, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, S. 86.

255 In diesem Sinne auch *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 79; so-
wie *Reichenbach*, SGb 2002, S. 485, 490.

256 BVerfGE 96, 288, 301.

257 Vgl. *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), S. 49 f. mit
Ausführungen dazu, dass dieser Begriff zum Zeitpunkt der Verfassungsänderung
nicht so klar umgrenzt war wie das BVerfG dies angenommen hatte.

258 Im Ergebnis ebenso *Neumann*, NVwZ 2003, S. 897, 898 f.

259 In diesem Sinne auch *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Nr. Art. 3, Rn. 310.

Behinderung knüpfen zu können, sollte der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung im Rahmen der objektiven Wertentscheidung im Sinne der ICF interpretiert werden. Bei der Auslegung des Art. 3 III S. 2 GG als subjektives grundrechtliches Abwehrrecht ist allein die Klassifikation als Antidiskriminierungsrecht für eine restriktive Auslegung entscheidend. Dies macht eine Fokussierung auf die Elemente Schädigung und Aktivitätsbeeinträchtigung nötig. Zudem ist eine kausale Verknüpfung der Begriffselemente essenziell.

2. Schweiz

Der Begriff der Behinderung ist im Schweizer Recht ebenfalls individualisiert schädigungsorientiert. Der dreigliedrige Begriff setzt eine kausale Verknüpfung seiner Komponenten voraus und verwirklicht damit ebenfalls das relationale Konzept der ICF nicht. Der Einfluss der ICF ist in der Aufnahme der Partizipationsbeeinträchtigung in die Begriffsdefinition zu erkennen. Im Unterschied zum deutschen Recht ist bei der Teilhabebeeinträchtigung der Bereich der Erwerbsfähigkeit explizit genannt. Dies korreliert mit dem Gewicht dieses Teilhabebereichs in der Sozialversicherung. Die Erwerbsfähigkeit spielt im Sozialleistungsrecht eine gewichtige Rolle, da sie die Basis der Invaliditätsfeststellung ist. Gerade an die Invalidität ist die Erbringung von Sozialleistungen im Rahmen des IVG geknüpft. So wird der Mensch mit Behinderung im Schweizer Recht stärker als im deutschen Recht im Kontext seiner möglichen Erwerbstätigkeit gesehen.

II. Die Normkategorien

1. Objektive Wertentscheidung

Sowohl das deutsche GG als auch die BV enthalten neben Benachteiligungsverboten die objektive Wertentscheidung für Leistungen zur Nachteilsvermeidung für Menschen mit Behinderungen als Ausprägung eines sozialen Staatsziels. Während dies in Deutschland eine durch Auslegung gewonnene Erkenntnis darstellt, ist das Ziel in der Schweiz in Art. 8 IV BV ausdrücklich in die Verfassung implementiert.

1. Kapitel: Behinderung

2. Subjektive Rechte/Ge- und Verbote

Einfachrechtliche antidiskriminierungsrechtliche Normierungen werden in Deutschland wie der Schweiz individualisiert, schädigungsorientiert ausgelegt.

Die Behinderungsgleichstellungsgesetze rekurrieren v. a. auf den Begriff der Barrierefreiheit. Damit werden Menschen mit Behinderung in Bezug zu einem speziellen Lebenskontext gestellt. Es handelt sich um bereichsspezifische Normierungen. Sofern spezielle Rechte an den Rechtsbegriff Behinderung geknüpft werden, verengt das Gesetz den Rechtsbegriff auf spezielle Behinderungsarten hin.

Das deutsche Recht schafft zusätzlich für schwerbehinderte Menschen spezielle Rechte und zugleich Pflichten für Arbeitgeber in Bezug auf diesen Personenkreis. Die Abgrenzung gegenüber anderen Personen erfolgt durch die schädigungsorientierte Zuordnung eines Behinderungsgrades.

3. Sozialleistungsrecht

Der Behinderungsbegriff im deutschen Sozialleistungsrecht hat eine Verteilungsfunktion, da an ihn der grundsätzliche Sozialleistungsanspruch der Leistungen zur Teilhabe nach §§ 4 ff. SGB IX geknüpft ist. Für eine bereichsspezifische Präzisierung sorgt die Festlegung des GdB.

Das Schweizer Sozialleistungsrecht knüpft an den Rechtsbegriff der Invalidität an. Ihre Kategorisierung erfolgt durch die Klassifikation der Erwerbsfähigkeit. Diese wird wiederum kausal in Bezug auf die Schädigung bewertet.

III. Ein Begriffsvorschlag für das deutsche Recht

1. Einführung eines relationalen Behinderungsbegriffs

Die Einführung eines relationalen Behinderungsbegriffs ist im deutschen Recht dort systemkonform, wo sich eine objektive Wertentscheidung zeigt. Diese wird an die Auslegung des Art. 3 III S. 2 GG geknüpft. Die Implementierung einer Definition in die Verfassung selbst stimmt nicht mit dem verfassungsrechtlichen Ordnungsprinzip überein.

Dem bisherigen Regelungssystem entspricht die Einführung eines am Begriff der WHO angelehnten Behinderungsbegriffs in § 2 I SGB IX und § 3 BGG. Das BVerfG rekurrierte in seiner Entscheidung zur Sonderschuleinweisung auf den damals geltenden § 3 SchwBGG. In den dargestellten Grenzen kann es einfachrechtliche Regelungen als Auslegungshilfe beziehen.

§ 2 I SGB IX und § 3 I BGG n.F. könnten somit lauten:

„Menschen mit Behinderungen sind durch die Wechselwirkung zwischen ihrer Person, der ein Gesundheitsproblem beigemessen wird, und ihren Kontextfaktoren in ihrer Funktionsfähigkeit, ihren Aktivitäten und/oder ihrer Teilhabe eingeschränkt.“

2. Im Sozialleistungsrecht

Nach den oben festgestellten funktionellen Anforderungen an die Normkategorie Sozialleistungsrecht muss die bestehende kausale Verknüpfung in der Behinderungsdefinition des § 2 I SGB IX erhalten bleiben. Auch die Sechsmonatsgrenze stellt sich als innerhalb des Sozialrechts konsequent dar, da sie einen Ansatzpunkt zur Abgrenzung zum Begriff der Krankheit bereithält. Es wird vorgeschlagen, § 2 I SGB IX jetziger Fassung als Absatz zwei in § 2 SGB IX n.F. beizubehalten.

Dabei sollte das individualisierte Adjektiv „behindert“ durch den, auch in der UN-BRK verwendeten, Begriff des „*Menschen mit Behinderung*“ ersetzt werden. Zudem sind die Worte „behindert im Sinne des Teils I“ einzufügen, um die Abgrenzung zum allgemeinen Behinderungsbegriff des neuen Absatzes eins klarzustellen. Zusätzlich sollte Satz zwei geändert werden, um klarzustellen, dass dieser sowohl die Gefahr der Funktionsstörung als auch der Teilhabebeeinträchtigung umfasst. Statt dem Wort „*Beeinträchtigung*“ werden somit die Worte „*Funktionsstörung*“ oder „*Teilhabebeeinträchtigung*“ eingefügt.

§ 2 II SGB IX n.F. könnte somit lauten:

„Menschen mit Behinderungen im Sinne des Teils I sind Menschen, deren körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn eine Funktionsstörung oder Teilhabebeeinträchtigung zu erwarten ist.“

Die bisherigen Absätze können beibehalten und als Absätze drei bzw. vier neu nummeriert werden.

3. Im Diskriminierungsrecht

Für das deutsche Antidiskriminierungsrecht hat *Fuerst* die Verengung der Definition gefordert und folgende – als § 1 II oder § 1 a einzufügende – Definition für das AGG vorgeschlagen: „*Behinderung im Sinne des Gesetzes ist ein auf einer Schädigung beruhender Zustand, der sich in der Beeinträchtigung einer wesentlichen körperlichen, geistigen und seelischen Aktivität nach außen niederschlägt.*“²⁶⁰

Um eine einheitliche Verwendung zu gewährleisten, wird angeregt, auf diesen AGG-Begriff in allen einfachrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften hinzuweisen, in denen Behinderung als unzulässiges Differenzierungsmerkmal genannt ist. Dies sind §§ 33 c S. 1 SGB I, 19 a S. 1 SGB IV und 7 II S. 1 BGG. Umsetzbar ist dies beispielsweise durch Einführung eines neuen Satz drei in den jeweiligen Absätzen.

4. Auswirkungen auf das Schwerbehindertenrecht

Wie dargelegt, ist das Schwerbehindertenrecht zweipolig. Es enthält erstens als besonderes Sozialleistungsrecht Teilhabeleistungen. Insofern kann auf das unter Punkt 2. Ausgeführte verwiesen werden.

Zweitens normiert es subjektive Rechte für schwerbehinderte Menschen. Diese können sich gegen Private richten, wenn sie beispielsweise die kostenlose Beförderung im Straßenverkehr zum Inhalt haben oder besondere Arbeitnehmerrechte implizieren. Drittens wird eine Beschäftigungsquote für Arbeitgeber festgelegt. Sofern Private verpflichtet werden, ist die Situation im Schwerbehindertenrecht der Situation im Diskriminierungsrecht vergleichbar. Hier wie dort wird in die Handlungsfreiheit Privater eingegriffen. Deshalb muss auch hier der Kreis der Personen, denen Rechte zu stehen, klar abgrenzbar sein. Eine Verengung der in § 2 I SGB IX vorgenommenen Behinderungsdefinition ist dennoch in diesem Teilbereich nicht, wie von *Fuerst* in Bezug auf das Diskriminierungsrecht gefordert, notwen-

260 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, S. 259.

dig. Dies liegt in der Klassifikation der Schwerbehinderteneigenschaft anhand des GdB begründet. Diese erfolgt bereits schädigungsorientiert und kausal. Insoweit ist der Konzentration auf die Elemente Schädigung und Aktivitätsbeeinträchtigung Genüge getan. Deshalb ist auch ein Verweis auf eine etwaige AGG-Definition im Benachteiligungsverbot des § 81 II SGB IX entbehrlich.

Solange Ansatzpunkt der subjektiven Rechte im Schwerbehindertenrecht die Schwerbehinderteneigenschaft bleibt und diese schädigungsorientiert, kausal klassifiziert wird, bedarf es keiner Begriffsanpassungen oder Verweise im Teil 2 des SGB IX.