

# Luisa Finger: Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots des Mitführens eines Blindenhundes in einer Arztpraxis – Eine Entscheidungsanalyse

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft sowie des LL.B. Recht und Wirtschaft im 5. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag entstand im Rahmen des Seminars „Urteile kritisch lesen“ bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht (Lehrstuhl Zivilrecht X).

## A. Einleitung

Im Jahr 2019 lebten 9,5 % der deutschen Gesamtbevölkerung mit einer anerkannten Schwerbehinderung.<sup>1</sup> Das Merkmal der Behinderung wurde nach der deutschen Wiedervereinigung im Jahr 1994 in die speziellen Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes aufgenommen.<sup>2</sup> Noch immer mangelt es dem aktuellen Teilhabebericht der Bundesregierung zufolge an ausreichend Barrierefreiheit bzw. Zugänglichkeit, um Art. 26 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen gerecht zu werden und behinderten Personen gleichberechtigte Teilhabe in allen Lebensbereichen zu gewährleisten.<sup>3</sup> Das stellt die Frage, ob und warum Art. 3 III 2 GG faktisch (beinahe) wirkungslos geblieben ist.<sup>4</sup>

Diesem Beitrag liegt der Beschluss der zweiten Kammer des zweiten Senats des BVerfG (Az: 2 BvR 1005/18) vom 30. Januar 2020 zugrunde. Da es sich dabei um eine verfassungsrechtliche Entscheidung handelt, soll die dogmatische Begründung des Gerichts schwerpunktmäßig hinsichtlich der Bedeutung und Interpretation des Art. 3 III 2 GG untersucht werden.

## B. Der Beschluss

### I. Sachverhalt

Die sehbehinderte Beschwerdeführerin (Bf.) war auf Grundlage eines Behandlungsvertrags i.S.d. § 630a I BGB bis zum 29.09.2014 Patientin in einer Physiotherapiepraxis. Zugang zu der Praxis besteht über zwei Wege, die durch Hinweisschilder öffentlich kenntlich gemacht werden: einerseits über eine

Stahlgittertreppe auf der Außenseite des Gebäudes und andererseits ebenerdig mittels Durchquerung des Warteraums der angrenzenden orthopädischen Gemeinschaftspraxis. Aufgrund ihrer Blindheit führt die Bf. stets eine Blindenhündin mit sich. Nachdem die Bf. den Weg durch die orthopädische Praxis bereits mehrfach benutzt hatte, untersagten die Ärzte\*innen ihr am 08.09.2014 den Zutritt in Begleitung der Hündin und forderten die Bf. dazu auf, den Weg über die Treppe zu benutzen. Als die Bf. am 29.09.2014 erneut die Praxis durchqueren wollte, verweigerten die Ärzte\*innen ihr den Durchgang. Es stehe der Bf. weiterhin frei, den Weg ohne ihre Hündin oder aber die Außentreppe zu nutzen.<sup>5</sup>

## II. Prozessgeschichte

### 1. Erstinstanz: LG Berlin

Die Bf. verklagte die Ärzte\*innen der Gemeinschaftspraxis in erster Instanz vor dem LG Berlin und verlangte Duldung des Zu- und Durchgangs ihrer Person in Begleitung der Blindenführhündin innerhalb der Öffnungszeiten der involvierten Praxen.<sup>6</sup>

Nach dem Vortrag der Bf. könne ihre Führhündin die Stahlgittertreppe wegen des hohen Verletzungsrisikos nicht betreten, sodass ihr faktisch keine Möglichkeit bliebe, die Physiotherapiepraxis mit der Hündin zu erreichen (Rn. 4). Das allgemeine Hundeverbot in der Arztpraxis stelle eine ungerechtfertigte mittelbare Diskriminierung i.S.d. § 3 II AGG dar, weil es Personen mit Blindenführhunden besonders stark belaste und in ihrem Recht auf selbstbestimmte Lebensführung beeinträchtige (Rn. 5).

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Behinderte-Menschen/Tabellen/schwerbehinderte-alter-geschlecht-quote.html>, 2020, zuletzt abgerufen am 31.08.2021.

<sup>2</sup> Art. 1 Nr. 1b des 42. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

<sup>3</sup> BMAS, Zweiter Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, 2017, S. 284.

<sup>4</sup> Diese These vertritt Degener, Theresia, Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland, KJ 33 (2000), S. 425 (425).

<sup>5</sup> BVerfG v. 30.01.2020 – 2 BvR 1005/18, Rn. 2 f. Der Beschluss wird im Folgenden unter Angabe der Rn. im Fließtext zitiert.

<sup>6</sup> LG Berlin v. 07.11.2016 – 6 O 66/16, BeckRS 2016, 137800, Rn. 12.

Mit Urteil vom 07.11.2016 wies das LG Berlin die Klage zurück. In seinen Ausführungen stellte das LG unter Verweis auf ein Gutachten des Robert-Koch-Instituts zwar fest, dass von Hunden allenfalls eine unerhebliche Infektionsgefahr ausgehe. Jedoch bestehe der von der Bf. geltend gemachte Anspruch nicht. Erstens sei zwischen ihr und der orthopädischen Praxis kein Vertragsverhältnis in Gestalt eines Leihvertrags über die unentgeltliche Nutzung der Räumlichkeiten zustande gekommen, sodass sich hieraus auch kein etwaiger Duldungsanspruch begründen könne.<sup>7</sup> Das bloße Aufstellen eines Wegweisers begründe keinen Rechtsbindungswillen, sondern sei eine bloße Gefälligkeit, da zugleich eine alternative Zugangsmöglichkeit zu der Physiotherapiepraxis bestehe und die Patienten mithin grundsätzlich kein erheblich gesteigertes Interesse an der zusätzlichen Nutzungsmöglichkeit hätten.<sup>8</sup>

Zweitens sei auch der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbotens gem. § 19 AGG nicht eröffnet. Das Erschweris der Wiederaufnahme der physiotherapeutischen Behandlung stelle nämlich kein einem „Massengeschäft“ i.S.d. § 19 I Nr. 1 AGG ähnliches Rechtsverhältnis dar, weil der Vertrag nicht hinreichend standardisiert sei.<sup>9</sup>

## 2. Berufung: KG

Die zulässige Berufung der Bf. wies das KG mit Beschluss vom 12.12.2018 gem. § 522 II ZPO unverzüglich zurück, da sie offensichtlich unbegründet sei.<sup>10</sup> In seinen Ausführungen verweist der Senat im Wesentlichen auf den im Voraus erlassenen Hinweisbeschluss.

Zwar sei der physiotherapeutische Behandlungsvertrag ein einem Massengeschäft ähnlicher Vertrag und mithin der Anwendungsbereich der §§ 19 I Nr. 1, 21 I 1 AGG eröffnet.<sup>11</sup> Jedoch fehle es an einer tatbestandsmäßigen Benachteiligung i.S.d. § 3 I, II AGG. Unmittelbar werde die Bf. nicht benachteiligt, weil das Zutrittsverbot nicht sie persönlich betreffe, sondern ihre Hündin.<sup>12</sup> Unter Abwägung der Interessen der Parteien im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung könne aufgrund der angeführten hygienischen Gründe auch eine mittelbare Diskriminierung nicht festgestellt werden. Das auf der Privatautonomie aufbauende Ziel, den reinlichen Eindruck ihrer Praxis gegenüber anderen Patienten zu wahren, rechtfertige das

Verbot. In diesem Kontext sei es für die Bf. zumutbar, die Hündin für die Dauer der Behandlung vor der Praxis zurückzulassen und sich von einer anderen Person führen zu lassen.<sup>13</sup>

Sofern man eine Ausstrahlungswirkung der Gleichheitssätze auf das Zivilrecht annehme, sei auch die gerügte Verletzung von Art. 3 III 2 GG durch das Verbot nicht ersichtlich. Die Bf. mache nicht kenntlich, welcher unbestimmte Rechtsbegriff vorliegend im Lichte der Grundrechte auszulegen sei. Zudem regele das AGG den Sachverhalt abschließend, sodass ein Rückgriff auf das Verfassungsrecht nicht erforderlich sei.<sup>14</sup>

## III. Lösung des Gerichts

Die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des KG hatte Erfolg. Das BVerfG hob ihn auf und verwies ihn zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (Rn. 49). Die Kammer gab der Verfassungsbeschwerde gem. § 93c I 1 BVerfGG einstimmig statt (Rn. 28). Soweit zulässig, sei sie auch begründet.

Insofern die Verfassungsbeschwerde das erstinstanzliche Urteil des LG Berlin angreife, sei sie aufgrund des entfallenen Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig (Rn. 30). Die Prüfung einer möglichen Verletzung des Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG lässt die Kammer offen (Rn. 48).

Die Bf. werde zumindest in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 III 2 GG verletzt. Das Berufungsgericht habe die Ausstrahlungswirkung des Art. 3 III 2 GG auf das Zivilrecht verkannt, indem es diese bei der Auslegung der mittelbaren Benachteiligung nach § 3 II AGG nicht berücksichtigt habe (Rn. 41). Maßgeblich für die Grundrechtsverletzung sei, dass der Paradigmenwechsel, den die Norm enthalte, missachtet worden sei (Rn. 42). Demnach ziele das Grundrecht darauf ab, Menschen mit Behinderung einen eigenständigen Schutzanspruch vor Diskriminierung zu gewähren und sie gerade nicht durch Fürsorgemaßnahmen von anderen abhängig zu machen (Rn. 36). Als Vergleichsgruppe seien im Rahmen der Prüfung des speziellen Gleichheitssatzes mithin nicht behinderte, selbstständige Personen heranzuziehen (Rn. 42). Die Blindenhündin sei für die Bf. ein notwendiges Hilfsmittel,

<sup>7</sup> *LG Berlin v. 07.11.2016* – 6 O 66/16, BeckRS 2016, 137800, Rn. 24 ff.

<sup>8</sup> *LG Berlin v. 07.11.2016* – 6 O 66/16, BeckRS 2016, 137800, Rn. 26.

<sup>9</sup> *LG Berlin v. 07.11.2016* – 6 O 66/16, BeckRS 2016, 137800, Rn. 32.

<sup>10</sup> *KG v. 12.12.2018* – 20 U 160/16, juris, Rn. 33.

<sup>11</sup> *KG v. 12.12.2018* – 20 U 160/16, Rn. 15.

<sup>12</sup> *KG v. 12.12.2018* – 20 U 160/16, Rn. 19.

<sup>13</sup> *KG v. 12.12.2018* – 20 U 160/16, Rn. 28.

<sup>14</sup> *KG v. 12.12.2018* – 20 U 160/16, Rn. 32.

um den Alltag selbstständig zu bewältigen. Aus diesem Grund könne von der Bf. nicht verlangt werden, dass sie den Hund zurücklässt und sich von fremden Menschen durch die Praxis führen lässt (Rn. 47).

## C. Analyse

### I. Rechtsproblem

Das BVerfG stützt seine Entscheidung maßgeblich darauf, dass das Berufungsgericht den Paradigmenwechsel, der Art. 3 III 2 GG zu entnehmen sei, verkannt habe (Rn. 42). Aufgrund dieses Gewährleistungsgehalts des Grundrechts stehe der Bf. anstelle von Maßnahmen der Fürsorge ein „Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung“ (Rn. 36) zu. Hinter dieser Argumentation stehen die entscheidungswirksamen Fragen, ob ein solcher Paradigmenwechsel tatsächlich stattgefunden hat, woran diese Entwicklung festzumachen ist und was sie für die Auslegung von Art. 3 III 2 GG bedeutet.

Rechtsdogmatisch ist hier nach dem Wertgehalt der Norm gefragt, der das Benachteiligungsverbot, den staatlichen Förderauftrag und die objektive Wertentscheidung aus Art. 3 III 2 GG inhaltlich ausgestaltet. Dass der Regelungsgehalt des Grundrechts – den Behinderungsbegriff eingeschlossen – nur unklar umgrenzt ist, lässt sich auf die sporadische Rechtsprechung dazu zurückführen. Grund dafür ist einerseits das geringe Alter der Norm. Andererseits sind viele relevante Fragestellungen einfachgesetzlich geregelt (insbesondere in SGB IX, BGG und AGG), weshalb selten Anlass zu verfassungsrechtlicher Rechtsprechung besteht.

### II. Vertretene Lösungsansätze

#### 1. Fürsorge und Rehabilitation

##### a) Konzept

Zum Zeitpunkt der Einführung des Art. 3 III 2 GG dominierte in Deutschland der „tradierte sozialstaatlich-rehabilitative Umgang“ (Rn. 36) mit behinderten Menschen. Für lange Zeit baute die Politik auf Rehabilitationsmaßnahmen auf, die darauf abzielten, die medizinischen Funktionsbeeinträchtigungen der Betroffenen zu beheben und Menschen mit Behinderung so an ihre Umwelt anzupassen.<sup>15</sup> Um den besonderen Bedürfnissen

behinderter Menschen Rechnung zu tragen, wurden sie von der restlichen Gesellschaft getrennt und besonders behandelt. Aus Gründen der Umsetzbarkeit fand dies vor allem institutionalisiert statt, etwa in Sonderschulen und Heimen.<sup>16</sup>

Diese Absonderung einerseits und die Darstellung der Beeinträchtigungen als etwas, das man loszuwerden versuchte, fanden Ausdruck in einem bestimmten Menschenbild von behinderten Personen. Ihre biologischen Defizite versuchte man mittels rechtlicher und rehabilitativer Fürsorgemaßnahmen zu kompensieren.<sup>17</sup>

##### b) Auswirkungen auf den Fall

Eine Beurteilung des vorliegenden Falles nach diesem Verständnis ergibt, dass die Bf. die Räumlichkeiten der orthopädischen Praxis mithilfe der Unterstützung anderer ohne ihre Hündin hätte durchqueren können. Da es gerade nicht auf das Selbstbestimmungsrecht der Bf. ankommt, wäre es für sie zumutbar, die Hilfe anzunehmen. Die Beeinträchtigung könnte dadurch kompensiert werden, dass andere Menschen die behinderte Frau führen und so ihrem Fürsorgebedürfnis gerecht werden.

##### c) Kritik

Insbesondere in der sozialrechtlichen Literatur wird dieser Ansatz kritisiert. Erstens bringt Fürsorge stets das Risiko der Entmündigung und Bevormundung mit sich.<sup>18</sup> Während sie gewissermaßen dazu verurteilt werden, anderen als Objekt der Fürsorge zur Last zu fallen, können Menschen mit Behinderung wegen des wohltätigen Charakters der Hilfeleistungen keinen Anspruch darauf erheben.<sup>19</sup> So wird die Rechtsposition der Betroffenen erheblich geschwächt.

Zweitens wird die Umwelt mit den darin liegenden Barrieren nicht verändert. Stattdessen müssen sich die behinderten Menschen an diese nichtbehinderte Umgebung anpassen. Das birgt die Gefahr, dass weder die Barrieren noch die stigmatisierende Diskriminierung von Menschen mit Behinderung als solche erkannt werden.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Degener, KJ 33 (2000), S. 425 (426).

<sup>16</sup> Degener, KJ 33 (2000), S. 425 (426).

<sup>17</sup> Welte, Felix, Behinderung und Rehabilitation: Ist das Besondere von allgemeinem Interesse für Recht und Politik?, KJ 45 (2012), S. 366 (371).

<sup>18</sup> Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 3 Rn. 534.

<sup>19</sup> Vgl. Graumann, Sigrid, Assistierte Freiheit: Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, 2011, S. 8.

<sup>20</sup> Degener, KJ 33 (2000), S. 425 (426).

## 2. Paradigmenwechsel zu Teilhabe und Selbstbestimmung

### a) Konzept

Eine steigende Anzahl von Autor\*innen vertritt aus den genannten Gründen eine andere Auffassung. Mit Blick auf die Nähe der Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG zur unantastbaren Würde des Menschen<sup>21</sup> verkennt das vorgestellte Verständnis den aus Art. 1 I GG resultierenden Achtungsanspruch sowie die Menschenrechte behinderter Personen in besonderem Maße. Die Menschenwürde differenziert nicht zwischen Norm und Abweichung, sondern steht behinderten Personen ebenso zu wie nicht behinderten.<sup>22</sup> Um dem gerecht zu werden, dürfen Menschen mit Behinderung nicht als bloße Fürsorgeobjekte angesehen werden, die karitativer Hilfe bedürfen. Sie sind vielmehr selbstbestimmte Subjekte der Teilhabe, denen die gleichen Rechte und Pflichten zustehen wie allen Personen.<sup>23</sup> Diese umfassen auch ein Recht auf selbstbestimmte, unabhängige Lebensgestaltung. Infolge des Paradigmenwechsels stellt die strukturelle Diskriminierung und Ausgrenzung behinderter Menschen – bspw. durch das Fehlen von Treppen, Blindenschrift und Gebärdensprache – keine notwendige Konsequenz von medizinischen Beeinträchtigungen dar, sondern das Ergebnis politischer und persönlicher Entscheidungen.<sup>24</sup>

### b) Historische Entwicklung

Dieses menschenrechtliche Konzept wurde um die Jahrtausendwende entwickelt. Im Rahmen der Bewegung behinderter Menschen kamen vereinzelt bereits seit den 1970ern Forderungen nach speziellen Gleichstellungsgesetzen auf und die Vereinten Nationen riefen von 1982 bis 1993 die Dekade von Menschen mit Behinderung aus. Dadurch steigerte sich das gesellschaftliche und politische Bewusstsein für ihre Anliegen. Auch die Erweiterung des Art. 3 III GG ist auf den Einsatz der Interessenvertretung behinderter Menschen zurückzuführen.<sup>25</sup> Die internationale Debatte rund um einen Paradigmenwechsel hin zu einer „human rights perspective“<sup>26</sup> nahm jedoch erst mit dem Einsatz des UN-Sonderberichterstatters Bengt Lindqvist im Jahr 1994 ihren

Anfang.<sup>27</sup> Diese neue politische Richtung wurde seit dem Ende der 1990er Jahre auch in Deutschland eingeschlagen.<sup>28</sup> Dies manifestierte sich maßgeblich in der Einführung des Neunten Sozialgesetzbuches<sup>29</sup> im Jahr 2001.

### c) Auswirkungen auf den Fall

Unter Zugrundelegung des neu definierten Normzwecks ist es in dem vorliegenden Sachverhalt erforderlich, jene Barrieren in der Umwelt zu beseitigen, die der Bf. den selbstständigen Zugang zur Physiotherapiepraxis verwehren. Diese Hürde kann zum einen in dem Mitführverbot für die Blindenhündin der Bf. innerhalb der orthopädischen Praxis gesehen werden. Zum anderen liegt auch in der Stahlgittertreppe eine Barriere. Deren mit Kosten verbundener Umbau erscheint mit Blick auf das mildere Mittel jedoch nicht verhältnismäßig. Mithin ist das gegen die Hündin ausgesprochene Durchgangsverbot in Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen nicht haltbar.

## III. Analyse und Einordnung der Entscheidung

In seiner Begründung umgrenzt das Gericht zunächst ausführlich den abstrakten Prüfungsmaßstab und die der Entscheidung zugrunde liegenden Prinzipien (Rn. 32–40). Dabei nimmt es bereits verschiedene Weichenstellungen vor. In der Subsumtion des Prüfungsgegenstandes unter diese Maßstäbe greift die Kammer auf diese Weichenstellungen sowie weitere Prämissen zurück (Rn. 41–47).

### 1. Anwendbarkeit des AGG

Als erste Prämisse legt das BVerfG im Anschluss an das Berufungsgericht zugrunde, dass das AGG in dem vorliegenden Sachverhalt über den physiotherapeutischen Behandlungsvertrag zur Geltung kommt (vgl. Rn. 41). Mit Blick auf das erstinstanzliche Urteil, das den Anknüpfungspunkt des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots noch diskutierte, erscheint diese These fragwürdig. Die Überprüfung des KG-Beschlusses dahingehend liegt zwar außerhalb des verfassungsrechtlichen

<sup>21</sup> Uerpmann-Witzack, Robert, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Art. 3 III als unterschätzte verfassungsrechtliche Norm, ZäöRV 2008, S. 359 (362).

<sup>22</sup> Vgl. Schmahl, Stefanie, Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, AVR 45 (2007), S. 517 (517).

<sup>23</sup> Vgl. Pletscher, Ulrike, 60 Jahre Grundgesetz und Sozialverfassung, NZS 2010, S. 372 (373); Quinn, Gerard/Degener, Theresia, Human Rights and Disability, 2002, S. 14.

<sup>24</sup> Degener, Theresia, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, ZäöRV 2005, S. 887 (889).

<sup>25</sup> Vgl. Welti, KJ 45 (2012), S. 366 (369).

<sup>26</sup> Quinn/Degener (Fn. 23), S. 1.

<sup>27</sup> Quinn/Degener (Fn. 23), S. 13, 37.

<sup>28</sup> BT-Drs. 15/4575, Dritter Bericht der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung ihrer Teilhabe, 2004, S. 2.

<sup>29</sup> BGBl. I S. 1046.

Prüfungsmaßstabs, doch bleibt die Problematik für eine umfassende Entscheidungsanalyse interessant.

Sowohl LG als auch KG verkannten, dass § 19 I AGG keinen Vertrag, sondern bloß ein zivilrechtliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 I BGB fordert. Ein solches wird bereits mit der Einwilligung der Orthopäd\*innen in die allgemeine Öffnung ihrer Praxis für die Patient\*innen der Physiotherapie begründet. Da dies ohne Ansehung der konkreten Person geschieht, handelt es sich dabei um ein Massengeschäft i.S.d. § 19 I Nr. 1 AGG.<sup>30</sup> Dadurch schränken die Ärzte\*innen ihr Hausrecht selbst dahingehend ein, dass sie einzelnen Personen den Zutritt nur in Ausnahmefällen verweigern können.<sup>31</sup>

Ebenso wie in den gerichtlichen Entscheidungen kommt das AGG im Ergebnis mithin auch auf diese Weise zur Anwendung. Allerdings ist die zur Gleichbehandlung verpflichtete Partei i.S.d. § 19 AGG nur diejenige, die das Schuldverhältnis anbietet.<sup>32</sup> Folgt man dem Gericht, so darf das AGG richtigerweise keine Anwendung im Verhältnis der Bf. zur orthopädischen Praxis finden. Anders könnte es sich nur verhalten, wenn letztere Erfüllungsgehilfin der Physiotherapiepraxis ist, sodass ihre Handlungen der Verpflichteten über § 278 BGB analog zugerechnet werden können. Alternativ ist denkbar, dass zwischen den beiden Praxen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der die Gemeinschaftspraxis durchquerenden Personen besteht, über den das AGG zur Geltung kommt.<sup>33</sup>

## 2. Einfluss des Völkerrechts

Zudem weist die Kammer explizit auf das Recht auf persönliche Mobilität (Art. 20) aus dem Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen<sup>34</sup> hin (Rn. 39 f.). Wegen der besonderen Stellung des ratifizierten Völkerrechts in der deutschen Normenhierarchie gem. Art. 25 GG beeinflusse die Konvention nicht nur unmittelbar die Auslegung des AGG, sondern werde in Auswirkung der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes auch für die Grundrechte als Auslegungshilfe herangezogen. In der Subsumtion stützt das BVerfG seine teleologische Auslegung des Art. 3 III 2 GG hinsichtlich des Paradigmenwechsels auf die theoretischen Ausführungen. Jedoch nimmt es an dieser Stelle keinen Bezug auf den zuvor

erwähnten Art. 20 des UN-Übereinkommens. Stattdessen macht die Kammer einen abrupten Sprung hin zur Zielsetzung der Konvention und dem „dahinterstehende[n] Menschenbild“ (Rn. 47).

## 3. Blindenhund als Werkzeug

Des Weiteren setzt das Gericht die Prämisse, dass die Blindenführhündin der Bf. primär nicht als Tier, sondern als Werkzeug anzusehen ist. In Rn. 43 f. wird deutlich, dass Blindenhunde als Hilfsmittel eine Verlängerung der blinden Person darstellen, damit diese sich in der gegenüber Menschen mit Behinderung unfreundlichen Umwelt zurechtfinden kann. Sie werden anderen Werkzeugen wie dem Blindenstock gleichgestellt. Ein systematischer Vergleich zeigt, dass dies jedenfalls nach § 33 SGB V, der durch das Hilfsmittelverzeichnis der gesetzlichen Krankenkassen<sup>35</sup> konkretisiert wird, zutrifft. Auch nach § 4 BGG soll Barrierefreiheit die Möglichkeit der Nutzung von Blindenhunden beinhalten.<sup>36</sup> Aufgrund dieser Betrachtungsweise differenziert das BVerfG auch hinsichtlich der tierspezifischen Gefahren, insbesondere Parasiten, zwischen normalen Hunden und Blindenhunden und trägt so dem postulierten Paradigmenwechsel in schlüssiger Weise Rechnung.

## IV. Bewertung und Kritik

Der Beschluss ist im Ergebnis zu begrüßen. Allerdings arbeitet die Kammer methodisch teilweise unpräzise und dogmatisch fragwürdig.

### 1. Paradigmenwechsel

Das BVerfG behauptet, die Berufungsentscheidung verletze Art. 3 III 2 GG, weil der in der Literatur vertretene Paradigmenwechsel vom KG verkannt worden sei. Der Gedankengang der Kammer entbehrt hier – unabhängig von der Frage nach der Existenz des Paradigmenwechsels – logischer Nachvollziehbarkeit. Der unmittelbare Schluss von dem passiv formulierten Literaturverweis (Rn. 36) darauf, dass die dort genannte Ansicht der Entscheidung zugrunde zu legen sei (Rn. 42), beinhaltet einen unausgesprochenen Gedanken: Nämlich, dass das Gericht sich dieser Literaturmeinung

<sup>30</sup> Definition des Massengeschäfts nach *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 8. Aufl., 2018, § 19 AGG Rn. 16.

<sup>31</sup> Vgl. *BGH NJW* 1994, 188 (188); *BGH NJW* 2006, 1054 (1054); *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl., 2020, § 903 Rn. 55.

<sup>32</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB (Fn. 30), § 19 AGG Rn. 124.

<sup>33</sup> *Welti, Felix*, Justizia und der Blindenführhund, <https://verfassungsblog.de/justizia-und-der-blindenfuhrhund/>, 2020, zuletzt abgerufen am 31.08.2021.

<sup>34</sup> Ratifiziert am 21.12.2008, BGBl. 2008 II S. 1419.

<sup>35</sup> GKV-Spitzenverband, Hilfsmittelverzeichnis, Blindenhilfsmittel, <https://hilfsmittel.gkv-spitzenverband.de/home/verzeichnis/10f58232-ae18-484c-b3b0-117715701a3a>, 2018, zuletzt abgerufen am 31.08.2021.

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/8428, S. 14.

anschließt und warum es dies tut. Diese Begründung und eine tiefere Auseinandersetzung mit der Problematik erspart sich die Kammer hier. Die im Schrifttum geführte Diskussion um den Bedeutungswandel ignoriert das BVerfG so vollständig. Stattdessen verallgemeinert es die befolgte Ansicht zu „der Literatur“ (Rn. 36). Diese Rhetorik lässt das dogmatische Konstrukt auf die Leser\*innen als etwas Absolutes und Unstreitiges wirken und setzt eine entscheidende Weichenstellung.

## 2. Einfluss des Völkerrechts

Die Orientierung des Gerichts an dem Übereinkommen der Vereinten Nationen ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings wird das Menschenbild, auf das die Kammer Bezug nimmt, nicht weiter erläutert. Darin liegt jedoch eine Anspielung auf den Behinderungsbegriff der Konvention, dem sich das BVerfG an dieser Stelle implizit anschließt. Wünschenswert wäre, dass das Gericht die Problematik auch hier nicht ignoriert.

## 3. Bewertung des Ergebnisses

Der Beschluss stellt einen großen Schritt hin zur Verwirklichung der völkerrechtlichen Vorgaben aus dem Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen dar, weshalb die Entscheidung zu begrüßen ist. Die Anerkennung von Führhunden als Hilfsmittel blinder Menschen birgt zudem die Chance, deren Akzeptanz in der Gesellschaft zu erhöhen und so die Eingliederung behinderter Personen zu fördern.

## V. Eigener Lösungsansatz

Da die Ausführungen des Gerichts zum Paradigmenwechsel insgesamt vage und oberflächlich bleiben, bestehen weiterhin offene Fragen: Warum vertritt nur ein Teil der Literatur den Paradigmenwechsel? Warum ist er erst jetzt – über zehn Jahre nach Inkrafttreten der UN-Konvention – verfassungsrechtlich deklariert worden? Möglicherweise ist dies dadurch bedingt, dass das gleiche Ergebnis auch über die Auslegung des Begriffs der Behinderung in Art. 3 III 2 GG erreicht werden kann. Ob dies der Fall – und das dogmatische Konstrukt des Paradigmenwechsels obsolet und mithin ein rein rhetorisches Instrument – ist, soll untersucht werden.

## 1. Wortlaut

Statt von „Behinderten“ spricht Art. 3 III 2 GG von „Behinderung“. Erkennbar grenzt der Wortlaut hier also nicht eine fixe, bestimmte Personengruppe ab und macht die Norm damit auch nicht zu einem „Behindertengrundrecht“.<sup>37</sup> Vielmehr wird deutlich, dass die Behinderung eine wandelbare Eigenschaft ist, die (zumindest potenziell) jedem Menschen im Verlauf seines Lebens zugeordnet werden kann.<sup>38</sup> Das Wort Behinderung impliziert zwar, dass der Mensch in irgendeiner Weise in seiner sozialen Teilhabe gestört wird. Allerdings wird daraus nicht ersichtlich, ob diese Störung auf äußeren oder persönlichen Faktoren beruhen muss. Der Wortlaut bietet mithin Raum für verschiedene Begriffsverständnisse.

## 2. Historie

Gewiss stellt die Aufnahme des Art. 3 III 2 GG in die deutsche Verfassung einen Meilenstein im Rahmen der sozialen Bewegung behinderter Menschen dar. Allerdings waren die Bundestagsfraktionen sich selbst nicht einig darüber, ob die Verfassungsänderung über die gesellschaftliches Bewusstsein stiftende „Signalwirkung“ hinaus eine eigenständige Bedeutung haben sollte.<sup>39</sup> Nur eine Minderheit der Abgeordneten war der Ansicht, das Diskriminierungsverbot stärke zudem die Rechtsposition von Menschen mit Behinderung.<sup>40</sup>

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat den Terminus der Behinderung bei der Einführung des Art. 3 III 2 GG nicht thematisiert. Deshalb ist mit dem BVerfG davon auszugehen, dass er der Norm die zu dem Zeitpunkt gebräuchliche Definition des § 3 I SchwbG a.F. zugrunde legte.<sup>41</sup> Behinderung ist demnach die „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“.<sup>42</sup> Da das SchwbG inzwischen in SGB IX novelliert und mit einer anderen Legaldefinition versehen wurde, erscheint es abwegig, in der Interpretation des Grundgesetzes weiterhin von dem rechtlich veralteten Begriff auszugehen. Schließlich steht die Verfassung durch ihren offenen Wortlaut normativem Wandel nicht entgegen, sondern soll ihn gerade erfassen.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> So aber *Jürgens, Gunther*, Grundrecht für Behinderte, NVwZ 1995, S. 452 (452).

<sup>38</sup> *Welti, Felix*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S. 347.

<sup>39</sup> BT-Drs. 12/8165, S. 29.

<sup>40</sup> Zustimmung die SPD-Fraktion, BT-Drs. 12/6323, S. 12; 12/8165, S. 29.

<sup>41</sup> *Baer/Markard*, in: Mangold/Klein/Stark, GG (Fn. 18), Art. 3 Rn. 531; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. Aufl., 2020, Art. 3 Abs. 3 Rn. 108.

<sup>42</sup> *BVerfG v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97*, Rn. 48 – Sonderschulzuweisung.

<sup>43</sup> Vgl. *BVerfG v. 24.03.1987 – 1 BvR 147/86, 1 BvR 478/86*, Rn. 148.

### 3. Systematik

Aus Kelsens Stufenbau der Rechtsordnung ergibt sich, dass nachrangiges Recht das Grundgesetz nicht definiert. Ungehindert dessen kommt für die Auslegung eine Orientierung an und Konkretisierung durch einfachgesetzliche Definitionen in Betracht. Für den verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff hat dies eine besondere Relevanz, weil die dem Art. 3 III 2 GG zunächst zugrunde gelegte Legaldefinition seit der ersten Rechtsprechung zu der Norm einen Wandel erfahren hat.

#### a) Medizinischer Begriff

Als das BVerfG die Behinderung i.R.d. Art. 3 III 2 GG orientiert an § 3 I SchwbG a.F. auslegte, ließ es ausdrücklich offen, ob diese Begriffsbestimmung abschließend ist.<sup>44</sup> Dennoch halten Teile des Schrifttums bis heute ausschließlich an diesem Verständnis fest.<sup>45</sup>

Daran lässt sich kritisieren, dass das Gericht allein an eine medizinisch diagnostizierte Abweichung von der Norm in der Person selbst anknüpft, wenn es sagt, dass eine Behinderung als persönliches Merkmal der Betroffenen deren Lebensführung schon ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Stigmatisierung erschwert.<sup>46</sup> Dadurch entsteht ein Menschenbild, das behinderte Personen auf ihre Andersartigkeit reduziert, die es zu beseitigen gilt. So wird den Betroffenen ihre Subjektqualität abgesprochen, was einen Eingriff in den Menschenwürdeanspruch und die Menschenrechte bedeutet.

#### b) Teilhabekonzept

Mit der Novellierung des Schwerbehindertenrechts durch das SGB IX führte der Gesetzgeber 2001 eine modernere Definition ein: nach § 2 I 1 SGB IX a.F. hat eine Person eine Behinderung, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“. In Anlehnung an die International Classification of Functioning, Disability and Health der WHO stellte der Gesetzgeber damit ein Verständnis auf, das medizinische Beeinträchtigung mit gleichberechtigter gesellschaftlicher Teilhabe verknüpft. Das

Teilhabekonzept rückt das Ziel der Teilhabe in allen Lebenslagen in den Vordergrund.<sup>47</sup> Auch bei diesem Begriff stellt die Behinderung jedoch ein Defizit dar, das in der Person selbst liegt.

#### c) Medizinisch-sozialer Begriff

Ein drastischer Perspektivwechsel fand in dem 2006 verabschiedeten Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen seine Niederschrift. Nach Art. 1 II der Konvention sind behinderte Personen „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“ Für eine Behinderung konstitutiv ist hiernach das Aufeinandertreffen von körperlicher Funktionsbeeinträchtigung mit deren Barrieren in der Umwelt und gesellschaftlichen Einstellungen, das zu einer partizipativen Beeinträchtigung führt.<sup>48</sup> Folglich wird die Behinderung nicht in einer Person selbst lokalisiert, sondern stellt ein Defizit in der Gesellschaft dar. Ansatzpunkt für Verbesserungen ist mithin auch nicht der Mensch mit biologischer Beeinträchtigung, sondern die Faktoren, die ihn aufgrund der Beeinträchtigung an gesellschaftlicher Teilhabe hindern.

2018 glich der Gesetzgeber – gemeinsam mit dem Bundesteilhabegesetz – die sozialrechtliche Legaldefinition in § 2 SGB IX an das Übereinkommen der UN an und trug damit zur Verwirklichung der Vorgaben der Konvention bei. In der Gesetzesbegründung wird die Anpassung als eine bloße Präzisierung deklariert, da schon die vorherige Definition auf das Teilhabekonzept abstelle.<sup>49</sup>

#### d) Schlussfolgerung

Nach der Darstellung der verschiedenen Definitionsansätze bleibt zu untersuchen, ob der medizinisch-soziale Behinderungsbegriff und der Paradigmenwechsel sich zueinander alternativ oder kumulativ verhalten.

Viel spricht jedenfalls dafür, dass die verschiedenen Behinderungsbegriffe der Konvention und des Grundgesetzes

<sup>44</sup> BVerfG v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, Rn. 48.

<sup>45</sup> So Gröpl, in: Gröpl/Windhorst/von Coelln, GG, 4. Aufl., 2020, Art. 3 Rn. 104; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl., 2014, Art. 3 Rn. 144; Kischel, in: BeckOK, GG, 45. Edit., 2020, Art. 3 Rn. 233; Sachs, Michael, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2017, Kap. 15 Rn. 150.

<sup>46</sup> BVerfG v. 24.03.1987 – 1 BvR 147/86, 1 BvR 478/86, Rn. 51; Degener, Theresia, Zwischen Ausgrenzung und Integration – Behindertenalltag in Deutschland, in: Hutter, Franz-Josef/Tessmer, Carsten (Hrsg.), Menschenrechte und Bürgergesellschaft in Deutschland, 2013, S. 129.

<sup>47</sup> BVerfGE 128, 138 (156); Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl., 2018, Art. 3 Rn. 309 f.

<sup>48</sup> Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 41), Art. 3 Abs. 3 Rn. 109.

<sup>49</sup> BT-Drs. 18/9522, S. 192.

nebeneinander bestehen können.<sup>50</sup> Der völkerrechtsfreundlichen Auslegung sind nämlich (ebenso wie allen anderen Interpretationsmethoden) Grenzen gesetzt. Völkerrechtsfreundlichkeit zielt nicht auf die Gleichschaltung aller Termini ab, sondern beschreibt vielmehr eine Ergebnisorientierung.<sup>51</sup> Die Vorschriften sollen „möglichst schonend in das vorhandene, ausdifferenzierte [deutsche] Rechtssystem“ eingefügt werden.<sup>52</sup>

Die Teile der Literatur, die an dem ursprünglichen Behinderungsbegriff festhalten, tragen dem Paradigmenwechsel durch eine entsprechend weite Auslegung des Diskriminierungsverbots Rechnung und berücksichtigen das Kriterium der Teilhabe bei der Bestimmung der Benachteiligung.<sup>53</sup> Auf diese Weise wird die Gefahr, eine Diskriminierung wegen einer Behinderung nicht als solche zu erkennen, gemindert.<sup>54</sup> Zusätzlich wird aus Art. 3 III 2 GG ein staatlicher Förderauftrag abgeleitet, um die Rechtsposition von Menschen mit Behinderung zu stärken.<sup>55</sup>

Aus dogmatischen Gesichtspunkten besser begründbar erscheint allerdings die These, dass der Paradigmenwechsel die Abkehr vom rein medizinischen hin zu dem medizinisch-sozialen Modell von Behinderung beschreibt.<sup>56</sup> Der Definitionswandel ist unbedingt anzuerkennen, um nicht nur den Vorgaben der Konvention, sondern vor allem der Menschenwürde behinderter Personen gerecht zu werden. Denn nach dem Konzept des Übereinkommens der UN stellt die Hilfe behinderter Menschen nicht länger eine wohlthätige Fürsorgehandlung, sondern ein Menschenrecht dar.<sup>57</sup> Mithin handelt es sich bei dem vom BVerfG proklamierten Paradigmenwechsel tatsächlich um ein bloßes Konstrukt, das das Gericht als rhetorisches Werkzeug benutzt, um die Leser\*innen von seinem moralischen Verständnis zu überzeugen.

#### 4. Sinn und Zweck

Teleologisch zielt Art. 3 III 2 GG darauf ab, die Lebensverhältnisse behinderter Personen zu verbessern und an die Situation von Menschen ohne Behinderung anzugleichen.<sup>58</sup> Des Weiteren soll die Norm mit verhaltenssteuernder Wirkung

„das Bewusstsein für die Anliegen [b]ehinderter [Personen] in der Gesellschaft schärfen“.<sup>59</sup> Unter Berücksichtigung des Paradigmenwechsels ist Zweck des Art. 3 III 2 GG, die autonome Lebensführung behinderter Menschen zu ermöglichen.

#### VI. Ausblick

Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich bereits in zwei Entscheidungen auf den Beschluss des BVerfG vom 30. Januar 2020 berufen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zum Paradigmenwechsel legte das BSG den § 33 SGB V verfassungskonform dahingehend aus, dass ein Hilfsmittel zum Behinderungsausgleich schon dann erforderlich sein kann, wenn es eine Erleichterung der selbstständigen Lebensführung in nur geringem Umfang mit sich bringt.<sup>60</sup> Die gesetzlichen Krankenkassen haben Hilfsmittel auch zu gewähren, wenn sie die notwendige Mindestversorgung übersteigen.

Diese Urteile zeigen beispielhaft die Chancen auf, die der Beschluss des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Mitführens eines Blindenhundes in einer Arztpraxis für Menschen mit Behinderung eröffnet. Die extensive Auslegung des Art. 3 III 2 GG stärkt ihre Rechtsposition erheblich.

#### D. Schluss

Die Aufdeckung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung ist noch längst nicht abgeschlossen. Neue Ansätze wie die Untersuchung mehrdimensionaler Diskriminierung sowie die zu Beginn dieses Jahrtausends eingeführten „disability studies“ sind Instrumente, mithilfe derer die Aufklärung forciert werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass der moderne Behinderungsbegriff allgemein Anerkennung findet. Die vom BVerfG in dem behandelten Beschluss aufgestellte Rechtsprechung zum Paradigmenwechsel trägt einen gewichtigen Schritt dazu bei. Die Auslegung des Behinderungsterminus des Art. 3 III 2 GG ergibt, dass der Paradigmenwechsel genau diesen Definitionswandel beschreibt. Das Gericht lässt dies allerdings unausgesprochen, sodass Leser\*innen ohne vertiefte Kenntnisse des Sozialrechts

<sup>50</sup> Kischel, in: BeckOK, GG (Fn. 45), Art. 3 Rn. 233.2.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 94.

<sup>52</sup> BVerfG v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 94.

<sup>53</sup> Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 41), Art. 3 Abs. 3 Rn. 110; Nußberger, in: Sachs, GG (Fn. 47), Art. 3 Rn. 309 f.

<sup>54</sup> Vgl. Degener, KJ 33 (2000), S. 425 (426).

<sup>55</sup> Kischel, in: BeckOK, GG (Fn. 45), Art. 3 Rn. 239; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 41), Art. 3 Abs. 3 Rn. 126.

<sup>56</sup> Degener, ZaöRV 2005, S. 887 (887).

<sup>57</sup> Lachwitz, Klaus, Die Entwicklung der Rechte behinderter Menschen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Maydell, Bernd/Pitschas, Rainer/Pörtner, Peter/Schulte, Bernd (Hrsg.), Politik und Recht für Menschen mit Behinderungen in Europa und Asien, 2009, S. 89 (100).

<sup>58</sup> Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 41), Art. 3 Abs. 3 Rn. 110.

<sup>59</sup> BT-Drs. 12/8165, S. 29.

<sup>60</sup> BSG v. 07.05.2020 – B 3 KR 7/19, Rn. 31; BSG v. 10.09.2020 – B 3 KR 15/19, Rn. 26.



Gefahr laufen, die Ausmaße der neuen Rechtsprechung zu verkennen. An dieser Stelle wäre deswegen eine ausführlichere Begründung wünschenswert gewesen.

Die Verbreitung des medizinisch-sozialen Begriffs ist nicht nur aus menschenrechtlichen Erwägungen, sondern auch aus rechtssoziologischer Sicht anzustreben, da er jedes Mitglied der Gesellschaft anspricht und so Anstoß zu moralischem Umdenken gibt.