

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

---

**Band 250**

# **Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung**

**Von**

**Tobias Leder**



**Duncker & Humblot · Berlin**

TOBIAS LEDER

**Das Diskriminierungsverbot  
wegen einer Behinderung**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 250**

# Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung

Von

Tobias Leder



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Bucerius Law School Hamburg  
hat diese Arbeit im Sommersemester 2005  
als Dissertation angenommen.**

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

**Alle Rechte vorbehalten  
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany**

**ISSN 0582-0227  
ISBN 3-428-11935-5**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹**

**Internet: <http://www.duncker-humblot.de>**

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Im Mittelpunkt der Arbeit steht die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (2000/78/EG). An ihr müssen sich die deutschen Vorschriften zur Verhinderung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung messen lassen. Gleichzeitig bedient sich die Arbeit des Rechtsvergleichs, und zwar vor allem mit den USA. Dabei wurde auf eine schlichte Gegenüberstellung der Regeln beider Rechtsordnungen verzichtet und stattdessen ein integrativer Ansatz gewählt. Dort, wo es für die Interpretation der europäischen Vorgaben sinnvoll ist, werden die U.S.-amerikanischen Erfahrungen zu Rate gezogen. Ein solcher Rückgriff ist angebracht. Denn die Rahmenrichtlinie ist zu stark an U.S.-amerikanische Vorbilder angelehnt, als dass man bei ihrer Ausdeutung auf einen Blick in diesen Rechtskreis verzichten sollte.

Die Arbeit entstand im Jahr 2003 während meines Forschungsaufenthaltes an der Duke Law School in Durham, North Carolina, USA. Anfang 2004 lag sie der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation vor; das Rigorosum fand im Juni 2005 statt. Die Veröffentlichung der Schrift wurde danach im Hinblick auf die sich abzeichnende Verabschiedung des Antidiskriminierungsgesetzes hinausgezögert. Nachdem diese mit dem vorzeitigen Ende des 15. Deutschen Bundestages scheiterte, wurde die Veröffentlichung auf den Weg gebracht.

Die Arbeit geht zurück auf eine Anregung meines Doktorvaters, Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., dem ich für seine Unterstützung und die mir zuteil gewordene Förderung herzlich danken möchte. Prof. Dr. Rüdiger Veil war so freundlich, das Zweitgutachten zügig anzufertigen. An der Duke Law School verdient Judy Horowitz besonderen Dank dafür, dass sie es mir ermöglichte, dort unter hervorragenden Forschungsbedingungen zu arbeiten. Bei Dipl.-Kfm. Stefan Patzer, LL.M., und Dr. Sascha Morgenroth, LL.M., bedanke ich mich von Herzen für ihre Unterstützung, ebenso bei meiner Mutter für das geduldige und kritische Lesen der Arbeit.

Hamburg, im Februar 2006

*Tobias Leder*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	27
-------------------------	----

## *I. Kapitel*

<b>Entwicklung des Diskriminierungsverbots wegen einer Behinderung</b>	29
<b>A. Der europäische Weg hin zu der Verabschiedung der Rahmenrichtlinie</b>	30
I. Das gedankliche Fundament des Diskriminierungsschutzes wegen einer Behinderung .....	31
II. Schaffung einer primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage .....	34
1. Die Aufnahme von Art. 13 in den EG-Vertrag .....	35
2. Zur Frage der richtigen Ermächtigungsgrundlage .....	36
III. Die Richtlinie 2000/78/EG als beschäftigungspolitischer Hoffnungsträ- ger .....	37
1. Neues zum Begriff der Diskriminierung .....	38
2. Belästigung als Gleichbehandlungsproblem .....	39
3. Die fehlende Definition der Behinderung .....	39
<b>B. Entwicklung in Deutschland</b> .....	40
I. Überblick über die Entwicklung seit dem 1. Weltkrieg .....	40
II. Die Erweiterung des Grundgesetzes um das Benachteiligungsverbot ...	42
III. Die Eingliederung des Schwerbehindertenrechts in das SGB IX .....	44
IV. Das ADG – ein überflüssiges Gesetz? .....	45
1. Der Weg zur Verabschiedung des ADG .....	45
2. Diskriminierungsschutz durch allgemeine Vorschriften .....	47
a) Diskriminierungsschutz durch zivilrechtliche Generalklauseln ...	47
b) Arbeitsrechtlicher Benachteiligungsschutz .....	48

aa)	Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen (§ 75 BetrVG) .....	49
bb)	Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz .....	50
<b>C.</b>	<b>Vereinigte Staaten</b> .....	51
I.	Der Rehabilitation Act of 1973 .....	52
II.	Der Americans with Disabilities Act of 1990 .....	53
1.	Regelungsgehalt des Gesetzeswerkes .....	54
2.	Der Wandel der öffentlichen Wahrnehmung des ADA .....	56

## *2. Kapitel*

	<b>Grundlagen und Reichweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes</b>	59
<b>A.</b>	<b>Die verschiedenen Gleichheitsmodelle des Anti-Diskriminierungsrechts</b>	60
I.	Formelles Gleichheitsverständnis .....	61
1.	Konzept .....	61
2.	Von formeller Gleichbehandlung zum Diskriminierungsverbot .....	63
a)	Funktionsweise eines Diskriminierungsverbots .....	64
b)	Kennzeichen des Diskriminierungsverbots .....	65
c)	Zur Notwendigkeit des Diskriminierungsverbots .....	66
aa)	Ist der ADA ineffizient? .....	67
bb)	Gründe der Behindertendiskriminierung .....	67
3.	Wirkung und Grenzen des Diskriminierungsverbots .....	69
a)	Kein Garant rationaler Entscheidungen .....	70
b)	Relativer Charakter formeller Gleichbehandlung .....	71
II.	Materielles Gleichheitsverständnis .....	73
1.	Ausprägungen des Gerechtigkeitselements .....	74
a)	Ausgleich von Missständen .....	74
aa)	Kollektiv-individuelle Ausprägung .....	75
bb)	Zeitlich begrenzter Wirkungsbereich .....	76
cc)	Wahrung des Rechts zur leistungsorientierten Arbeitnehmerauswahl .....	76
b)	Verteilungsgerechtigkeit .....	77

Inhaltsverzeichnis	11
2. Das Ziel: Gleiche Ergebnisse oder – nur – gleiche Chancen? .....	79
a) Ergebnisgleichheit .....	79
aa) Gruppenbezogene Ergebnisgleichheit .....	80
bb) Individuelle Ergebnisgleichheit .....	81
b) Chancengleichheit .....	81
aa) Präzisierung des Richtlinienziels .....	82
bb) Formelles Verständnis der Chancengleichheit .....	84
cc) Materielles Verständnis der Chancengleichheit .....	84
3. Begrenzter persönlicher Wirkungskreis materieller Gleichheit .....	85
III. Gleichheit, Würde und die Stellung der Belästigung in diesem System .	87
1. Bestimmung des gegenständlichen Geltungsbereichs des Diskriminierungsverbots .....	87
2. Inhaltliche Modifizierung des Gleichbehandlungsgebots .....	88
a) Absenkungsverbot bei Würdeverletzungen .....	88
b) Fortbildung des Diskriminierungs- zum Belästigungsverbot .....	88
<b>B. Die Vergleichbarkeit als Anwendungsvoraussetzung des Gleichheitssatzes</b> .....	90
I. Objektive Geeignetheit zur Arbeitsleistung .....	90
II. Begriff und Sinn der Beschränkung auf „wesentliche Arbeitsplatzfunktionen“ .....	91
1. Hintergrund der Verengung der Vergleichsbasis .....	92
2. Konkretisierung am Beispiel des ADA .....	93

### *3. Kapitel*

<b>Normative Erfassung der geschützten Personengruppe</b>	95
<b>A. Zum Begriff der Behinderung als Voraussetzung des Diskriminierungsschutzes</b> .....	95
I. Der Behinderungsbegriff und die Grenzen des Gruppenprinzips .....	97
1. Normimmanente Konkretisierungsmaßstäbe .....	97
2. Besonderheiten des Anti-Diskriminierungsrechts .....	99
II. Ein europäischer Begriff der Behinderung – ein fernes Ziel? .....	99
1. Die Ambivalenz des Behinderungsbegriffs als europäisches Regelungsproblem .....	99
2. Entwicklungsstand des europäischen Behinderungsbegriffs .....	101

a)	Das medizinische Verständnis der Behinderung .....	101
b)	Der Übergang zum sozialen Modell der Behinderung .....	104
aa)	Behinderung als soziales und kulturelles Konstrukt .....	104
bb)	Konsequenzen für das Arbeitsrecht .....	106
c)	Die Bedeutung für die zukünftige Entwicklung des Behinderungsbegriffs .....	107
III.	Konturen eines europäischen Behinderungsbegriffs .....	108
1.	Der richtige Bezugspunkt: soziale Wirkungen und medizinische Schädigungen .....	109
a)	Anknüpfung an eine Schädigung im medizinischen Sinne .....	110
aa)	Begriff der Schädigung im U.S.-amerikanischen und britischen Recht .....	110
bb)	Probleme des Anknüpfens an eine medizinische Schädigung .....	111
(1)	Veranschaulichendes Fallmaterial .....	111
(2)	Defizite des medizinischen Lösungsansatzes .....	113
b)	(Mangel an) Alternativen .....	116
aa)	Substituierung der Schädigung durch „physisches Charakteristikum“ .....	116
bb)	Einbeziehung der gesellschaftlichen Wahrnehmung .....	117
c)	Gefahren einer medizinisch fundierten Begriffsbestimmung .....	119
2.	Gibt es eine Erheblichkeitsgrenze für das Bestehen einer Behinderung? .....	120
a)	Die Notwendigkeit der Begrenzung der geschützten Personengruppe .....	121
b)	Möglichkeiten der Eingrenzung der geschützten Personengruppe .....	121
aa)	Eingrenzung über den Grad der Beeinträchtigung .....	122
(1)	Sutton, Murphy und die Bedeutung von „mitigating measures“ .....	123
(2)	Die Argumentation des Supreme Court .....	124
(3)	Kritik vom Standpunkt des sozialen Modells .....	125
bb)	Die Schädigung als Ansatzpunkt einer Eingrenzung .....	126
3.	Ausweitung des Behinderungsbegriffs auf Personen ohne eigene, aktuelle Behinderung .....	127
a)	Fälle der unterstellten Behinderung .....	128
aa)	Unterstellte Beschränkung durch den Arbeitgeber .....	129

bb) Unterstellte Beschränkungen durch dritte Personen .....	130
cc) Unterstellte Schädigung .....	131
b) Zukünftige Behinderungen .....	132
c) Der Schutz vor Benachteiligungen wegen der Assoziierung mit behinderten Menschen .....	133
aa) Assoziierung und Schutz der Privatsphäre .....	133
bb) Deutsche Schutzmechanismen .....	135
d) Blick in die Zukunft .....	136
IV. Der Begriff der Behinderung im ADG-E .....	137
1. Das verfassungsrechtliche Fundament .....	138
2. Die Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX als Ausgangspunkt .....	139
a) Regelwidrige Abweichung von dem alterstypischen Zustand ....	140
b) Funktionsbeeinträchtigung .....	141
c) Beeinträchtigende Auswirkung .....	142
aa) Das Maß der Auswirkungen nach dem SchwbG .....	142
bb) Implementation des Teilhabekonzeptes .....	143
d) Zeitliche Grenze .....	145
3. Modifikationen im Dienste des Diskriminierungsschutzes .....	146
a) Wider der Anknüpfung an die (Schwer-)Behinderteneigenschaft .	146
b) Keine Einschränkung über die Schwere der Schädigung .....	148
c) Reichweite des Teilhabekonzeptes im ADG .....	150
<b>B. Grenzen des Gruppenprinzips – die Heterogenität des geschützten Personenkreises .....</b>	<b>152</b>
I. Arbeitnehmer als Opfer von Vorurteilen und Fehlvorstellungen (Gruppe 1) .....	153
1. Irrtum über die Produktivität des Beschäftigten .....	153
a) Bloße Unwissenheit .....	153
b) Bewusste statistische Diskriminierung .....	154
2. Bewusst ineffiziente Entscheidungen .....	155
II. Auf eine Unterstützung durch den Arbeitgeber angewiesene Personen (Gruppe 2) .....	155
1. Formelle Gleichbehandlung ist nicht genug .....	156
2. Das Recht auf Vornahme angemessener Vorkehrungen .....	156
III. Grenzen der Beschäftigungsförderung durch Diskriminierungsschutz (Gruppe 3) .....	158

## 4. Kapitel

<b>Allgemeiner Diskriminierungsschutz aufgrund einer Behinderung</b>		159
<b>A. Geltungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsschutzes</b>		160
I. Persönlicher Geltungsbereich		160
1. Ausdehnung des Benachteiligungsverbots auf alle Beschäftigten		160
2. Das Erfordernis eines Beschäftigungsverhältnisses		161
a) Arbeits- und sonstige Beschäftigungsverhältnisse		161
b) Keine Kleinbetriebsklausel für das Anti-Diskriminierungsrecht		162
aa) Verstärkte Rechtsstellung des Arbeitgebers in Kleinbetrie- ben		163
bb) Systemgerechtigkeit des allumfassenden Diskriminierungs- schutzes		164
cc) Mögliche Anwendungsbeschränkungen für Kleinbetriebe		165
II. Gegenständlicher Geltungsbereich		165
1. Vorvertraglicher Bereich		166
a) Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Behinderung		167
aa) Überblick über die bisherige BAG-Rechtsprechung		167
bb) Auswirkungen des behinderungsspezifischen Benachteil- gungsverbots		168
(1) Grundsätzlicher Ausschluss des Fragerechts		169
(2) Fortbestand bei fehlender Eignung des Bewerbers		171
b) Behinderungsneutrale Gestaltung des Bewerbungsvorgangs		173
2. Umfassender Schutz im laufenden Arbeits- oder Beschäftigungsver- hältnis		174
a) Erweiterungen gegenüber dem geschlechtsbezogenen Benachtei- ligungsverbot		174
b) Verhältnis des Diskriminierungsschutzes zum Direktionsrecht		175
3. Bedeutung des Diskriminierungsschutzes im Fall der Kündigung		176
a) Verhältnis zum Kündigungsschutz nach dem KSchG		177
aa) Auswirkungen auf die krankheitsbedingte Kündigung		177
bb) Zur Heranziehung einer Behinderung im Rahmen der So- zialauswahl		180
b) Verhältnis zum Kündigungsschutz nach dem SGB IX		182
4. Mitgliedschaft und Mitwirkung in Organisationen		182

a) Erreckung des Benachteiligungsverbots auf Tarifvertragspar- teilen .....	183
b) Einbeziehung von Betriebsräten und Sprecherausschüssen .....	184
III. Zeitlicher Geltungsbereich .....	185
<b>B. Tatbestände allgemeiner Benachteiligungen .....</b>	<b>185</b>
I. Das Verbot unmittelbarer Diskriminierung .....	186
1. Aufgabe und Funktion unmittelbarer Diskriminierung .....	187
2. Einfügung in die deutsche Rechtsordnung .....	188
3. Schwierigkeit der Bestimmung einer Vergleichsperson .....	189
a) Hypothetische Vergleichsperson .....	190
b) Vergleichsperson der Vergangenheit .....	192
c) Erweiterte Vergleichsbasis in den Fällen der Behinderung? .....	193
II. Das Verbot mittelbarer Diskriminierung .....	195
1. Aufgabe und Funktion mittelbarer Diskriminierung .....	196
2. Geringere Anforderungen an die Indizwirkung des Gruppenver- gleichs .....	197
a) Zum Verzicht auf Statistiken .....	198
b) Alternative Anknüpfungspunkte zur Feststellung einer mittelba- ren Diskriminierung .....	201
III. Der Schutz vor Belästigungen .....	202
1. Die Ausweitung des Belästigungsschutzes im U.S.-amerikanischen Recht .....	204
a) Der Ursprung des Belästigungsschutzes in Title VII und seine dogmatischen Grenzen .....	204
aa) Schutz der emotionalen und psychologischen Stabilität .....	204
bb) Schwierigkeiten der Fundierung im Gleichbehandlungs- gebot .....	205
b) Ausdehnung des Belästigungsverbots auf das Merkmal der Behinderung .....	207
aa) Von der Rechtsprechung zugrunde gelegter Prüfungsmaß- stab .....	208
(1) Angliederung an den Diskriminierungsschutz .....	208
(2) Schwere des belästigenden Verhaltens .....	209
bb) Kritische Stimmen zum Ansatz der Rechtsprechung .....	211

2. Die Ausdeutung des Belästigungstatbestandes der Rahmenrichtlinie	212
a) Das Dilemma der dogmatischen Verankerung des Belästigungsschutzes	213
aa) Belästigung zwischen Gleichbehandlung und dem Schutz der Würde	213
(1) Persönlichkeitsschutz zweiter Klasse?	214
(2) Würdeverletzung als Bezugspunkt der Ungleichbehandlung	215
(3) Anderweitige Bezugspunkte der Ungleichbehandlung	216
bb) Falsa demonstratio non nocet?	218
b) Interpretation des Wortlauts der Rahmenrichtlinie	218
aa) Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Merkmal einer Behinderung	219
(1) Reichweite des behinderungsspezifischen Zusammenhangs	219
(2) Alle beliebigen Verhaltensweisen reichen aus	219
(3) Dauer der Belästigung	220
bb) Unerwünschtheit des Verhaltens und Würdeverletzung beim Betroffenen	220
(1) Beurteilungsperspektive	221
(2) Schwere des belästigenden Verhaltens	221
cc) Das „feindliche“ Umfeld	222
dd) Erfordernis des „Bezweckens“ oder „Bewirkens“	224
IV. Die Anweisung zur Diskriminierung	225
<b>C. Rechtfertigungsmöglichkeiten allgemeiner Benachteiligungen</b>	<b>226</b>
I. Rechtfertigungsmöglichkeiten nach der Rahmenrichtlinie	227
1. Sachliche Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung	227
2. Kompensation durch die Verpflichtung zur Vornahme angemessener Vorkehrungen	228
a) Bedeutung für Arbeitgeber	229
b) Zweifelhafte Konsequenzen für behinderte Beschäftigte	229
II. Umsetzung durch das SGB IX	230
1. Defizite der ersten Rechtfertigungsmöglichkeit (§ 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 S. 2 SGB IX)	230
a) Wider der Anleihe beim geschlechtsspezifischen Unverzichtbarkeitskriterium	231

b) Keine Gleichsetzung mit beruflichen Anforderungen nach Art. 4 Abs. 1 RL .....	232
2. Defizite der zweiten Rechtfertigungsmöglichkeit (§ 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 S. 3 SGB IX) .....	233
a) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast .....	233
b) Widerlegung des Tatbestands der mittelbaren Diskriminierung ..	233

*5. Kapitel*

**Angemessene Vorkehrungen als besonderer Diskriminierungsschutz** 234

<b>A. Die Funktionen angemessener Vorkehrungen im System des Diskriminierungsschutzes</b> .....	235
I. Die Bestimmung der geschützten Personenklasse .....	235
1. Außerachtlassung der fehlenden formellen Vergleichbarkeit .....	236
2. Berücksichtigung der Heterogenität der geschützten Personengruppe .....	237
II. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als eine Form der Diskriminierung .....	238
1. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als Fall der Diskriminierung .....	239
2. Angemessene Vorkehrungen und unmittelbare Diskriminierung .....	240
3. Angemessene Vorkehrungen und mittelbare Diskriminierung .....	242
4. Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsform sui generis ..	244
III. Angemessene Vorkehrungen als Verteidigung des Arbeitgebers .....	245
1. Vorkehrung ist nicht geschuldet und wird nicht erbracht .....	245
2. Geschuldete Vorkehrung wird erbracht .....	245
<b>B. Geltungsbereich des besonderen Diskriminierungsschutzes</b> .....	245
I. Persönlicher Geltungsbereich .....	246
1. Fehlende Vergleichbarkeit als Anwendungsvoraussetzung von Art. 5 RL .....	246
2. Beschränkung auf Beschäftigte mit einer tatsächlichen Behinderung	246
II. Gegenständlicher Geltungsbereich .....	248
<b>C. Tatbestandliche Reichweite des besonderen Diskriminierungsschutzes</b> ...	249
I. Beschränkung der Förderung auf wesentliche Arbeitsplatzfunktionen ...	251

II.	Beschränkung auf behinderungsspezifische Hindernisse .....	252
III.	Modifikation des Anwendungsprofils .....	254
IV.	Erlaubt Art. 5 RL eine bevorzugte Behandlung von „Menschen mit Behinderung“? .....	255
1.	Die affirmative action Debatte .....	256
a)	Affirmative action als U.S.-amerikanisches Rechtskonzept .....	257
b)	Zur Dichotomie von angemessenen Vorkehrungen und affirmative action .....	259
2.	Angemessene Vorkehrungen im Spannungsfeld der Interessen dritter Arbeitnehmer .....	260
a)	Rechtsprechung des U.S. Supreme Court .....	260
aa)	Sachverhalt .....	260
bb)	Zum Begriff der Bevorzugung .....	261
cc)	Abwägung der Umstände des Einzelfalls .....	262
b)	Vorzüge nach dem Konzept der Rahmenrichtlinie .....	264
aa)	Wortlaut von Art. 5 RL .....	264
bb)	Vereinbarkeit mit dem Behinderungsbegriff .....	266
cc)	Verhältnis zu positiven Fördermaßnahmen nach Art. 7 RL ..	267
dd)	Ergebnis und Folgenabschätzung .....	267
c)	Einfügung in die deutsche Rechtsordnung .....	268
V.	Formelle Aspekte angemessener Vorkehrungen .....	269
1.	Der „interaktive Prozess“ .....	269
2.	Praktische Auswirkungen auf den Auswahlprozess des Arbeitgebers .....	269
D.	<b>Unverhältnismäßige Arbeitgeberbelastung als Grenze</b> .....	270

## *6. Kapitel*

	<b>Durchbrechungen des allgemeinen und besonderen Diskriminierungsschutzes</b>	272
A.	<b>Maßnahmen nach Art. 2 Abs. 5 RL</b> .....	272
I.	Schutz der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz .....	273
1.	Die „direkte Bedrohung“ im U.S.-amerikanischen Recht .....	273
a)	Gesundheitsgefahren für dritte Personen .....	274
b)	Gesundheitsgefahren für den behinderten Beschäftigten .....	274

2. Einfügung in die Rahmenrichtlinie .....	275
II. Schutz der Rechte und Freiheiten anderer .....	276
<b>B. Berufliche Anforderungen gem. Art. 4 Abs. 1 RL .....</b>	<b>277</b>
<b>C. Positive Maßnahmen nach Art. 7 RL .....</b>	<b>278</b>
I. Präzisierung des Förderungskonflikts beim Merkmal der Behinderung ..	279
1. Förderungen im Vergleich zu Nichtmerkmalsträgern .....	279
2. Förderungen innerhalb der Gruppe der behinderten Beschäftigten ...	280
II. Bestehender Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 RL .....	281
III. Zur Garantie des bisherigen Schutzniveaus durch Art. 7 Abs. 2 RL ....	281
1. Neuorientierung durch den Behinderungsbegriff .....	282
2. Entwicklung von der Ergebnis- hin zur Chancengleichheit .....	282
3. Verbleibender Anwendungsbereich der Beschäftigungsquote .....	283
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>284</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>305</b>



## Abkürzungsverzeichnis

A.2d	Atlantic Reporter, Second Edition
aA	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADA	Americans with Disabilities Act
ADEA	Age Discrimination in Employment Act
ADG	Antidiskriminierungsgesetz
ADG-E	Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes in der am 17.7.2005 im Bundestag verabschiedeten Fassung, BT-Drucks. 15/5717
A.-Drs.	Drucksache des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
AHP	Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und im Schwerbehinder-tenrecht
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Am. Behav. Sci.	American Behavioral Scientist
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. J. L. & Med.	American Journal of Law & Medicine
Anm.	Anmerkung
Annals	Annals of the American Academy of Political and So-cial Science
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (seit 1954, vorher: Arbeitsrechtliche Praxis)
App.	Appendix
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ARS	Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte

AuA	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift
B.C. Third World L.J.	Boston Third World Law Journal
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Behav. Sci. & Law	Behavioral Sciences and the Law
BehindR	Behindertenrecht, Zeitschrift
Berkeley J. Emp. & Lab. L.	Berkeley Journal of Employment and Labor Law
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BKGG	Bundeskindergeldgesetz,
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Sammlung der Entscheidungen des BSG
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
BVG	Bundesversorgungsgesetz
BYU J. Pub. L.	Brigham Young University Journal of Public Law
Cal.	California
Cal. L. Rev.	California Law Review
Canadian Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
C.D.	Central District
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cir.	Circuit
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.Rev.	Cambridge Law Review
CLS	Consolidated Law Service
CML Rev.	Common Market Law Review
Cong	Congress
Ct. App.	Court of Appeals
DB	Der Betrieb, Zeitschrift

D.C. Cir.	U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D. Conn.	District of Connecticut
DDA	Disability Discrimination Act of 1995
D.D.C.	U.S. District Court for the District of Columbia
D.P.R.	District of Puerto Rico
Def. Couns. J.	Defense Counsel Journal
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DStR	Deutsches Steuerrecht, Zeitschrift
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
E.D.	U.S. District Court für den Eastern District des jeweiligen Staates
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EG	Europäische Gemeinschaft(en); Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft idF des Amsterdamer Vertrages
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft idF des Maastrichter Vertrages
Einl.	Einleitung
E.J.S.S.	European Journal of Social Security
E.L. Rev.	European Law Review
Emory L.J.	Emory Law Journal
Empl. Prac. Dec. (CCH)	Employment Practices Decisions (CCH)
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	(Vertrag über die) Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
Eur. J. Health Law	European Journal of Health Law
Eur. L. J.	European Law Journal
EU-Verf	Vertrag über eine Verfassung für Europa
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
F.	Federal Reporter, in drei Reihen erhältlich (F., F.2d und F.3d)
Fed. Appx.	Federal Appendix
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
F. Supp.	Federal Supplement, in zwei Reihen erhältlich (F. Supp und F. Supp 2d.)
Ga.	Georgia

Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GdB	Grad der Behinderung
Geo L.J.	Georgetown Law Journal
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	ErfK Gemeinsamer Senat
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
H.R. Rep.	House of Representatives Report
Hs.	Halbsatz
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
ICIDH	International Classification of Impairment, Disabilities and Handicaps
idF.	in der Fassung
ILJ	Industrial Law Journal
Indus. & Lab. Rel. Rev.	Industrial and Labor Relations Review
insb.	insbesondere
Int. Econ. Rev.	International Economic Review
Int. J. CLLIR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Hum. Res.	Journal of Human Resources
J. Marshall L. Rev.	John Marshall Law Review
J. Med. & Phil.	Journal of Medicine and Philosophy
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JR	Juristische Rundschau
J. Small & Emerging Bus. L.	Journal of Small and Emerging Business Law
J. Soc. Phil.	Journal of Social Philosophy
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung
Lab. Law.	The Labor Law
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Law & Ineq.	Law and Inequality: A Journal of Theory & Practice
M.D.	Middle District
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
MedSach	Der medizinische Sachverständige, Zeitschrift
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
N.C.	North Carolina

N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Edition
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
n.v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.W.2d	North Western Reporter, Second Edition
NWGO	Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
N.Y.	New York
N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.	New York Law School Journal of International & Comparative Law
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Pa.	Pennsylvania
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy and Public Affairs
pt.	part
Pub. L.	Public Law
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens, Zeitschrift
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiA	Recht im Amt, Zeitschrift
rev'g	reversed
SchwBAG	Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbe- hinderter
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
S.C.R.	Canada: Supreme Court Reports
S. Ct.	West's Supreme Court Report
S.D.	U.S. District Court für den Southern District des jewei- ligen Staates
Sess.	session
S.E.2d	South Eastern Reporter, Second Edition
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit, Zeitschrift
SozR	Sozialrecht, Rechtsprechung und Schrifttum; Bearbeitet von Richtern des Bundessozialgerichts (Entscheidungs- sammlung)

SozSich	Soziale Sicherheit, Zeitschrift
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
S. Rep.	Senate Report
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stan. L. & Pol'y Rev.	Stanford Law & Policy Review
Temp. L. Rev.	Temple Law Review
Tex.	Texas
Title VII	Title VII of the Civil Rights Act of 1964
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
U Chi L Sch Roundtable	University of Chicago Law School Roundtable
UBG	Unterbringungsgesetz
U.C. Davis L. Rev.	U.C. Davis Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Pa. J. Lab. & Emp. L.	University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States; United States Reports
U.S.C.	United States Code
U.S.C.C.A.N.	U.S. Code Congressional and Administrative News
Va.	Virginia
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, Zeitschrift
VersorgVerw	Die Versorgungsverwaltung, Zeitschrift
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
Wash.	Western District of Washington
Wash. & Lee. L. Rev.	Washington & Lee Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
W.D.	U.S. District Court für den Western District des jeweiligen Staates
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift
Wm and Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfS	Zeitschrift für das Recht der sozialen Sicherheit
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Einleitung

Der Beginn des neuen Jahrtausends bescherte dem Schutz behinderter Menschen vor ungerechtfertigten Diskriminierungen im Erwerbsleben auf europäischer Ebene den lange verwehrteten Durchbruch. War arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz spätestens seit Erlass der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen<sup>1</sup> und ihrer Kodifizierung durch § 611a BGB für annähernd 25 Jahre vielfach zum Synonym des Geschlechterkampfes geworden, weitete sich nunmehr das normative Bewusstsein. Gestützt auf Art. 13 EG schuf die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden: Rahmenrichtlinie) im Jahre 2000 erstmalig ein gemeinschaftsweites Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung – ein Schritt von historischer Tragweite auf dem Weg zur tatsächlichen Chancengleichheit behinderter Arbeitnehmer im Erwerbsleben.<sup>2</sup>

Die Notwendigkeit dieses Schrittes macht ein Blick auf das Zahlenmaterial aus jener Zeit verständlich: Schätzungsweise 36 Millionen Menschen oder 10% der Bevölkerung der europäischen Union galten im Jahr 2000 als behindert<sup>3</sup>, deutsche Statistiken verorten die Anzahl behinderter Menschen bei etwa acht Millionen Menschen.<sup>4</sup> Die Zahlen jenseits des Atlantiks bieten nicht mehr Grund zum Optimismus. Der Americans with Disabilities Act (ADA) von 1990, wichtigstes U.S.-amerikanisches Gesetzeswerk auf diesem Gebiet, spricht selbst von 43 Millionen Menschen<sup>5</sup>; jüngere Erhebungen gehen sogar von knapp

---

<sup>1</sup> RL 76/207/EWG v. 9.2.1976, ABl. Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

<sup>2</sup> RL 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABl. Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16. Neben dem Merkmal der Behinderung verbietet die Rahmenrichtlinie zudem die Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf. Eine Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft hatte der Rat bereits kurz zuvor durch die RL 2000/43/EG, ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22, verboten. Einen Überblick über beide Richtlinien geben *Thüsing*, ZfA 2001, 387; *Wendeling-Schröder*, in: FS Schwerdtner, S. 269.

<sup>3</sup> Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. Nr. C 204 v. 18.7.2000, S. 82. Dieser Zahl sollte vor dem Hintergrund der Ambivalenz des Behindernungsbegriffs und der Tatsache, dass der Ausschuss keine Begriffsbestimmung seiner Statistik zugrunde legt, mit Zurückhaltung begegnet werden.

<sup>4</sup> Vgl. die Aussagen von *Karl Hermann Haack*, dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen, Frankfurter Rundschau v. 15.2.2003, S. 4. Siehe auch BVerfG v. 1.10.2004, NJW 2005, 737.

<sup>5</sup> 42 U.S.C. § 12101 (a) (1) (2004).

50 Millionen behinderten Menschen in den USA aus.<sup>6</sup> Nicht nur diese absoluten Zahlen, sondern zugleich die Korrelation zwischen Behinderung und den Chancen auf dem Arbeitsmarkt ist ernüchternd. Die Wahrscheinlichkeit ein Opfer der Arbeitslosigkeit zu werden wird bei behinderten Menschen als bis zu dreimal höher als bei nichtbehinderten Arbeitnehmern geschätzt.<sup>7</sup> Vielfältige Diskriminierungen im Erwerbsleben werden als eine der Hauptursachen für diesen Missstand ausgemacht.<sup>8</sup> Dementsprechend hoch sind die Erwartungen, die in die Rahmenrichtlinie und ihre Umsetzung gesetzt werden.<sup>9</sup>

Eine erste Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf die Rahmenrichtlinie erfolgte alsbald. Noch lange vor dem Verstreichen ihrer Umsetzungsfrist zum 2. Dezember 2006 erließ er mit dem Sozialgesetzbuch IX sowie dem Behindertengleichstellungsgesetz Regelungen, die gerade auch zur Umsetzung der Rahmenrichtlinie dienen sollten.<sup>10</sup> Zügiges Handeln, nicht immer ein Wesensmerkmal deutscher Gesetzgebung<sup>11</sup>, ist zu begrüßen, nicht aber, wenn es auf Kosten der Substanz erfolgt.<sup>12</sup> Ein Blick auf die Gesetzeswerke europäischer Nachbarn zur Gleichbehandlung behinderter Menschen hätte insofern zu mehr Besonnenheit mahnen müssen und auch aus den Erfahrungen der Vereinigten Staaten – Vorreiter auf diesem Gebiet – hätte man lernen können. Beides ist nicht erfolgt, und viel Zeit wurde so vergeben. Erst das Antidiskriminierungsgesetz wird die bestehenden Schutzlücken schließen können.

---

<sup>6</sup> Vgl. Census 2000 Brief, Disability Status: 2000, veröffentlicht im März 2003 vom U.S. Census Bureau, erhältlich über die Website <http://www.census.gov>.

<sup>7</sup> Siehe Begründung zum Richtlinienvorschlag der Kommission, KOM (1999) 565 endg., S. 4.

<sup>8</sup> 42 U.S.C. § 12101 (a) (9) (2004); Begründung zum Richtlinienvorschlag der Kommission, KOM (1999) 565 endg., S. 4.

<sup>9</sup> In der Presse wird die damit eingeleitete Entwicklung gerne als „Paradigmenwechsel in der Behindertenpolitik“ umschrieben, vgl. z.B. den Beitrag v. *Issig* in der Welt am Sonntag, 22.12.2002, S. 14. Kritisch diesbezüglich jedoch *Pitschas*, SGB 2003, 65, 71. Die Europäische Union selbst erklärte das Jahr 2003 zum „Europäischen Jahr der Menschen mit Behinderungen“, siehe KOM (2001) 271 endg.

<sup>10</sup> Nach Art. 18 RL hatte die Umsetzung der Rahmenrichtlinie grundsätzlich bis zum 2.12.2003 zu erfolgen. Für die Merkmale der Behinderung und des Alters können die Mitgliedstaaten jedoch eine Zusatzfrist von drei Jahren in Anspruch nehmen.

<sup>11</sup> In Erinnerung zu rufen sind insbesondere die leidlichen Erfahrungen zu § 611a BGB. Der EuGH musste zweimal den deutschen Gesetzgeber zur Nachbesserung anhalten, bevor dieser eine mit der Gleichbehandlungsrichtlinie konforme Sanktionsregelung verabschiedete, vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83, NJW 1984, 2021 (Colson/Kamann); EuGH, Urt. v. 22.4.1997 – Rs. C-180/95, NZA 1997, 645 (Draehmpaehl). Dazu auch *Freis*, NJW 1998, 2779; *Raab*, DStR 1999, 854.

<sup>12</sup> Zu den Folgen der unvollkommenen Umsetzung der Rahmenrichtlinie siehe *Thüsing*, NJW 2003, 3441.

## 1. Kapitel

### Entwicklung des Diskriminierungsverbots wegen einer Behinderung

Über die Notwendigkeit des Schutzes behinderter Menschen vor ungerechtfertigten Diskriminierungen im Erwerbsleben besteht im internationalen Bereich weitreichender Konsens: Die Internationale Arbeitsorganisation<sup>1</sup>, der Europarat<sup>2</sup> sowie die Vereinten Nationen<sup>3</sup> haben Regelwerke zur Verbesserung der beruflichen Stellung dieser mit der voranschreitenden Alterung der Bevölkerung wachsenden Personengruppe<sup>4</sup> erlassen. Die anstehenden Ausführungen zeichnen die Entwicklungen auf diesem Gebiete aus europäischer, deutscher und U.S.-amerikanischer Perspektive nach und legen damit den Grundstein für ein Verständnis des Diskriminierungsschutzes wegen einer Behinderung. Im Fokus der Betrachtung stehen Maßnahmen zur Verbesserungen der beruflichen Stellung behinderter Menschen nach dem oder zum Eintritt in den Arbeitsmarkt. Die Darstellung widmet sich damit nur einem Teilausschnitt dessen, was an beschäftigungsfördernden Maßnahmen erforderlich ist, um die Beschäftigungssituation Angehöriger dieser Arbeitnehmergruppe dauerhaft zu verbessern.<sup>5</sup> Die Lebenswirklichkeit ist dagegen komplexer: Behinderte Menschen erfahren viel-

---

<sup>1</sup> Übereinkommen Nr. 159 sowie Empfehlung 168 der Internationalen Arbeitsorganisation über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten vom 20.6.1983, ratifiziert durch Gesetz vom 9.1.1989, BGBl. II S. 2. Allgemein zur IAO vgl. *Lörcher*, RdA 1994, 284; *Schaub/Schaub* § 7 Rn. 20 ff.; *A. Wisskirchen*, ZfA 2003, 691.

<sup>2</sup> Teil I Nr. 15, Teil II Art. 15 der Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961, siehe Zustimmungsgesetz v. 19.9.1964 (BGBl. II S.1261), wonach jeder behinderte Mensch ein Recht auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung hat. Siehe auch Empfehlung Nr. R(92) 6 des Europarates für eine kohärente Politik für behinderte Menschen vom 9.4.1992.

<sup>3</sup> Rahmenbestimmungen für die Herstellung der Chancengleichheit für Behinderte, Resolution 48/96 der Generalversammlung vom 20.12.1993. Allgemein zu überstaatlichen Regelungen, vgl. *Rosenthal/Sundram*, 21 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 469 (2002).

<sup>4</sup> So ausdrücklich die dem Americans with Disabilities vorangestellte Feststellung des U.S.-amerikanischen Congress, 42 U.S.C. § 12101 (a) (1) (2004).

<sup>5</sup> Ausf. zur begrenzten Wirkung des Anti-Diskriminierungsrechts zur Verbesserung der Beschäftigungschancen behinderter Menschen *Bagenstos*, 114 Yale L. J. 1, 23 ff. (2004).