

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

Einleitung	27
-------------------------	----

I. Kapitel

Entwicklung des Diskriminierungsverbots wegen einer Behinderung	29
A. Der europäische Weg hin zu der Verabschiedung der Rahmenrichtlinie	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 Hoffnungsträger	37
1. Neues zum Begriff der Diskriminierung	38
2. Belästigung als Gleichbehandlungsproblem	39
3. Die fehlende Definition der Behinderung	39
B. Entwicklung in Deutschland	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
C.	Vereinigte Staaten	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

	Grundlagen und Reichweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes	59
A.	Die verschiedenen Gleichheitsmodelle des Anti-Diskriminierungsrechts	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 Arbeitnehmer- auswahl	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. Die Vergleichbarkeit als Anwendungsvoraussetzung des Gleichheitssatzes	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

Normative Erfassung der geschützten Personengruppe	95
A. Zum Begriff der Behinderung als Voraussetzung des Diskriminierungsschutzes	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. Grenzen des Gruppenprinzips – die Heterogenität des geschützten Personenkreises	152
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

**Allgemeiner Diskriminierungsschutz
aufgrund einer Behinderung** 159

A.	Geltungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsschutzes	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- igungsverbots	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. Tatbestände allgemeiner Benachteiligungen	185
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
C. Rechtfertigungsmöglichkeiten allgemeiner Benachteiligungen	226
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

A. Die Funktionen angemessener Vorkehrungen im System des Diskriminierungsschutzes	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. Geltungsbereich des besonderen Diskriminierungsschutzes	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
C. Tatbestandliche Reichweite des besonderen Diskriminierungsschutzes ...	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.	Unverhältnismäßige Arbeitgeberbelastung als Grenze	270

6. Kapitel

	Durchbrechungen des allgemeinen und besonderen Diskriminierungsschutzes	272
A.	Maßnahmen nach Art. 2 Abs. 5 RL	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. Berufliche Anforderungen gem. Art. 4 Abs. 1 RL	277
C. Positive Maßnahmen nach Art. 7 RL	278
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
Literaturverzeichnis	284
Sachregister	305

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 Frauen¹ 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.²

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 behindert³, deutsche Statistiken verorten die Anzahl behinderter Menschen bei etwa acht Millionen Menschen.⁴ 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 Menschen⁵; jüngere Erhebungen gehen sogar von knapp

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

² 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.

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

⁴ 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.

⁵ 42 U.S.C. § 12101 (a) (1) (2004).

50 Millionen behinderten Menschen in den USA aus.⁶ 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.⁷ Vielfältige Diskriminierungen im Erwerbsleben werden als eine der Hauptursachen für diesen Missstand ausgemacht.⁸ Dementsprechend hoch sind die Erwartungen, die in die Rahmenrichtlinie und ihre Umsetzung gesetzt werden.⁹

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.¹⁰ Zügiges Handeln, nicht immer ein Wesensmerkmal deutscher Gesetzgebung¹¹, ist zu begrüßen, nicht aber, wenn es auf Kosten der Substanz erfolgt.¹² 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.

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

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

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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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 Arbeitsorganisation¹, der Europarat² sowie die Vereinten Nationen³ haben Regelwerke zur Verbesserung der beruflichen Stellung dieser mit der voranschreitenden Alterung der Bevölkerung wachsenden Personengruppe⁴ 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.⁵ Die Lebenswirklichkeit ist dagegen komplexer: Behinderte Menschen erfahren viel-

¹ 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.

² 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.

³ 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).

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

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