

# Inhaltsverzeichnis

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

## *1. Kapitel*

<b>Entwicklung des Diskriminierungsverbots</b>	
<b>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 Hoffnungsträger .....	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 Gleichbehandlungsgrund- satz .....	50
<b>C. Vereinigte Staaten .....</b>	<b>51</b>
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>	<b>59</b>
<b>A. Die verschiedenen Gleichheitsmodelle des Anti-Diskriminierungsrechts</b>	<b>60</b>
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

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>	<b>90</b>
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
 <i>3. Kapitel</i>	
<b>Normative Erfassung der geschützten Personengruppe</b>	<b>95</b>
<b>A. Zum Begriff der Behinderung als Voraussetzung des Diskriminierungsschutzes .....</b>	<b>95</b>
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 Regulierungsproblem .....	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 Personenklasse .....	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

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Unterstellte Beschränkungen durch dritte Personen .....	130
cc) Unterstellte Schädigung .....	131
b) Zukünftige Behinderungen .....	132
c) Der Schutz vor Benachteiligungen wegen der Assozierung mit behinderten Menschen .....	133
aa) Assozierung 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 Teilhabekonzepts 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>	<b>160</b>
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 Benachteili- 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- lungsverbot .....	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) Erstreckung des Benachteiligungsverbots auf Tarifvertragsparteien .....	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 Gruppenvergleichs .....	197
a) Zum Verzicht auf Statistiken .....	198
b) Alternative Anknüpfungspunkte zur Feststellung einer mittelbaren 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 Gleichbehandlungsgebot .....	205
b) Ausdehnung des Belästigungsverbots auf das Merkmal der Behinderung .....	207
aa) Von der Rechtsprechung zugrunde gelegter Prüfungsmaßstab .....	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

<b>A. Die Funktionen angemessener Vorkehrungen im System des Diskrimi- nierungsschutzes .....</b>	235
I. Die Bestimmung der geschützten Personenklasse .....	235
1. Außerachtlassung der fehlenden formellen Vergleichbarkeit .....	236
2. Berücksichtigung der Heterogenität der geschützten Personen- gruppe .....	237
II. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als eine Form der Dis- kriminierung .....	238
1. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als Fall der Diskri- minierung .....	239
2. Angemessene Vorkehrungen und unmittelbare Diskriminierung ..	240
3. Angemessene Vorkehrungen und mittelbare Diskriminierung ..	242
4. Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsform <i>sui generis</i> ..	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
<b>D.</b>	<b>Unverhältnismäßige Arbeitgeberbelastung als Grenze .....</b>	<b>270</b>

## 6. Kapitel

	<b>Durchbrechungen des allgemeinen und besonderen Diskriminierungsschutzes</b>	272
<b>A.</b>	<b>Maßnahmen nach Art. 2 Abs. 5 RL .....</b>	<b>272</b>
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

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>19</b>
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>