

Inhaltsverzeichnis

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

1. 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 Hoffnungsträ- ger	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 Gleichheits-	
satzes	90
I. Objektive Geeignetheit zur Arbeitsleistung	90
II. Begriff und Sinn der Beschränkung auf „wesentliche Arbeitsplatzfunk-	
tionen“	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 Diskriminierungs-	
schutzes	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 Rege-	
lungsproblem	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

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- 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) Erstreckung des Benachteiligungsverbots auf Tarifvertragsparteien	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 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

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 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 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