

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

60

Cathleen Rabe-Rosendahl

Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht

Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG und seine Umsetzung
in Deutschland und Großbritannien



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 60

Cathleen Rabe-Rosendahl

Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht

Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG und seine Umsetzung
in Deutschland und Großbritannien



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3645-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-7983-1 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Befassung mit europäischem und ausländischem Recht stellt ein Disserationsprojekt vor ganz besondere, nicht nur juristische Herausforderungen. Für die erfolgreiche Bewältigung all dieser Herausforderungen gilt mein herzlicher Dank Professor Dr. Wolfhard Kohte, der diese Arbeit betreut hat. Professor Dr. Kohte gab mir vor und während der Erstellung dieser Arbeit wertvolle Denkanstöße und Ratschläge, die maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Professorin Dr. Katja Nebe gilt mein Dank für die vielfältige, vertrauensvolle Unterstützung vor und während des gesamten Prozesses sowie die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich hatte das große Glück stets kompetente Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner zu haben, die mir durch Unterstützung und Kritik wichtige Impulse gaben. Zu nennen ist hier zum einen Professorin Maleiha Malik, die mich während meiner Zeit als Visiting Researcher am King's College London mit kritischen Anmerkungen und hilfreichen Anregungen begleitet hat. Zum anderen hatte ich die Möglichkeit, mein Projekt im Rahmen des Netzwerkes der Young Researcher in European Labour and Social Law anderen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus Europa vorzustellen. Die Arbeit in diesem Netzwerk gab mir die unschätzbare Möglichkeit, verschiedene Aspekte der Implementierung des arbeitsrechtlichen Unionsrechts in anderen Mitgliedstaaten zu diskutieren, und half mir, die deutsche und britische Umsetzung aus anderen Blickwinkeln zu betrachten. Für diese Möglichkeit möchte ich mich bei dem Mitbegründer dieses Netzwerkes, Professor Teun Jaspers von der Universität Utrecht, der mit Professor Dr. Kohte dieses wertvolle europäische Wissenschaftsnetzwerk aufgebaut hat, bedanken. Stets befruchtend war der fachliche Austausch mit den anderen Promovierenden am Lehrstuhl von Professor Dr. Kohte; insbesondere möchte ich mich bei Dr. Stefanie Porsche für den intensiven Gedankenaustausch bedanken. Aufgrund der großzügigen Förderung der Friedrich-Ebert-Stiftung war es mir möglich, für die Arbeit am Kapitel zum britischen Recht als Visiting Researcher bzw. Academic Visitor an der University of Oxford und dem King's College London zu forschen.

Vorwort

Diese Arbeit wurde zum Sommersemester 2015 von der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg zur Promotion angenommen und im Mai 2016 verteidigt. Für die Veröffentlichung erfolgte eine Aktualisierung, so dass die deutsche und europäische Rechtsprechung sowie Literatur bis Dezember 2016 weitgehend berücksichtigt werden konnten; die Ausführungen zum britischen Recht entsprechend dem Stand Juli 2016.

Ohne das unermüdliche Zureden und die stetige Unterstützung meiner Freundinnen und Freunde, und insbesondere durch Sascha Rabe, wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Sie haben erheblich dazu beigetragen, dass ich dieses Projekt erfolgreich abschließen konnte. Ihnen gilt mein ganz besonderer Dank.

Im August 2017

Cathleen Rabe-Rosendahl

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis für verwendete Begriffe des britischen und amerikanischen Rechts	27
Einleitung und Gang der Untersuchung	29
Kapitel 1: Ein neues Verständnis des Antidiskriminierungsrechts	34
A. Vom Differenzierungsverbot zur Berücksichtigung von Differenz	34
I. Die Notwendigkeit der Überwindung eines formalen Gleichheitsrechts	34
1. Das Gleichbehandlungsgebot	34
2. Die Differenzierungsverbote	35
3. Die Grenzen eines formalen Gleichbehandlungskonzepts	37
4. Stellungnahme	39
II. Materielles Diskriminierungsrecht – Berücksichtigung von Differenz	40
III. Neudefinition des Antidiskriminierungsrechts	42
B. Instrumente eines effektiven Diskriminierungsschutzes	44
I. Positive Aktionen	45
1. Begriff	45
2. Formen und Ziele Positiver Aktionen	45
a) Die vielfältigen Formen Positiver Aktionen	45
b) Zielrichtungen Positiver Aktionen	47
II. Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen	48
1. Definition der angemessenen Vorkehrungen	49
a) Das Ziel der gleichberechtigten Teilhabe	49
b) Individualbezogene Maßnahmen	50
aa) Konkret notwendige Maßnahmen	50
bb) Reaktiver Charakter des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen?	51
cc) Abgrenzung zum Konzept der Barrierefreiheit	51
c) Grenzen des Rechts auf Vorkehrungen	54

2. Keine Sonderbehandlung für behinderte Menschen	54
3. Abgrenzung zu Positiven Maßnahmen	55
4. Angemessene Vorkehrungen als antidiskriminierungsrechtliches Instrument	56
a) Dogmatische Einordnung angemessener Vorkehrungen - Angemessene Vorkehrungen als Instrument materieller Gleichheit	57
b) Individuelles Recht oder (lediglich) negative Pflicht?	60
5. Arbeitsdefinition	61
6. Interne zwischenrechtliche Konflikte	61
7. Staatliche Aufgabe - Verpflichtung Privater, insbesondere privater Arbeitgeber	62
III. Positive Verpflichtungen	65
Kapitel 2: Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Kontext der internationalen Menschenrechte	68
A. Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im internationalen Recht	68
I. Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen	68
1. Das Recht der Vereinten Nationen vor der UN-BRK	68
2. Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen	70
a) Bedeutung der Konvention	71
b) Verpflichtungen für die Vertragsstaaten	73
c) Überwachungsmechanismus der Konvention	73
d) Der Behinderungsbegriff	74
e) Nichtdiskriminierung	76
f) Angemessene Vorkehrungen	78
aa) Definition angemessener Vorkehrungen	78
bb) Angemessene Vorkehrungen im Bereich Beschäftigung	79
cc) Angemessene Vorkehrungen in anderen Bereichen	80
dd) Grenzen der Verpflichtung	80
ee) Unmittelbare Inanspruchnahme des Staates	81
g) Handlungspflicht für die Vertragsstaaten	81

3. Die Entscheidungen des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu angemessenen Vorkehrungen	81
a) Die Entscheidung <i>Nyusti and Takács v. Hungary</i>	82
b) Die Entscheidung <i>Jüngelin v. Sweden</i>	83
c) Stellungnahme	85
II. Übereinkommen und Empfehlungen der International Labour Organization	86
1. Die Übereinkommen Nr. 111 und Nr. 159 sowie die Empfehlung Nr. 168	86
2. Die Empfehlung Nr. 200 und der <i>Code of Practice „Promoting Diversity and Inclusion through Workplace Adjustments – A Practical Guide“</i>	88
B. Maßnahmen und Abkommen des Europarats	90
I. Die Politik des Europarates im Hinblick auf behinderte Menschen	90
II. Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten	92
1. Das Diskriminierungsverbot, Artikel 14 EMRK	92
2. Positive Verpflichtungen	95
3. Differenzsensible Maßnahmen in der Rechtsprechung des EGMR	96
a) Differenzsensible Maßnahmen und Behinderung	97
aa) Artikel 8 EMRK	97
bb) Artikel 3 EMRK	100
cc) Artikel 6 EMRK	102
dd) Angemessene Vorkehrungen?	103
b) Eine neue Linie: Die Entscheidungen <i>Thlimmenos ./.</i> Griechenland, <i>Glor ./.</i> Schweiz und <i>Çam ./.</i> Türkei	104
aa) <i>Thlimmenos ./.</i> Griechenland	104
bb) <i>Glor ./.</i> Schweiz	105
cc) <i>Çam ./.</i> Türkei	106
4. Stellungnahme	109
III. Die europäische Sozialcharta	112
1. Das Recht auf Nichtdiskriminierung als akzessorisches Recht	112
2. Durchsetzungsmechanismus der Charta	112

3. Angemessene Vorkehrungen als Pflicht aus Artikel 15 ESC	113
4. Auslegungshilfe für den EuGH	114
C. Zusammenfassung	115
 Kapitel 3: Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht der Europäischen Union	 116
A. Rechtliche Grundlagen	116
I. Völkerrechtliche Verträge	117
1. Die UN-Konvention über die Recht von Menschen mit Behinderungen	117
2. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	119
II. Primärrechtliche Regelungen	120
1. Das Verbot der Diskriminierung von behinderten Menschen in den EU-Verträgen und als allgemeiner Grundsatz des Primärrechts	120
2. Das Diskriminierungsverbot in der Grundrechtecharta	121
a) Das Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 21 EU-GRCh	121
b) Schutzpflichten aus Artikel 21 EU-GRCh	123
c) Überprüfbarkeit des Sekundärrechts	125
3. Artikel 26 EU-GRCh	125
III. Sekundärrechtliche Regelungen	126
1. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG	126
2. Die Arbeitsschutzrichtlinien 89/391/EWG und 89/654/EWG	127
a) Arbeitsschutzbezogene Anpassungen	127
b) Unterschiede im Schutzzweck der Normen	128
c) Das Verhältnis zu antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen	128
3. Der Entwurf einer Richtlinie außerhalb von Beschäftigung und Beruf	129
4. Der Entwurf einer Richtlinie zur Barrierefreiheit in der EU für bestimmte Dienstleistungen und Produkte	131

B. Die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen in Artikel 5 der Rahmenrichtlinie	133
I. Anwendungsbereich	134
II. Die unionsrechtliche Definition der angemessenen Vorkehrungen	136
1. Das Verständnis in der Richtlinie	136
2. Die Erweiterung durch den EuGH	137
3. Keine Pflicht zu kollektiven Maßnahmen	137
III. Voraussetzungen des Artikel 5 RRL	139
1. Das Vorliegen einer Behinderung	139
a) Der Behinderungsbegriff in <i>Chacón Navas</i>	140
b) Die Evolution des Begriffes: Die Entscheidungen <i>HK Danmark und Kaltoft</i>	142
aa) Die Vorlagefragen zum Behinderungsbegriff	142
bb) Völkerrechtskonforme Auslegung des Behinderungsbegriffes	144
cc) Bestimmungskriterien	145
(1) Irrelevanz der Ursache der Beeinträchtigung	146
(2) Abgrenzung zum Begriff der Krankheit	146
(3) Dauer der Einschränkung	147
(4) Notwendigkeit einer Vorkehrung	148
(5) Unerheblichkeit der Arbeitsunfähigkeit	148
c) Anwendungsbereichsbezogene Definition von Behinderung?	149
aa) Begrenzung auf Teilhabestörungen im Berufsleben	149
bb) Relativität des Behinderungsbegriffs	151
cc) Typisiertes Vorliegen von Teilhabestörungen	152
d) Stellungnahme und Zusammenfassung	152
2. Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes (Erwägungsgrund 17)	153
3. Konkrete, beschäftigungsrelevante Barriere als Auslöser	154
a) Die Beschäftigungsrelevanz	154
b) Konkrete Barriere	155
4. Kenntnis von der Behinderung	157

IV. Das Urteil in der Rechtssache <i>Coleman</i>	158
1. Erweiterung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots auf nicht behinderte Personen	158
2. Angemessene Vorkehrungen für Beschäftigte mit behinderten Angehörigen und/oder durch sie gepflegte behinderte Angehörige	160
a) Angemessene Vorkehrungen nur für behinderte Menschen	160
b) Anspruch durch das Konzept der mittelbaren Diskriminierung?	161
V. Recht des Beschäftigten oder (lediglich) negative Arbeitgeberpflicht	162
VI. Inhalt der Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen	164
1. Die Suche und Bereitstellung einer Vorkehrung	164
2. Arten von Vorkehrungen	164
a) Weite Auslegung des Arbeitsplatzbegriffes	164
b) Typologie	166
c) Gemischter Vorkehrungscharakter	167
3. Ansprüche an die Vorkehrung	168
a) Effektive Vorkehrung	168
b) Selbständigkeit und gleichberechtigte Teilhabe	169
c) Sichere Vorkehrung	170
VII. Besonderheiten beim Zugang zu Beschäftigung, der beruflichen (Weiter-)Bildung und der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	171
1. Vorkehrungen beim Zugang zu Beschäftigung	171
a) Vorkehrungen in Bezug auf den zukünftigen Arbeitsplatz - Keine Pflicht zur Einstellung	171
b) Einstellungsverfahren	172
c) Durchführung von Einstellungstest und Einstellungsuntersuchungen	173
2. Beruflicher Aufstieg und Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen	173
3. Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	174
VIII. Die Angemessenheit der Vorkehrung	175
1. Das U.S.-amerikanische Modell	176
2. Der Angemessenheitsbegriff des Artikel 5 RRL	179

3. Aspekte der Angemessenheit	182
a) Finanzielle Aspekte	182
aa) Kosten der Vorkehrung , Erwägungsgrund 21	182
bb) Unverhältnismäßige Kosten für die Suche nach einer Vorkehrung	183
cc) Kompensation durch staatliche Maßnahmen der Behindertenpolitik, Artikel 5 S. 3	184
b) Organisatorische und tatsächliche Möglichkeit sowie Ausschluss einer Vorkehrung durch entgegenstehende gesetzliche Normen	185
aa) Konflikt mit Vorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Artikel 7 Abs. 2 Hs. 1 RRL	186
(1) Keine differenzierte Regelung für Konfliktfälle	186
(2) Missbrauchsgefahr, insbesondere: Einstellungsverfahren	188
(3) Überlegungen zur Behandlung von Konflikten	189
bb) Ausschluss einer Vorkehrung durch kollektivrechtliche Regelungen	190
c) (Grund-)Rechte und Interessen Dritter	190
d) Folgen für behinderte Beschäftigte bei Nichtvornahme der Vorkehrung	191
e) Weitere Aspekte	192
4. Die Rolle öffentlicher Arbeitgeber	192
5. Ergebnis	193
C. Die Einordnung in das Gefüge des EU-Antidiskriminierungsrechts	194
I. Angemessene Vorkehrungen als Ausdruck der Förderung von materieller Gleichheit	194
II. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als eine Form der Diskriminierung	196
1. Die Abgrenzung zur unmittelbaren Diskriminierung	199
a) Zwei getrennte Konzepte	199

b) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, Artikel 4 RRL	200
aa) Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung	200
bb) Zusammenspiel mit der Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen	202
(1) Artikel 4 RRL während eines Arbeitsverhältnisses: insbesondere Kündigung	202
(2) Artikel 4 RRL im Bewerbungsprozess	203
2. Die Abgrenzung zur mittelbaren Diskriminierung	204
a) Individuelle und kollektive Ausrichtung für das Merkmal Behinderung	206
b) Unterschiede in Anwendungsbereich und Rechtsdurchsetzung	208
c) Rechtfertigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers – Die Interpretationsmöglichkeiten des Artikel 2 Abs. 2 b) ii) RRL	209
aa) Absatz 2 b) RRL als konzeptionelle Entscheidungsmöglichkeit bezüglich einer alternativen Umsetzung?	209
bb) Absatz 2 b) ii) RRL als Rechtfertigungsmöglichkeit der klassischen mittelbaren Diskriminierung?	211
d) Die Notwendigkeit einer separaten Umsetzung beider Konzepte	212
e) Fazit für das Unionsrecht	214
3. Die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als eigenständige Form der Diskriminierung	215
4. Rechtsschutz	215
a) Sanktionen	216
b) Frist zur Geltendmachung	216
5. Beweislast	217
a) Beweiserleichterung, Artikel 10 Abs. 1 RRL	218
aa) Zwei Ebenen der Beweiserleichterung	218
bb) Die Beweislast im Fall einer mittelbaren Diskriminierung	218

b) Beweislast- und Prozesserleichterungen bei einer Diskriminierung wegen Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen sowie der Geltendmachung eines Anspruchs auf angemessene Vorkehrungen	220
aa) Anspruch an die Darlegung einer Vorkehrung	220
bb) Beweislast hinsichtlich der Angemessenheit	221
III. Die Abgrenzung angemessener Vorkehrungen von Positiven Maßnahmen	222
1. Artikel 7 Abs. 1 RRL	222
2. Rechtsprechung des EuGH zu Positiven Maßnahmen	223
3. Abgrenzung beider Instrumente	224
a) (Globale) Zielstellung und Reichweite einzelner Maßnahmen	225
b) Hauptabgrenzungskriterium: individualbezogener Nachteil - Einzelfallbezug	226
c) Unterschiedliche Barrieren	227
d) Dauer der Maßnahme	227
e) Rechtsfolge bei Unterlassen	227
f) Ergebnis zur Abgrenzung beider Instrumente	228
4. Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen als asymmetrischer Schutz	229
IV. Bevorzugende angemessene Vorkehrungen	231
1. U.S.-Recht: <i>Airways, Inc. v. Barnett</i>	232
2. Britisches Recht: <i>Archibald v Fife Council</i>	233
3. Überlegungen zum Unionsrecht	235
V. Zusammenfassung	237
D. Folgen einer unzureichenden Umsetzung von Artikel 5 RRL	237
I. Unionsrechtskonforme Auslegung	238
II. Unmittelbare Wirkung für staatliche Arbeitgeber	239
III. Unmittelbare Drittwirkung der Rahmenrichtlinie?	240
1. Die neuere Rechtsprechungslinie des EuGH	240
2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Artikel 5 RRL	242

Kapitel 4: Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen für behinderte Menschen im britischen Arbeitsrecht	244
A. Die Diskriminierung wegen einer Behinderung im britischen Arbeitsrecht	244
I. Einführung in das britische antidiskriminierungsrechtliche Arbeitsrecht	244
1. Die Gesetzeslage vor 1995	246
2. Der Disability Discrimination Act 1995	249
3. Die Reform des Antidiskriminierungsrechts	251
II. Der Equality Act 2010	253
1. <i>Codes of Practice</i>	253
2. Anwendungsbereich	253
3. Der Behinderungsbegriff	255
a) Der Begriff der Behinderung im Equality Act 2010	256
aa) Beeinträchtigung und ihre Folgen als Ursache für eine Behinderung	256
bb) Bewältigung des alltäglichen Lebens	258
cc) Langanhaltende Auswirkungen	259
b) Fiktion einer Behinderung bei bestimmten Beeinträchtigungen	260
c) Unionsrechtskonformität des Begriffs	261
4. Die verschiedenen Diskriminierungsformen im Equality Act 2010	263
a) Unmittelbare Diskriminierung	264
b) Mittelbare Diskriminierung	265
aa) Einführung durch den EA 2010	265
bb) Section 19 EA 2010	266
cc) Abgrenzung zur Diskriminierung wegen Versagung angemessener Vorkehrungen	267
c) <i>Discrimination arising from disability</i>	268
d) Die Versagung angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung	271
e) Belästigung	271
B. Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im britischen Arbeitsrecht	272
I. Angemessene Vorkehrungen und antizipatorische Anpassungen	272

II. Vorkehrungen für behinderte Arbeitnehmer und behinderte <i>contract workers</i>	274
III. Die Arbeitgeberpflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen	275
1. Ausgestaltung als Pflicht des Arbeitgebers	276
2. Die Voraussetzungen der Pflicht	277
a) Feststellung der Barriere	278
aa) Physische Barrieren	278
bb) Vorschriften, Kriterien, Verfahren	279
cc) Beschränkung auf streng beschäftigungsbezogene Barrieren	280
b) Erheblicher Nachteil und das Erfordernis einer Vergleichsperson	281
aa) Erheblicher Nachteil	281
bb) Die Vergleichsperson	281
c) Das Wissenselement	284
d) Fachliche Kompetenz des Arbeitnehmers	285
3. Die Frage nach der Behinderung im Bewerbungsverfahren	286
a) Die tätigkeitsbezogene Frage nach der Behinderung	287
b) Die tätigkeitsneutrale Frage nach einer Behinderung	288
c) Die Frage nach der Behinderung zum Zeitpunkt des Vertragsangebots	289
d) Rechtsfolge einer rechtswidrigen Frage nach einer Behinderung	290
4. Inhalt der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen	290
a) Erkennbarer Vorkehrungsbedarf	291
b) Änderung des Tätigkeitszuschnitts	292
c) Neuer Arbeitsplatz	293
aa) Keine Pflicht zur Schaffung eines neuen oder zusätzlichen Arbeitsplatzes	293
bb) Versetzung	293
cc) Arbeitsplatztausch	295
dd) Freikündigung	296
d) Auf das soziale Arbeitsumfeld bezogene Maßnahmen	296
e) Angemessene Vorkehrungen für Pflegepersonen behinderter Angehöriger	297
f) Kündigungssachverhalte	298

IV. Die Angemessenheit der Vorkehrung	299
1. Die Effektivität der Vorkehrung und die Einbeziehung des Arbeitnehmers	301
2. Die Frage der übermäßigen Belastung für den Arbeitgeber	302
3. Staatliche Unterstützungsleistungen	305
4. Interessen Dritter	306
5. Stellungnahme	308
V. Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen für Entleiher (<i>principals</i>)	308
1. Pflicht des Entleihers (<i>principal</i>)	308
2. Pflicht des Verleihers und die Notwendigkeit der Zusammenarbeit	309
3. Besonderheiten bezüglich der Angemessenheit einer Vorkehrung	309
VI. Prozessuale Fragen	310
1. Gerichtliche Zuständigkeit	310
2. <i>Early conciliation</i>	310
3. Anwaltliche Vertretung und Gerichtskosten	311
4. Beweislast	313
5. Klagefrist	315
VII. Rechtsfolge und Rechtsdurchsetzung	316
1. Feststellung hinsichtlich des Bestehens des Anspruchs	316
2. Wiedereinstellung	316
3. Vornahme einer angemessenen Vorkehrung und <i>recommendations</i>	317
4. Schadensersatz	319
5. Einbeziehung Dritter in den Prozess	320
C. Zusammenfassung	320
Kapitel 5: Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im deutschen Arbeitsrecht	323
A. Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Verfassungsrecht	323
I. Der Behinderungsbegriff	324
II. Rechte und Verpflichtungen aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG	325
1. Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung	325

2. Angemessene Vorkehrungen als Anspruch aus Artikel 3 Abs. 3 S. 2 GG?	326
3. Schutzpflichten aus Artikel 3 Abs. 3 S. 2 GG	328
III. Einfluss der UN-BRK auf das verfassungsrechtliche Antidiskriminierungsrecht für behinderte Menschen	329
IV. Zusammenfassung	330
B. Die UN-Behindertenrechtskonvention und das deutsche Arbeitsrecht	331
I. Konventionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts	331
II. Unmittelbare Anwendung des Diskriminierungsverbots gegen staatliche Arbeitgeber	332
III. Keine unmittelbare Drittwirkung	333
C. Das Recht schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen auf angemessene Vorkehrungen im Arbeitsrecht	334
I. Vor dem SGB IX: § 14 SchwbG	334
II. Das Diskriminierungsverbot	336
1. § 81 Abs. 2 SGB IX	336
2. § 7 AGG i.V.m. § 1 AGG	337
III. Der Begriff der Behinderung im arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungskontext	338
1. Die Definition der Behinderung, § 2 Abs. 1 SGB IX	338
a) Das Wechselwirkungstheorem	339
b) Möglichkeit einer Teilhabestörung	340
c) Bezugskriterien: Lebensalter und Dauer	341
d) Fiktion einer Behinderung für bestimmte Beeinträchtigungen	342
2. Konkretisierung des Teilhabekonzepts für das Antidiskriminierungsrecht	343
3. Änderungsbedarf im deutschen Recht – Änderungen durch das Bundesteilhabegesetz	344
a) Änderungsbedarf	344
b) Die Neufassung von § 2 Abs. 1 SGB IX im Bundesteilhabegesetz	345
IV. Personeller Anwendungsbereich für Ansprüche aus dem zweiten Teil des SGB IX	347
1. Definition der Schwerbehinderung	348

2. Gleichstellung mit schwerbehinderten Beschäftigten	349
a) Unfähigkeit einen geeigneten Arbeitsplatz zu erlangen oder zu behalten	349
b) Weitere Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 SGB IX	350
V. Fördermaßnahmen beim Zugang zu Beschäftigung für schwerbehinderte Menschen: Abgrenzung zu Positiven Maßnahmen	351
1. Die Prüfpflicht gemäß § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX	352
2. Pflicht zur Zusammenarbeit mit der Agentur für Arbeit gemäß § 81 Abs. 1 S. 2 SGB IX und § 82 S. 1 SGB IX	354
3. Unterrichtungspflicht, § 81 Abs. 1 S. 4 SGB IX	356
4. Einladung zum Vorstellungsgespräch, § 82 S. 2, 3 SGB IX	356
5. Sicherstellung der Mindestbeschäftigung, § 81 Abs. 3 SGB IX	358
6. Zusammenfassung	359
VI. Förderung der beruflichen Qualifizierung	360
1. Positive Maßnahmen zur beruflichen (Weiter-)Bildung	360
2. Angemessene Vorkehrungen und berufliche Weiterbildung	361
VII. Der Anspruch auf einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz, § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX	361
1. Abgrenzung zu arbeitsschutzrechtlichen Vorkehrungen	363
2. Anspruch auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung, § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX	364
a) Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung und dem Vorkehrungsbedarf	366
aa) Datenschutz und persönlichkeitsrechtliche Aspekte	366
bb) (Pro)Aktive Pflicht?	367
cc) Insbesondere: Die Frage nach der (Schwer-)Behinderung	368
b) Dynamische Pflicht	371
c) Ermessensspielraum des Arbeitgebers/Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung	373
d) Anspruch auf Zuweisung von behinderungsgerechten Tätigkeiten	375
aa) Neuzuweisung im Rahmen des § 106 S. 1, 3 GewO	375

bb) Anspruch auf Änderung des Arbeitsvertrags	376
e) Anspruch auf einen anderen Arbeitsplatz	377
aa) Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes	377
bb) Versetzung auf einen vorhandenen Arbeitsplatz	379
(1) Gleichwertiger Arbeitsplatz	379
(2) Höherwertiger Arbeitsplatz - Beförderung	380
(3) Mit anderen Beschäftigten oder Leiharbeitnehmern besetzter Arbeitsplatz	382
(4) Freikündigung	383
3. Stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX	386
a) Arbeitsrechtlicher Rahmen	386
b) § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 28 SGB IX als besonderer Vorkehrungsanspruch	387
c) Konkrete Ausgestaltung der Stufenweisen Wiedereingliederung	388
d) Verhältnismäßigkeit der Vorkehrung	389
4. Gestaltungspflichten nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 und 5 SGB IX	390
a) Physische Anpassungen	390
b) Technische Arbeitshilfen	392
c) Arbeitsorganisation	393
aa) Arbeitsort	394
bb) Arbeitsumfeld	395
cc) Lage und Verteilung der Arbeitszeit	396
dd) Assistenzen	397
d) Vorschriften, Verfahren, Kriterien	397
e) Berücksichtigung der Unfallgefahr	398
5. Kombination von Vorkehrungen	398
VIII. Arbeitszeitbezogene Vorkehrungen und Positive Maßnahmen	399
1. Anspruch auf Teilzeit gemäß § 81 Abs. 5 S. 3 SGB IX als Anspruch auf eine angemessene Vorkehrung	399
a) Reduktion der Arbeitszeit	399
b) Vorübergehende Teilzeitregelungen	401
c) Verhältnis zu § 8 TzBfG	402
d) Zusammenwirken der § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 4 und § 81 Abs. 5 SGB IX	402

2. Weitere Ansprüche schwerbehinderter Menschen	402
a) Der Anspruch auf Befreiung von Mehrarbeit gemäß § 124 SGB IX als Positive Maßnahme	402
b) Der Anspruch auf Zusatzurlaub gemäß § 125 SGB IX als Positive Maßnahme	404
IX. Verfahren zur Ermittlung geeigneter Vorkehrungen	405
1. Die generelle Pflicht zur kooperativen Ermittlung einer Vorkehrung im Rahmen des § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX	405
2. Die Verfahren des § 84 SGB IX	406
a) Das Betriebliche Eingliederungsmanagement als kooperativer Suchprozess	407
aa) Personeller Anwendungsbereich	407
bb) Die Pflicht zur Durchführung eines BEM, § 84 Abs. 2 SGB IX	407
cc) BEM im Behinderungskontext	409
dd) Rechtsfolge bei Unterlassen	411
b) Die Kündigungsprävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX	413
aa) § 84 Abs. 1 SGB IX als Verfahrensnorm	413
bb) Einschränkungen der Anwendung des § 84 Abs. 1 SGB IX durch das BAG	414
c) Rechtsfolge bei Unterlassen	415
X. Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen	416
1. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	417
2. Mitwirkung des Betriebsrates	417
a) Allgemeine Pflichten, §§ 93, 99 SGB IX	417
b) § 99 BetrVG	418
3. Mitwirkung des Personalrats	419
4. Beteiligungsrechte im Fall des § 84 SGB IX	419
5. Die Rolle der Integrationsvereinbarung	420
XI. Angemessenheitsprüfung	422
1. Zumutbarkeit und unverhältnismäßige Aufwendungen – die verschiedenen Auslegungsansätze	422
2. Richtlinienkonforme Auslegung des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX	423
a) Ausgangspunkt: Effektivität der betreffenden Vorkehrung	423
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S.	424

3. Zu berücksichtigende Aspekte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	424
a) Finanzielle Unverhältnismäßigkeit	426
aa) Vorrang der Ansprüche gegen das Integrationsamt und Rehabilitationsträger	427
bb) Festsetzung der finanziellen Belastungsgrenze mit Hilfe von Relationsgrößen	428
(1) Größe und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens	428
(2) Gehalt und Beschäftigungsdauer	428
cc) Budgetierung der (zu erwartenden) Vorkehrungskosten	429
dd) Systemische Betrachtung der Ausgaben für eine Vorkehrung	430
ee) Ausschluss der finanziellen Beteiligung des Beschäftigten	430
b) Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten	430
aa) Beratungsangebote des Integrationsamtes	431
bb) Beratung durch die Bundesagentur für Arbeit	431
c) Betriebsorganisatorische und betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	432
aa) Zumutbarkeit einer Umorganisation	432
bb) Umfangreichere Maßnahmen	433
cc) Verhältnismäßigkeit in Fällen des § 81 Abs. 5 S. 3 SGB IX	433
dd) Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats	434
ee) Entgegenstehende Regelungen einer Betriebsvereinbarung	436
d) Arbeitsschutzrechtliche Aspekte	438
aa) Begrenzung durch arbeitsschutzrechtliche Regelungen	438
bb) Tätigkeitsbezogene Ursache der Behinderung/der Notwendigkeit einer angemessenen Vorkehrung	440
(1) Tätigkeitsbezogene Ursache der Behinderung	440
(2) Unzureichende Umsetzung der Pflicht zur Barrierefreiheit	440

(3) Pflichtwidriges Unterlassen von Präventionsmaßnahmen	441
e) Die Rolle der Beschäftigungsquote	442
f) Keine Berücksichtigung der Behinderungsursache	442
g) Auswirkungen auf Dritte/ entgegenstehende Rechte Dritter	443
aa) Auswirkungen auf andere Beschäftigte	443
bb) Die Rechte und ggf. die Sicherheit Dritter	444
cc) Auswirkungen auf gewerbliche Mietverhältnisse	445
h) Positive Auswirkungen der Vorkehrung	445
i) Entgegenstehende beamtenrechtliche oder tarifrechtliche Bestimmungen	447
aa) Entgegenstehende beamtenrechtliche Vorschriften	447
bb) Entgegenstehende Bestimmungen eines Tarifvertrages	447
4. Schlussfolgerungen	448
XII. Berücksichtigung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen bei Einstellungs- und Kündigungssachverhalten	450
1. Auswirkungen auf die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 8 Abs. 1 AGG	450
a) BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 (Kündigung)	451
aa) Sachverhalt	451
bb) Die Entscheidung des sechsen Senats	452
b) BAG v. 22.05.2014 - 8 AZR 662/13 (Einstellungsverfahren)	453
aa) Sachverhalt	453
bb) Die Entscheidung des achten Senats	454
c) Stellungnahme	454
2. Auswirkungen in Kündigungssachverhalten	456
a) Personenbedingte Kündigungen	457
b) Betriebsbedingte Kündigung	458
c) Verhaltensbedingte Kündigung	459
d) Kündigungen außerhalb der Anwendung des KSchG	459
e) Fazit	459

XIII. Ansprüche bei Verstoß gegen die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen	460
1. Der Anspruch auf Vornahme	461
2. Anspruch auf Lohnzahlung bei Unterlassen der Vorkehrung	462
a) Annahmeverzug des Arbeitgebers	462
b) Anspruch auf Schadensersatz, § 280 Abs. 1 BGB	463
c) Anspruch aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX	464
3. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung wegen einer Diskriminierung	464
a) Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung im AGG	464
b) § 15 AGG	466
c) Verhältnis zu anderen Ansprüchen	467
aa) Verletzung der Teilhabe- und Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsvertrag	467
bb) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Artikel 2 Abs. 1, Artikel 1 Abs. 1 GG	468
cc) Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 7 AGG	469
4. Kollektivrechtliche Möglichkeiten	469
5. Unterstützung durch Verbände	470
XIV. Darlegungs- und Beweislast	471
1. Geltendmachung eines Anspruchs auf angemessene Vorkehrungen	471
a) Sekundäre Darlegungslast des Arbeitgebers	471
b) Einwand der unverhältnismäßigen Belastung	472
c) Konsequenzen aus einem fehlenden Tätigwerden im Hinblick auf die Suche nach einer Vorkehrung	473
2. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen einer Diskriminierung	474
3. Kündigungsverfahren	475
a) Verfahren nach dem KSchG	475
b) Kündigungsverfahren außerhalb der Anwendung des KSchG	476
XV. Zusammenfassung	476

D. Das Recht behinderter Menschen ohne Schwerbehinderungs – oder Gleichstellungsstatus auf angemessene Vorkehrungen im Arbeitsrecht	477
I. Unmittelbare Anwendung von Artikel 5 RRL gegenüber staatlichen Arbeitgebern	479
II. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 81 Abs. 4 SGB IX	479
III. Der Ansatz der Rechtsprechung – Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB	480
IV. Auslegung des § 84 Abs. 2 SGB IX	482
V. Auslegung des § 618 BGB	482
VI. Auslegung des AGG	483
1. Auslegung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung	483
2. Auslegung des § 12 AGG	485
VII. Stellungnahme und Ergebnis zur Umsetzung des Anspruchs für behinderte Beschäftigte	486
E. Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im Bewerbungsverfahren	486
Zusammenfassung	488
Thesen der Arbeit	496
Literaturverzeichnis	503

Abkürzungsverzeichnis für verwendete Begriffe des britischen und amerikanischen Rechts¹

AC	Appeal Cases
ACAS	Advisory, Conciliation and Arbitration Service
ADA	Americans with Disabilities Act
All ER	The All England Law Reports
CA	Court of Appeal
CLJUK	Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev	Common Market Law Review
CoP	Code of Practice
CoP (Employment)	Code of Practice (Employment) Equality Act 2010
DDA	Disability Discrimination Act 1995
Duke L.J.	Duke Law Journal
EA 2010	Equality Act 2010
EAT	Employment Appeal Tribunal
EHRC	Equality and Human Rights Commission
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELR	European Law Review
EMPLB	Employment Law Bulletin
EOR	Equal Opportunities Law Review
Eq.L.R	Equality Law Reports
ERA	Employment Rights Act
E.R.Rev.	The Equal Rights Review
ET	Employment Tribunal
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division)
HLR	Harvard Law Review
HoL	House of Lords
HRA	Human Rights Act 1998
I.C.R.	Industrial Case Reports
IJCLIR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
IJDL	International Journal of Discrimination and the Law
ILJ	Industrial Law Journal
I.R.L.R.	Industrial Relations Law Reports

Abkürzungsverzeichnis

LJ	Lord Justice
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
NLJ	New Law Journal
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
RRA	Race Relations Act 1976
s.	Section
Sch.	Schedule
SDA	Sex Discrimination Act 1975
TULRCA	Trade Union and Labor Relations (Consolidation) Act
UKHL	United Kingdom House of Lords
Villanova L.Rev.	Villanova Law Review
WL	Westlaw Transcripts

1 Für deutsche Begriffe wurden die gängigen Abkürzungen verwendet, vgl. hierzu *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage 2012.

Einleitung und Gang der Untersuchung

Die Europäische Kommission geht heute von 80 Millionen behinderten Menschen in der Europäischen Union aus und schätzt, dass im Jahr 2020 die Zahl der behinderten Menschen auf 120 Millionen steigen wird.² Der Teilhabebericht der Bundesregierung (2013) legt eine Zahl von 17 Millionen der über 18 Jährigen in Deutschland zugrunde, die gesundheitliche Beeinträchtigungen oder chronische Erkrankungen haben.³ 7,6 Millionen Menschen sind als schwerbehindert anerkannt (2015).⁴ Persistente strukturelle Barrieren und Vorurteile führen zu Teilhabehindernissen für diese Menschen auch und vor allem im Arbeitsleben, insbesondere beim Zugang zu Beschäftigung. Dies spiegelt sich nicht zuletzt in der deutlich geringeren Erwerbsquote von Menschen mit Beeinträchtigungen gegenüber der Quote von Menschen ohne Beeinträchtigung wider.⁵ Es bedarf somit Instrumenten, um erwerbsfähige Menschen mit Beeinträchtigungen in den Arbeitsmarkt zu integrieren bzw. im Arbeitsleben zu erhalten, denn jeder achte Mensch in Deutschland wird sich im Laufe seines Lebens einer Behinderung ausgesetzt sehen. Ein Instrument, das eine Beschäftigung er-

2 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 03.05.2016, „Commission welcomes agreement to make public sector websites and apps more accessible“, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1654_de.htm (abgerufen am 04.07.2016). Auch das EU-Parlament schätzt eine Zahl von 80 Millionen (2012) <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20121203STO04306/html/Barrierefreiheit-Rechte-von-Menschen-mit-Behinderungen> (04.07.2016).

3 Der Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Stand August 2013, herausgegeben vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 7. Die letzte Zahl für Großbritannien beträgt 11,6 Millionen (2012), von denen 5,7 Millionen im arbeitsfähigen Alter sind; Bericht des *House of Lords* zur Situation von behinderten Menschen in Großbritannien, *House of Lords*, The Equality Act 2010: The impact on disabled people, 2016, S. 23f Rn 52ff, abrufbar unter: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldselect/117/117.pdf> (abgerufen am 06.12.2016).

4 Statistisches Bundesamt, Statistik der schwerbehinderten Menschen, Kurzbericht 2015, S. 5.

5 Die Erwerbsquote von Männern mit Beeinträchtigungen liegt bei 58 Prozent (ohne Beeinträchtigungen 83 Prozent), von Frauen mit Beeinträchtigungen bei 58 Prozent (ohne Beeinträchtigungen 75 Prozent). Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Stand August 2013, S. 18.

möglichen und sichern soll, sind die sog. angemessenen Vorkehrungen zur Herstellung eines behinderungsgerechten, das heißt behinderungsüberwindenden, Arbeitsplatzes. Die Einführung des Instruments der angemessenen Vorkehrungen⁶ in das europäische Recht geht auf das Vorbild des U.S.-amerikanischen Rechts, insbesondere den Americans with Disabilities Act 1990 (ADA) zurück. Bereits vor 1990 existierte im U.S.-amerikanischen Arbeitsrecht eine Pflicht zu angemessenen Anpassungen von Arbeitsbedingungen zur Überwindung von Diskriminierungen wegen der Religion. Im Jahr 1972 entschied der U.S.-Kongress den Civil Rights Act⁷ zu erweitern und Arbeitgebern die Pflicht aufzuerlegen, Anpassungen der Arbeitsbedingungen vorzunehmen, so dass ihre Beschäftigten und zukünftigen Beschäftigten ihre Religion ausüben können und dies keine unangemessene Härte für ihre Unternehmensführung bedeuten würde. Nachdem Australien⁸ und Neuseeland⁹ Anfang der 1990er Jahre eine solche Anpassungspflicht des Arbeitgebers für behinderte Menschen einführten, erlangte das Instrument nach und nach auch in Europa größere Bekanntheit. Unter anderem Großbritannien (1995) und Schweden (1999)¹⁰ integrierten eine solche Pflicht in ihr Antidiskriminierungsrecht. Eine Pflicht zur behinderungsgerechten Ausgestaltung der Arbeitsstätten bestand in der Europäischen Gemeinschaft zwar bereits seit der Arbeitsschutzrichtlinie 89/654/EWG,¹¹ eine Pflicht zur Vornahme behinderungsbedingter Anpassungen außerhalb des arbeitsschutzrechtlichen Kontextes wurde jedoch erst im Jahr 2000 mit Erlass der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden: Rahmenrichtlinie, RLL)¹² in das europäi-

6 Die Wahl dieses Begriffes wird vor allem auf den Bekanntheitsgrad des Konzeptes unter den Kommissionsmitgliedern und den Nichtregierungsorganisationen behinderter Menschen, die sich für die Aufnahme des Konzepts in das europäische Recht einsetzten, zurückgeführt. *Waddington/Lawson*, Behinderung und europäisches Recht zur Nichtdiskriminierung, 2010, S. 27.

7 Section 701 (j) des Civil Rights Act 1964 i. d. F. von 1972.

8 S. 5 (2) Disability Discrimination Act 1992.

9 S. 29 Human Rights Act 1993.

10 Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

11 Nr. 20 in Anhang I Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in erstmals genutzten Arbeitsstätten, Artikel 3 der Richtlinie.

12 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RRL), ABl. Nr. L 23 v. 27. Januar 2000 S. 35.