

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) Ermessenspielraum 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.

sche Antidiskriminierungsrecht aufgenommen. Zehn Jahre nach der Umsetzungsfrist der Rahmenrichtlinie hat die EU-Kommission bezüglich der Regelung einer Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen Defizite in zahlreichen Mitgliedstaaten festgestellt.¹³ Im Rahmen dieser Arbeit soll daher untersucht werden, welche Anforderungen das Unionsrecht an die Mitgliedstaaten stellt und wie diese im britischen sowie im deutschen Recht umgesetzt werden.

Die vorliegende Arbeit soll in Kapitel 1 zunächst eine Einführung in das Konzept der angemessenen Vorkehrungen, seine Notwendigkeit und seine Verwurzelung im Antidiskriminierungsrecht geben. Auch außerhalb des Unionsrechts findet sich das Instrument in internationalen Rechtsnormen. Daher sollen in Kapitel 2 verschiedene völkerrechtliche Verträge im Hinblick auf das Instrument der angemessenen Vorkehrungen untersucht werden. Die vorzustellenden internationalen Bestimmungen der Vereinten Nationen, der International Labour Organization und des Europarates sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) als Auslegungshilfen herangezogen und stellen damit wichtige Rechtsquellen für das Unionsrecht dar. Besondere Bedeutung kommt hierbei dem von der EU rechtsverbindlich anerkannten Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im Folgenden: UN-BRK)¹⁴ zu. Eine eingehende Analyse des Konzeptes der angemessenen Vorkehrungen in der Rahmenrichtlinie und seiner Stellung im unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht erfolgen in Kapitel 3.

Die darauffolgenden Kapitel untersuchen die Umsetzung von Artikel 5 der Rahmenrichtlinie im britischen und im deutschen Recht. Das britische Recht eignet sich, trotz der Unterschiede u. a. in der Rechtssystematik, besonders für eine vergleichende Umsetzungsanalyse, da Großbritannien auf eine über 20jährige Erfahrung mit dem Konzept zurückblicken kann.¹⁵

13 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v. 17. Januar 2014, KOM(2014) 2 endg., S. 14 Fn 84.

14 Beschluss 2010/48/EG vom 26.11.2009 ABl. Nr. L 23 vom 27. Januar 2010 S. 35.

15 Der in dieser Arbeit verwendete Terminus „britisches Recht“ meint hierbei das Recht in England, Schottland und Wales. Das nordirische Recht hat ein eigenes, besonderes Antidiskriminierungsrecht, auf das im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden soll. Dennoch wird, der Vereinfachung und Lesbarkeit geschuldet, vom britischen Recht gesprochen.

Diese Arbeit hat dabei nicht den methodischen Anspruch, einen umfassenden Rechtsvergleich zwischen deutschem und britischem Recht vorzunehmen. Die Ausführungen zum britischem Recht sollen vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben vielmehr ein Umsetzungsbeispiel für die Einbettung des Konzepts in das Antidiskriminierungsrecht aufzeigen. Untersucht werden soll daher, ob das britische Recht an dieser Stelle geeignet ist, im deutschen Arbeitsrecht Diskussionen anzustoßen oder bestehenden Diskussionen neue Impulse zu geben.

Aufgrund des antidiskriminierungsrechtlichen, arbeitsrechtlichen Kontextes des Instruments der angemessenen Vorkehrungen im Unionsrecht beschränkt sich die Arbeit weitgehend auf diese Thematik. Lediglich im Rahmen der Analyse des Völkerrechts wird für einen besseren Einblick in die verschiedenen Funktionen des Instruments auch auf die Anwendungsfelder jenseits des Beschäftigungsbereichs eingegangen.

Obwohl der Terminus „Menschen mit Behinderung“ weit verbreitet ist und auch in internationalen Abkommen wie der UN-BRK verwendet wird, wird dieser vor dem Hintergrund des Paradigmenwechsels vom Fürsorgeprinzip zum Teilhabegedanken auch kritisiert, da er den Eindruck einer anhaftenden Eigenschaft erwecken kann.¹⁶ Das Begriffspaar „behinderte Person“ ist zwar in seiner Doppeldeutigkeit¹⁷ ebenfalls nur bedingt geeignet, als sprachlicher Ausdruck des sozialen Behinderungsbegriffs zu fungieren, wird jedoch von vielen Organisationen behinderter Menschen bevorzugt.¹⁸ In dieser Arbeit wird daher die Terminologie „behinderte Menschen/Beschäftigte“ verwendet, es sei denn im konkreten Zusammenhang

16 Der Terminus „Mensch mit Behinderung“ stammt aus der sog. „people first“-Bewegung, welche den Mensch anstatt der Behinderung – auch sprachlich – in den Vordergrund rücken wollte. Dieser Ausdruck stößt jedoch auch auf Kritik, da er die soziale, gesellschaftliche Komponente der Behinderungsdefinition nicht genügend berücksichtige. Vgl. *Lawson*, ILJ 2011, S. 359 (361); grundlegend: *Oliver*, *Understanding Disability: From Theory to Practice*, 1996.

17 Grundsätzlich gibt es grammatikalisch zwei verschiedene Herangehensweisen an das Partizip „behindert“: über das Vorgangspassiv oder das Zustandspassiv. Das Vorgangspassiv (eine Person „wird behindert“) spiegelt hierbei das soziale Definitionsmodell der Behinderung wieder, da es die Einwirkung auf eine Person sprachlich in den Vordergrund stellt. Das Zustandspassiv (eine Person „ist behindert“) entspricht dagegen eher dem medizinischen Modell mit seinem Fokus auf den (körperlichen) Zustand einer Person.

18 Vor allem in Großbritannien: *Lawson*, ILJ 2011, S. 359 (361); vgl. auch den 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,

ist ein anderer Terminus angezeigt. Sämtliche personenbezogenen Bezeichnungen, die in dieser Arbeit im Maskulin verwendet werden, sind geschlechtsneutral zu verstehen.

S. 23f Rn 52ff, abrufbar unter: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldseqact/117/117.pdf> (abgerufen am 06.12.2016)

Kapitel 1: Ein neues Verständnis des Antidiskriminierungsrechts

A. Vom Differenzierungsverbot zur Berücksichtigung von Differenz

I. Die Notwendigkeit der Überwindung eines formalen Gleichheitsrechts

Die auf der sogenannten Verfahrensgleichheit basierende, formale Konzeption des Gleichbehandlungsrechts allein ist nicht geeignet, die gleich berechnigte Ausübung von Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle Menschen zu gewährleisten. Bereits seit den 1960er Jahren ist diese Tatsache zunehmend in den Fokus gerückt und in der Folge ausführlich diskutiert worden.¹⁹ Für eine Annäherung an das Konzept der angemessenen Vorkehrungen sollen daher zunächst die wesentlichen Aspekte des klassischen Antidiskriminierungsrechtsverständnisses sowie, im Anschluss, der Ansatz der Differenzsensibilität als Hauptaspekt eines neuen Antidiskriminierungsrechtsverständnisses vorgestellt werden.

1. Das Gleichbehandlungsgebot

Ausgangspunkt und Grundpfeiler des formalen Gleichheitsverständnisses ist das Gleichbehandlungsgebot, welches auf (rechtlicher) Verfahrensebene die Gleichheit der Menschen und ihren Anspruch auf gleiche Beachtung vor dem Gesetz sowie durch das Gesetz sichern soll.²⁰ Die Verfahrensgleichheit ist durch das auf Aristoteles zurückgeführte Prinzip der Gleichbehandlung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behan-

19 Ausführlich: *Hepple/Barnard*, CLJUK 2000, S. 562ff; *Fredman*, *Discrimination Law*, 2011, S. 4ff; für die deutsche Diskussion siehe z. B. *Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995; *Schiek*, *Differenzierte Gerechtigkeit*, 2000; *Singer* in *Gedächtnisschrift Zachert*, S. 341 (344).

20 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Gleichheitsbegriffen und Gleichheitskonzepten findet sich z. B. bei *Eichenhofer*, *Gleichheit- abstrakt und konkret!* in *Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer*, FS Pfarr, S. 81ff; *Porsche*, 2016, S. 42ff.

deln, geprägt.²¹ Dem Rechtsanwender wird jedoch lediglich auferlegt, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln und bei unterschiedlichen Sachverhalten zu differenzieren. Entscheidend ist bei der Verfahrensgleichheit in welcher Hinsicht gleichbehandelt werden soll, was also als sogenanntes Differenzkriterium gewählt wird bzw., mit anderen Worten, was die Unterschiedlichkeit konstituiert, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigt.²²

2. Die Differenzierungsverbote

Aufgrund historischer Erfahrung und dem Risiko für bestimmte Gruppen wegen eines Merkmals schlechter behandelt zu werden, enthält das Gleichbehandlungsrecht in der Regel ein Verbot der Differenzierung wegen bestimmter Merkmale. Das Recht auf gleiche Achtung der Person bedeutet auch, keine Herabsetzungen der eigenen Person wegen bestimmter personenbezogener Merkmale hinnehmen zu müssen.²³ Das Verbot der Differenzierung soll daher den Achtungsanspruch des Einzelnen gegen eine Schlechterbehandlung wegen eines für ihn unveränderlichen Merkmals oder eines zwar veränderlichen, aber im Rahmen einer freiheitlichen Demokratie geschützten Merkmals, sichern.²⁴ Insbesondere soll es garantieren, dass statuierte Menschenrechte und Grundfreiheiten ohne Diskriminierung ausgeübt werden können. Dieses Ziel wird durch das Differenzie-

21 Die Verfahrensgleichheit basiert auf dem Konzept der ausgleichenden Gerechtigkeit. Es handelt sich hierbei um eine Verfahrensgleichheit, welche die vorherrschende Verteilung von Gütern, Wohlstand und Macht unberücksichtigt lässt und auch hinsichtlich des Ergebnisses indifferent ist. Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V6 (1131 a); *Morris*, OJLS 1995, S. 199 (204ff).

22 Die wertungsneutrale individuelle Verfahrensgleichheit bleibt auch bei offensichtlicher Ungerechtigkeit hinsichtlich der Verwendung bestimmter Differenzkriterien, wie z. B. der ethnischen Herkunft als ausschlaggebender Faktor für die Entgelteingruppierung, gewahrt. Die rechtliche Umsetzung des Aristotelischen Prinzips ist ein Grundprinzip der von der Aufklärung geprägten, westlichen Rechtstradition. Sie birgt eine erhebliche Missbrauchsgefahr und wurde als Rechtfertigung für zahlreiche Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern, versklavten Menschen oder solchen Ungleichbehandlungen, die auf der Rassenideologie des Nationalsozialismus fußen, herangezogen.

23 Siehe zum Konzept der Würde im europäischen und britischen Antidiskriminierungsrecht: *Moon*, EHRLR 2006, S. 610ff.

24 Lesenswert, wenn auch streitbar, zur Begründung des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung im liberalen Staat: *Gardner*, OJLS Spring 1989, S. 1 (3ff).

rungsverbot aber nur eingeschränkt erfüllt. Denn das Differenzierungsverbot verlangt eine „Blindheit“ gegenüber geschützten Merkmalen. Eine direkt an ein Merkmal anknüpfende Ungleichbehandlung ist bei einem streng formalen Verständnis einer Rechtfertigung nicht zugänglich. Gezielte Fördermaßnahmen sind hier ebenso wie andere Maßnahmen, die gerade an einem geschützten Merkmal ansetzen, nicht möglich.

Die spezifischen Differenzierungsverbote definieren zunächst, welche Kriterien zumindest kein relevanter Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung sein dürfen. Das Verbot einer unmittelbar an einem geschützten Merkmal ansetzenden Diskriminierung ist somit Ausdruck einer individuellen, persönlichkeitsrechtlichen Gleichheitsdimension.²⁵ Die verbotenen Differenzierungskriterien sind dabei nicht naturrechtlich gegeben, sondern eine gesellschaftliche, politische und moralische Entscheidung teilweise basierend auf historischen Erfahrungen (oder im Fall der Europäischen Gemeinschaften, auch wirtschaftlichen Erwägungen).²⁶ Sie stellen einen Fortschritt gegenüber dem Aristotelischen Prinzip dar, da sie genau in den Fällen eine Differenzierung verbieten, welche zuvor u. a. mit dem (verkürzten) Aristotelischen Prinzip gerechtfertigt wurden.²⁷ Das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Differenzierungsverbot wegen bestimmter Merkmale finden sich in zahlreichen internationalen²⁸, europäischen²⁹ und nationalen³⁰ Vorschriften und bilden damit die Struktur des traditionellen Antidiskriminierungsrechts. Aufgrund des politischen Spielraums ist die Ausgestaltung sowie das Schutzniveau der überwiegend abschließend³¹

25 Ausführlich hierzu *Fredman*, 2011, S. 19ff.

26 So stellt sich jedoch die Frage, ob durch die moralische Wertung der Differenzierungsverbote die prozedurale Gleichheit nicht auch substantielle Züge gewinnt und der Antagonismus zwischen formaler und materieller Gleichheit in seiner Gänze nur oberflächlich besteht. Vgl. hierzu Smith, der die Dichotomie zwischen beiden Ansätzen ablehnt: *Smith*, *Basic Equality and Discrimination*, 2011, S. 113 ff.

27 Vgl. *Fredman*, in dies., *Combating Racism with Human Rights*, 2001, S. 9 (16).

28 Bspw. Art. 1 Abs. 1 CERD; Art. 1 CEDAW.

29 Art. 14 der EMRK, Art. 20, 21 EU-GRCh, Art. 18 AEUV, RL 2000/78/EG, 2000/43/EG, 2002/73/EG, 2004/113/EG, 2006/54/EG u.a.

30 Bspw. Art. 3 GG; §§ 1, 3 AGG; s. 13 EA 2010, s. 1 Human Rights Acts 1998.

31 Aufgrund der fehlenden Kompetenz für die Erweiterung der Differenzierungsverbote, kann der Katalog des europäischen Antidiskriminierungsrechts momentan als abschließend betrachtet werden. Für das deutsche Verfassungsrecht sieht das BVerfG in Art. 3 Abs. 3 GG zwar einen abschließenden Katalog, jedoch ist ein all-

geregelten Differenzierungsverbote in den verschiedenen Staaten teilweise sehr unterschiedlich.³²

3. Die Grenzen eines formalen Gleichbehandlungskonzepts

Ein Hauptkritikpunkt am formalen Gleichheitsansatz ist die rein individuelle Ausrichtung des Konzeptes.³³ Diese Ausrichtung beachtet in der Vergangenheit erfahrene Ungleichbehandlungen verschiedener Gruppen³⁴ ebenso wenig wie strukturelle oder mittelbare Diskriminierungen, das heißt Gleichbehandlungen, die in ihrer Wirkung eine bestimmte Gruppe überproportional benachteiligen (können). Die unzureichende Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Verbesserung der Situation von (bisher) diskriminierten Personengruppen wird besonders durch eine scheinbar „neutrale“ Gesetzgebung deutlich.³⁵ Auch wenn es im deutschen Sozial-, Arbeits- und Familienrecht z. B. formal keine Geschlechtsunterscheidung mehr gibt, so haben viele Gesetze aufgrund der vorange-

gemeiner Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG verankert und Differenzierungen unterliegen einer Rechtfertigungsbedingung. Eine Differenzierung wegen persönlicher Merkmale (im Besonderen, wenn sie eine Nähe zu den in Abs. 3 geschützten Merkmalen aufweisen) werden an Hand der sog. Neuen Formel – letztendlich einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung – auf Rechtmäßigkeit geprüft. Statt aller: BVerfG v. 04.04.2001 - 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 (319) m. w. N. Verwiesen sei diesbezüglich auch auf die Diskussion zur Aufnahme der sexuellen Orientierung in den Katalog der verbotenen Differenzierungsgründe in Art. 3 GG. Eine nicht taxative Aufzählung findet sich dagegen z. B. in s. 15 (1) Canadian Charter.

32 Während das AGG den unionsrechtlichen Merkmalskatalog übernimmt, geht der britische Equality Act 2010 mit der Aufnahme der Merkmale *gender reassignment* und *marriage and civil partnership* darüber hinaus. Auch z. B. das französische (*precarité sociale*) und das österreichische Recht (Familienstand) kennen weitere Diskriminierungsgründe.

33 Siehe z. B. *Fredman*, 2011, S. 8ff, 13 m. w. N.

34 Die Gruppendimension ergibt sich hier vor allem aus dem Zusammenwirken von im Einzelfall begründbaren Differenzierungen von Menschen mit ähnlichen oder gleichen Merkmalen, vgl. *Kocher*, RdA 2002, S. 167 (169).

35 *Fredman*, 2011, S. 2 - unter Zuhilfenahme des berühmten (und in diesem Zusammenhang gern gewählten) Zitates von Anatole France, dass ein Gesetz, das scheinbar alle gleichbehandelt, eine bestimmte Gruppe von Menschen mehr belastet als andere. („to labour in the face of the majestic equality of the law, which forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the streets, and to steal bread.“).

gangen Diskriminierungen und/oder unterschiedlicher Lebensläufe noch immer asymmetrische Auswirkungen zulasten von Frauen.³⁶ Ebenso verhält es sich bei der Wahrnehmung von Rechten unter Anwendung gleicher, „neutraler“ Maßstäbe. Als „neutral“ stellt sich hier der dominierende, normative Gesellschaftsstandard dar. Beispielsweise ist das gleiche Recht zur Nutzung öffentlicher Einrichtungen für einen Teil der behinderten Menschen ohne bauliche Barrierefreiheit eine faktische Nichtgewährung, obwohl formal eine Gleichbehandlung vorliegt.

Ein weiterer Kritikpunkt ist das Bedürfnis nach einer Vergleichsperson, das heißt der relative Aspekt eines formalen Konzeptes.³⁷ Für die Feststellung einer Diskriminierung muss eine – wenn auch teilweise nur hypothetische – Vergleichsperson herangezogen werden. Eine solche ist vor allem für einen Vergleich mit der Situation eines behinderten Menschen oder einer schwangeren Frau schwer zu finden und beinhaltet stets eine wertende Komponente.³⁸ Zur Illustration sei hier der britische Fall *Lewisham London Borough Council v Malcolm*³⁹ vorgestellt: Ein psychisch kranker Mieter hatte seine Wohnung unberechtigt untervermietet. Alle Instanzen hatten Schwierigkeiten festzulegen, welche Person die richtige Vergleichsperson in diesem Fall wäre – eine Person, die nicht behindert ist und un erlaubt untervermietet hat, eine nicht behinderte Person, die nicht untervermietet hat oder eine behinderte Person, die nicht untervermietet hat. Das *House of Lords* als zum Zeitpunkt der Entscheidung oberstes britisches Gericht⁴⁰ sah im Fall *Malcolm* keine Diskriminierung gegeben, da der Vermieter auch einer Person ohne Behinderung, die unberechtigt untervermietet hätte, das Mietverhältnis gekündigt hätte.⁴¹

36 Vgl. hierzu die Untersuchungsergebnisse in Bezug auf das Erwerbsleben in: *Kocher et al.*, 2013, insb. S. 49ff, 83.

37 Vgl. *Fredman*, 2011, S. 8ff.

38 Dass dieses Erfordernis zu teilweise absurden Konstruktionen führt, zeigt nicht nur die Problematik bei der Suche nach einer Vergleichsperson für eine schwangere Frau. vgl. EuGH v. 08.11.1990 - 177/88 (*Dekker*), Slg. 1990, I-394.

39 [2008] UKHL 43, [2008] 1 A.C. 1399.

40 Mit dem Verfassungsreformgesetz von 2005 wurden die Rechtsprechungsfunktionen des *House of Lords* auf einen neu errichteten Supreme Court übertragen. Seit 2009 ist der *Supreme Court* oberstes britisches Gericht.

41 Das *House of Lords* bestätigte damit die Auslegung der Vorinstanzen. Eine solche Auslegung der sog. *disability related discrimination* war unter s. 24 (1) DDA möglich. Der EA 2010 korrigierte diesen Umstand indem er keine Vergleichsperson für eine *discrimination arising from disability* mehr verlangt, s. 15 EA 2010.

Ferner werden durch die Suche nach einer Vergleichsinstanz assimilatorische Tendenzen offenbart. Im Fall *Ahmad ./. GB*⁴² wurde die Beschwerde eines muslimischen Lehrers von der Europäischen Kommission für Menschenrechte abgewiesen. Herr Ahmad sah sich gezwungen, seine Arbeitsstelle aufzugeben, da sein Arbeitgeber befand, dass eine Vollzeitstelle es ihm nicht erlaube, freitags für ein Gebet in der nächstgelegenen Moschee eine längere Mittagspause einzulegen. Die Kommission sah hierin jedoch keine Schlechterbehandlung, da alle religiösen Minderheiten sich den Normen der Religion der Mehrheit anpassen müssten.⁴³

4. Stellungnahme

Der Ansatz der formalen Gleichbehandlung i. S. e. prozeduralen Gleichheit mag auf abstrakter Ebene durchaus naheliegend erscheinen. Er kann mit seiner Abhängigkeit vom vorherrschenden Hierarchisierungsmodell die normativ zementierte gesellschaftliche Ungleichheit⁴⁴ jedoch nicht überwinden, wenn er das Ergebnis der Gleichbehandlung außer Betracht lässt. Insbesondere, da die Gleichbehandlung keine dauerhafte Überwindung von Ungleichheiten bewirken kann, sondern vielmehr Gefahr läuft, Benachteiligungslagen, welche durch Zuschreibungen, Stereotype, Vorurteile und vergangene Diskriminierungen, aber auch durch das Zusammenwirken mit der Umwelt entstehen bzw. entstanden sind, zu perpetuieren. Ein effektives Antidiskriminierungsrecht als Instrument zur Gewährleistung von Menschenrechten und Grundfreiheiten, muss jedoch die soziale Wirklichkeit in den Blick nehmen, um eine gleichberechtigte Teilhabe gewährleisten zu können.

42 EKMR v. 12.03.1981 - 8160/78 (*Ahmad./. GB*).

43 EKMR v. 12.03.1981- 8160/78 (*Ahmad./. GB*), Rn 28. Im Urteil des britischen Gerichts wurde zwar die Möglichkeit einer angemessenen Vorkehrung für Herrn Ahmad diskutiert, jedoch, wenn auch nicht einstimmig, abgelehnt, [1978] QB 38. Das Sondervotum Lord Justice Scarman sah in Art. 9 Abs. 1 EMRK eine Pflicht des Arbeitgebers, für Muslime angemessene Vorkehrungen vorzunehmen - auch wenn sie mit Kosten verbunden wären.

44 Zur Abgrenzung des Prinzips der gleichen Würde vom egalitären Gleichheitsbegriff: *Ellscheid*, Recht und Moral, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2011, S. 247f.

II. Materielles Diskriminierungsrecht – Berücksichtigung von Differenz

Dieser fehlenden Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit wurde mit verschiedenen sogenannten materiellen Gleichheitsansätzen zu begegnen versucht.⁴⁵ Die verschiedenen Ansätze haben die Gemeinsamkeit, dass sie das Ergebnis einer Gleichbehandlung in den Blick nehmen, um so eine tatsächliche, vollumfängliche Gleichheit, das heißt eine materielle Gleichheit, zu erreichen. Sie rücken dabei vor allem die Überwindung von strukturellen Nachteilen, die Anerkennung und Unterstützung von Differenz zur Teilhabemöglichkeit und Teilhabegewährleistung in den Mittelpunkt des Diskriminierungsschutzes.⁴⁶ Auch wenn die Schwerpunkte in den verschiedenen materiellen Ansätzen differieren, so besteht jedoch Einigkeit, dass ein effektiver Diskriminierungsschutz durch weitere, über die Differenzierungsverbote hinausgehende gruppenbezogene und/oder individualbezogene Instrumente gewährleistet werden muss.⁴⁷ Für das Ziel der materiellen Gleichheit bedarf es daher einer erweiterten Definition des Antidiskriminierungsrechts.

Die charakteristische Methode materieller Gleichheitsansätze ist die Berücksichtigung von Differenz⁴⁸ insbesondere in den Fällen, in denen sich eine Gleichbehandlung nachteilig auf eine bestimmte Gruppe von Merkmalsträgern auswirkt, die sich von der dominierenden Mehrheitskultur unterscheidet und/oder die strukturellen Diskriminierungen ausgesetzt war bzw. ist. Entscheidend ist, dass das Axiom der Würdegleichheit seine praktische Relevanz gerade in der gleichwürdigen Behandlung findet, das heißt in einer Berücksichtigung der Differenz,⁴⁹ ohne hierbei jedoch eine Hierarchisierung vorzunehmen. Eine Berücksichtigung der Differenz stellt weder die Gleichheit der Menschen in Frage noch stellt sie ein Antonym

45 Vgl. Schiek/*dies.*, AGG, Einl. Rn 53ff; *Eichenhofer*, Gleichheit- abstrakt und konkret! in *Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer*, FS Pfarr, S. 81ff.; *Collins*, MLR 2003, S. 16ff; *Hepple/Barnard*, Substantive Equality, CLJUK 2000, 562.

46 *Fredman*, 2011, S. 25 ff.

47 Vgl. *Schiek*, 2000, S. 48 sowie *Schiek/dies.*, AGG, Einl. Rn 42ff; *Fuerst*, 2009, S. 85f; grundlegend: *Fredman*, 2011, S. 25 ff m. w. N.

48 Grundlegend: *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, S. 27 ff.

49 Im Gegensatz zur Nichtberücksichtigung der Differenz. Ausführlich: *Nickel*, 1999, S. 27 ff.

dar. Sie erkennt vielmehr die Unterschiedlichkeit der Menschen im Rahmen einer universalen Gleichheit an.⁵⁰

Ausgangspunkt ist daher eine Definition von Differenz, welche nicht als trennende Kategorie verstanden wird, sondern eine, in der vielfältige Unterschiede im Austausch bestehen können.⁵¹ Somit ist es auch möglich, der vorhandenen Asymmetrie zwischen Mehrheit und Minderheiten⁵² entgegen zu wirken und so das normative Mehrheitsbild als gesellschaftliche Vergleichsinstanz zu hinterfragen.⁵³ Anstatt eines gruppistischen Ansatzes muss deshalb eine Gruppensensibilität bestimmend sein, die erfahrene Benachteiligungslagen und Benachteiligungsrisiken entlang eines geschützten Merkmals aufgreift. Folgerichtig muss daher die starre Definition von Merkmalsgruppen, welche die persönliche Identität der Gruppenangehörigen oder der dieser Gruppe zugeschriebene Personen vernachlässigt, aufgegeben werden.⁵⁴

Aus alledem folgt, dass der aufgrund der gleichen Würde jedem Menschen zustehende Anspruch auf Anerkennung und Ausübung von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und sonstigen Bereichen⁵⁵ gerade auch durch ein Unterlassen, also der Nichtberücksichtigung ungleicher (sozialer) Bedingungen und der damit verbundenen Nichtbereitstellung angemessener Maßnahmen zur Überwindung dieser Barrieren, versagt werden kann.⁵⁶ Eine solche Versagung führt zwangsläufig zu einer Teilhabedepriuation, deren Auswirkungen unter verschiedenen Blickwinkeln in der Literatur aufge-

50 Vgl. Art. 3 lit. d UN-BRK: „die Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und die Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit [...]“.

51 *Barmes/Ashtiany*, ILJ 2003, S. 274 (276).

52 *Schiek*, 2000, S. 41.

53 Vgl. *Minow*, 1990, S. 16. Die Kategorisierung in Mehrheit und Minderheit ist jedoch teilweise wenig aussagekräftig, da eine numerische Mehrheit nicht zwangsläufig die dominante gesellschaftliche Norm bestimmt- gedacht sei hier nur an die Zeit der Apartheid in Südafrika.

54 *Schiek/dies.*, AGG, Einl AGG Rn 48f. Auch wird der Möglichkeit des Gruppenwechsels und die Tatsache, dass Individuen nur selten einer geschützten Gruppen angehören und sich das Benachteiligungsrisiko bei (askribierter) Zugehörigkeit oft mit jedem weiteren Merkmal erhöht, nicht ausreichend beachtet (Rn 48f).

55 So z. B. Art. 1 Abs. 1 CERD, BGBl. II (1969), S. 962 (964).

56 Siehe hierzu z. B. die Sonderschulentscheidung des BVerfG v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288.

griffen werden.⁵⁷ Oft steht in diesem Zusammenhang neben der politischen Teilhabe die Bedeutung der sozialen Inklusion und hier vor allem im Hinblick auf Beschäftigung, soziale Sicherung, Kultur und Bildung im Mittelpunkt.⁵⁸ Für das Merkmal Behinderung wurde bereits in den 1980er Jahren im Bereich der internationalen Menschenrechte diskutiert und betont, dass die Anerkennung und Berücksichtigung von Differenz der Anerkennung von universalen Menschenrechten inhärent ist.⁵⁹ Das Ziel einer Inklusion, also der gleichberechtigten Teilhabe an Gesellschaft, Politik und Arbeitswelt, zwingt zur Anerkennung und Berücksichtigung von Differenz.

Für die Dimension Behinderung gilt ein solcher Ansatz durch die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und ihr nicht abschließender, auf Teilhabestörungen konzentrierter Begriff von Behinderung, im internationalen Recht bereits als richtungsweisend. Die EU-Richtlinien schützen zwar bestimmte gruppenspezifische Identitätsmerkmale, sie verfolgen aber dennoch einen ähnlichen Ansatz, in dem sie die individuelle Entfaltung bei Achtung von Vielfalt betonen.⁶⁰

III. Neudefinition des Antidiskriminierungsrechts

Ausgangspunkt für ein effektives Antidiskriminierungsrecht ist somit die Berücksichtigung von Differenz. Der wichtigste Pfeiler ist, wie in einem formalen Konzept auch, der Würdeschutz der Person und die damit verbundene Gewährleistung der gleichberechtigten Ausübung von Menschen-

57 Den Fokus auf soziale Inklusion legend: *Collins*, MLR 2003, S. 16ff; siehe für einen anderen Ansatz auch Barnard, welche den europäischen Solidaritätsgedanken in den Fokus rückt: *Barnard*, *The Future of Equality Law: Equality and Beyond*, in: *Ryan/Barnard/Deakin (Hrsg.)*, *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple Qc*, 2004, S. 213ff.

58 *Collins* versteht das Ziel der sozialen Inklusion u. a. als die Verbesserung der Fürsorge für benachteiligte Gruppen. *Collins*, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, *Modern Law Review* 2003, S. 16; wenn auch nur einschränkend für das europäische Recht: *Barnard*, *The Future of Equality Law: Equality and Beyond*, 2004, S. 213.

59 Vgl. die Resolution 37/52 der UN-Generalversammlung vom 03.12.1982, Rn 25, und die *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, angenommen von der UN-Generalversammlung durch die Resolution 48/96 vom 23.12.1993.

60 Erwägungsgrund 8 und der RL 2000/78/EG. Schiek/*dies.*, AGG, Einl AGG Rn 48.

rechten und Grundfreiheiten. Es geht somit nicht um die Abkehr von der Verfahrensgleichheit im Gesamten, sondern um die Erweiterung des Antidiskriminierungsrechts um weitere, ebenso bedeutsame Dimensionen als Ausfluss der Gleichwürdigkeit der Menschen. Hierfür muss die Verfahrensgleichheit an den Stellen zurücktreten, an denen sie einer effektiven Teilhabe entgegensteht. Das heißt, es muss die Möglichkeit geben, eine Differenzierung vorzunehmen, wenn sie nicht durch Stereotypen oder Vorurteile gekennzeichnet sind.⁶¹ Somit ist auch die Rechtsprechung in derartigen Fällen gezwungen, den sozialen Kontext der Benachteiligung detailliert zu beleuchten. Dem Differenzierungsverbot darf in diesen Situationen also kein absoluter Charakter i. S. e. Ausschlusses differenzsensibler Maßnahmen beigemessen werden. Dieser Ansatz ist für das europäische Recht durchaus nicht neu. Der EGMR sieht bereits jetzt in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Abkehr von der Nichtberücksichtigung der Differenz vor, um die Ausübung von den in der EMRK geschützten Menschenrechten zu garantieren.⁶² Auch das Unionsrecht kennt in den arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien Ausnahmen vom Differenzierungsverbot, um eine faktische Gleichheit zu erreichen. Alle Antidiskriminierungsrichtlinien sehen die (optionale) Möglichkeit von Positiven Maßnahmen zur gezielten Förderung benachteiligter Gruppen vor.⁶³ Darüber hinaus sieht das Sekundärrecht ein Recht auf angemessene Vorkehrungen für behinderte Beschäftigte und Bewerber sowie ein Diskriminierungsverbot wegen der Schwangerschaft vor. Auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung kann zu differenzsensiblen Maßnahmen beitragen.⁶⁴

Der formale Grundsatz der Gleichbehandlung ist mit seinen Differenzierungsverboten somit Teil des Antidiskriminierungsrechtes, das aber neben dem Verbot der Differenzierung aufgrund eines geschützten Merkmales (unmittelbare oder direkte Diskriminierung) und dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung auch darüber hinaus gehende positive und zum Teil auch proaktive Maßnahmen enthalten muss. Das Antidiskriminierungsrecht umfasst für den Zweck dieser Arbeit dementsprechend alle auf tatsächliche, materielle Gleichheit zielende, rechtliche Instrumente. Das Verbot der Diskriminierung bedeutet insofern nicht nur die „Blindheit“ ge-

61 Vgl. *Fredman*, 2011, S. 196f; i. E. auch *Schiek/dies.*, AGG, § 3 Rn 4.

62 Vgl. EGMR v. 23.02.2016 - 51500/08 (*Cam ././ Türkei*); v. 06.04.2000 - 34369/97 (*Thlimmenos ././ Griechenland*). Ausführlich dazu: Kap. 2 B. II. 3.

63 Art. 7 RL 2000/78/EG, Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 3 RL 2006/54/EG.

64 *Feldman*, Public Law, 11.127.

genüber bestimmten Merkmalen, sondern die generelle Verpflichtung zur Beseitigung aller Hürden zur vollumfänglichen Teilhabe. Den Rahmen bildet der weite Begriff des Diskriminierungsschutzes, welcher auch tatsächliche, rechtlich nur bedingt relevante Maßnahmen wie z. B. eine Diversity Policy oder einen Aktionsplan enthalten kann.

B. Instrumente eines effektiven Diskriminierungsschutzes

Wie bereits ausgeführt, ist eine reine Gleichbehandlung nicht geeignet, strukturelle Diskriminierungen, welche vor allem auf vorangegangenen Diskriminierungen beruhen, zu verhindern oder zu überwinden.⁶⁵ Aus dieser Überlegung heraus wurden vor allem in den USA im Zuge der Bürgerrechtsbewegung in den 1960er Jahren weitergehende Maßnahmen, das heißt über das Diskriminierungsverbot hinausgehende, aktive und proaktive Maßnahmen, eingeführt. Anfangs bestanden diese Maßnahmen vor allem in sogenannten *affirmative action*-Programmen, welche durch eine gezielte Förderung und Bevorzugung bisher benachteiligter und unterrepräsentierter Gruppen, diskriminierende Strukturen aufbrechen und eine Chancengleichheit ermöglichen sollten.⁶⁶ In der Europäischen Gemeinschaft gab es ebenfalls bereits in der Richtlinie 76/207/EG in Artikel 2 Abs. 4 die Möglichkeit, Frauen durch gezielte Maßnahmen zu fördern. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit sich das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in diesen Kontext einordnen lässt und welche Unterschiede zwischen dem Konzept und anderen Antidiskriminierungsinstrumenten bestehen. Hierfür bedarf es zunächst einer Definition der angemessenen Vorkehrungen, welche nach einem kurzen Überblick über die Vielfalt differenzsensibler Maßnahmen entwickelt werden soll. In Begrifflichkeit als auch in Ausgestaltung und Zielstellungen unterscheiden sich differenzsensible Maßnahmen von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. Die Ausführungen in dieser Arbeit begrenzen sich auf die Erscheinungsformen im Unionsrecht bzw. auf die Maßnahmen im deutschen und britischen Recht.

65 Zu Ursachen und Begründungsansätzen von Diskriminierungen: *Porsche*, 2016, S. 79ff.

66 Ausführlich zur Natur der Positiven Maßnahmen: *Porsche*, 2016, S. 70ff, insb. S. 107f.

I. Positive Aktionen

1. Begriff

Es gibt verschiedene Formen und Ausprägungen differenzsensibler Maßnahmen, die eine tatsächliche Gleichstellung und Teilhabe erreichen und sicherstellen sollen. Überwiegend haben sie, da sie gerade die Differenz von Menschen in den Blick nehmen, eine aktive oder proaktive Komponente, das heißt sie verlangen ein positives Tun im Gegensatz zur bloßen Nichtbeachtung von Differenzkriterien im Rahmen der Diskriminierungsverbote. Für den Zweck dieser Arbeit werden diese Maßnahmen als *Positive Aktionen* bezeichnet.

Wie bereits aufgezeigt, sind der Ansatzpunkt Positiver Aktionen Benachteiligungen, welche sich entlang eines geschützten Merkmals manifestiert haben bzw. zu manifestieren drohen; Benachteiligungen, welche zu einer Teilhabedeprivation und/oder zur Beeinträchtigung der Ausübung von Menschenrechten und Grundfreiheiten führen oder führen können. Insofern stellen sie im Kern keine Bevorzugung dar, sondern dienen u. a. durch gezielte Differenzierung und/oder Förderung einem Ausgleich, sowie der Verhinderung von Benachteiligungen und Teilhabestörungen. Die Differenzierung anhand von sogenannten Merkmalen sind hierbei gruppistischer Natur insoweit, als dass sie an Benachteiligungslagen, welche durch Zuschreibungen, Stereotype, Vorurteile und vergangene Diskriminierungen, aber auch durch das Zusammenwirken mit der Umwelt entstehen bzw. entstanden sind, anknüpfen.

2. Formen und Ziele Positiver Aktionen

a) Die vielfältigen Formen Positiver Aktionen

Zur Veranschaulichung der Vielfalt Positiver Aktionen kann McCruddens Typologie der sogenannten *affirmative action* herangezogen werden. McCrudden, der sich bereits früh mit der Vielfalt und den Möglichkeiten differenzsensibler Maßnahmen in verschiedenen Rechtsordnungen auseinandergesetzt hat, entwarf eine Kategorisierung für die von ihm als *affirmative action measures* bezeichneten Erscheinungsformen differenzsensibler

Maßnahmen,⁶⁷ welche in der Literatur große Resonanz gefunden hat.⁶⁸ Entgegen dem verbreiteten Begriffsverständnis umfasst das Konzept der *affirmative action* bei McCrudden jedoch nicht nur die im europäischen Raum als Positive Maßnahmen (*positive action*) bezeichneten Instrumente, sondern allgemein Maßnahmen, die der Verbesserung der Teilhabe von bestimmten über Kriterien definierten Gruppen in den Bereichen, in den sie unterrepräsentiert sind, dienen.

McCrudden unterteilt diese Maßnahmen in acht Kategorien:

1. Maßnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von unmittelbaren Diskriminierungen;
2. Proaktive Maßnahmen zur Beseitigung mittelbarer Diskriminierungen, systematischer und institutionalisierter Diskriminierungen;
3. Angemessene Vorkehrungen um einer Person einer bestimmten Gruppe den Zugang z. B. zu einer bestimmten Tätigkeit oder einer bestimmten Dienstleistung zu ermöglichen (Anpassungen der physischen Arbeitsumwelt für behinderte Beschäftigte etc.);
4. Indirekt inklusionsfördernde Maßnahmen, z. B. gezielte staatliche Maßnahmen für bestimmte Stadtgebiete, durch die bestimmte bedürftigere Gruppen überproportional begünstigt werden;
5. Gezielte Ansprache unterrepräsentierter Gruppen sowie gezielte Ausbildung für diese Gruppen (*Outreach*-Maßnahmen);
6. *Tie-Break*-Maßnahmen: Bevorzugung einer Person einer unterrepräsentierten Gruppe bei gleicher Qualifikation;
7. Bevorzugende Behandlung für Personen mit einem bestimmten Merkmal (*preferential treatment*);⁶⁹
8. Neudefinition von Qualifikation und Leistung im Gegensatz zum traditionellen Leistungsverständnis, z. B. durch die Einbeziehung von Qua-

67 McCrudden in: Schulze, Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 157 (159). Diese Kategorien bauen auf seiner grundlegenden Einteilung Proaktiver Maßnahmen aus den 1980er Jahren auf: McCrudden, Rethinking Positive Action, ILJ 1986, S. 219 (223ff).

68 DeVos, Mehr als formale Gleichstellung - positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG2007, S. 11ff; Waddington/Bell, CMLRev 2011, S. 1503 (1507); ausführlich und mit weiteren Nachweisen Porsche, 2016, S. 211ff.

69 Zur Frage der Einordnung von Maßnahmen eines *preferential treatment*: Porsche, 2016, S. 214ff.

lifikationen, die bei der Zielgruppe der Maßnahme in besonderem Maße vorhanden sind.⁷⁰

b) Zielrichtungen Positiver Aktionen

Die verschiedenen Formen Positiver Aktionen können durch Gesetz auch Privaten z. B. Arbeitgebern übertragen werden – als Pflicht oder auch als freiwillige Maßnahmen. Ebenso vielfältig wie die Arten Positiver Aktionen sind deren spezifische Zielsetzungen, die zur Legitimation der Maßnahmen angeführt werden. Zwar zielen alle Positiven Aktionen auf materielle Gleichheit, die Dimensionen und Schwerpunkte werden dabei indes situations-, aber auch politisch bedingt unterschiedlich gewichtet. Oftmals werden sie zur Erreichung eines durch eine positive Verpflichtung festgesetzten Ziels eingesetzt.⁷¹ Ihre Zielrichtungen reichen dabei vom Ausgleich vergangener Diskriminierungen (v. a. im U.S.-amerikanischen Recht im Kontext der *affirmative action*-Programme für afroamerikanische Teile der Bevölkerung), der Herstellung und Wahrung von Chancengleichheit (teilweise auch i. S. e. Ressourcengleichheit) über die Verhinderung von Diskriminierung und Bekämpfung von Stereotype, Anerkennung und gleichberechtigter Teilhabe, sowie als Umsetzung von Inklusion (v. a. im Kontext von Behinderung) und Diversity-Konzepten.⁷² Die Zielstellung einer Maßnahme kann sich aus mehreren dieser Aspekte zusammen-

70 Z. B. § 10 des Hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGIG) vom 21.12.1993 (GVBl. I S. 729):

(1) Um die Gleichberechtigung von Frauen und Männern bei Einstellung und Beförderung sowie die Erfüllung der Frauenförderpläne zu gewährleisten, sind Eignung, Befähigung und fachliche Leistung (Qualifikation) entsprechend den Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des zu vergebenden Amtes zu beurteilen. Bei der Qualifikationsbeurteilung sind Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich (Familienarbeit) erworben wurden, zu berücksichtigen, soweit ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen und Bewerber Bedeutung zukommt. Dies gilt auch, wenn Familienarbeit neben der Erwerbsarbeit geleistet wurde.“ Diese Regelung wurde u. a. im EuGH-Verfahrens in der Sache Badeck aufgegriffen. EuGH v. 28.03.2000 - C-158/97, Slg. 2000 I- 1875, bes. Rn 32.

71 Zu den positiven Verpflichtungen siehe unter III.

72 McCrudden in: Schulze, Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 157 (164). McCrudden ergänzt diese Aufzählung um weitere Zielsetzungen wie

setzen und hängt nicht zuletzt von der Art des Nachteils sowie den sozio-ökonomischen Umständen und politischen Motivationen ab. Zielstellungen können sich auch im Laufe der Zeit ändern.⁷³ Teilweise werden die möglichen Zielstellungen auch begrenzt.⁷⁴

II. Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen

Ein auch im europäischen Rechtsraum an Bedeutung gewinnendes Konzept im Kontext Positiver Aktionen⁷⁵ ist das der angemessenen Vorkehrungen (*reasonable accommodations* oder in Großbritannien zum Teil auch *reasonable adjustments*⁷⁶), insbesondere für behinderte Menschen.⁷⁷

Für eine Definition des Konzeptes der angemessenen Vorkehrungen bedarf es zunächst einer Untersuchung seiner Wesensmerkmale. Ansatzpunkt ist vorliegend die Ausgestaltung des Konzepts der UN-BRK, welcher jedoch keine Einschränkung der folgenden Ausführungen auf angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen darstellen soll. Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen kann auf jedes vom Diskriminierungsschutz umfasste Merkmal angewendet werden.

Verteilungsgerechtigkeit und soziale Kohäsion. Diese Ziele spielen im europäischen Recht z. Z. jedoch keine entscheidende Rolle.

73 *McCrudden* in: Schulze, Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 157 (165).

74 Siehe z. B. für das U.S.-Recht die Diskussion in *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

75 Auch in *McCrudden* Kategorien findet sich diese Art der Positiven Aktionen (3. Kategorie - wengleich in der vorgestellten Aufzählung auf ein sehr begrenztes Anwendungsfeld konkretisiert).

76 *Reasonable adjustment* ist im britischen Recht ein sehr technischer Begriff und wird hauptsächlich im Kontext von Behinderung verwendet. Angemessene Vorkehrungen für andere Merkmale werden wie im internationalen Kontext auch als *reasonable accommodation* bezeichnet.

77 *Waddington* in *Schiek/Waddington/Bell*, 2007, S. 631f. Für eine eingehende Analyse des Instruments siehe: *Burgdorf*, Villanova L. Rev. 1997, S. 409 (insbes. S. 529-532); *Lawson*, 2008, S. 15ff.

1. Definition der angemessenen Vorkehrungen

Für eine Arbeitsdefinition der angemessenen Vorkehrungen bietet die Begriffsbestimmung in der UN-BRK einen geeigneten Ausgangspunkt, auch wenn sie thematisch bedingt auf die Ermöglichung der Teilhabe behinderter Menschen begrenzt ist.

Nach Artikel 2 der UN-BRK sind angemessene Vorkehrungen

„notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen und ausüben können.“

Weiter heißt es:

„[Diskriminierung aufgrund von Behinderung] umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“

Angemessene Vorkehrungen haben gemäß dieser Begriffsbestimmung drei Kernmerkmale: es handelt sich um in einem bestimmten Fall erforderliche Änderungen und Anpassungen, sie dürfen keine unbillige Härte oder unverhältnismäßige Belastung darstellen und ihr Ziel ist - charakteristisch für Positive Aktionen - die Ermöglichung und Erleichterung einer gleichberechtigten Teilhabe.

a) Das Ziel der gleichberechtigten Teilhabe

Es wird bereits an der Definition der UN-BRK deutlich, dass es sich um ein Instrument handelt, das die Differenz von Menschen in den Blick nimmt, denn es handelt sich um Maßnahmen, die in einem bestimmten Fall für bestimmte Menschen ergriffen werden müssen, um ein Teilhabehindernis abzubauen. Wie bereits dargelegt, entstehen solche Teilhabebehindernisse oftmals vor allem durch eine nicht differenzsensible Gleichbehandlung. Teilhabebehindernisse können sich jedoch auch durch bewusste Sondermaßnahmen z. B. Bildungseinrichtungen ausschließlich für behinderte Kinder ergeben und verstetigen.⁷⁸ Derartige Maßnahmen tragen kon-

78 Siehe hierzu z. B. die Sonderschulentscheidung des BVerfG v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288.

tinuierlich zur Isolation von bestimmten Gruppen von Menschen bei und widersprechen dem Ziel einer gleichberechtigten Teilhabe. Sie stellen daher keine angemessenen Vorkehrungen dar. Angemessene Vorkehrungen sind vielmehr differenzsensible, aktive Maßnahmen mit dem Ziel der Inklusion.

Klassisch sind hierbei die einen Nachteil ausgleichenden Vorkehrungen (Ausgleichsdimension). Ebenso können Vorkehrungen jedoch auch der aktiven Verhinderung z. B. von Verschlechterungen einer Benachteiligungslage und/oder in Behinderungssituationen z. B. des Gesundheitszustandes sowie der Sicherung von Teilhabechancen dienen (Verhinderung- und Sicherungsdimension).

b) Individualbezogene Maßnahmen

aa) Konkret notwendige Maßnahmen

Die Begriffsbestimmung in der UN-BRK bezeichnet angemessene Vorkehrungen als in einem bestimmten Fall erforderliche Maßnahmen. Im Gegensatz zu generellen Maßnahmen sind diese Vorkehrungen somit stets anlass- und einzelfallbezogen. Sie sind vorzunehmen, wenn sich ein Mensch oder auch eine Gruppe von Menschen in einer konkreten Situation einer (bestimmbaren) Barriere gegenübersieht. Um diese zu überwinden bedarf es ggf. individueller, auf den konkreten Fall zugeschnittener Maßnahmen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass individuell angepasste Maßnahmen für einen breiteren Personenkreis Barriere überwindende Wirkung haben können. Das Konzept trägt somit dem Umstand Rechnung, dass es neben gruppenbezogener differenzsensibler Maßnahmen in bestimmten Fällen auch individueller Maßnahmen bedarf, da Maßnahmen für Personengruppen aufgrund der Individualität vieler Barrieren allein nicht in jedem Fall zur vollständigen Teilhabeermöglichung geeignet sind. Besonders deutlich wird dies im Behinderungskontext, wo die Vielfalt der Beeinträchtigungen rein gruppenbezogene Maßnahmen zur Überwindung von Barrieren nicht ausreichen lässt. Die Arten der in Frage kommenden Vorkehrung sind so vielfältig wie die Barrieren selbst. Hauptsächlich werden mit dem Konzept, dem überwiegend behinderungsbezogenen Kontext geschuldet, vor allem physische Anpassungen in Verbindung gebracht, jedoch zählen zu den möglichen Vorkehrungen ebenso Anpassungen von Vorschriften, Praktiken, Verfahrensweisen, Arbeitsbedingungen etc.

bb) Reaktiver Charakter des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen?

Da die Notwendigkeit zu angemessenen Vorkehrungen im Fall einer konkreten Barriere entsteht stellt sich die Frage, ob das Konzept gänzlich reaktiv geprägt ist oder doch (pro)aktive Elemente aufweist. Für eine reaktive Interpretation spricht, wie ausgeführt, der Anlass- und Einzelfallbezug. Gegen einen allein reaktiven Charakter spricht jedoch die Möglichkeit, auch bereits prospektive Barrieren als erfasst anzusehen, z. B. in den Fällen, in denen eine individuelle Barriere bereits konkret absehbar ist. Der Fremdwörter-DUDEN definiert *proaktiv* als „anstatt auf etwas Geschehenes zu reagieren durch differenzierte Vorausplanung und zielgerichtetes Handeln die Entwicklung eines Geschehens selbst in die Hand nehmend“.⁷⁹ Insofern bedürfte es für einen proaktiven Charakter zumindest einer (zusätzlichen) Pflicht, die Umwelt nach potentiellen Barrieren für eine bestimmte Person oder Gruppe von Menschen zu untersuchen. Die Vorsehung einer solchen Pflicht zu initiativem Handeln ist insbesondere durch die Kombination mit Positiven Maßnahmen möglich. Demzufolge kann - auch wenn angemessene Vorkehrungen erst im Fall einer konkreten Barriere umgesetzt werden müssen – dem Konzept der angemessenen Vorkehrungen ein proaktiver Charakter durch zusätzliche, der Kernumsetzung hinzugefügte Aspekte verliehen werden. Grundsätzlich ist das Konzept jedoch tendenziell reaktiv.

In Bezug auf die Diskriminierungsdimension des Konzeptes ergeben sich weitere Fragen in diesem Zusammenhang, die später im Rahmen des antidiskriminierungsrechtlichen Charakters angemessener Vorkehrungen aufgegriffen werden sollen.

cc) Abgrenzung zum Konzept der Barrierefreiheit

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen ist im Behinderungskontext von gruppenbezogenen Anpassungen mit dem Ziel der sogenannten Bar-

79 DUDEN, Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl., 2007.

rierefreiheit (auch als Zugänglichkeit bezeichnet)⁸⁰ zu unterscheiden.⁸¹ Unter Barrierefreiheit versteht die UN-BRK (Artikel 9) die Möglichkeit der vollen Teilhabe in allen Lebensbereichen, das heißt den gleichberechtigten Zugang zur physischen Umwelt, zu Transportmitteln, Information und Kommunikation, einschließlich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen, sowie zu anderen Einrichtungen und Diensten, die der Öffentlichkeit offen stehen oder für sie bereitgestellt werden.⁸² Diese Teilhabe ist durch geeignete Maßnahmen für behinderte Menschen zu gewährleisten.⁸³ Diese Maßnahmen sind jedoch nicht einzelfallorientiert und müssen grundsätzlich auch ohne einen konkreten Anlass vorgenommen werden, das heißt sie sind im Gegensatz zu angemessenen Vorkehrungen, die auf eine bestimmte Situation reagieren und somit oftmals eher reaktiv als proaktiv ausgestaltet sind, gerade vorausschauend vorzunehmen; sie sind somit konzeptionell proaktiv.

Darüber hinaus ist das Recht auf Barrierefreiheit im Gegensatz zum Recht auf angemessene Vorkehrungen ein kollektives Recht. Maßnahmen

80 Vor allem die deutsche Übersetzung der UN-BRK spricht von Zugänglichkeit. Die Schattenübersetzung der Organisationen von behinderten Menschen übersetzt *Accessibility* mit Barrierefreiheit. Zu finden auf der Seite des Deutschen Instituts für Menschenrechte:

<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsinstrumente/vereinte-nationen/menschenrechtsabkommen/behindertenrechtskonvention-crp.html#c1911> (abgerufen am 15.12.2016).

81 Hier lassen sich auch die sog. antizipatorischen Vorkehrungen einordnen, da diese durch ihren kollektiven Charakter in vielen Aspekten dem Konzept der Barrierefreiheit entsprechen.

82 Das Konzept der Barrierefreiheit bzw. das *Universal Design* befassen sich zwar hauptsächlich, aber nicht ausschließlich mit den Bedürfnissen behinderter Menschen. Vielmehr geht es um eine allgemeine Zugänglichkeit und die Beachtung verschiedener Bedürfnisse z. B. auch von älteren Menschen.

83 Kritiker des Konzeptes der Barrierefreiheit mahnen, dass das Konzept selbst eine Assimilation an die vorherrschenden Normen anstrebt. Obwohl eine solche Kritik durchaus nachvollziehbar ist, ist das Ziel des Konzeptes vielmehr die Verschiebung der vorherrschenden Norm durch das Sichtbarmachen von Behinderungen und, letztendlich, die Ermöglichung von Teilhabe. Barrierefreiheit strebt dabei nach einer Umgestaltung, nicht nach Anpassung. Die Fragen, die sich unweigerlich stellen, sind, wie viel Anpassungen in solch einer Dimension möglich sind. Wie groß muss eine Gruppe von behinderten Menschen sein, damit für die Gesellschaft die soziale Verpflichtung erwächst, ihre Behinderung beim Design von öffentlichen Einrichtungen, bei Produkten oder bestimmten Aktivitäten zu berücksichtigen? Vgl. *Wendell, The Rejected Body*, S. 47; *Vanderheiden, Thirty-Something* (Million): Should they be exceptions?, *Human Factors* 1990, S. 383ff.

zur Barrierefreiheit sollen strukturelle Teilhabebehindernisse abbauen und sind mit ihrem gruppalen und abstrakt-generellen Charakter den Positiven Maßnahmen zuzuordnen.⁸⁴ Sie lassen in McCruddens 2. Kategorie, das heißt proaktive Maßnahmen zur Beseitigung mittelbarer Diskriminierungen, systematischer und institutionalisierter Diskriminierungen, einordnen.⁸⁵ Es geht in dieser Hinsicht nicht speziell um die Behinderung einer einzelnen Person. Im Gegensatz zu den angemessenen Vorkehrungen, für welche die Aushandlung zwischen Verpflichtetem und der behinderten Person stattfindet, werden Maßnahmen zur Barrierefreiheit z. B. von Interessenvertretungen verhandelt. Die gruppenbezogenen Maßnahmen zur Barrierefreiheit und individuelle angemessene Vorkehrungen ergänzen sich jedoch gegenseitig. Da Maßnahmen zur Barrierefreiheit nicht alle individuellen Hindernisse überwinden können, müssen angemessene Vorkehrungen hier Abhilfe leisten.⁸⁶ Hierin zeigt sich auch deutlich, dass es sich bei Vorkehrungen zwar teilweise um punktuelle, jedoch nicht um kurzfristige, sondern dauerhaft notwendige Maßnahmen handeln kann. Gleichzeitig verringert die Barrierefreiheit die Notwendigkeit von angemessenen Vorkehrungen für bestimmte Behinderungen und spielt somit eine erhebliche Rolle bei der Frage des Verpflichtungsumfanges z. B. für Arbeitgeber⁸⁷ oder öffentliche Einrichtungen. Auch kann die festgestellte Notwendigkeit angemessener Vorkehrungen ein geeigneter Indikator für eine fehlende Barrierefreiheit sein. Ebenso kann die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen Barrierefreiheit flankieren, da auch angemessene Vorkehrungen in manchen Fällen über die einzelne behinderte Person hinaus Auswirkungen haben können. Es besteht insoweit eine wichtige Wechselwirkung zwischen beiden Instrumenten.⁸⁸

84 Vgl. *Porsche*, 2016, S. 436.

85 Ebenso wie das Universal Design sowie die sog. antizipatorischen angemessenen Anpassungen Diese Klassifizierung nimmt McCrudden zwar nicht vor, dogmatisch wäre eine solche Einordnung jedoch konsequent.

86 Exemplarisch hierfür Artikel 9 II lit. e UN-BRK.

87 *KKW/Kohte*, 4. Aufl., SGB IX, § 81 Rn 18a.

88 *Lawson*, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2010, S. 11 (23).