

JULIAN STASSEK

Die Einstellung behinderter Menschen

Beiträge zum Arbeitsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

11



Julian Stassek

Die Einstellung behinderter Menschen

Zwischen Beschäftigungspflicht
und angemessenen Vorkehrungen

Mohr Siebeck

Julian Stassek, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht der Universität Göttingen; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Braunschweig; Rechtsanwalt in München.

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen, 2019.

ISBN 978-3-16-159385-7 / eISBN 978-3-16-159386-4

DOI 10.1628/978-3-16-159386-4

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie ist für die Drucklegung punktuell überarbeitet und aktualisiert worden.

Die Arbeit ist größtenteils während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meines Doktorvaters, Herr Prof. Olaf Deinert, entstanden. Ihm möchte ich meinen tief empfundenen Dank aussprechen. Er hat nicht nur das Thema angeregt und die Arbeit mit facettenreichen und inspirierenden Impulsen begleitet, sondern mir auch die für die Erstellung dieses Werkes erforderliche wissenschaftliche Freiheit eingeräumt. Ich danke Herrn Prof. Olaf Deinert darüberhinaus für die schnelle Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Prof. Rüdiger Krause möchte ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die gewinnbringenden Anmerkungen danken.

Besonders gefreut habe ich mich über die Auszeichnung meiner Arbeit durch die Juristische Fakultät Göttingen und die Juristische Gesellschaft zu Kassel mit dem Fakultätspreis für die beste Dissertation des Jahres 2019. Für den hierfür gestifteten Druckkostenzuschuss bin ich zu Dank verpflichtet. Ebenso möchte ich mich bei den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe bedanken.

Mein besonderer Dank gilt Iris Sossalla, die mir in jeder Phase dieses Buches mit Verständnis, Rücksicht und Zuversicht begegnete und mich stets ermutigte, diese Arbeit zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen. Meinen Eltern Dagmar und Rudi Stassek danke ich vom Herzen für die stets uneingeschränkte und wertvolle Unterstützung, ihr Verständnis und ihre Großzügigkeit. Die Verwirklichung meiner Ziele wäre ohne sie nicht denkbar. Darüber hinaus bin ich meinen Großeltern Luise und Werner Lang für ihre sorgsame Unterstützung und wohlthuende Erdung dankbar. Ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Göttingen, im März 2020

Julian Stassek

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Einführung</i>	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	4
Kapitel 2: Von der tatsächlichen zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Beschäftigungsförderung schwerbehinderter Menschen	7
<i>A. Historische Entwicklung der Beschäftigungspflicht und der „behindertengerechten Beschäftigung“</i>	7
I. Die Folgen des ersten Weltkrieges	7
II. Zäsur in Zeiten des Nationalsozialismus	10
III. Die Folgen des zweiten Weltkrieges und das Schwerbeschädigtengesetz	11
IV. Der Paradigmenwechsel durch das Schwerbehindertengesetz ...	15
V. Weitere Novellen	17
VI. Die Vereinigung des Schwerbehindertenrechts mit dem Rehabilitationsrecht im SGB IX und das BTHG	18
VII. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	20
<i>B. Verfassungsrechtliche Vorgaben</i>	21
I. Berufsfreiheit und Menschenwürde	22
II. Sozialstaatsgebot	23
III. Das Benachteiligungsverbot aus Art 3 Abs. 3 S. 2 GG	26
1. Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips	26
2. Ausstrahlungswirkung in das Arbeitsrecht	28
<i>C. Ergebnis zu Kapitel 2</i>	29

Kapitel 3: Europa- und völkerrechtliche Implikationen für das Konzept der angemessenen Vorkehrungen und das System der Beschäftigungspflicht	31
<i>A. Rechtsquellen der Beschäftigungsförderung von Menschen mit einer Behinderung</i>	31
I. Allgemeiner Rechtsrahmen	31
1. ILO	32
2. Europäische Sozialcharta/Grundrechtecharta	33
II. Richtlinie 2000/78/EG	34
III. Die UN-BRK	36
1. Die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit – Art. 27 UN-BRK	37
2. Bedeutung dieser Grundsätze für die deutsche Rechtsordnung	38
a) Ratifikation durch die Bundesrepublik	39
aa) Verpflichtung des Gesetzgebers	39
bb) Mögliche direkte Anwendung der Konvention – Subjektive Rechte	41
cc) Keine Verpflichtung privater Arbeitgeber	42
dd) Beachtungsgebot der Rechtsprechung	43
b) Bedeutungsgewinn durch das Unionsrecht	44
<i>B. Die Erscheinungsformen der angemessenen Vorkehrungen</i>	45
I. Die angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG	46
1. Zielsetzung und Wirkmechanismus	46
2. Sachlicher Geltungsbereich	48
a) Extensiver Begriff der Vorkehrungen	49
b) „Angemessenheit“ der Vorkehrung	51
c) Beginn der Vorkehrungspflicht	53
d) Kein Ausgleich finanzieller Nachteile nach Art. 5 RL 2000/78/EG	54
e) Drittbezug angemessener Vorkehrung?	55
3. Einschränkung der Arbeitgeberpflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen	56
a) Unverhältnismäßige Belastung	56
b) Eigentumsrecht des Arbeitgebers als Einschränkung der angemessenen Vorkehrungen	58
4. Die Einbettung der angemessenen Vorkehrungen im Diskriminierungsschutzkonzept der RL 2000/78/EG	59
a) Die direkte Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit a)	59
b) Die mittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b)	60
aa) Mittelbare Diskriminierung und Behinderung	61
bb) Angemessene Vorkehrungen als Tatbestandseinschränkung	62

c) Unterlassen der angemessenen Vorkehrung als Diskriminierungstatbestand	63
aa) Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als unmittelbare Diskriminierung	65
bb) Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als mittelbare Diskriminierung	66
II. Das Innovationspotenzial der UN-BRK für die angemessenen Vorkehrungen	69
1. Sachlich kongruenter Schutzbereich	69
2. Unterlassen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung	70
III. Zusammenfassung des Geltungsbereiches der angemessenen Vorkehrungen	73
<i>C. Die europa- und völkerrechtlichen Einflüsse auf die Beschäftigungspflicht</i>	73
I. Positive Maßnahmen gem. Art. 7 RL 2000/78/EG	74
1. Wirkweise	74
2. Rechtlicher Rahmen positiver Maßnahmen zugunsten von Menschen mit einer Behinderung	76
a) Die Besonderheit der Behindertenförderung im Vergleich zum Geschlecht	77
b) Implikationen durch Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG	79
c) Die Möglichkeit der Herausnahme von bestimmten behinderten Personen	81
d) Begrenzung der Fördermöglichkeiten durch Eingriffe in die Rechte der Arbeitgeber	82
II. „Beschäftigungsförderung“ aus Art. 27 UN-BRK	84
III. Zwischenergebnis	85
<i>D. Abgrenzung angemessener Vorkehrungen zu positiven Maßnahmen</i>	85
I. Dogmatische Unterschiede	86
II. Andersartiger Wirkmechanismus	87
III. Keine (intendierte) Bevorzugung durch angemessene Vorkehrungen	88
<i>E. Ergebnis zu Kapitel 3</i>	90
 Kapitel 4: Die Umsetzung des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen im deutschen Recht	93
<i>A. Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im deutschen Recht</i>	93
I. Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im laufenden Arbeitsverhältnis	93

1. Die Pflichten des Arbeitgebers nach dem SGB IX als angemessene Vorkehrungen	94
a) § 164 Abs. 4 SGB IX	94
aa) Behinderungs- und fähigkeitsgerechter Arbeitsplatz – Die Umstrukturierung	95
bb) Inner- und außerbetriebliche Weiterbildung	98
cc) Die Anpassung des Arbeitsplatzes	99
b) Teilzeitanpruch nach § 164 Abs. 4 S. 5 SGB IX	100
c) Keine angemessenen Vorkehrungen aus §§ 207 und 208 SGB IX	101
d) Die Begrenzung des Anspruches auf angemessene Vorkehrungen durch arbeitgeberseitige Belastungen	102
e) Unionsrechtswidrige Begrenzung auf schwerbehinderte Arbeitnehmer	105
2. Unionsrechtskonforme Auslegung des allgemeinen Arbeitnehmerschutzrechtes	107
a) Keine gleichheitsrechtliche Wirkung des § 618 BGB	107
b) Fehlende inhaltliche Reichweite des § 106 S. 3 GewO	108
3. Angemessene Vorkehrungen als integraler Vertragsbestandteil	110
a) Angemessene Vorkehrungen als Rücksichtnahmepflicht	110
aa) Angemessene Vorkehrungen als falsch etikettierte Fürsorgepflicht	111
bb) Angemessene Vorkehrungen als Ausprägung der Beschäftigungspflicht	112
b) Zweckmäßige Rechtsgrundlage: § 241 Abs. 2 BGB	114
c) Zwischenergebnis	116
4. Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Folgen des Vorkehrungsanspruches aus § 241 Abs. 2 BGB	116
II. Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen im arbeitsrechtlichen Anbahnungsverhältnis	117
1. Keine vorvertragliche Anwendbarkeit von § 164 Abs. 4 SGB IX	118
2. Die Prüfpflicht des § 164 Abs. 1 SGB IX als angemessene Vorkehrung für Bewerber	119
a) Inhalt der Prüfpflicht	119
b) Abstrakte Prüfpflicht und angemessene Vorkehrungen	121
aa) Behindertengerechtes Anforderungsprofil keine angemessene Vorkehrung	122
bb) Behindertengerechtes Anforderungsprofil als positive Maßnahme	123
c) Konkrete Prüfpflicht und angemessene Vorkehrungen	124

aa) Ergebnis kann eine angemessene Vorkehrung ergeben	124
bb) Das kollektivrechtliche Procedere als angemessene Vorkehrung?	124
d) Zwischenergebnis	127
3. Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB	128
a) Problemstellung	128
b) Anspruchsgrundlage und Anspruchsinhalt	128
aa) Antizipation zukünftiger Vorkehrungen	129
bb) Konkrete Vorkehrungen im vorvertraglichen Stadium	129
4. Zwischenergebnis	130
III. Einheitlicher Anspruch auf angemessene Vorkehrungen aus § 12 AGG	130
1. Die Verpflichtung des Arbeitgebers	131
a) Unterschiedlicher Charakter der Verpflichtungen	132
b) Unpassende Rechtsfolge des § 12 Abs. 3 und Abs. 4 AGG	133
c) Ergebnis: § 12 AGG als Teilausschnitt angemessener Vorkehrungen	134
IV. Zwischenergebnis: Normativer Suchprozess	134
<i>B. Das Dilemma der „vorkehrungsbezogenen“ Frage</i>	134
I. Kein Indiz der Benachteiligung bei tätigkeitsbezogener Frage nach der Behinderung	135
II. Keine Offenbarungspflicht bei tätigkeitsrelevanten Behinderungen	137
1. Interessenslage des behinderten Bewerbers	138
2. Konkrete Abwägung	139
III. Korrespondierendes Frage- und Schweigerecht	139
<i>C. Die Rechtsfolgen des Unterlassens angemessener Vorkehrungen</i>	140
I. Die Auswirkungen des Unterlassens angemessener Vorkehrungen auf das Synallagma	141
1. Annahmeverzug des Arbeitgebers	141
a) Annahmeverzug bei notwendiger Vertragsänderung	142
b) Annahmeverzugslohn bei nicht vertragsgemäßer Beschäftigung	144
aa) Neuausübung des Direktionsrechts	144
bb) Umgestaltung des Arbeitsplatzes	146
2. Schadensersatz wegen der Nichtvornahme von angemessenen Vorkehrungen	147
II. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen des Unterlassens angemessener Vorkehrungen nach dem AGG	148

1. Unterlassen der angemessenen Vorkehrungen als Benachteiligung – Die Verortung des Tatbestandes	148
a) Die Inkorporation über § 8 AGG – Ein Fall der unmittelbaren Benachteiligung?	149
aa) Die fehlende Anknüpfung an die Behinderung	150
bb) Keine unmittelbare Benachteiligung durch Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen	151
b) Die mittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 2 AGG als „Tatbestand“ des Unterlassens angemessener Vorkehrungen	153
aa) Mittelbare Benachteiligung, Anforderungsprofil und angemessene Vorkehrungen	153
bb) Übereinstimmung mit der Systematik der RL 2000/78/EG	154
cc) Erreichter Gleichlauf mit der Verpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB	155
c) Zwischenergebnis	156
2. Die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche des Bewerbers	156
a) Kein Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB	156
b) Schadensersatzpflicht nach § 15 Abs. 1 AGG	157
aa) Keine Endloshaftung	158
bb) Noch keine verschuldensunabhängige Haftung	160
(1) Unionsrechtswidrigkeit des Verschuldensmerkmal des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG	160
(2) Keine unionsrechtskonforme Auslegung möglich	161
(3) Die Folge des unionsrechtswidrigen Zustandes ...	161
c) Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG	163
aa) Anspruchsberechtigung	164
bb) Höhe der Entschädigung	165
(1) Allgemeine Vorgaben	165
(2) „Konkrete Parameter“	165
(3) Höchstgrenze des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG bei Nichteinstellung	167
d) Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften	167
3. Die Sekundäransprüche des Arbeitnehmers wegen des Unterlassens angemessener Vorkehrungen	168
4. Zusammenfassung	169
<i>D. Ergebnis Kapitel 4</i>	169

Kapitel 5: Die Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen nach den §§ 154 ff. SGB IX	171
<i>A. Einordnung der Beschäftigungspflicht</i>	171
I. Keine individuelle Rechtswirkung	172
II. Öffentlich-rechtliche Verpflichtung	174
<i>B. Die quotale Beschäftigungspflicht der §§ 154 ff. SGB IX</i>	175
I. Die Tatbestandsvoraussetzungen	175
1. Die beschäftigungspflichtigen Arbeitgeber	175
a) Anzahl der Arbeitsplätze	176
aa) Keine Arbeitsplätze iSd. § 156 Abs. 2 SGB IX	177
bb) Kurzfristige und kurzzeitige Beschäftigung nach § 156 Abs. 3 SGB IX	177
(1) Führt der fehlende Referenzrahmen zum Verlust des Schwerbehindertenrechts?	178
(2) Keine verfassungswidrige Erleichterung für (Dienstleistungs-) Betriebe	179
b) Berechnung der Mindestzahl der Arbeitsplätze	181
aa) Herausnahme der Auszubildenden	181
bb) Die Rundungsregel	182
2. Der geschützte Personenkreis	183
a) Ausschließlicher Sonderzugang für schwerbehinderte Menschen	183
aa) Begriff der Schwerbehinderung	183
bb) Vereinbarkeit mit Art. 7 RL 2000/78/EG?	184
b) Besondere Berücksichtigung einzelner Gruppen schwerbehinderter Menschen	185
c) Besondere Berücksichtigung von schwerbehinderten Frauen	186
aa) Verpflichtung oder Appell	186
bb) Keine strukturelle Benachteiligung von schwerbehinderten Frauen in der Beschäftigung	186
cc) Schlussfolgerung: § 154 Abs. 1 S. 2 SGB IX ist ein rechtspolitischer Appell	188
II. Die Erfüllung der Beschäftigungspflicht	189
1. Denkotwendige Voraussetzung: Kenntnis der Schwerbehinderung	189
a) Die Erlaubnis zur Nachfrage im laufenden Arbeitsverhältnis	190
b) Keine Status-Nachfrage im vorvertraglichen Bereich	191
c) Das Dilemma der Verpflichtung	193
d) Zwischenergebnis	194

2. Die Erfüllungsanrechnung	194
a) Teilzeitbeschäftigung	194
b) Mehrfachanrechnung	195
c) Erfüllung durch den schwerbehinderten Arbeitgeber	196
d) Zwischenergebnis	198
3. Erfüllung nur bei tatsächlicher Beschäftigung?	199
a) Vertragsabschlusspflicht vs. tatsächlichen Beschäftigung	199
b) Tatsächliche Beschäftigung allein eine Frage des § 164	
Abs. 4 SGB IX	200
III. Zwischenergebnis	202
<i>C. Die Ausgleichsabgabe gem. § 160 SGB IX</i>	203
I. Rechtsnatur und Funktion	203
1. Anreiz- und Ausgleichsmechanismus	203
2. Keine Finanzierungs- und Sanktionsfunktion	205
II. Berechnung der Ausgleichsabgabe	206
1. Gestaffeltes, dynamisches System	206
2. Minderung der Zahlung möglich	208
III. Verwendung	209
1. Zweckgebundenheit der Ausgleichsabgabe	209
2. Angemessene Vorkehrungen nur für schwerbehinderte	
Menschen?	210
3. Abschöpfung der Mittel	212
<i>D. Wirksamkeit des Systems der Beschäftigungspflicht</i>	213
I. Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen	213
II. Beschäftigungspflichtige Arbeitgeber	215
III. Wertung und weitere Problemstellung	216
<i>E. Konsequenzen aus der ambivalenten Wirkweise</i>	218
I. Relevanz der §§ 154 ff. SGB IX für die Berufsfreiheit des	
Arbeitgebers	218
1. Privatautonomie als Bestandteil von Art. 12 GG	219
a) Rechtshistorischer Exkurs: Der Arbeitgeber als	
Treuhänder	220
b) Vertragsabschlussfreiheit als Berufsausübungsregelung	221
2. Schranken der Berufsfreiheit – Die Rechtfertigung	222
a) Legitimes Ziel und geeignetes System	223
b) Ist das System der Beschäftigungspflicht noch	
erforderlich?	225
aa) Höhe der Pflichtquote	226
bb) Vermittlungsreserve als Quotenerhalt	227
cc) Milderer Mittel: Keine Quote?	228

3. Zumutbare Belastung der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht	229
4. Ungleichbehandlung gegenüber ausländischen Arbeitgebern	230
5. Zwischenergebnis	231
II. Vereinbarkeit der Beschäftigungspflicht mit dem besonderen Schutzauftrag gegenüber schwerbehinderten Menschen	231
1. Das Verbot des kontraproduktiven Schutzrechtes	232
a) Übertragung der Grundsätze auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und die Ausgleichsabgabe	233
b) Zu umgehendes Schutzrecht durch Zahlung der Ausgleichsabgabe	234
aa) Unmittelbare monetäre Belastung durch die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen	234
bb) Die organisatorischen Belastungen und ihr Wirkungszusammenhang	236
(1) Belastung: Behinderungsgerechte Beschäftigung	236
(2) Belastung: Der besondere Kündigungsschutz	237
c) Umfassender Wirkungszusammenhang der Schutzvorschriften	238
d) Zwischenergebnis	240
2. Vereinbarkeit der Quote mit der UN-BRK und RL 2000/78/EG	240
a) UN-BRK	240
b) RL 2000/78/EG	241
aa) Bevorzugungsverbot durch starre Quoten	241
bb) Effektivierungsgebot aus der RL 2000/78/EG	241
3. Handlungsmöglichkeiten und -pflichten des Gesetzgebers	242
a) Handlungsoption 1: Antriebsfunktion durch Erhöhung der Ausgleichsabgabe stärken	243
b) Handlungsoption 2: (Kumulative) Erhöhung der Pflichtquote	244
c) Handlungsoption 3: Abbau der „diskriminierenden“ Schutzvorschriften	245
<i>F. Ergebnis zu Kapitel 5</i>	<i>247</i>
Kapitel 6: Angemessene Vorkehrungen und öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht: Eine analoge Beschäftigungsförderung?	249
<i>A. Der (in-)kongruente persönliche Schutzbereich</i>	<i>250</i>
I. Die Anknüpfung an die Behinderung	250
1. Die Behinderung nach § 2 SGB IX	250

2. Übereinstimmung mit UN-BRK und RL 2000/78/EG	252
3. Die Bedeutung der Teilhabe für den Schutzbereich	254
4. Zwischenergebnis	256
II. Auswirkungen des modernen Behinderungsverständnisses auf den personellen Schutzbereich der Quotenverpflichtung	256
1. Der Grad der Behinderung	256
2. Typisierende Annahme der Schutzbedürftigkeit und ihre Notwendigkeit	258
III. Zwischenergebnis: Unterschiedliche Konnotation von § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 SGB IX	259
<i>B. Die Bedeutung der angemessenen Vorkehrungen für den rechtlichen Begriff der Behinderung</i>	260
I. Der Zirkelschluss aus Behinderung und angemessenen Vorkehrungen	261
1. Lösungsmöglichkeiten nach § 2 SGB IX a.F.	262
2. Die Lösung der Rechtsprechung	263
II. Die doppelte Bedeutung der angemessenen Vorkehrungen	264
III. Zwischenergebnis	265
<i>C. Die zielgerechte Ausgestaltung des Schutzbereiches der Beschäftigungspflicht</i>	266
I. Die Korrektur nach § 2 Abs. 3 SGB IX	267
1. Feststellung der Schutzbedürftigkeit	268
a) Die Geeignetheit des Arbeitsplatzes	268
b) Berücksichtigung der angemessenen Vorkehrungen	268
aa) BSG: Konkreter Arbeitsplatz maßgeblich	269
bb) Korrektur durch den Inklusionsgedanken	270
2. Arbeitsplatzbegriff und Schutzbedürftigkeit	271
a) § 2 Abs. 3 SGB IX als Blankettverweisung	272
b) § 2 Abs. 3 SGB IX als Teilhabevorschrift	272
3. Eine intentionale Ausrichtung der Quote ist möglich	274
II. Harmonisierung des personellen Schutzbereiches der Beschäftigungspflicht mit den angemessenen Vorkehrungen	274
1. Ausrichtung an der konkreten Teilhabe ist mehr als ein Programmsatz	274
a) Die notwendige Öffnung des personellen Schutzbereichs	275
b) Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Quotenerfüllung	276
c) Vermeidung eines stigmatisierenden Quotenschutzes	278
2. Zwischenergebnis	279
III. Bestehende Notwendigkeit der Beschäftigungsquote	279
IV. Zwischenergebnis	280

<i>D. Ergebnis zu Kapitel 6</i>	280
Kapitel 7: Schlussbetrachtung – Ein aufzulösendes Spannungsfeld	283
<i>A. Zusammenfassung</i>	283
<i>B. Folgerungen für einen normativen Synergieeffekt</i>	284
I. Grundlage: Der gemeinsame Behinderungsbegriff	285
II. Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern	285
III. Teilhabeorientierter Quotenschutz	286
1. Vorschlag: Zielgerechtigkeit des Quotenschutzes durch § 2 Abs. 3 SGB IX	287
2. Auswirkungen auf den persönlichen Schutzbereich	288
<i>C. Ausblick</i>	289
Literaturverzeichnis	291
Register	309

Abkürzungsverzeichnis

Für die üblichen und juristischen Abkürzungen wird verwiesen auf: Kirchner, Hildebert (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2015.

Kapitel 1

Einleitung

„Es ist normal, verschieden zu sein“¹
(Richard von Weizsäcker)

A. Einführung

Die Bedeutung der Teilhabe am Arbeitsleben erschöpft sich regelmäßig nicht in dem bloßen Erstreiten einer Existenzgrundlage, sondern bildet vielmehr für jeden Menschen die integrative Grundlage für eine selbstbestimmte und gleichberechtigte Lebensführung in der Gesellschaft.² Ein freiheitlicher und auf den Grundsätzen der Privatautonomie beruhender Arbeitsmarkt bildet dabei den Garanten für die Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen einer frei gewählten Erwerbsarbeit.³ In der Stärke dieser Freiheit liegt zugleich auch ihre Schwäche, da ein auf den freien Wettbewerb ausgerichteter Arbeitsmarkt die Integration von Menschen gefährdet, die wegen ihrer körperlichen, seelischen oder geistigen Konstitution und/oder Ressentiments nicht den ökonomischen Erwartungen und der Arbeitsorganisation derjenigen entsprechen, die die Arbeit zu vergeben haben.⁴ Der Schlüssel für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, nämlich das Ergreifen eines Berufes,⁵ droht somit für Menschen mit Behinderungen unauffindbar zu werden. Um solchen segregierenden Wirkungen des Arbeitsmarktes entgegenzutreten, erfolgte auf der Grundlage der Idee eines Sozialstaates eine umfangreiche Gesetzgebung zur Inklusion von Menschen mit einer (schweren) Behinderung in das Arbeitsleben.⁶

¹ Ansprache des damaligen Bundespräsidenten bei der Eröffnungsveranstaltung der Tagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte am 01.07.1993 (im Internet unter: www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1993/07/19930701_Rede.html, abgerufen am 20.03.2020).

² Deinert/Heuschmid/Zwanziger–Deinert, § 1 Rn. 10; BT-Drs. 15/4575, S. 66.

³ Vgl. *BVerfG* v. 27.01.1976 – 1 BVR 2325/73, NJW 1973, 1309 = BVerfGE 41, 251, 263 f.; *BVerfG* v. 13.10.1971 – 1 BVR 280/66, NJW 1971, 2299 = BVerfGE 32, 54, 71; Badura, in: FS Herschel, S. 21, 24.

⁴ Bieritz-Harder, ZSR Sonderheft 2005, 36, 37 ff.

⁵ Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 695.

⁶ Deinert/Welti–Deinert, SWK BR, Schwerbehindertenrecht, arbeitsrechtliches, Rn. 2 ff.

Das „Kernstück“⁷ dieses arbeitsmarktpolitischen Anliegens bildet in Deutschland seit knapp 100 Jahren das Instrument der „Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe“ (heute geregelt in §§ 154 ff. SGB IX), wonach alle Arbeitgeber ab einer bestimmten Betriebsgröße verpflichtet sind, eine Mindestbeschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen zu erfüllen. Der angenommene Wettbewerbsnachteil⁸ von Menschen mit einer Behinderung bei der Aufnahme einer Beschäftigung gegenüber einem der rationalen betriebswirtschaftlichen Norm entsprechenden Menschen,⁹ soll sich der gesetzlichen Konzeption nach durch die pauschale quotale Bevorteilung egalisieren.¹⁰ Arbeitgeber, die der Beschäftigungspflicht, ganz gleich aus welchen Gründen, nicht nachkommen, haben, je nach Erfüllungsgrad ihrer Pflichtquote, eine Ausgleichsabgabe zu entrichten, womit die Beschäftigung eines Menschen mit einer Behinderung – zynisch ausgedrückt – ein Preisschild in eben jener Höhe der Abgabe erhält.

Ausgehend von dem in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG normierten Benachteiligungsverbot von Menschen mit einer Behinderung entwickelte sich an der Seite der Beschäftigungspflicht das Diskriminierungsrecht zu einer weiteren wichtigen Triebfeder der beruflichen Inklusion schwerbehinderter Menschen. Die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote erfuhren und erfahren dabei eine maßgebliche Prägung aus internationalen Vorschriften, namentlich der europäischen Richtlinie 2000/78/EG¹¹ und den Verpflichtungen aus der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK).¹² Der hierin enthaltene weitergehende Partizipationsgedanke mündet im „Herzstück“¹³ der Bemühungen zur Verhinderung von Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen in der Ar-

⁷ So das *BVerfG* zu den früheren, aber inhaltlich im Wesentlichen identischen Vorschriften § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 und 2 *SchwBG* in seinem Urteil v. 26.05.1981 – 1 BvL 56, 57, 58/78, *BVerfGE* 57, 139, 153 = AP Nr. 1 zu § 4 *SchwBG*; *Jung*, DB 1974, 919, 921; im europäischen Kontext *Waddington*, *CLLJ* 1996, 62.

⁸ *Sargeant/Radevich-KatsaroumpalInnesti*, EID 2016, 1, 5; *Horn*, Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe, S. 9.

⁹ Dazu *Adomeit*, *NJW* 2003, 1162.

¹⁰ *Waddington*, *CLLJ* 1996, 62, 73; *Sargeant/Radevich-KatsaroumpalInnesti*, EID 2016, 1, 5; zur verfassungsrechtlichen Legitimation von sozialrechtlichen Typisierungen vgl. *Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert*, § 1 Rn. 11.

¹¹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, *ABl. L* 303 v. 02.12.2000, S. 16 ff.

¹² Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13.12.2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21.12.2008, *BGBl. II* Nr. 35, S. 1419 ff.

¹³ *Leder*, *SAE* 2006, 305, 307.

beitswelt, dem Instrument der angemessenen Vorkehrungen. Diesem liegen die humanistische Prämisse und der tatsächliche Befund zu Grunde, dass Menschen mit einer Behinderung in den meisten Fällen dieselben beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten und auch dasselbe Leistungsvermögen besitzen wie nicht behinderte Menschen, wenn die Arbeitsorganisation die Differenz des Einzelnen berücksichtigt¹⁴ und nicht weiterhin auf den idealtypischen jungen, gesunden und funktionsfähigen Arbeitnehmer ausgerichtet ist.¹⁵ Um eine über die bloße Gleichbehandlung hinausgehende Gleichstellung zu ermöglichen, braucht es demnach zuvörderst ein „level playing field“¹⁶, also Wettbewerbsgleichheit von Menschen mit und ohne Behinderungen. Um diese zu erreichen, verpflichten sowohl Art. 5 RL 2000/78/EG als auch Art. 27 UN-BRK den bundesdeutschen Gesetzgeber dazu, dafür Sorge zu tragen, dass Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen ergreifen, um Menschen mit Behinderungen die Erlangung und die Ausübung eines Berufes durch spezifische, geeignete und erforderliche Anpassungsmaßnahmen zu ermöglichen.

Der arbeitsmarktpolitische Ertrag dieser beiden zentralen Maßnahmen ist indes bislang gering. Die Arbeitslosenquote von erwerbsfähigen Menschen mit einer schweren Behinderung¹⁷ verharrt im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung nach wie vor auf doppelt so hohem Niveau¹⁸ und das obwohl Menschen mit einer schweren Behinderung weit weniger häufig Gefahr laufen arbeitslos zu werden als nicht behinderte Menschen.¹⁹ Dabei erweist sich insbesondere der Zutritt auf den allgemeinen privaten Arbeitsmarkt als Nadelöhr der beruflichen Inklusion, da sich beobachten lässt, dass erwerbslose Menschen mit einer Behinderung weitaus weniger häufig die Einstellung bei einem privaten Arbeitgeber gelingt als Menschen ohne eine Behinderung.²⁰

¹⁴ *Welti*, RdLH 2012, 1, 2.

¹⁵ *Bieritz-Harder*, ZSR Sonderheft 2005, 36, 37 ff.

¹⁶ *Waddington*, CLLJ 1996, 62, 73.

¹⁷ In der folgenden Darstellung wird der Begriff der Schwerbehinderung synonym auch für die schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Menschen mit einer Behinderung verwendet, sofern keine besondere Bezeichnung erfolgt.

¹⁸ Im Jahr 2018 betrug die Arbeitslosenquote von Menschen mit einer schweren Behinderung 11,20% gegenüber der allgemeinen Arbeitslosenquote von 6,5%, vgl. Rehadat – Statistiken zu Behinderung und Beruf, im Internet unter: <https://www.rehadat-statistik.de/statistiken/berufliche-teilhabe/arbeits-und-erwerbslosigkeit/arbeitslos-statistik-der-bundesagentur-fuer-arbeit/> (abgerufen am 20.03.2020).

¹⁹ Statistik der *Bundesagentur für Arbeit* – Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Situation schwerbehinderter Menschen, Nürnberg, April 2019, S. 13, im Internet unter: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Brosch-Die-Arbeitsmarktsituation-schwerbehinderter-Menschen.pdf> (abgerufen am 20.03.2020).

²⁰ *Vorholz/Mariß*, DL 2014, 553; *Brockmann*, DVfR Forum B 13–2014, S. 3; *Deinert*,

Die vorliegende Arbeit hat es sich daher zur Aufgabe gemacht, die Beschäftigungspflicht und das Konzept der angemessenen Vorkehrungen hinsichtlich ihrer Zielvorgaben in ihrer normativen Ausgestaltung und der sich daraus möglicherweise ergebenden rechtlichen Defizite beim Beschäftigungszugang zu privaten Arbeitgebern von Menschen mit einer Behinderung zu untersuchen.²¹ In Anbetracht der Forderung, dass das deutsche Schwerbehindertenarbeitsrecht wegen der unterschiedlichen Wirkweise der tradierten quotalen Beschäftigungspflicht einerseits und der progressiven individuellen Vorkehrungspflicht andererseits gar eines grundlegenden Perspektivenwechsels bedarf,²² verbleibt es dabei nicht bei einer reinen Darstellung dieser zentralen Instrumente. Vielmehr wird dieses Spannungsfeld dahingehend kritisch zu würdigen sein, ob die Beschäftigungspflicht als das „Kernstück“ und die angemessenen Vorkehrungen als das „Herzstück“ der Beschäftigungsförderung (schwer) behinderter Menschen zwei Seiten derselben Medaille sind und somit der Normalität des Verschiedenseins im Arbeitsleben Ausdruck verleihen können.

B. Gang der Untersuchung

Die Strukturen des Schwerbehindertenrechts mit seinem Kernstück Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe blicken auf eine lange, bis zum Ende des 1. Weltkrieges reichende Tradition zurück. Der historische Überblick im zweiten Kapitel soll daher zunächst die notwendigen Hintergründe dieses Regelungskonzepts verschaffen und dabei die Frage beantworten, welche Implikationen sich durch das (jüngere) Grundgesetz für die Integration von Menschen mit einer Behinderung in den privaten Arbeitsmarkt ergeben.

Im anschließenden dritten Kapitel werden die internationalen Rechtsvorgaben im Zusammenhang mit der Beschäftigungsförderung von Menschen mit Behinderungen zu identifizieren sein. Neben der Herausarbeitung des Konzeptes der angemessenen Vorkehrungen im Zusammenhang mit dessen Einbettung in der RL 2000/78/EG und der UN-BRK werden an dieser Stelle auch die Einflüsse dieser Rechtsquellen auf die Beschäftigungspflicht erörtert und die Verbindlichkeit für die deutsche Rechtsordnung dargestellt.

ZSR Sonderheft 2005, 104; *Jakobs*, GuS 27–8/2004, 30; so bereits schon *Dopatkal/Ritz*, ZSR 1982, 193, 211.

²¹ Nicht Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung ist daher die Rekrutierungspflichten öffentlicher Arbeitgeber, sowie die besonderen Instrumente der Beschäftigungssicherung aus Präventionspflichten und besonderem Kündigungsschutz, vgl. §§ 167 SGB IXff.

²² *Säcker*, BB-Beil. 2004, Nr. 16, 16, 18; *Thüsing*, NZA 2001, 1061, 1063; *Rieble*, EzA § 123 BGB Nr. 40, S. 11, 14.

An diesen geschaffenen Horizont wird sodann in den Kapiteln vier und fünf angeknüpft. Zunächst gilt es die Verortung des Konzeptes der angemessenen Vorkehrungen im deutschen Recht ausfindig zu machen, da dieses keine wörtliche Umsetzung erfahren hat. Als mögliche normative Herbergen dieses Konzeptes werden dabei sowohl die besonderen arbeitsrechtlichen Vorschriften des SGB IX, die zivilrechtlichen Generalklauseln als auch die Vorschriften des AGG untersucht. Im Anschluss daran soll das System der Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe vorgestellt und anschließend der Frage zugeführt werden, ob es sich in seiner jetzigen Ausgestaltung in verfassungsrechtskonformer Art und Weise als Beschäftigungsmotor schwerbehinderter Menschen erweist. Angesichts des gewandelten Verständnisses von Behinderungen wird im 6. Kapitel die Frage beantwortet, ob die Beschäftigungspflicht und die angemessenen Vorkehrungen hinsichtlich ihrer Wirkmechanismen tatsächlich zwei Seiten derselben Medaille der Beschäftigungsförderung von Menschen mit Behinderung darstellen.

Kapitel 2

Von der tatsächlichen zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Beschäftigungsförderung schwerbehinderter Menschen

Die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber und die dazugehörige Ausgleichs-
abgabe sind historisch gewachsen und haben, trotz des sich in dieser Zeit
gewandelten sozialen und rechtlichen Umfeldes, ihre normative Grundsys-
tematik beibehalten. Um die Wirkungsweise und den ihr zugrundeliegenden
sozialpolitischen Gestaltungsgedanken dieses Instrumentes vollumfänglich
erfassen zu können, ist ein Rückblick zu ihren Anfängen notwendig.

A. Historische Entwicklung der Beschäftigungspflicht und der „behindertengerechten Beschäftigung“

I. Die Folgen des ersten Weltkrieges

Die quotale Beschäftigungspflicht war die Reaktion des historischen Gesetz-
gebers auf die Folgen des ersten Weltkrieges: 900 000 kriegsversehrte Sol-
daten, davon über 250 000 mit einer Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit um
mindestens 50 %, stellten die junge Republik vor eine in dieser Dimension
bislang unbekannte soziale Aufgabe.¹ In Anbetracht dieses Notstandes er-
wiesen sich die bis dahin existierenden Regelungen wegen ihres Schwerpunk-
tes auf finanzieller Absicherung kriegsbeschädigter Menschen² nicht nur als
unfinanzierbar, sondern sie klammerten auch die berufliche Reintegration
der Schwerbeschädigten aus.³ Um der sozial-psychologischen Erkenntnis
Rechnung zu tragen, dass Kriegsbeschädigte erst durch eine Wiedereinglie-
derung in das Erwerbsleben ein gesellschaftliches und wirtschaftliches Selbst-
wertgefühl vermittelt bekommen können, wurde ein gesetzlicher Paradig-

¹ Wilrodt-Neumann, SchwBG, Einl. Rn. 5.

² Vgl. das Militärpensionsgesetz aus dem Jahre 1871, RGBl. 1871, S. 275, das Mann-
schaftsversorgungsgesetz, RGBl. 1906, S. 593 und das Offizierpensionsgesetz,
RGBl. 1906, S. 565.

³ Mann-Rohwer-Kahlmann/Schroeder-Printzen, SchwBeschG, Einl. Rn. 5; Wil-
rodt-Neumann, SchwBG, Einl. Rn. 5; Knaak, SchwBeschG, Einl. S. 2.

menwechsel von der bloßen finanziellen Fürsorge zur beruflichen Reintegration angestrebt.⁴

Diese gesamtgesellschaftliche Aufgabe der Versorgung der schwerbeschädigten Kriegsoffer war unter Berücksichtigung der individuellen Leistungsfähigkeit an jedes Mitglied der Gesamtheit gerichtet, sodass auch die Arbeitgeber adressiert wurden. Da mangels Kapazitäten nicht allein die öffentlichen Arbeitgeber die berufliche Rehabilitation bewerkstelligen konnten, statuierte die bereits im Zuge der Demobilmachung erlassene „*Verordnung über die Beschäftigung Schwerbeschädigter*“ die Verpflichtung auch der privaten Arbeitgeber, auf mindestens 1% ihrer Arbeitsplätze schwerbeschädigte Menschen zu beschäftigen und dadurch bei der beruflichen Integration der Schwerbeschädigten mitzuwirken.⁵ Der Ordnungsgeber respektierte mit dieser Regelung das Prinzip der freien Wirtschaft und der daraus resultierenden Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich seiner Vertragspartner, indem es den Arbeitgebern überlassen wurde, den Schwerbeschädigten auf Grund seiner Kompatibilität mit den betrieblichen Erfordernissen auszuwählen.⁶ Jedoch hatten Arbeitgeber, und dies stellte die maßgebliche Synthese zur sozialen Verpflichtung der Arbeitgeber dar, eine bestimmte quotale Beschäftigung schwerbeschädigter Menschen zu gewährleisten und für diese auch einzustehen.

Dieses Grundprinzip überdauerte wegen der nach wie vor dringenden sozialen Aufgabe der beruflichen Integration schwerbehinderter Menschen auch das Ende der Demobilmachung und mündete, nach der Behebung einiger konzeptioneller Unklarheiten und praktischer Umsetzungsschwierigkeiten, im Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12.01.1923⁷ und erhielt somit eine bis zum Jahr 1945 geltende normative Prägung.

Die genaue Beschäftigungsquote konnte dabei per Verordnung festgelegt werden und wurde vom Reichsarbeitsminister sodann auf 2% für Unternehmen mit einer Größe ab 20 Arbeitsplätzen taxiert. Dabei wurde die Verpflichtung zur Beschäftigung gem. § 1 SchwBeschG in der Kommentarliteratur auch als „*Kontrahierungszwang der Arbeitgeber zugunsten Schwerbeschädigter*“⁸ überschrieben. Als öffentlich-rechtliche Pflicht galt sie jedoch nur dem Staat gegenüber, wobei die Erfüllung dieser Verpflichtung allein über die

⁴ Wilrodt-Neumann, SchwBG, Einl. Rn. 3; Jung, DB 1974, 919; Welti, Behinderung und Rehabilitation, S. 211; LPK-SGB IX-Joussen, Einf. Rn. 8; Wittenburg, Die Einstellungspflicht nach dem Schwerbeschädigtengesetz, S. 10; Harmsen, Arbeitgeberverpflichtungen im Schwerbehindertengesetz, S. 30.

⁵ Vgl. § 1 SchwBeschVO, RGBl. 1919, S. 28.

⁶ Mann-Rohwer-Kahlmann/Schroeder-Printzen, SchwBeschG, Einl. Rn. 9.

⁷ RGBl. 1923, S. 58, zur vorgehenden Novelle vom 23.12.1922 vgl. RGBl. 1922, S. 972.

⁸ Knaak, SchwBeschG, § 1 S. 14.

privatrechtliche Arbeitsbeziehung mit dem schwerbeschädigten Menschen erfolgen konnte.⁹ Kam der Arbeitgeber seiner quotalen Beschäftigungspflicht nicht nach, konnte die zuständige Behörde (Hauptfürsorgestelle) eine Zwangseinstellung schwerbeschädigter Menschen durch die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zu bestimmbareren oder tariflich üblichen Konditionen vornehmen.¹⁰ Mit der unbedingten Einstellungsverpflichtung des Gesetzes korrespondierte auch, dass die Zahlung einer Ausgleichsabgabe im Falle der Nichtbeschäftigung gesetzlich noch nicht vorgesehen war.¹¹ Lediglich in den Fällen, in denen die betrieblichen Gegebenheiten eine Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen nicht hergaben, konnte die Hauptfürsorgestelle gem. § 6 Abs. 2 SchwBeschG private Arbeitgeber teilweise oder ganz von der Beschäftigungspflicht befreien. Die Hauptfürsorgestellen machten, um den Gesetzeszweck der Beschäftigungsförderung nicht zu unterlaufen, von dieser Möglichkeit jedoch nur sehr restriktiv Gebrauch und verbanden sie meist gem. § 6 Abs. 2 S. 2 SchwBeschG mit der Auflage der Zahlung an die Beschädigtenfürsorge.¹²

Eine weitere Besonderheit zum heutigen Recht stellte das „Erfüllungssurrogat“ des § 9 SchwBeschG dar.¹³ Denn danach konnte der private Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht durch die Überlassung oder Verpachtung einer „Siedlungsstelle“ nachkommen, sofern diese dem Schwerbeschädigten und seiner Familie durch die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit einen angemessenen Lebensunterhalt ermöglichte und die Hauptfürsorgestelledies verifizierte.

Auch wenn die dadurch intendierte Förderung der beruflichen Selbstständigkeit ein sehr modernes Verständnis der Schwerbeschädigung suggeriert, weil es die selbstbestimmte wirtschaftliche Lebensführung des schwerbeschädigten Menschen förderte, zeugt das Gesetz an anderer Stelle noch von einem ausgeprägten Paternalismus. Zwar existierte mit § 10 Abs. 2 SchwBeschG eine Vorschrift, die Arbeitgeber zur Umgestaltung der betrieblichen Begebenheiten verpflichten konnte und somit dem individualistischen Konzept der angemessenen Vorkehrungen sehr nahe zu kommen scheint. Allerdings wurden hierdurch keinerlei Rechte des schwerbeschädigten

⁹ *Knaak*, SchwBeschG, § 1 S. 17.

¹⁰ *Schoppen*, Die Beschäftigung Schwerbeschädigter-Kommentar, § 7, S. 58; *Knaak*, SchwBeschG, § 7 S. 45; eingehend: *Wittenburg*, Die Einstellungspflicht nach dem Schwerbeschädigtengesetz, S. 44 ff.

¹¹ Vgl. *Mayer*, Die Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung, S. 8; *Jung*, DB 1974, 919; *Deinert/Welti-Deinert*, SWK BR, Schwerbehindertenrecht, arbeitsrechtliches, Rn. 2

¹² *Knaak*, SchwBeschG, § 6 S. 38; *Wilrodt-Neumann*, SchwBG, § 8 Rn. 1; *Mayer*, Die Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung, S. 8.

¹³ *Schoppen*, Die Beschäftigung Schwerbeschädigter-Kommentar, § 6 S. 47; *Knaak*, SchwBeschG, § 9 S. 58.

Arbeitnehmers selber begründet, da es allein der Hauptfürsorgestelle oblag, den Arbeitgeber zu diesen Maßnahmen zu verpflichten.¹⁴ Kam der Arbeitgeber vorsätzlich oder in grober Fahrlässigkeit dem gesetzlichen Pflichtenprogramm nicht nach, so konnte sein Verhalten auf Antrag der Hauptfürsorgestellen gem. § 18 SchwBeschG mit einer sog. „Sozialbuße“¹⁵ sanktioniert werden, welche den der Allgemeinheit durch die Nichtbeschäftigung von Schwerbeschädigten entstandenen Schaden regulieren sollte.¹⁶

Der Befund der damaligen Beschäftigungspflicht im Schwerbeschädigtengesetz fällt und fiel äußerst positiv aus. Nicht nur, dass es dem Gesetzgeber gelungen war, zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit einerseits und sozialstaatlicher Aufgabenerfüllung andererseits eine ausgewogene Regelung zu schaffen.¹⁷ Auch die tatsächliche Bilanz dieses Instrumentes wurde der gesetzgeberischen Intention der Wiedereingliederung der Schwerbeschädigten in den Wirtschaftsprozess gerecht, gelang es insgesamt 450 000 schwerbeschädigte Kriegs- oder Arbeitsopfer trotz der großen wirtschaftlichen Krisen und der hohen allgemeinen Arbeitslosigkeit nahezu restlos auf den Arbeitsmarkt zu integrieren.¹⁸

II. Zäsur in Zeiten des Nationalsozialismus

Bereits vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten trübten sozialdarwinistische Züge den Eingliederungsgedanken von Menschen mit einer, damals noch nicht so bezeichneten, Behinderung. So waren es vor allem die sog. „Kosten-Nutzen-Rechnungen“, wonach zwischen wirtschaftlich „wertvollen“ und wirtschaftlich „minderwertigen“ Menschen unterschieden wurde.¹⁹ Auf politischen Nährboden stießen diese Bestrebungen jedoch erst im Zuge der Weltwirtschaftskrise Ende der 1920er Jahre und erreichten ihre Perversion nach der Machtergreifung der NSDAP im Jahre 1933. Unter dem nationalsozialistischen Regime gesellten sich zu den vermeintlichen ökonomischen Argumenten vor allem noch rassenideologische Gedankenzüge, die in der Bekämpfung der „übertreibenden Fürsorge des Einzelindividuums“²⁰ zu

¹⁴ Mann-Rohwer-Kahlmann/Schroeder-Printzen, SchwBeschG, Einl. Rn. 12; Knaak, SchwBeschG, § 10 S. 62; FKS/SGB IX – Kohle, Einleitung Rn. 9.

¹⁵ Schoppen, Die Beschäftigung Schwerbeschädigter-Kommentar, § 18 S. 80.

¹⁶ Knaak, SchwBeschG, § 1 S. 14.

¹⁷ Mann-Rohwer-Kahlmann/Schroeder-Printzen, SchwBeschG, Einl. Rn. 10.

¹⁸ Ausführlich hierzu: Wittenburg, Die Einstellungspflicht nach dem Schwerbeschädigtengesetz, S. 16 ff.; vgl. ferner: Cramer, Schwerbehindertengesetz, Einf. S. 4; Harmsen, Arbeitgeberverpflichtungen im Schwerbehindertengesetz, S. 31.

¹⁹ Thomann, in: Begutachtung im Schwerbehindertenrecht, S. 35.

²⁰ So der damalige Reichsminister des Inneren Wilhelm Frick, Rede auf der ersten Sitzung des Sachverständigenbeirats für Bevölkerungs- und Rassenpolitik am 28.06.1933, abrufbar unter: <https://archive.org/stream/0070WilhelmFrickRedeUeberBevoelkerungsU>

Sachregister

- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 20, 130 ff., 135, 148 ff., 157 ff.
- Americans with Disabilities Act (ADA) 48, 52
- Anforderungsprofil 50, 58, 122 ff., 150, 153
- Angemessene Vorkehrungen 45 ff., 63 ff., 69 ff., 88, 93 ff., 117 ff., 128, 130 ff., 153 ff., 210 f., 264, 285
- Annahmeverzug des Arbeitgebers 141 ff.
- Anpassung des Arbeitsplatzes 99
- Anreizwirkung zur Beschäftigung 182, 208
- Arbeitgeberbegriff SGB IX 175, 196
- Arbeitnehmerschutzrecht 107, 202
- Ausgleichsabgabe 203 ff.
- Rechtsnatur 203
 - Berechnung 206
 - Verwendung 209
 - Erhöhung 243
 - Abschaffung 242
- Auswahlkriterien 122, 128
- Barrierefreiheit 121, 129 f., 260 ff.
- Behinderungsbegriff 76, 81, 183, 250 ff., 260 ff., 285
- Belastung, unverhältnismäßige 56, 60
- Benachteiligungsverbot 26, 56, 82
- *siehe* Diskriminierungsverbot
- Berufsfreiheit 22, 218 ff.
- Beschäftigungspflicht
- öffentlich-rechtliche 76, 171 ff., 175 ff., 189 ff., 231 ff., 240 ff., 274, 275 ff., 279, 286 f.
 - vertragsgemäße 113, 110, 112
- Betriebsrat 116, 126
- Bevorzugung 27, 78, 88, 98
- Bewerbungsverfahren 54, 59, 118 ff., 129 f., 167
- Bundesagentur für Arbeit 104, 120, 268 f.
- Direktionsrecht 109, 144 f.
- Diskriminierung 59 ff., 148 ff.
- mittelbare 60 ff., 66, 153 ff.
 - unmittelbare 59, 65, 149 ff.
- Diskriminierungsverbot, 59 ff., 148 ff.
- Drittbezug angemessener Vorkehrungen 55
- Effektuierungsgebot 241
- Entschädigung 158, 163 ff.
- Europäische Grundrechtecharta/Sozialcharta 33 ff.
- Finanzierungsvorbehalt 41, 56, 203, 212, 247, 289
- Fortbildung 98, 131
- Fragerecht
- vorkehrungs- /anpassungsbezogene Fragen 134 ff.
 - Erfüllung Beschäftigungspflicht 189 ff.
- Fürsorgepflicht 107, 111 ff., 142
- Gleichbehandlungsgrundsatz 46 ff., 59, 86, 132, 134
- Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (RL2000/78/EG) 34 f., 46 ff., 74 ff.
- Grad der Behinderung 256 ff.
- Inklusion 37 ff.
- Internationale Arbeitsorganisation (ILO) 32
- Kontextfaktoren 32, 251 f., 254, 264, 285
- Kontrahierungszwang 8, 157, 159
- Kostenübernahme 104, 210, 236
- Kündigungsschutz 237 f., 246
- Mehrarbeit, Befreiung 11, 101 f.
- Mehrfachanrechnung 185, 195 f.
- Menschenwürde 22 f.

- Nebenpflicht, vertragliche 110, 114 f.
- Offenbarungspflicht 137 ff.
- Paternalismus 9
- Persönlichkeitsrecht 96, 112 ff., 138, 167
- Pflichtplätze 176, 181 ff., 194
- Positive Maßnahmen 74 ff., 84, 86 f., 101, 122, 124, 240
- Privatautonomie 23, 201, 218 ff.
- Prüfpflicht 119 ff.
- abstrakte 121 ff.
 - konkrete 124 ff.
- Recht auf Arbeit 37 f., 240
- Rehabilitationsrecht 18
- Rücksichtnahmepflicht, vertragliche 110 ff., 128 f.
- Schadensersatz 147, 157 ff.
- Schutzrecht, kontraproduktives 232 ff., 242, 247
- Schwerbehinderter Arbeitgeber 196
- schwerbehinderte Frauen 186 ff.
- Schwerbehindertengesetz 15 f.
- Schwerbehindertenvertretung 19, 119, 120, 126, 191
- Schwerbehinderung 183 f., 189, 256 f.
- Schwerbeschädigtengesetz 11 ff.
- Sozialgesetzbuch IX 18, 94 ff., 171 ff.
- Sozialstaatsgebot 23 ff., 26, 245
- Stigmatisierung 278 f.
- Teilzeit 100 f.
- Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit einer Behinderung 36 ff., 69 ff., 84, 240, 252
- Vergütungskompensation 54 f., 141, 144, 158
- Vertragsänderung 96, 100, 142 ff.
- Zusatzurlaub 88, 101 f., 235, 246
- Zustimmungsersatzungsverfahren 116
- Zwangseinstellung 9, 16