

**Linn Dahms**

# Die rechtliche Konzeption von Behinderung

Auswirkungen auf das arbeitsrechtliche  
Fragerecht und die krankheitsbedingte  
Kündigung



Universitätsverlag Halle-Wittenberg **uvHW**



## Die rechtliche Konzeption von Behinderung



*Linn Dahms*

# Die rechtliche Konzeption von Behinderung

Auswirkungen auf das arbeitsrechtliche Fragerecht  
und die krankheitsbedingte Kündigung

*Linn Dahms* wurde 1989 in Berlin geboren. Zwischen 2009 und 2014 absolvierte sie ein Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Anschließend nahm sie die Arbeit an ihrer Dissertation auf und war promotionsbegleitend in einer Fachanwaltskanzlei für Arbeitsrecht als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig. Seit 2017 ist sie Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin.

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

CXCI

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2018

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-190-8

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Drucklegung bis einschließlich August 2018 berücksichtigt werden, sodass insbesondere dem Inkrafttreten großer Teile des Bundesteilhabegesetzes zum 01. Januar 2018 Rechnung getragen wurde. Die damit einhergehende Novellierung des § 2 Abs. 1 SGB IX, der Menschen mit Behinderung begrifflich bestimmt, sowie die jüngere Rechtsprechung des EuGH lassen das Thema dieser Arbeit hochaktuell bleiben.

Über die drei Jahre der Entstehung hat mich mein Doktorvater Prof. Dr. Reinhard Singer fachlich und moralisch stets unterstützt und mir viel Vertrauen geschenkt. Dafür möchte ich ihm an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aussprechen.

Von Herzen danke ich auch Christopher Kroll, der in allen Belangen – sei es Korrekturlesen, Formatierung, beim vorläufigen Druck oder der farblichen Gestaltung des Einbandes – einen großen Beitrag leistete und der nicht zuletzt durch seinen emotionalen und unerschütterlichen Rückhalt diese Arbeit ermöglichte.

Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei meiner lieben Großmutter, die immer uneingeschränkt hinter mir stand und mich bei allen Vorhaben unterstützte.

Mein Bruder und meine Eltern haben mich auf meinem gesamten Bildungs- und Lebensweg vorbehaltlos und unermüdlich gefördert und waren in allen Belangen eine große Hilfe, was ich sehr zu schätzen weiß. Besonderen Dank verdienen meine Eltern dafür, dass sie meine Arbeit Korrektur gelesen und mir wertvolle Hinweise gegeben haben. Aber vor allem der Umstand, dass sie mir im letzten Jahr der Anfertigung der Dissertation den Rücken freigehalten haben und mir den Abschluss der Bearbeitung ermöglichten, ist alles andere als selbstverständlich und erfüllt mich mit großer Dankbarkeit. Diese Arbeit ist ihnen gewidmet.

Berlin, im Oktober 2018

*Linn Dahms*





## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung .....	17
B. Die rechtliche Konzeption von Behinderung .....	19
I. Einführung .....	19
1. Die historische Entwicklung im Überblick .....	19
2. Teleologische Begriffsbildung .....	21
3. Typus oder Rechtsbegriff .....	22
4. Schwierigkeiten bei der Bildung eines Rechtsbegriffs „Behinderung“ .....	24
5. Ausblick .....	26
II. Der bisherige Behinderungsbegriff im SGB IX a.F. ....	27
1. Gesetzliche Definitionen .....	27
a) Behinderung .....	27
aa) Legaldefinition nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX a.F. ....	27
bb) Bedeutung dieser Legaldefinition .....	29
b) Schwerbehinderung .....	30
c) Gleichstellung .....	31
2. Hintergrund des Behinderungsbegriffs .....	31
a) Anlehnung an die ICF der WHO .....	31
b) Die Modelle von Behinderung .....	33
3. Kritische Auseinandersetzung mit einzelnen Begriffsmerkmalen. ....	34

a)	Abweichung vom für das Lebensalter typischen Zustand . . . . .	34
b)	Abweichung länger als sechs Monate . . . . .	37
c)	Beeinträchtigung der Teilhabe . . . . .	38
aa)	Hintergrund . . . . .	38
bb)	Bewertung . . . . .	39
	(1) Grundlegende Bedeutung des Teilhabemodells . . . . .	40
	(a) Rechtsprechung des BSG . . . . .	40
	(b) Schrifttum . . . . .	41
	(c) Stellungnahme . . . . .	43
	(2) Auswirkungen auf das Feststellungsverfahren . . . . .	44
	(a) Rechtsprechung des BSG . . . . .	46
	(aa) Grundsatz: Beibehaltung der bisherigen Feststellungspraxis . . . . .	46
	(bb) Einschränkung: Stärkere Ausrichtung der Bewertung des GdB am Teilhabe-Konzept . . . . .	47
	(b) Schrifttum . . . . .	49
	(c) Stellungnahme . . . . .	50
cc)	Zusammenfassung zum Merkmal der Teilhabe . . . . .	51
d)	Lineare Kausalität . . . . .	52
aa)	Schrifttum . . . . .	53
bb)	Stellungnahme . . . . .	54
cc)	Zusammenfassung . . . . .	57
4.	Ergebnis. . . . .	58
III.	Der Behinderungsbegriff nach der UN-BRK . . . . .	59
1.	Rang und Anwendung der BRK im deutschen Recht . . . . .	59
a)	Rang als einfaches Bundesgesetz . . . . .	59
b)	Unmittelbare Anwendung oder völkerrechtskonforme Auslegung . . . . .	60
2.	Der Behinderungsbegriff . . . . .	62
3.	Unterschied zum SGB IX a.F. . . . .	65
4.	Bedeutung für die nationale Definition . . . . .	66
a)	Erfordernis einer Neuregelung . . . . .	66
b)	Konkrete Umsetzung im deutschen Recht . . . . .	68
aa)	Novellierung des BGG . . . . .	68
bb)	Einführung des Bundesteilhabegesetzes . . . . .	69
IV.	Der neue Behinderungsbegriff nach § 2 Abs. 1 SGB IX n.F. . . . .	70
1.	Inhalt des neuen Behinderungsbegriffs. . . . .	71
2.	Kritische Stellungnahme zum neuen Behinderungsbegriff . . . . .	73
a)	Notwendigkeit einer Legaldefinition . . . . .	73
b)	Abweichung vom für das Lebensalter typischen Zustand . . . . .	74

c)	Abweichung länger als sechs Monate	75
d)	Sprachliche Inkonsistenz	76
e)	Wechselwirkungsansatz	77
f)	Möglichkeit einer Teilhabebeeinträchtigung	78
g)	Mangelnde Abgrenzung zur drohenden Behinderung	78
h)	Unterscheidung zwischen Behinderung und Beeinträchtigung	82
i)	Trennung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung	83
j)	Feststellungsverfahren	86
aa)	Rechtslage nach dem BTHG	86
bb)	Verbesserungsansätze	87
3.	Zusammenfassung zum BTHG	89
V.	Der verfassungsrechtliche Behinderungsbegriff	90
1.	Der Behinderungsbegriff	91
a)	Auslegung des BVerfG	91
b)	Auslegung im Schrifttum	92
aa)	Überwiegend restriktives Begriffsverständnis nach § 3 Abs. 1 SchwbG a.F.	92
bb)	Progressives Begriffsverständnis	94
cc)	Einzelaspekte des Behinderungsbegriffs	95
c)	Stellungnahme	96
2.	Bedeutung für die einfachgesetzliche Definition	99
3.	Ergebnis	100
VI.	Der europarechtliche Behinderungsbegriff und seine Umsetzung	101
1.	Europarechtlicher Behinderungsbegriff	101
a)	Europäisches Primärrecht	101
b)	RL 2000/78/EG	103
aa)	Behinderungsbegriff des EuGH	103
(1)	Chacón Navas-Entscheidung	103
(2)	Ring/Skouboe Werge-Entscheidung	104
(a)	Sachverhalt	104
(b)	Wechselwirkung der Ursachen	105
(c)	Krankheit als mögliche Ursache	106
(d)	Beeinträchtigung der Ausübung der beruflichen Tätigkeit	106
(e)	Keine Erheblichkeit der angemessenen Maßnahmen auf Tatbestandsseite	107
(f)	Auswirkungen des Urteils auf die Rechtslage	109
(3)	Adipositas-Entscheidung	109
(a)	Sachverhalt	110
(b)	Adipositas und Behinderung	111
(c)	Notwendigkeit eines eigenständigen Diskriminierungsgrundes?	112

(d) Auswirkungen des Urteils auf die Rechtslage .....	113
bb) Bedeutung für die mitgliedstaatliche Definition .....	114
2. Behinderungsbegriff im AGG .....	117
a) Gesetzesbegründung und Einfluss europarechtskonformer Auslegung ..	118
b) Auslegung des BAG im Urteil vom 19. Dezember 2013 .....	119
aa) Sachverhalt .....	119
bb) Abstrakte Begriffsbestimmung .....	119
(1) Kombiniertes Behinderungsbegriff des BAG .....	120
(2) Europarechtlicher Behinderungsbegriff .....	120
(3) Stellungnahme .....	121
(a) Grundsatz: kombinierter Behinderungsbegriff .....	121
(b) Einschränkung: Möglichkeit einer Teilhabebeeinträchtigung nicht ausreichend .....	123
(4) Ergebnis .....	125
cc) Symptomlose HIV-Infektion als mögliche Ursache .....	125
dd) Bestätigung des sozialen Behinderungsbegriffs .....	127
(1) Behinderung als soziales Verhältnis .....	127
(2) Problem der Bestimmung des Rechtssubjekts .....	128
ee) Auswirkungen des Urteils auf die Rechtslage .....	130
c) Zusammenfassung .....	130
3. Ergebnis .....	132
VII. Fazit .....	132
C. Auswirkungen dieser Begriffsbestimmung auf ausgewählte Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis .....	135
I. Kenntniserlangung von der Behinderung im Bewerbungsprozess .....	135
1. Offenbarungspflicht des Bewerbers .....	136
2. Fragerecht des Arbeitgebers .....	138
a) Das tätigkeitsneutrale Fragerecht .....	140
aa) In Bezug auf Schwerbehinderung .....	140
(1) Schwerbehinderung als Status .....	140
(2) Bisherige Rechtsprechung des BAG .....	142
(3) Jüngere Rechtsprechung des BAG .....	143
(a) Urteil vom 07. Juli 2011 .....	143
(b) Urteil vom 13. Oktober 2011 .....	144
(4) Aktuelle Rechtslage .....	145

(a)	Unzulässigkeit gem. § 164 Abs. 2 SGB IX n.F. ....	145
(aa)	Parallelregelung zu § 611a BGB a.F. ....	146
(bb)	Frage als unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung? ....	147
(b)	Unzulässigkeit nach dem AGG ....	149
(aa)	Frage als Indiz gem. § 22 AGG ....	149
(bb)	Frage als Benachteiligung i.S.v. § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG? ....	150
(c)	Unzulässigkeit als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ....	152
(aa)	Begründungsansätze ....	152
(α)	Parallele zur Frage nach einer Schwangerschaft ....	152
(β)	Systematischer Zusammenhang ....	154
(γ)	Präventive Absicherung des Schutzzwecks des AGG ....	154
(δ)	Kein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers ....	155
(ε)	Zusammenfassung ....	155
(bb)	Ausnahmen von der Unzulässigkeit ....	156
(α)	Positive Maßnahmen ....	156
(β)	Kein Anfechtungsrecht trotz Zulässigkeit der Frage ....	158
(cc)	Ergebnis ....	160
(d)	Unzulässigkeit nach dem BDSG n.F. und der DSGVO ....	161
bb)	In Bezug auf einfache Behinderungen ....	165
cc)	In Bezug auf Krankheit ....	166
(1)	Begriff der Krankheit ....	167
(2)	Verhältnis von Krankheit und Behinderung ....	168
(a)	Abgrenzung Krankheit und Behinderung ....	168
(b)	Behinderung als mögliche Folge von Krankheit ....	170
(3)	Unzulässigkeit der tätigkeitsneutralen Frage ....	170
(a)	Rechtsprechung des BAG ....	170
(b)	Unzulässigkeit nach dem AGG ....	171
(c)	Datenschutzrechtliche Unzulässigkeit ....	172
(4)	Zusammenfassung ....	173
dd)	Ergebnis ....	174
b)	Das tätigkeitsbezogene Fragerecht ....	175
c)	Spezialfall: Alkohol- und Drogenabhängigkeit ....	178
d)	Das Fragerecht nach Begründung des Arbeitsverhältnisses ....	179
3.	Ergebnis. ....	181
II.	Kündigung des Arbeitsverhältnisses als Diskriminierung wegen Behinderung ....	184
1.	Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen ....	184
a)	Gesetzgebungsgeschichte des § 2 Abs. 4 AGG ....	185
b)	Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG ....	187
aa)	Meinungsstand im Schrifttum ....	187
bb)	Rechtsprechung des BAG zu Kündigungen im Bereich des KSchG ....	189
cc)	Rechtsprechung des BAG zu Kündigungen außerhalb des KSchG ....	191

dd) Stellungnahme	192
(1) Europarechtswidrigkeit der Norm	192
(2) Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG im Anwendungsbereich des KSchG	192
(3) Unmittelbare Anwendbarkeit des AGG außerhalb des KSchG	195
ee) Zusammenfassung	196
c) Anwendbarkeit der Rechtsfolgen	196
aa) Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG	196
(1) Meinungsstand im Schrifttum	196
(2) Rechtsprechung des BAG	197
(3) Kritik an der Rechtsprechung des BAG	199
(4) Stellungnahme	199
(a) Grundsatz: Zustimmung zum BAG	199
(b) Unwirksamkeit keine hinreichende Sanktion	200
(c) Verschuldensunabhängigkeit des Entschädigungsanspruchs	202
(d) Einschränkung: Keine Notwendigkeit einer erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzung	202
bb) Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG	204
cc) Maßregelungsverbot nach § 16 AGG	205
d) Zusammenfassung	205
2. Krankheitsbedingte Kündigung im Sinne des KSchG als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung	206
a) Tatbestand	207
aa) Begriff der Arbeitsunfähigkeit	208
bb) Verhältnis von Arbeitsunfähigkeit und Behinderung	209
cc) Krankheitsbedingte Kündigung als Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal Behinderung	211
(1) Bedeutung des Diskriminierungsverbots wegen Behinderung für eine krankheitsbedingte Kündigung	211
(a) Herkömmliches Verständnis	212
(aa) Rechtsprechung des EuGH: Chacón Navas-Urteil	213
(bb) Rechtsprechung des BAG	213
(cc) Schrifttum	215
(b) Progressiveres Verständnis	216
(aa) Rechtsprechung des EuGH: Ring/Skouboe Werge und Conejero	216
(bb) Schrifttum	216
(c) These: krankheitsbedingte Kündigung als behinderungsbedingte Kündigung	218
(d) Stellungnahme	219
(e) Konkrete Fallgruppen	222
(2) Mittelbare oder unmittelbare Ungleichbehandlung	224
(a) Allgemeine Anforderungen	224
(aa) Unmittelbare Ungleichbehandlung	224
(bb) Mittelbare Ungleichbehandlung	227
(b) Konkrete Abgrenzung bei krankheitsbedingter Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers	229
(aa) Rechtsprechung des EuGH	229
(bb) Rechtsprechung des BAG	230

(cc) Schrifttum	231
(dd) Stellungnahme	233
(c) Irrelevanz der Abgrenzung beim Merkmal Behinderung	235
(3) Zusammenfassung	236
dd) Ergebnis	237
b) Wirksamkeitserfordernis: Zustimmung nach §§ 168 ff. SGB IX n.F. bei schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern	237
c) Rechtfertigung	240
aa) Allgemeine Anforderungen an die soziale Rechtfertigung	241
(1) Negative Gesundheitsprognose	242
(a) Dauernde Arbeitsunfähigkeit	242
(b) Langzeiterkrankung	243
(c) Wiederkehrende und häufige Kurzerkrankungen	244
(d) Krankheitsbedingte Leistungsminderung	246
(2) Beeinträchtigung betrieblicher Interessen	247
(a) Verhältnismäßigkeitsprinzip	247
(b) Dauernde Arbeitsunfähigkeit	248
(c) Langzeiterkrankung	248
(d) Häufige und wiederkehrende Kurzerkrankungen	249
(e) Krankheitsbedingte Leistungsminderung	250
(3) Interessenabwägung	251
(a) Allgemeine Kriterien	251
(b) Beachtung einer Schwerbehinderung durch die Arbeitsgerichte?	252
bb) Besondere Anforderungen des AGG	253
(1) Rechtfertigung über § 8 Abs. 1 AGG	254
(a) Bedeutung der angemessenen Vorkehrungen	254
(aa) Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 lit. i)	
i.V.m. Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK	254
(bb) Mangelnde Umsetzung ins deutsche Arbeitsrecht	255
(α) Mögliche Anknüpfungsvorschriften	255
(β) Unzureichende Umsetzung	256
(γ) Notwendigkeit einer Neuregelung	258
(cc) Auswirkungen der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen	259
(dd) Abgrenzung zu den positiven Maßnahmen	260
(ee) Einzelne angemessene Vorkehrungen	261
(α) Anpassung des Arbeitsplatzes und der Arbeitszeit	261
(β) Umsetzung auf anderen Arbeitsplatz?	262
(ff) Verhältnismäßigkeit als Grenze der Zumutbarkeit	264
(b) Rechtfertigung einzelner Fallgruppen	265
(aa) Dauernde Arbeitsunfähigkeit	267
(bb) Langzeiterkrankung	267
(cc) Wiederkehrende und häufige Kurzeiterkrankungen	269
(α) Betriebsablaufstörungen als Rechtfertigungsgrund	270
(β) Entgeltfortzahlungskosten als Rechtfertigungsgrund	272
(γ) Bestimmte Fehlzeitenquote als Rechtfertigungsgrund	276
(dd) Krankheitsbedingte Leistungsminderung	278
(α) Arbeitsgeschwindigkeit und -qualität als wesentliche und entscheidende Anforderung	278
(β) Störung des Äquivalenzverhältnisses als Rechtfertigungsgrund	280

(c)	Zusammenfassung	282
(2)	Rechtfertigung über § 3 Abs. 2, 2. Halbsatz AGG	283
cc)	Möglichkeiten der Modifikation des Prüfungsschemas der sozialen Rechtfertigung	284
(1)	Inzidentprüfung	285
(2)	Erweiterung um eine vierte Prüfungsebene	286
(3)	Systematische Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG	287
(4)	Stellungnahme	288
dd)	Ergebnis	289
d)	Beweislasterleichterung nach § 22 AGG	290
aa)	Anwendbarkeit des § 22 AGG auf Kündigungen	290
bb)	Art der Beweiserleichterung	292
cc)	Bezugspunkte der Beweiserleichterung	293
(1)	Nicht: Vorliegen einer Behinderung	293
(2)	Ungleichbehandlung gegenüber einer anderen Person	295
(3)	Kausalität: Anknüpfung an eine Behinderung	296
dd)	Geeignete Vermutungstatsachen	297
(1)	Vorliegen einer Behinderung	297
(2)	Weitere Vermutungstatsachen	300
(3)	Nichtdurchführung eines BEM	300
ee)	Zusammenfassung	303
e)	Rechtsfolgen	304
aa)	Unwirksamkeit der Kündigung bei mangelnder Rechtfertigung	304
bb)	Auflösung gegen Abfindung	304
cc)	Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG	305
dd)	Problem der Klagefrist	305
ee)	Verhältnis von Abfindung und Entschädigung	307
f)	Ergebnis	308
3.	Ordentliche Kündigung außerhalb des KSchG	310
a)	Prüfungsmaßstab	311
b)	Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal Behinderung	313
aa)	Behinderungsbedingte Kündigung im herkömmlichen Sinne	313
bb)	Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderung	314
c)	Rechtfertigung	315
aa)	Angemessene Vorkehrungen	315
bb)	Anforderungen des § 8 Abs. 1 AGG	317
d)	Darlegungs- und Beweislast	318
e)	Rechtsfolgen	321
4.	Ergebnis	323



---

D. Fazit ..... 325

Literaturverzeichnis ..... 327



## A. Einleitung

Die folgende Arbeit wird sich mit den verschiedenen Dimensionen des rechtlichen Begriffsverständnisses von Behinderung beschäftigen und untersuchen, inwieweit sich ein geändertes Rechtsverständnis von Behinderung bzw. behinderten Menschen, wie es seit dem 01. Januar 2018 im Zuge des Inkrafttretens des sogenannten Bundesteilhabegesetzes (BTHG) in Deutschland gilt, auf zwei entscheidende Rechtsfiguren im Arbeitsrecht auswirkt. Dabei stehen einerseits das sogenannte Fragerecht des Arbeitgebers und die Informationspflichten des Arbeitnehmers vor und nach Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses und andererseits die krankheitsbedingte Kündigung im und außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) im Fokus. Obwohl die Untersuchung der Bedeutung der rechtlichen Konzeption von Behinderung auf den Bereich des Arbeitsrechts begrenzt wird, ist die einzige Legaldefinition von Behinderung und Schwerbehinderung im Sozialgesetzbuch (SGB) IX zu finden, weswegen sich im ersten Teil der Arbeit ausführlich mit dieser Ausgangsdefinition beschäftigt werden muss. Des Weiteren wird sich der Auslegung des verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriffs angenähert sowie auch auf völker- und europarechtlicher Ebene nach einem aktuellen Begriffsverständnis gesucht. Von besonderem Einfluss ist dabei das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung der Vereinten Nationen, kurz Behindertenrechtskonvention (UN-BRK), dessen neuartiger Ansatz einer begrifflichen Konzeption von Behinderung und behinderten Menschen sowohl in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als Auslegungsgrundlage verwendet wird als auch im deutschen Recht in die Neufassung der Legaldefinition im SGB IX im Zuge der BTHG-Reform einfluss. Über beide Wege ist das Begriffsverständnis der UN-BRK auch für die Auslegung des in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) genannten Diskriminierungsmerkmals „Behinderung“ zu beachten und wirkt sich hierüber auf bestimmte arbeitsrechtliche Konstellationen aus, sodass in der Folge gewisse Grundsätze neu zu überdenken sind. Genau diesem Aspekt widmet sich der zweite Teil der Arbeit, indem er das Fragerecht und die krankheitsbedingte Kündigung unter dem Blickwinkel eines neuartigen Begriffsverständnisses von Behinderung und behinderten Arbeitnehmern betrachtet und zum Teil lang gehegte Paradigmen in Rechtsprechung und Literatur hinterfragt.

Im Fragerecht geht es dabei insbesondere um die Frage, inwiefern aus diskriminierungs-, aber auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive ein übergeordnetes Interesse des Arbeitgebers an der Information über eine in der Person des Bewerbers vorliegende Behinderung, Schwerbehinderung oder Krankheit gerechtfertigt sein und die Frage danach im Vorfeld der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses bzw. nach Vertragsschluss zulässig sein kann. Zentral ist hier die Erkenntnis, dass die Zulässigkeit der tätigkeitsneutralen Frage nach dem Schwerbehindertenstatus, wie sie in der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vor Einführung des SGB IX und des AGG bejaht wurde, nach der aktuellen Rechtslage nicht mehr haltbar ist und parallel dazu auch der Schwerbehindertenstatus an sich vor dem modernen Begriffsverständnis von Behinderung kritisch zu hinterfragen ist. Darüber hinaus widmet sich dieser Teil der Arbeit der schwierigen, aber wichtigen Abgrenzung des Krankheitsbegriffs zum Behinderungsbegriff und zeigt anschließend ebenso den rechtlichen Überschneidungsbereich dieser Dichotomie auf, denn besonders schwer wiegt der Umstand, dass nach dem aktuellen Verständnis besonders chronische Krankheiten behinderungsrelevant sein können. Während diese Erkenntnis im Sozialrecht selbstverständlich ist, ist sie aus arbeits- und diskriminierungsrechtlicher Sicht relativ neu. Welchen Einfluss dies konkret auf die widerstreitenden Interessen des Arbeitgebers an der Information und des Bewerbers auf Schutz der eigenen Sphäre haben könnte, wird in dieser Bearbeitung dargestellt.

Der letzte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den Auswirkungen des neuen Begriffsverständnisses von Behinderung auf die Rechtsfigur der sogenannten krankheitsbedingten Kündigung. Erneut kommt hier die Abgrenzung und Überschneidung von Krankheit und Behinderung zum Tragen, darüber hinaus wird auch der Begriff der Arbeitsunfähigkeit relevant. Weil die krankheitsbedingte Kündigung genau genommen eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderung darstellt und genau dies Aspekte sind, die den Menschen im sozialen Sinne in seiner beruflichen oder gesellschaftlichen Teilhabe stören und damit behindern können, wird hier die entscheidende These untersucht, ob es sich bei krankheitsbedingten Kündigungen nicht im Regelfall um behinderungsbedingte Kündigungen handelt. Wird diese These bejaht, stellt sich im Anschluss die Frage, ob die althergebrachten, vom BAG entwickelten rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine solche Kündigung nicht modifiziert oder ergänzt werden müssen und auf welche Weise dies geschehen soll.

## B. Die rechtliche Konzeption von Behinderung

### I. Einführung

Der erste Teil dieser Arbeit besteht darin, sich den definitorischen und konzeptionellen Grundlagen des Rechtsbegriffs von Behinderung zu nähern. Dabei wird schnell deutlich, dass der rechtliche Begriff der Behinderung eine große Komplexität aufweist, was u.a. daran zu erkennen ist, dass er in der deutschen und auch internationalen Rechtsentwicklung im Laufe der Zeit vielen Änderungen unterlag und eine lange Historie aufweist.<sup>1</sup> Daher wird zur Einführung zunächst ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Begriffs gewährt und sich anschließend der Art der Begriffsbildung und den Schwierigkeiten dabei gewidmet.

#### 1. Die historische Entwicklung im Überblick

Erst seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts wird der Begriff „Behinderung“ überhaupt auf Personen angewandt, zuvor diente er schlicht als Bezeichnung für das Erschweren oder Aufhalten des üblichen oder vorgesehenen Verlaufs von Bewegungen oder Prozessen der physischen Gegenstandswelt.<sup>2</sup> So existierte die Bezeichnung „behindert“ im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts weder in den Sozialversicherungsgesetzen zur Einführung der Unfallversicherung, Krankenversicherung und Rentenversicherung noch in den Versorgungs-, Fürsorge- und Beschäftigungsgesetzen für die aus dem ersten Weltkrieg zurückkehrenden Kriegsbeschädigten. Vielmehr wurden konkrete Beschreibungen der Beeinträchtigung wie „blind“, „taub“, „verkrüppelt“ oder allgemeine Bezeichnungen wie „siech“, „gebrechlich“, „beschädigt“ oder „versehrt“ verwendet.<sup>3</sup> Im Rentenrecht, wo die Ausübung einer Erwerbstätigkeit von Bedeutung war, wurden die betroffenen Menschen als „invalid“ oder „erwerbsunfähig“ bezeichnet.<sup>4</sup>

---

1 Vgl. zur historischen Begriffsentwicklung *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 55 ff.

2 *Buch*, Grundrecht der Behinderten, S. 28.

3 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 10; *ders.*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (479).

4 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (479).

Der Begriff „Behinderung“ ist in der heutigen Bedeutung im deutschen Sprachgebrauch erst nach dem ersten Weltkrieg durch den von Otto Perl im Jahr 1919 gegründeten „Selbsthilfebund der Körperbehinderten“ aufgekommen. Damit tritt die Bezeichnung „Behinderter“ zur Umschreibung körperlich beeinträchtigter Menschen erstmals neben der damals gängigen Bezeichnung „Krüppel“ im öffentlichen Leben in Erscheinung.<sup>5</sup> Doch als Rechtsbegriff existierte der Begriff zunächst noch nicht, in den Gesetzen war von „Schwerbeschädigten“, „Invalidenrenten“ und „Krüppelfürsorge“ die Rede.<sup>6</sup> Erst in den Gesetzen aus der Zeit des Nationalsozialismus wurde erstmals von Behinderung gesprochen und diente der Abgrenzung der Heil- und Verwertbaren von den „Krüppeln“, „Erbkranken“ und „Geisteskranken“, die zu Opfern der nationalsozialistischen menschenverachtenden Ideologie wurden.<sup>7</sup> Endgültig als Rechtsbegriff eingeführt wurde Behinderung nach dem zweiten Weltkrieg im Fürsorgerecht. So kam er zuerst im Körperbehindertengesetz von 1957<sup>8</sup>, später auch bezogen auf geistig und seelisch behinderte Menschen im Bundessozialhilfegesetz (BSHG) von 1961<sup>9</sup> vor.<sup>10</sup> War zuvor ausschließlich von Behinderten die Rede, so hat das BSHG wie auch das Gesetz über die Angleichung der Leistung zur Rehabilitation von 1974<sup>11</sup> den gemeinsamen Begriff der Behinderung als eigenständigen Rechtsbegriff verwendet.<sup>12</sup> Im gleichen Jahr wurde auch das Schwerbeschädigtengesetz<sup>13</sup> neu gefasst und im Zuge dessen umbenannt in Schwerbehindertengesetz (SchwbG).<sup>14</sup> Das SchwbG führte 1986 erstmals eine Legaldefinition von Behinderung ein.<sup>15</sup> Im Vordringen war seit dieser Zeit auch das sogenannte Finalitätsprinzip, welches das Kausalitätsprinzip ablöste und eine Zäsur darstellte: Nunmehr erfolgte die Beurteilung des Zustands einer

5 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 55 f.; *ders.*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (479 f.).

6 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480).

7 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480); ausführlicher *Buch*, Grundrecht der Behinderten, S. 29 f.

8 Gesetz über die Fürsorge für Körperbehinderte und von einer Körperbehinderung bedrohte Personen (Körperbehindertengesetz) vom 27. Februar 1957, BGBl. I 1957, S. 147 ff.

9 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) vom 30. Juni 1961, BGBl. I 1961, S. 815 ff.

10 *Buch*, Grundrecht der Behinderten, S. 30; *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480).

11 Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation vom 07. August 1974, BGBl. I 1974, S. 1881 ff.

12 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 57.

13 Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16. Juni 1953, BGBl. I 1953, S. 389 ff.

14 Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG); die Änderung wurde veröffentlicht in BGBl. I 1974, S. 981 ff.

15 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 7, 58.

Behinderung unabhängig von der Ursache ihrer Entstehung.<sup>16</sup> Erst 1994 wurde das Benachteiligungsverbot behinderter Menschen ins Grundgesetz (GG) aufgenommen in seiner bis heute unveränderten Fassung: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Mit Einführung des SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen im Jahr 2001 existierte für das gesamte Sozialrecht erstmals eine grundlegende Definition von Behinderung. Durch das Inkrafttreten des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG) im Jahr 2002 und des AGG im Jahr 2006 erlangte der Rechtsbegriff von Behinderung zunehmend an Relevanz.<sup>17</sup>

Das Verständnis von Behinderung wird seit dem zweiten Weltkrieg auch durch internationale Dokumente und Diskussionen stark geprägt und beeinflusst. So war 1955 die „Empfehlung betreffend die berufliche Eingliederung und Wiedereingliederung Behinderter“ der Internationalen Arbeitsorganisation“ (ILO) ergangen und auch die Vereinten Nationen (UN) und die Weltgesundheitsorganisation (WHO) beschäftigen sich seit den 1970er Jahren in intensiven rechtlichen und politischen Auseinandersetzungen, in Empfehlungen, Klassifikationen, Resolutionen und Konventionen mit Behinderung.<sup>18</sup> Dieser Prozess gipfelte in dem Erlass der „International Classification of Functioning, Disability and Health“ (ICF) durch die WHO im Jahre 2001 und der „Convention on the Rights of Persons with Disabilities“, im deutschen Sprachgebrauch Behindertenrechtskonvention der UN, also UN-BRK genannt, im Jahre 2006, welche in der BRD seit 2009 gilt.

## 2. Teleologische Begriffsbildung

Auch auf nationaler Ebene ist der Rechtsbegriff, besonders die kodifizierte Definition in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, ein politisch viel „umkämpftes“ Gebiet, welches von verschiedenen Interessengruppen genau verfolgt wird, weil bereits kleinere Änderungen im Gesetzestext elementare Auswirkungen haben können.<sup>19</sup> So wird der Rechtsbegriff der Behinderung nach seinem Zweck gebildet, Tatbestandsvoraussetzung für Rechte und Ansprüche zu sein. Es handelt sich damit aus rechtswissenschaftlicher Sicht um eine teleologische Begriffsbildung.<sup>20</sup> Auch aus der Perspektive des Antidiskriminierungsrechts kommt dem Begriff die Bedeutung einer

---

16 *Leder*, Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, S. 41.

17 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480).

18 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480).

19 *Luthe*, in: *Luthe*, Rehabilitationsrecht, S. 130 f.

20 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (480).

Gruppenbildung durch eine segregierende Merkmalszuschreibung zu, um das Rechtssubjekt, welches von einem Benachteiligungsverbot geschützt werden soll, identifizierbar zu machen. *Radbruch* schreibt dazu: „Gerechtigkeit gebietet zwar, die Gleichen gleich, die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln, lässt aber die Frage offen, wer als gleich oder verschieden anzusehen und wie sie zu behandeln seien. (...) Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.“<sup>21</sup> Das dahinter liegende langfristige Ziel der Begriffsbestimmung von Behinderung ist ferner abhängig von den unterschiedlichen Interessen und dem Grad der Einflussnahme der beteiligten Parteien. So stellt ein Behindertenverband bereits der Natur der Sache nach andere Anforderungen an einen gerechten und modernen Behinderungsbegriff als ein Arbeitgeber- oder Wirtschaftsverband oder ein Finanzminister, der die haushaltspolitischen Ausgaben im Blick behalten muss. Die Diskussion um den Behinderungsbegriff ist zudem stellvertretend für alle Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Rehabilitation, Gleichstellung, Selbstbestimmung und Teilhabe behinderter Menschen stellen und bildet die wesentlichen Punkte bereits ab.<sup>22</sup>

### 3. Typus oder Rechtsbegriff

Eine wertende Grundsatzentscheidung beim rechtlichen Umgang mit dem Lebenssachverhalt Behinderung betrifft die Frage, ob eine Legaldefinition gewählt wird oder ob Behinderung als Typus beschrieben wird.<sup>23</sup> *Larenz* schreibt in seiner Methodenlehre dazu: „Ein Begriff ist durch seine Definition in der Weise festgelegt, dass er auf einen konkreten Vorgang oder Sachverhalt ‚nur dann und immer dann‘ anzuwenden ist, wenn in ihm sämtliche Merkmale der Definition anzutreffen sind. Für den Typus gilt dieser Satz nicht. Die in der Beschreibung des Typus angegebenen Merkmale oder doch einige von ihnen brauchen nicht sämtlich vorzuliegen; sie können insbesondere in unterschiedlichem Maße – ‚mehr‘ oder ‚weniger‘ gegeben sein.“<sup>24</sup> Wenn der Gesetzgeber sich zur Kennzeichnung eines Lebenssachverhalts gegen die Beschreibung eines Typus und für eine Begriffsbildung entscheide, sei seine Prämisse dabei, den Sachverhalt möglichst präzise und abschließend festzulegen, sodass sein Vorliegen im Einzelfall im Wege der Subsumtion festgestellt

21 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 54.

22 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 114.

23 Vgl. *Mrozynski/Jabben*, § 2 Rn. 33, die diese Frage aufwerfen.

24 *Larenz*, Methodenlehre, S. 221.



werden könne. Die Subsumtion unter den Begriff sei dabei „im Idealfall“ ein wertungsfreier Denkvorgang, während die Zuordnung zum Typus ein Vorgang wertorientierten Denkens sei. Dadurch werde der Rechtsanwender bei Anwendung eines Begriffs von der Mühe wertender Abwägung entlastet und stets ein gleichförmiges Ergebnis erzielt.<sup>25</sup> Jedoch und dies ist entscheidend, sei es nach *Larenz* dennoch eine Fiktion zu glauben, die Anwendung solcher Normen, deren Tatbestand begrifflich ausgeformt ist, erschöpfe sich in dem logischen Vorgang der Subsumtion. Im Vorfeld dieses methodischen Vorgehens finde immer eine Beurteilung statt, die mitnichten stets wertungsfrei sei.<sup>26</sup>

*Mrozynski/Jabben* sind der Ansicht, dass Behinderung nach dieser Einordnung kein abstrakt allgemeiner Begriff sei, sondern eine Reihe von Elementen aufweise, von denen nicht immer alle zum Tragen kämen. Welche Merkmale in welcher Situation gegeben sein müssten, hänge von dem Kontext und Sachbereich des Begriffsverständnisses ab. Die Autoren meinen damit das gegliederte Sozialrechtssystem und beziehen sich auf die verschiedenen Ansätze von Behinderung in den einzelnen Sozialgesetzbüchern. Im Ergebnis sprechen sie sich gegen eine gesetzliche Definition aus und für eine Typusbestimmung.<sup>27</sup> Auf Grund eines Bedürfnisses nach größeren Spielräumen wurde auch im Bereich des Antidiskriminierungsrechts in der UN-BRK auf eine explizit als Definition bezeichnete Passage im für Begriffsbestimmungen vorgesehenen Art. 2 verzichtet und stattdessen in der Präambel in lit. e) festgehalten, dass sich das Verständnis von Behinderung ständig weiterentwickle. Aus praktischen Erwägungen wurde jedoch der persönliche Anwendungsbereich der UN-BRK definiert. Dies sollte nach einem langen Diskussionsprozess als Kompromiss letztendlich Bedenken entgegenwirken, durch Schaffung zu enger Strukturen einen Teil der betroffenen Menschen auszuschließen und gleichzeitig aufzeigen, dass das Verständnis von Behinderung aus menschenrechtlicher Perspektive anpassungsfähig und wandelbar sein muss, um allen Facetten gerecht zu werden.<sup>28</sup> Ein Teil der Staaten, auch die EU-Staaten, bezweifelten lange, dass überhaupt eine Definition erforderlich sei.<sup>29</sup> So haben sich die Vertragsstaaten im Ergebnis nach der Kategorisierung von *Larenz* für eine größere Variationsbreite und Offenheit sowie ein durchlässigeres und nicht abschließendes Verfahren, also eher für einen Typus, entschieden.<sup>30</sup>

---

25 *Larenz*, Methodenlehre, S. 222.

26 *Larenz*, Methodenlehre, S. 215.

27 *Mrozynski/Jabben*, § 2 Rn. 33 f.

28 *Degener*, VN 2010, 57 (57 f.); *von Bernstorff*, ZaöRV 2007, 1041 (1047); *Banafsche*, SGB 2012, 373 (374); *Lachwitz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Präambel Rn. 9.

29 *Von Bernstorff*, ZaöRV 2007, 1041 (1047).

30 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 223.

Im deutschen Recht hingegen hat sich der Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX längst für eine Legaldefinition mit determinierten Tatbestandsmerkmalen entschieden, auf welche er auch in der Gesetzesbegründung zum Behinderungsbegriff nach § 1 AGG verweist. Habe sich der Gesetzgeber für eine begriffliche Festlegung entschieden, so *Larenz*, dürfe sich der Rechtsanwender nicht mehr darüber hinwegsetzen und es bliebe ihm im Wesentlichen nur noch die Möglichkeit der teleologischen Interpretation, jedoch ausschließlich in den Grenzen des Wortlauts und des Bedeutungszusammenhangs der Norm, der Analogie oder der teleologischen Reduktion.<sup>31</sup> Der Nachteil begrifflicher Festlegung bestünde ferner darin, dass die von den begrifflichen Tatbestandsmerkmalen erfassten Fälle nicht zwangsläufig konform mit der *ratio legis* der entsprechenden Regelung seien.<sup>32</sup>

#### 4. Schwierigkeiten bei der Bildung eines Rechtsbegriffs „Behinderung“

In der Tat handelt es sich bei dem Rechtsbegriff von Behinderung um ein sehr komplexes und abstraktes Gebilde, bei dem sowohl sprachlich als auch inhaltlich sehr durchdacht vorgegangen werden sollte. Die Schwierigkeit einer einheitlichen Begriffsbestimmung liegt zum einen in der schier unendlichen Vielfalt der Beeinträchtigungen, welche sich körperlich, aber auch seelisch und geistig auswirken können. *Leder* führt dazu aus, dass Behinderung kein amorpher Zustand, sondern ein Spektrum sei.<sup>33</sup> Die Herausforderung der begrifflichen Erfassung besteht sowohl im Sozial- als auch im Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht darin, Menschen, die sich stark voneinander unterscheiden, unter eine einheitliche Definition zusammenzufassen<sup>34</sup>, um dem spezifischen Zweck zu dienen. Denn tatsächliche Homogenität ist eine Fiktion und rechtliche Gleichheit, so stellt *Radbruch* richtig fest, wohne Menschen gar nicht inne, sondern werde ihnen erst von der Rechtsordnung beigelegt, was zu einer gewissen Künstlichkeit des Rechtssubjekts gegenüber dem realen Vollsubjekt führe.<sup>35</sup>

Zum anderen handle es sich laut *Degener* bei Behinderung um ein „Kontinuum“, dessen Demarkationspunkte nur schwer zu setzen seien<sup>36</sup>, an anderer Stelle spricht sie von Behinderung als einer „asymmetrischen Kategorie sui generis“.<sup>37</sup>

31 *Larenz*, Methodenlehre, S. 223.

32 *Larenz*, Methodenlehre, S. 222.

33 *Leder*, Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, S. 97.

34 So auch *Leder*, Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, S. 97.

35 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 125.

36 *Degener*, ZaöRV 2005, 889 (907).

37 *Degener*, ZaöRV 2005, 889 (910).

Die Zugehörigkeit zu dieser Kategorie kann dynamisch sein und ist nicht zwangsläufig ein Leben lang determiniert<sup>38</sup> und dennoch besteht oft das rechtstechnische Erfordernis, Behinderung als feststehende Eigenschaft zu begreifen, welche der betreffenden Person immanent ist. Für eine Herausforderung bei der Rechtsanwendung spricht weiter, dass es sich bei der gewählten sozialrechtlichen Legaldefinition im SGB IX nach *Welti* um einen zusammengesetzten Rechtsbegriff handele, bei dem sowohl empirisch bzw. deskriptiv unbestimmte Merkmale als auch normativ ausfüllungsbedürftige Merkmale eine Rolle spielten; alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale jedenfalls wertende Elemente beinhalteten.<sup>39</sup> Insofern würde eine Typenbeschreibung dem Wesen von Behinderung vielleicht doch gerechter werden. Dennoch ist eine rechtliche Definition unablässige Voraussetzung für eine sichere und einheitliche Rechtsanwendung und besonders im Sozial- und Rehabilitationsrecht unverzichtbar. Im Antidiskriminierungsrecht ist das Bedürfnis eines offeneren Verständnisses von Behinderung nachvollziehbar, doch sollen Diskriminierungsverbote statt bloßer „Appellfunktion“ oder „Signalwirkung“<sup>40</sup> tatsächlich ein subjektives Recht vermitteln, so ist auch in diesem Bereich ein eindeutig bestimmbarer Behinderungsbegriff unumgänglich.<sup>41</sup>

Die rechtliche Begriffsbildung kann die gesetzlichen Ziele, Zwecke und Ansprüche letztendlich verbindlich bestimmen und schafft soziale Wirklichkeiten. Dennoch liegt dem Begriff auch und zuerst der allgemeine Sprachgebrauch zu Grunde, denn Behörden und Gerichte sind nicht unabhängig von den gesellschaftlich verwurzelten Vorstellungen über Behinderung. Dies birgt die Gefahr, dass unbewusst und unreflektiert an stigmatisierenden und stereotypen Assoziationen festgehalten wird.<sup>42</sup> Deswegen muss sich der Rechtsbegriff einerseits rechtssicher und einheitlich anwenden lassen und andererseits zukunftsweisend ein gesamtgesellschaftliches Ziel vorgeben, an dem sich alle Maßnahmen messen lassen müssen. Die rechtliche Begriffsbildung legt den Grundstein für einen bestimmten Umgang mit Behinderung im Rechtsstaat und in der Gesellschaft und kann durchaus als Spiegel dafür verstanden werden, wie offen eine Gesellschaft mit dem begrifflich beschriebenen Phänomen umgeht. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a) und b) UN-BRK haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, sofortige, wirksame und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um in der gesamten Gesellschaft das Bewusstsein für behinderte Men-

---

38 *Leder*, Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, S. 97.

39 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation, S. 114.

40 Vgl. die Darstellung in: *Buch*, Grundrecht der Behinderten, S. 27, zu diesen im Gesetzgebungsverfahren zu Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG häufig verwendeten Begriffen, die zum Teil dazu führten, dass dem Grundrecht in frühen Kommentierungen jegliche rechtliche Bedeutung abgesprochen wurde.

41 Vgl. auch *Leder*, Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, S. 99.

42 *Welti*, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (481).

schen zu schärfen und die Achtung ihrer Rechte und ihrer Würde zu fördern sowie Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken zu bekämpfen. Dies beginnt zualererst bei der Konzeption des Rechtsbegriffs von Behinderung.

Eine weitere Besonderheit ist die Tatsache, dass neben Juristen auch Experten anderer wissenschaftlicher Professionen zur Anwendung des Rechts herangezogen werden müssen. So beeinflussen in interdisziplinärem Zusammenspiel in erster Linie die Sozialmedizin, aber auch Psychologie, Rehabilitationswissenschaften und Pädagogik die Anwendung und Konkretisierung rechtlicher Prozesse. Dennoch bleiben Behinderung und damit im Zusammenhang stehende Begriffe wie Teilhabe oder Leistung zur medizinischen Rehabilitation spezifische Rechtsbegriffe, deren Auslegung eine originär rechtliche Aufgabe ist. Diese stützt sich nur auf Tatsachen, die mit Hilfe der anderen Disziplinen durch Begutachtungen zusammengetragen wurden und subsumiert diese Umstände unter den Tatbestand der jeweiligen Rechtsvorschriften. Die Anwendung des Rechtsbegriffs geht folglich über die bloße Rezeption eines sozialmedizinischen Verständnisses von Behinderung hinaus und beinhaltet eigene Wertungen.<sup>43</sup>

## 5. Ausblick

Das Ziel der nachstehenden Ausführungen und Überlegungen ist es, die bestehenden und zum Teil kontroversen Begriffsansätze der verschiedenen Rechtsquellen und ihre Auslegungen vorzustellen und zu hinterfragen. Auch die bereits erfolgte Novelle zum BGG und die im Jahr 2018 in Kraft getretene Gesetzesnovelle zum neuen BTHG sind Thema der kritischen Auseinandersetzung. Dabei ist die Begriffsbestimmung zunächst auf nationaler Ebene, auch mit Blick auf das Verfassungsrecht, und in einem weiteren Schritte insbesondere im Lichte des europäischen Rechts und des völkerrechtlichen Vertrags der Behindertenrechtskonvention der UN vorzunehmen.

Methodisch werden dazu die einzelnen Begriffe in ihren gängigen Auslegungen vorgestellt sowie mögliche Schwachpunkte des jeweiligen Begriffsverständnisses aufgezeigt. Der verfassungs-, völker- und europarechtliche Behinderungsbegriff wird darüber hinaus jeweils auf seine konkrete Bedeutung für die einfachgesetzliche bzw. nationale Definition hin untersucht. Die Darstellung verfolgt die entscheidende Frage, welche Konzeption von Behinderung am besten zu einem tragfähigen und entwicklungsoffenen, aber auch praktikablen und rechtssicheren

---

43 Welti, DVfR (Hrsg.), Sammelband 2014, 479 (481 f.).

---

Begriffsverständnis beiträgt. Im letzten Teil der Arbeit wird thematisiert, wie sich ein gewandelter Rechtsbegriff von Behinderung im deutschen Arbeitsrecht auswirkt, wo er Anknüpfungspunkt verschiedener Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis ist.

Im Spannungsfeld zwischen menschlichen Lebensrealitäten einerseits und der Notwendigkeit andererseits, aus Gründen der Rechtssicherheit verschiedene Lebenssachverhalte einheitlich unter einen Rechtsbegriff subsumieren zu können, stellt die rechtliche Begriffsbildung von Behinderung eine komplexe Herausforderung dar. Denn tatsächliche Homogenität der Menschen ist eine Fiktion. Die Gerechtigkeitsgebiete zwar, so führt *Radbruch* in seinem Werk „Rechtsphilosophie“ aus, die Gleichen gleich, die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln, lasse aber die Frage offen, wer als gleich oder verschieden anzusehen sei. Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, müsse deshalb ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.

Der Rechtsbegriff der „Behinderung“ oder des „behinderten Menschen“ wird primär zu dem Zweck gebildet, Tatbestandsvoraussetzung für Rechte und Pflichten zu sein. Zugleich prägt die rechtliche Konzeption eines Zustandes das Denken und den Umgang einer Gesellschaft mit dem beschriebenen Phänomen. Nicht zuletzt deswegen gehörte die begriff-

liche Beschreibung von Behinderung bei den Verhandlungen der Behindertenrechtskonvention der UN, aber auch bei den Vorarbeiten zum neuen Bundesteilhabegesetz jeweils zu den umstrittensten Kapiteln. Die Autorin setzt sich kritisch mit dem Begriffsverständnis in der UN-BRK, im Europarecht, im Grundgesetz und im deutschen Sozial- und Antidiskriminierungsrecht auseinander und zeichnet die Entwicklung zu einem neuen Behinderungsbegriff nach.

Vor dem Hintergrund dieses gewandelten Behinderungsbegriffs ergeben sich rechtliche Implikationen für das Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Behinderung oder Krankheit vor und im Arbeitsverhältnis sowie für die sogenannte krankheitsbedingte Kündigung. Die Autorin wirft die Frage auf, ob die althergebrachten, von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit und Rechtfertigung der Frage nach einer Behinderung des Bewerbers oder der krankheitsbedingten Kündigung eines Beschäftigten in vielen Fällen nicht modifiziert werden müssen und stellt dar, wie dies geschehen kann.

