

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	7
Kapitel 1: Bedeutung des Konzepts der positiven Maßnahmen	31
A. Einführung und Gang der Untersuchung	31
B. Gleichheit als Menschenrecht, unions- und innerstaatliches Grundrecht sowie Wert zur Verwirklichung von Gerechtigkeit	37
C. Gleichheit: Begriff und Inhalt	42
I. Formale Gleichheit/Rechtsgleichheit	42
1. Gerechtigkeit als verhältnismäßige Gleichheit	45
2. Verhältnismäßige Gleichheit in der Rechtsprechung des BVerfG	47
3. Schließung der »Wertungsoffenheit« des Gleichheitssatzes durch Anknüpfungs- und Benachteiligungsverbote	49
4. Absolute oder relative Anknüpfungs- und Benachteiligungsverbote? Insbesondere: Unterscheidungsgebote zur Berücksichtigung von Differenz?	51
a) Geschlecht in Art. 3 Abs. 2 GG als relatives Benachteiligungsverbot	52
aa) Auslegungsentwicklung von Art. 3 Abs. 2 a.F. GG	54
bb) Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	55
cc) Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot; Überlegungen zu einem post-kategorialem Gleichbehandlungsrecht	57
dd) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen zu Geschlecht	59
b) Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	61
aa) Relatives Anknüpfungs- und Benachteiligungsverbot	62
bb) Weiter Nachteilsbegriff des BVerfG	63
cc) Fazit zu Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	65
c) Alter in Art. 3 Abs. 1 GG	65
d) Fazit: Relative Anknüpfungs- und Benachteiligungsverbote	68

II. Die (rechtliche) Anerkennung materieller Gleichheit und deren Förderung durch das Konzept der positiven Maßnahmen	70
1. Folgefrage: Führt formale Gleichbehandlung zu materieller Gleichheit?	70
a) Empirie zum Arbeitsmarkt: Bestehender Handlungsbedarf	71
b) (Komplettierte) Rechtslage: Zulässigkeit »Positiver Maßnahmen«	76
2. Empirisches und normatives Fazit: Formale Gleichbehandlung hat (noch) nicht zu materieller Gleichheit geführt	79
3. Handlungsbedarf aufgrund tatsächlich bestehender Ungleichheiten? Ursachen und Gründe für Diskriminierungen	80
a) Psychologische Erklärungsansätze: Stereotype und Vorurteile	81
b) Verknüpfung mit machttheoretischen Erklärungsansätzen (Anti-Bias)	82
c) Wirtschaftswissenschaftliche Erklärungsansätze	85
aa) Rationale Diskriminierung	85
bb) Humankapitaltheorie und Lohnungleichheitstheorien	86
cc) Suchtheorie und statistische Diskriminierung	87
dd) Effizienzlohnmodelle, insb. Senioritätsentlohnung	88
ee) Insider-Outsider-Ansätze	88
ff) Segmentationsansätze	89
d) Zwischenergebnis und Folgefrage: Konflikt zwischen Gleichbehandlung und Effizienz? Kontextualisierung der RRL 2000/78/EG	90
aa) Menschenrechtliche Kontextualisierung	91
bb) Beschäftigungspolitische Kontextualisierung	92
cc) EBS und Beschäftigungspolitische Leitlinien	94
dd) Aktuelle Strategien: Von Lissabon (2000) zu Europa 2020 (2010)	94
ee) Ergebnis und Schlussfolgerungen	97
4. Ziele materieller Gleichheit zur Verwirklichung von Gerechtigkeit: Gleichberechtigung bzw. volle Gleichstellung in Bezug worauf?	98
a) Verteilungsgerechtigkeit (re-distributive justice)?	99

aa)	Eine gerechte Gesellschaft durch faire Chancengleichheit ( <i>Rawls</i> )?	99
bb)	Schlussfolgerungen: Mehr als formale Chancengleichheit	100
cc)	Eine gerechte Gesellschaft durch Ressourcengleichheit ( <i>Dworkin</i> )?	101
dd)	Schlussfolgerung: <i>Materielle</i> statt <i>formale</i> Chancengleichheit	102
b)	Partizipation, Teilhabe, Inklusion und Berücksichtigung von Differenz?	103
c)	Anerkennung (recognition)?	105
III.	Schlussfolgerungen und Arbeitsdefinition	
	»Positiver Maßnahmen«	107
D.	Rechtsvergleichende Überlegungen	108
I.	»Affirmative Action« in den USA	109
1.	Rechtsprechung des US Supreme Courts zu »Rasse«	114
a)	Freiwillige »Affirmative Action«-Programme der Universitäten	115
b)	Prüfungsmaßstab für race-conscious »Affirmative Action«	116
c)	Fazit zur race-conscious Rechtsprechung	119
2.	Freiwillige und gerichtlich angeordnete »Affirmative Action«-Programme	120
a)	Geschlecht	122
b)	Alter	124
c)	Behinderung	125
II.	Italien: Bedeutung und Gewährleistungsinhalt von Art. 3 Verf.	128
1.	Art. 3 Abs. 1 Verf. Italiens: Grundsatz formaler Gleichheit	130
2.	Art. 3 Abs. 2 Verf. Italiens: Grundsatz materieller Gleichheit	135
a)	»Klassenbezogene« bzw. vertikale Konzeption des Art. 3 Abs. 2	136
b)	Fazit	138
c)	Gewährleistungsinhalt des Art. 3 Abs. 2 Verf. Italiens im Einzelnen	138
aa)	Grundrechtsverwirklichungsklausel	138
bb)	»Emanzipation« statt Schutz bzw. soziale Absicherung	140
3.	Ergebnis	141

Kapitel 2: Entfaltung des Konzepts der positiven Maßnahmen	143
A. Rückblick: Die Rechtsprechung des EuGH zu Geschlecht	144
I. Das Verfahren der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV	144
II. Die unionsrechtliche Ausgangslage:	
1. Genderrichtlinie 76/207/EWG	145
III. Die Entscheidungen zu den Frauenquoten	146
1. Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93	146
a) Die Vorabentscheidungsersuchen deutscher Gerichte an den EuGH	148
aa) Beginn der Diskussion um Frauenförderung in den 1980er Jahren	148
bb) Die gespaltene Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Quotenregelungen	150
cc) Schlussfolgerungen und Fazit	151
b) Reaktionen auf das <i>Kalanke</i> -Urteil des EuGH	152
2. Marschall gegen Land NRW, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95	154
a) Entscheidung des EuGH	155
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH im Urteil <i>Marschall</i>	157
3. Badeck (Normenkontrollverfahren), Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97	158
a) Entscheidung des EuGH	158
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH im Urteil Badeck	162
c) Verhältnis von Art. 141 Abs. 4 EGV a.F. zu Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG	164
aa) Schlussanträge des Generalanwalts <i>Saggio</i>	164
bb) Schlussfolgerungen und Fazit	166
4. Abrahamsson und Anderson gegen Fogelqvist, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/98	167
a) Vorlagefragen und Entscheidung des EuGH	168
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH in <i>Abrahamsson</i>	170
5. Briheche gegen Ministre de l'Intérieur, Urt. v. 30.9.2004, Rs. 319/03	173
a) Schlussanträge des Generalanwalts Poireres Maduro vom 29.6.2004	175
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH im Urteil <i>Briheche</i>	176

IV. Die Entscheidungen zu Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf	178
1. Hofmann gegen Barmer Ersatzkasse, Urt. v. 12. 7. 1984, Rs. 184/83	178
a) Reichweite der Ausnahmegesetze in Art. 2 RL 76/207/EWG: Verschränkung von Schutzvorschriften und »Positiven Maßnahmen«	179
b) Fazit und Schlussfolgerungen	180
2. Kommission gegen Frankreich, Urt. v. 25.10.1988, Rs. 312/86	181
a) Schlussanträge des Generalanwalts Sir Gordon Slynn vom 21.09.1988	183
b) Schlussfolgerungen	184
3. Lommers gegen Minister von Landbouw, Urt. v. 19.3.2002, Rs. 476/99	185
a) Entscheidung des EuGH	186
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH in <i>Lommers</i>	188
4. Álvarez gegen Sesa Start Espana (ETT SA), Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09	191
a) Entscheidung des EuGH und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott	192
b) Das Gleichheitsverständnis des EuGH in <i>Álvarez</i>	194
V. Zusammenfassung und Folgeüberlegungen	194
1. Erster Effekt des Konzepts positiver Maßnahmen: Rechtferkung einer ungleichen Behandlung wegen des Geschlechts	195
2. »Positive Maßnahmen« zur Förderung der Chancengleichheit	195
3. EuGH: Von der engen Auslegung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	197
a) Legitimes Ziel: Förderung der Chancengleichheit	198
b) Geeignetheit	200
c) Erforderlichkeit	202
d) Angemessenheit	204
aa) Zweistufiges Prüfungsschema von <i>Kalanke</i> bis <i>Abrahamsson</i>	205
bb) Maßnahmen außerhalb des Zugangs zu Beschäftigung	206
B. Erste Typologieversuche zum Konzept der positiven Maßnahmen	207
I. Unterscheidung nach Eingriffsintensität und Zielrichtung	208
1. Weiche und harte »Positive Maßnahmen«	208
2. Schwache und starke »Positive Maßnahmen«	210

3.	Schlussfolgerungen	210
II.	Typologie nach <i>McCrudden</i> (1986)	211
1.	<i>Eradicating discrimination</i> : Diskriminierung an der Wurzel beseitigen	211
2.	<i>Facially neutral but purposefully inclusionary policies</i> : Augenscheinlich neutrale, aber auf Inklusion zielende Maßnahmen	212
3.	<i>Outreach</i> : Sensibilisierungs-, Unterstützungs- und Fortbildungsmaßnahmen	213
4.	<i>Preferential treatment</i> oder »umgekehrte Diskriminierung«	214
5.	<i>Redefining merit</i> : Geschützte Dimension als Teil beruflicher Anforderung	217
6.	Fazit und Schlussfolgerungen	217
III.	Dreiteilung »Positiver Maßnahmen« bei GA <i>Tesauro</i> zu <i>Kalanke</i>	218
IV.	Ablehnung jeglicher »gruppistischer« Typologie	219
C.	Rechtsentwicklungen seit den EuGH-Urteilen: »Positive Maßnahmen« im Regelungskontext zwischen Völker-, Unions- und Verfassungsrecht	222
I.	Völkerrecht	223
1.	Das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK	223
a)	Asymmetrisches Verständnis des EGMR von Art. 14 EMRK?	225
aa)	Ausgangspunkt: Entscheidung der EKMR in der Rs. <i>Lindsay</i> (1986)	225
bb)	Rechtsprechung des EGMR zu Geschlecht	226
cc)	Zwischenfazit	229
dd)	Hinzuziehung weiterer Urteile des EGMR	230
ee)	Ergebnis	233
b)	Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nach Art. 14 EMRK	234
c)	Verpflichtungen aus der EMRK	235
2.	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	236
a)	Inhaltsüberblick: Asymmetrisches Benachteiligungsverbot in CEDAW	236
b)	Zulässigkeit »zeitweiliger Sondermaßnahmen«, Art. 4 Abs. 1 CEDAW	238
aa)	Pflichtendimension »zeitweiliger Sondermaßnahmen«?	241
bb)	Fazit zu Art. 4 Abs. 1 CEDAW	242

cc)	Einklagbare Schutzpflichten als Teil oder in Abgrenzung zu »zeitweiligen Sondermaßnahmen«?	243
c)	Ergebnis	247
II.	Unionsrecht	247
1.	Art. 20 und Art. 21 ChGR: Gleichheit und Nichtdiskriminierung	247
2.	Art. 23 ChGR: Gleichheit von Männern und Frauen	250
a)	Sicherstellung der Gleichheit durch die Mitgliedstaaten in Abs. 1	250
b)	Das Konzept der positiven Maßnahmen in Abs. 2	251
c)	Verhältnis von Art. 23 Abs. 1 zu Abs. 2 ChGR	252
d)	»Positive Maßnahmen« als Teil der Sicherstellungspflicht?	254
D.	Verknüpfung des Konzepts der positiven Maßnahmen in Art. 157 Abs. 4 AEUV mit den Auslegungsergebnissen und Zielen materieller Gleichheit	257
I.	Erstes Ziel: Ausgleich von Benachteiligungen	257
1.	Ver- und Umverteilung i.S. austeilender Gerechtigkeit	257
a)	Verteilungsgerechtigkeit als erstes Ziel »Positiver Maßnahmen«	260
b)	»Positive Ausgleichsmaßnahmen« jenseits der Regel-Ausnahme-Konstellation?	260
c)	Ziel der Teilhabe und Inklusion	261
d)	»Positive Maßnahmen« zur Förderung von Teilhabe und Inklusion?	263
2.	Ergebnis zur entwicklungsoffenen Auslegung »Positiver Ausgleichsmaßnahmen«	264
3.	Repräsentanz i.S. von Stellvertretung als legitimes Ziel »Positiver Maßnahmen«?	265
4.	Diversity: (Weiteres) Ziel »Positiver Maßnahmen« oder Alternativkonzept?	268
5.	Rechtsfolge	272
II.	Zweites Ziel: Erleichterung der Berufstätigkeit	272
1.	Die EU-Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf	273
a)	RL 2010/18/EU als Konkretisierung von Art. 33 Abs. 2 ChGR	275
b)	Grundsätzliche Unzulässigkeit unmittelbar geschlechtsbezogener »Positiver Maßnahmen« zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf	278

c)	Zulässigkeit geschlechtsneutraler, die Berufstätigkeit von Frauen mittelbar erleichternder »Positiver Maßnahmen«	279
2.	»Positive Maßnahmen« zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf bei Ressourcenknappheit und besonderen Sachzwängen	280
3.	Rechtsfolge bei Verletzung einer »Positiven Maßnahme« zur Erleichterung der Berufstätigkeit nach Art. 157 Abs. 4 AEUV	281
III.	Drittes Ziel: Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen	283
1.	»Positive Maßnahmen« als Teil des Sicherstellungsauftrages (Art. 23 ChGR)	283
2.	Die Berücksichtigung von Anerkennung im Gleichbehandlungsrecht	284
3.	Ziel der Anerkennung über »Positive Maßnahmen« zu fassen?	285
4.	Repräsentanz als legitimes Ziel zur Verhinderung von Benachteiligungen	286
IV.	Zusammenfassung	287

Kapitel 3: Typologie zur Dimension Geschlecht:

	Von der Frauenquote zur Vielfalt »Positiver Maßnahmen«	289
A.	Grundsätze einer geschlechts- und genderbezogenen Typologie	289
I.	Legitime Ziele des Konzepts der positiven Maßnahmen	290
II.	Geeignetheit der Mittel (Abstrakt) – Typologie im engeren Sinn	290
1.	Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit für das unterrepräsentierte Geschlecht (Gruppe I)	292
a)	1. Typ: Zielgruppenübergreifende, mittelbare Vereinbarkeitsmaßnahmen	292
b)	2. Typ: Zielgruppenspezifische, unmittelbare Vereinbarkeitsmaßnahmen	293
2.	Verhinderung von geschlechts- und genderbezogenen Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn (Gruppe II)	294
a)	1. Typ: Maßnahmen zur Bewusstseinsbildung	294
b)	2. Typ: Zielgruppenspezifische, unmittelbare Verhinderungsmaßnahmen	295
3.	Ausgleich bestehender Nachteile in der beruflichen Laufbahn (Gruppe III)	295



III. Erforderlichkeit	295
1. Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit (Gruppe I)	296
2. Verhinderung und Ausgleich von geschlechts- und genderbezogenen Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn (Gruppe II und III)	296
IV. Angemessenheit	298
1. Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit für das unterrepräsentierte Geschlecht (Gruppe I)	298
a) 1. Typ: Zielgruppenübergreifende, mittelbare Vereinbarkeitsmaßnahmen	298
b) 2. Typ: Zielgruppenspezifische, unmittelbare Vereinbarkeitsmaßnahmen	299
2. Zielgruppenübergreifende Verhinderungsmaßnahmen (Gruppe II, 2. Typ)	299
3. Ausgleich von bestehenden Benachteiligungen (Gruppe III)	300
B. Umsetzung des Konzepts der positiven Maßnahmen im deutschen Recht	300
I. Gesetzliche Vorgaben für öffentliche Arbeitgeber: BGlG und LGG Länder	300
1. Maßnahmen zur Förderung der Geschlechtergleichberechtigung	302
a) Grundsatz geschlechtsneutraler Arbeitsplatzausschreibungen	302
aa) 1. Ausnahme: Geschlecht als Eignungsvoraussetzung bzw. als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	303
bb) 2. Ausnahme: Besondere Aufforderung an Frauen, sich zu bewerben	304
b) Interne und ggf. externe Ausschreibungspflicht des Arbeitgebers	306
c) Pflicht zur Ausschreibung von Arbeitsplätzen in Teilzeit	309
d) Nach Geschlecht zu führende Bewerbungs- und Einstellungsstatistiken	310
e) Einladungspflicht zum Vorstellungsgespräch	311
f) Fragerechte und Auswahlverfahren	314
g) Paritätische Besetzung von Auswahlkommissionen	315
h) Entscheidungsquoten bei Einstellung und beruflichem Aufstieg	316
i) Zugang und Vergabe von Ausbildungsplätzen	317

j)	Ermittlung der Qualifikation	318
aa)	Bedeutung des Leistungsprinzips in Art. 33 Abs. 2 GG	319
bb)	Konkretisierung des Leistungsprinzips	321
cc)	Berücksichtigung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben	323
dd)	Insbesondere: Effektivierungszusammenhang zu Entscheidungsquoten	325
k)	Unterstützung der Fortbildung von Frauen	327
l)	Fortbildungsmaßnahmen für (Teilzeit)Beschäftigte mit Familienpflichten	328
aa)	Durchführung und Inhalt von Fortbildungsveranstaltungen	330
bb)	Zuordnung zum Konzept der positiven Maßnahmen?	331
2.	Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf	331
a)	Familiengerechte Arbeitszeiten und Rahmenbedingungen	332
b)	Teilzeitbeschäftigung, Telearbeit und familienbedingte Beurlaubung	335
c)	Wechsel zur Vollzeitbeschäftigung und beruflicher Wiedereinstieg	339
3.	Schlussfolgerungen und Rechtsfolgen	340
a)	Rechte der Beschäftigten bei Verstoß gegen Normen des BGleG	340
b)	Initiativ- und Mitbestimmungsrechte von Personalrat/Gleichstellungsbeauftragten	343
aa)	Zustimmungsverweigerungsrecht des Personalrates	344
bb)	Rechte der Gleichstellungsbeauftragten	346
4.	Pflicht zur Erstellung von Gleichstellungsplänen	347
a)	Ausgangspunkt: Ermittlung der betrieblichen Ist-Situation	348
b)	Rechtsfolgen bei Nichterreicherung der Zielvorgaben	351
c)	Weiterentwicklung der Frauenförderpläne im LGG Hessen	353
d)	Rechtsfolgen bei Verletzung eines Gleichstellungsplans	353
aa)	Zustimmungsverweigerungsrecht des Personalrats nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG bei Verstoß gegen Gleichstellungsplan?	354
bb)	Rechte der Gleichstellungsbeauftragten	355

cc) Rechte der Beschäftigten bei Verstoß gegen Gleichstellungsplan	355
(1) Rechtsnatur: Erlass als Dienst- oder Verwaltungsvorschrift?	356
(2) Schlussfolgerungen	357
5. Fazit für den öffentlichen Dienst: Von »Positiven Maßnahmen« zu »Positiven Pflichten«?	358
II. Gesetzliche Vorgaben für private Arbeitgeber zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Erwerbsleben	361
1. Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf zur Erleichterung der Berufstätigkeit für das unterrepräsentierte Geschlecht	362
a) Anspruch auf die Verringerung bzw. Lage der Arbeitszeit, § 8 TzBfG	362
aa) Rückgriff auf § 106 GewO bei isoliertem Neuverteilungsanspruch der Arbeitszeit	364
bb) Fazit und Schlussfolgerungen	365
b) Elternteilzeit, § 15 BEEG	366
c) Return to work in § 6 Nr. 1 RL 2010/18/EU	367
d) Fazit und Schlussfolgerungen	369
2. Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen, §§ 5, 12 AGG	370
a) Präventive Funktion von § 12 Abs. 1 und 2 AGG	371
b) Auslegung von § 12 AGG im Kontext von BeschSchG a.F. und ArbSchG	372
c) Zwei Grundtypen erforderlicher Maßnahmen in § 12 AGG	373
d) Fazit und Schlussfolgerungen	376
e) Rechtsfolge bei Verletzung der Präventionspflicht	376
f) Interessenvertretungen als wichtige Akteure im Rahmen des § 12 AGG	378
C. »Positive Maßnahmen« im italienischen Arbeitsrecht	380
I. Gleichheit in der Verf. Italiens: Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 zu Abs. 2	381
1. Gegensatz zwischen formaler und materieller Gleichheit	381
2. Komplementierung der formalen durch die materielle Gleichheit	384
a) Auswirkungen auf das Konzept der positiven Maßnahmen	385
b) Fazit	387

3.	Die »gleiche gesellschaftliche Würde« des Art. 3 Abs. 1 Verf. Italiens als »Scharnier« zwischen formaler und materieller Gleichheit	388
4.	Schlussfolgerungen	389
II.	Dimension Geschlecht: Rechtstatsächliche Ausgangssituation	390
III.	Einfache Gesetzeslage im italienischen Arbeitsrecht	393
1.	Art. 15 Statuto dei lavoratori: Atti discriminatori	393
2.	Gesetz über »Positive Maßnahmen« – legge 10 aprile 1991, n. 125	395
a)	Fünf Schwerpunkte »Positiver Maßnahmen«	395
b)	Weitere Regelungspunkte: Akteure, Finanzen, Beweislast, Nationales Komitee	396
c)	Erste Schlussfolgerungen	397
3.	Chancengleichheit – Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198	398
a)	Ergänzende »Positive Maßnahmen« zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf	399
b)	»Positive Pflichten« im öffentlichen Dienst	401
aa)	Die Pflicht zu »Positiven Maßnahmen«-Plänen	401
(1)	Umsetzungsbeispiele	402
(2)	Verknüpfung mit den »Zeiten der Stadt«	404
bb)	Schlussfolgerungen	406
c)	Sanktionen bei Pflichtverstoß zur Planerstellung	407
d)	Einstellung eines männlichen Bewerbers	408
e)	Besetzung von Prüfungskommissionen zu 1/3 mit Frauen	410
f)	Verordnungsermächtigung ( <i>atti regolamentari</i> )	413
g)	Teilnahme an beruflicher Aus- und Fortbildung	414
h)	Finanzierung Positiver Maßnahmen-Programme	414
4.	Fazit	415
IV.	Ergebnis	415
Kapitel 4: Das Konzept der positiven Maßnahmen zur Dimension Behinderung		419
A.	Begriff und Definition	419
B.	Rechtsquellen	422
I.	Völkerrecht: UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)	422
II.	Unionsrecht: Charta der Grundrechte (Art. 20 ff. ChGR)	424
1.	Zulässigkeit behinderungsbezogener »Positive Maßnahmen«?	424

2.	Integration von Menschen mit Behinderung, Art. 26 ChGR	425
a)	Entstehungsgeschichte: Bezug zum Konzept der positiven Maßnahmen	426
b)	Fazit zu Art. 26 ChGR	428
III.	Unionsrecht: Rahmenrichtlinie 2000/78/EG (RRL)	429
C.	Schlussfolgerungen, Fragestellungen und weiteres Vorgehen	430
D.	Abgrenzung zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen	431
I.	Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in Art. 5 RRL	431
1.	Inhalt und Reichweite: 20. Erwägungsgrund (EWG) zur RRL	432
a)	Behinderungsgerechte Einrichtung des Arbeitsplatzes	433
aa)	Wechselwirkung mit den Zielen Zugänglichkeit/ Universal design	433
bb)	Zugänglichkeit/Barrierefreiheit als Teil des Konzepts der positiven Maßnahmen	436
cc)	Ergebnis	437
b)	Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung	438
aa)	Anpassung des Arbeitsgeräts	438
bb)	Anpassung des Arbeitsrhythmus	438
cc)	Anpassung der Aufgabenverteilung	439
c)	Anpassung der Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen	440
2.	Zwischenfazit zu Inhalt und Reichweite	442
3.	Grenze der Unverhältnismäßigkeit in Art. 5 S. 2, 3 RRL	442
a)	Die Beispiele einer »unverhältnismäßigen Belastung« im 21. EWG	443
b)	Verhältnis zum Arbeitsschutz und zur Zugänglichkeit/Barrierefreiheit	444
4.	Folgen des Verstoßes gegen die Pflicht zur Vornahme von »Angemessenen Vorkehrungen«	445
5.	Verhältnisbestimmung zum Konzept der positiven Maßnahmen	448
II.	Fazit zur konzeptionellen Abgrenzung beider Konzepte	451
III.	Folgefrage: »Bevorzugung« als legitimer Bestandteil des Konzepts?	452
1.	Praxisbeispiel: Archibald v Fife Council	452
2.	Positionen in der Literatur	454
3.	Verortung und Reichweite des Art. 7 Abs. 2 der RRL	455

a)	Historie zu Art. 7 Abs. 2 RRL	456
b)	Fazit zur historischen Auslegung des Art. 7 Abs. 2 RRL	459
c)	Art. 7 Abs. 2 Hs. 1 RRL: Gesundheitsschutz und Sicherheit	459
d)	Art. 7 Abs. 2 Hs. 2 RRL: Förderung der Eingliederung und Quotensysteme jenseits der EuGH-Rechtsprechung zu Geschlecht?	460
4.	Ergebnis	463
E.	Grundsätze einer behinderungsbezogenen Typologie »Positiver Maßnahmen«	464
F.	Typologie des Konzepts der positiven Maßnahmen zur Dimension Behinderung	467
I.	Vorprüfung: Abgrenzung zu »Angemessenen Vorkehrungen«	467
II.	Legitime Ziele	469
III.	Geeignetheit der Mittel (Abstrakt) – Orientierung an § 5 AGG i.V. mit Art. 7 RRL 2000/78/EG – Typologie im engeren Sinn	469
1.	Gruppe I: Maßnahmen zur Förderung von Zugänglichkeit/Barrierefreiheit	469
2.	Gruppe II: Verhinderung von behinderungsbezogenen Benachteiligungen	470
a)	1. Typ: Bewusstseinsbildung ( <i>awareness-raising</i> )	470
b)	2. Typ: Zielgruppenorientierte, unmittelbar auf Chancen- und Ressourcengleichheit/ Teilhabe/Anerkennung zielende Maßnahmen	471
3.	Gruppe III: Ausgleich von (bestehenden) Benachteiligungslagen	472
IV.	Erforderlichkeit	473
V.	Angemessenheit	473
1.	Gruppe I: Förderung von Zugänglichkeit/ Barrierefreiheit	473
2.	Gruppe II: Verhinderung von behinderungsbezogenen Benachteiligungen	474
a)	1. Typ: Bewusstseinsbildung	474
b)	2. Typ: Zielgruppenorientierte »Positive Maßnahmen«	474
3.	Gruppe III: Ausgleich von (bestehenden) Benachteiligungslagen	475

G.	Überführung des sozialversicherungsrechtlichen in einen gleichheitsrechtlichen Kontext? »Positive Maßnahmen« und »Angemessene Vorkehrungen« im SGB IX	475
I.	Mindestbeschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe	476
1.	Mindestbeschäftigungspflicht nach § 71 Abs. 1 S. 1 und 3 SGB IX	477
a)	Die Mindestbeschäftigungspflicht als »Positive Maßnahme« (§ 5 AGG)	479
b)	Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht	480
2.	Beschäftigung besonderer Gruppen, §§ 71 Abs. 1 S. 2, 72 SGB IX	482
a)	Schwerbehinderte Frauen, § 71 Abs. 1 S. 2 SGB IX	483
b)	»Besondere Gruppen« nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 a-e), Nr. 2 SGB IX	486
aa)	§ 72 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX	486
bb)	§ 72 Abs. 1 Nr. 1 b) SGB IX	487
cc)	§ 72 Abs. 1 Nr. 1 c) SGB IX	488
dd)	§ 72 Abs. 1 Nr. 1 d) SGB IX und § 72 Abs. 1 Nr. 1 e) SGB IX	489
ee)	§ 72 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX	489
c)	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen zu § 72 Abs. 1 SGB IX	490
d)	Schwerbehinderte Auszubildende, § 72 Abs. 2 SGB IX	491
e)	Abschließende Schlussfolgerungen zu § 72 SGB IX	492
II.	Die Pflichten des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 SGB IX	495
1.	Die Prüfpflicht des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX	495
a)	Überprüfung von Anforderungsprofilen, Satz 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 AGG	496
b)	Zuordnung der Prüfpflicht zum Konzept der positiven Maßnahmen?	499
c)	Ergebnis	501
2.	Verortung der Konsultationspflicht nach § 81 Abs. 1 S. 2, 3 SGB IX	502
a)	BAG: Zuordnung zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen?	503
b)	Rolle und Funktion der Arbeitsagentur in § 81 Abs. 1 SGB IX	504
aa)	Hinweis auf Fördermöglichkeiten, § 104 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX	505

bb)	Hinweis auf Leistungen der Integrationsämter, § 104 Abs. 5 Nr. 2 SGB IX	506
cc)	Zwischenfazit	507
c)	Konsultationspflicht als verfahrensmäßiges Outreach?	508
d)	Fazit und Rechtsfolge bei Verletzung der Konsultationspflicht	509
3.	Unterrichtungspflicht der Interessenvertretungen, § 81 Abs. 1 S. 4 SGB IX	511
a)	Zuordnung zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen?	512
aa)	Grundsätzliche Zulässigkeit »institutionalisierter« Vorkehrungen?	513
bb)	Konkret: Unterrichtungspflicht als »Angemessene Vorkehrung«?	514
cc)	Fazit	517
b)	Zuordnung zum Konzept der positiven Maßnahmen?	518
4.	Die strengeren Verfahrenspflichten nach § 81 Abs. 1 S. 7-9 SGB IX	519
a)	Konzeptionelle Verortung des Erörterungsverfahrens	520
b)	Fazit	521
c)	Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach Satz 9	522
5.	§ 81 Abs. 1 SGB IX im Kontext der Prozeduralisierung von Schutzrechten	524
a)	Gesetzesgeschichte: Von der Zwangseinstellung zur Prüfpflicht	524
b)	Einstellungsanspruch?	526
c)	Ziel eines effektiven Rechts	527
d)	Konkret: § 81 Abs. 1 SGB IX als Ausdruck prozeduralisierten Rechts	527
e)	Unverbindlicher Appell oder Rechtspflicht des Arbeitgebers?	529
f)	Verstoß gegen eine Verfahrenspflicht als Indiztatsache nach § 22 AGG	531
III.	§ 81 Abs. 2 SGB IX	533
IV.	§ 81 Abs. 3 SGB IX	535
1.	§ 81 Abs. 3 SGB IX im Kontext von Zugänglichkeit/Barrierefreiheit	535
a)	Zuordnung von Abs. 3 zum Konzept der positiven Maßnahmen	536



b)	§ 81 Abs. 3 SGB IX im Kontext von § 4 BGG, § 3a Abs. 2 ArbStättV	537
c)	Verhältnis von § 81 Abs. 3 SGB IX zu § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 SGB IX	539
2.	Realisierung von Zugänglichkeit/Barrierefreiheit nach § 81 Abs. 3 SGB IX durch Integrations-, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sowie Aktionspläne	540
3.	Verhinderung des Unterschreitens der Mindest- beschäftigungspflicht als weitere Fallgruppe des § 81 Abs. 3 SGB IX und als »Positive Maßnahme«?	542
4.	Ergebnis	544
V. § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX		545
1.	Nr. 1 Alt. 1 SGB IX - Beschäftigung, bei der Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst <i>voll verwertet</i> werden können	545
a)	Nr. 1 Alt. 1 als »Angemessene Vorkehrung«?	548
b)	Reichweite und Grenzen des Anspruchs nach § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX	549
aa)	§ 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX vor dem Hintergrund des Art. 5 RRL	551
(1)	Auslegungsentwicklung und Stand der Literatur	552
(2)	Eigene Auslegung der unverhältnismäßigen Aufwendungen	554
(3)	Eigene Auslegung des Begriffs der Unzumutbarkeit	555
(4)	Fazit zur Unzumutbarkeit: Beurteilungsmaßstab Einzelfallgerechtigkeit	558
bb)	Ergebnis zur Reichweite des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX	559
c)	Pflicht des Arbeitgebers zum Freikündigen eines Arbeitsplatzes?	560
aa)	Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen	560
bb)	Freikündigen als zulässige »individualisierte« positive Maßnahme?	561
cc)	Ergebnis	564
d)	Pflicht des Arbeitgebers zur Schaffung eines zusätzlichen Arbeitsplatzes?	565
aa)	Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme nach § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX?	565
bb)	Zwischenfazit	567
cc)	Gerechtigkeitsabwägungen des Einzelfalls	567

dd) Ergebnis	568
2. Nr. 1 Alt. 2 – Weiterentwicklung von Fähigkeiten und Kenntnissen	569
a) Weiterentwicklung im Kontext von Art. 5 RRL	570
b) Ergebnis	571
3. § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB IX – Förderung des beruflichen Weiterkommens durch bevorzugte Berücksichtigung bei der innerbetrieblichen Berufsbildung	571
a) Nähe von Nr. 2 zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen	572
b) Nr. 2 als »Positive Maßnahme«	573
c) Zum Erfordernis »gleicher Eignung«	574
4. § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 SGB IX – Erleichterungen zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung	575
5. § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 SGB IX	577
a) Behinderungsgerechte Einrichtung der Arbeitsstätte	577
b) Behinderungsgerechte Arbeitsorganisation	579
c) Zuordnung von Nr. 4 zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen	581
6. § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 SGB IX – Erforderliche technische Arbeitshilfen	581
VI. Förderung von und Anspruch auf Teilzeitarbeit, § 81 Abs. 5 SGB IX	582
VII. Weitergehende Verfahrenspflichten für öffentliche Arbeitgeber	584
VIII. Die Integrationsvereinbarung, § 83 SGB IX	588
1. Obligatorische und optionale Regelungsgegenstände	589
2. Rechtsnatur der Integrationsvereinbarung	590
a) Erste Ansicht: Kollektivrechtlicher Vertrag eigener Art	591
b) Zweite Ansicht: Zusätzliche (freiwillige) Betriebsvereinbarung	591
c) Dritte Ansicht: Betriebsautonomie als Ausgangspunkt	592
d) Stellungnahme und Fazit	593
3. Erzwingbarkeit einer Integrationsvereinbarung	593
IX. Prävention und Betriebliches Eingliederungsmanagement, § 84 SGB IX	594
1. Das Konfliktpräventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX	595
a) Die Ursachentrias von »Schwierigkeiten«	596

b)	Konzeptionelle Verortung der Konfliktprävention	599
c)	Beschränkung des personellen Anwendungsbereichs: Gefährdung des <i>effet utile</i> ?	602
d)	Bedeutung des Unterlassens von Abs. 1 im Kündigungsschutzprozess	603
e)	Individueller Anspruch auf Durchführung eines Präventionsverfahrens?	606
2.	Das Gesundheitspräventionsverfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM)	606
a)	Initiative und Ablauf eines Gesundheitspräventionsverfahrens	608
b)	Rolle der betrieblichen Interessenvertretungen	611
c)	Zusammenfassung und konzeptionelle Verortung	613
d)	Individueller Anspruch auf Durchführung eines BEM?	614
X.	Besondere Kündigungsschutzvorschriften, §§ 85 ff. SGB IX	615
XI.	Ergebnis	619
1.	Partielle Umsetzung von § 5 AGG (Art. 7 Abs. 1, 2 RRL)	619
2.	Keine unionsrechtskonforme Umsetzung von Art. 5 RRL	621
H.	Die Dimension Behinderung im italienischen Recht	624
I.	Ausgangspunkt: Art. 38 Verfassung Italiens	624
II.	Einfach-gesetzliche Rahmenbedingungen	625
1.	Rahmengesetz zur Fürsorge, sozialen Integration und den Rechten behinderter Menschen – legge 5 febbraio 1992, n. 104	627
a)	Ausbildung, Einstellung und Beschäftigung behinderter Menschen	629
b)	Schlussfolgerungen	631
2.	Recht auf Arbeit behinderter Menschen – legge 12 marzo 1999, n. 68	633
a)	Erster Gesetzsschwerpunkt: Pflichteinstellungen und Reservequoten	634
aa)	Unfall und Krankheit: Keine gerechtfertigten Kündigungsgründe	635
bb)	Schlussfolgerungen	635
b)	Ausnahmen von der Einstellungspflicht und Ausgleichszahlungen	636
c)	Art und Weise der Pflichteinstellung	637
d)	Verpflichtender Antrag auf Zuweisung behinderter Menschen	639
e)	Arbeitsverhältnis der behinderten Beschäftigten	640

f)	Erste Schlussfolgerungen	642
g)	Zweiter Gesetzsschwerpunkt: Vereinbarungen und Fördermaßnahmen	643
h)	Dritter Gesetzsschwerpunkt: Anreize- und Förderungssystem	644
i)	Sanktionen und abschließende Regelungen	646
III.	Fazit: Von der Zwangseinstellung zur »gezielten Stellenvermittlung«	647
1.	»Positive Maßnahmen« als Teil des Förder- und Anreizsystems für Arbeitgeber	649
2.	Keine Umsetzung von Art. 5 RRL	651
IV.	Schlussfolgerungen zu Art. 3 Abs. 2 Verf. Italiens zur Dimension Behinderung	652

Kapitel 5:

	Das Konzept der positiven Maßnahmen zur Dimension Alter	655
A.	Begriff: Kalendarisches, biologisches, soziales, psychisches Alter(n)	655
I.	Kalendarisches Alter und Stereotype sowie Vorurteile	656
II.	Verknüpfung von Altersstereotypen mit gerontologischen Theorien	656
III.	Gerontologische Abkehr vom Defizitmodell: Fehlende betriebliche Reflexion	658
IV.	Wirtschaftliche und paternalistische Motive für Altersdiskriminierung	659
V.	Fazit: Prädispositionen für Benachteiligungen aufgrund des Alters	659
B.	Rechtliche Verankerung des Verbots der Altersdiskriminierung	660
I.	Verhältnis von Art. 25 ChGR zu den Art. 20 ff. ChGR	661
II.	Art. 6 RRL 2000/78/EG: Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	662
C.	Zulässigkeit altersbezogener Ungleichbehandlungen in § 10 S. 3 Nr. 1-6 AGG und Verhältnis zum Konzept der positiven Maßnahmen nach § 5 AGG	664
I.	Festlegung besonderer Bedingungen, § 10 S. 3 Nr. 1 AGG	665
1.	Förderungswürdige Altersgruppen	665
2.	Förderung und Sicherstellung der beruflichen Eingliederung	667
3.	Fazit: § 10 S. 3 Nr. 1 AGG als <i>lex specialis</i> zu § 5 AGG	667
4.	Konsequenzen für das Verhältnis von § 10 S. 3 Nr. 1 AGG zu § 5 AGG	668

II. Anforderungen an Alter, Berufserfahrung oder Dienstalter, § 10 S. 3 Nr. 2 AGG	669
III. Höchstalter für die Einstellung, § 10 S. 3 Nr. 3 AGG	670
IV. Festsetzung von Altersgrenzen i.S. des § 10 S. 3 Nr. 4 AGG	672
V. Beendigung der Beschäftigung ohne Kündigung, § 10 S. 3 Nr. 5 AGG	673
VI. Differenzierung von Sozialplanleistungen, § 10 S. 3 Nr. 6 AGG	677
1. Berücksichtigung von Arbeitsmarktchancen (Hs. 1)	677
2. Altersbezogene Differenzierungen bei Rentennähe (Hs. 2)	679
3. EuGH <i>Odar</i> (2012): Andere Beurteilung bei Mehrdimensionalität?	680
a) Frühzeitiger Renteneintritt als »Positive Maßnahme«?	682
b) Grenze des Art. 3 Abs. 3 RRL 2000/78/EG und Fazit	684
VII. Überblick über weitere auf das Alter Bezug nehmende Regelungen: Zuordnung zum Konzept der positiven Maßnahmen?	685
1. Schutz- und Förderkomponente für Jugendliche	685
a) JArbSchG	685
b) Zugang zu und Übernahme nach der Ausbildung für Jugendliche	686
c) Nach dem Alter gestaffeltes Arbeitsentgelt	688
d) Ausnahmeregelung für unter 18-Jährige im MiLoG	689
aa) Legitimes Ziel	690
bb) Geeignetheit	691
cc) Erforderlichkeit	693
dd) Ergebnis	695
2. Schutz- und Förderkomponente für ältere Beschäftigte	696
a) ArbSchG	696
b) Mit dem Alter steigender Erholungsurlaub als »Positive Maßnahme«?	696
c) Tarifvertragliche Arbeitszeitmodifizierungen	699
d) Altersteilzeit	699
e) Nach Alter gestaffeltes Arbeitsentgelt und Verdienstsicherungsklauseln	702
f) Längere Kündigungsvorschriften/Ausschluss ordentlicher Kündigung	703
3. Maßnahmen der beruflichen Bildung für Ältere	704

a)	Qualifizierung und Weiterbildung im Kontext »Lebenslangen Lernens«	705
b)	Schlussfolgerungen: Chancengleichheit und Teilhabe durch Bildung	708
c)	Fazit zur deutschen Rechtslage	708
d)	Grenze betriebswirtschaftlicher Erwägungen?	709
e)	Tarifvertragliche Entwicklungen: Beispiel TV Q aus NRW (2006)	709
f)	Zusammenfassung zum TV Q und Schlussfolgerungen	712
4.	Förderkomponente für Personen mit Fürsorgepflichten	713
VIII.	Schlussfolgerungen und Rückschlüsse für Typologie des Konzepts der positiven Maßnahmen für die Dimension Alter	714
1.	Ermächtigung zu »Positiven Maßnahmen«, § 10 S. 3 Nr. 1, 2 AGG	714
2.	Jugendarbeitslosigkeit (aktuell) keine Problemlage	714
3.	Zahlreiche »Positive Maßnahmen« für ältere Beschäftigte	715
a)	Starker Bestandsschutz	715
b)	Problembereich Qualifizierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen	716
4.	Folgediskussion: Abbau von Bestandsschutz als »Positive Maßnahme«?	716
D.	EuGH Mangold: Abbau von Bestandsschutz als »Positive Maßnahme«?	717
E.	Voraussetzungen an eine »Positive Maßnahme« im Rahmen des § 10 S. 3 Nr. 1 AGG am Beispiel von § 14 Abs. 3 TzBfG	721
I.	Legitimes Ziel i.S. des § 10 S. 1 AGG	721
II.	Geeignetheit	723
III.	Erforderlichkeit	726
IV.	Angemessenheit	727
V.	Kohärenzerfordernis: Betrachtung der Maßnahme im Regelungskontext	729
VI.	Ergebnis zu § 14 Abs. 3 TzBfG und Schlussfolgerungen	732
F.	§ 22 Abs. 4 S. 1 MiLoG	733
G.	Die Dimension des Alters im italienischen Arbeitsrecht	735
H.	Typologie zum Konzept der positiven Maßnahmen zur Dimension Alter	744
I.	Verhinderung von altersbezogenen Benachteiligungen (Gruppe I)	744
II.	Ausgleich von altersbezogenen Benachteiligungen (Gruppe II)	745

Kapitel 6: Thesen	747
Literaturverzeichnis	769