

– Fachbeitrag A11-2018 –

28.06.2018

Kickdown oder Holperstart – Ist die Teilhabe durch das BTHG (endlich) selbst barrierefrei?¹

Bericht zu der gleichnamigen Tagung am 26. April 2018 in Göttingen – Teil I

Von René Dittmann, LL.M., Universität Kassel und Michael Beyerlein, LL.M., Universität Kassel

I. Einleitung

Die Tagungsreihe „Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis“, ausgerichtet von **Prof. Dr. Olaf Deinert** (Universität Göttingen) und **Sabine Knickrehm** (Richterin am Bundessozialgericht), beschäftigte sich zum zehnjährigen Jubiläum mit dem Bundesteilhabegesetz (BTHG). Dieses² hatte und hat Veränderungen in nahezu allen Teilen des Sozialgesetzbuches zur Folge. Vor allem wurde das SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen) geändert. Dieses hat vielfach Schnittstellen von Sozial- und Arbeitsrecht und passt daher, wie Knickrehm eingangs betonte, zum Profil der Tagungsreihe, die sich mit ebenjenen Schnittstellen auseinandersetzt³. Zentrale Frage der Tagung war, ob die Ziele des BTHG, die Verbesserung der Lebenssituation von Menschen mit Behinderung bei gleichzeitiger Vermeidung neuer Ausgabendynamiken in der Eingliederungshilfe⁴, erreicht werden können. Wird durch das BTHG Barrierefreiheit geschaffen und ist es selbst barrierefrei? Dazu referierten **Prof. Dr. Katja Nebe** (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) und **Dr. Steffen Luik** (Richter am LSG Baden-Württemberg).⁵ In diesem ersten Teil⁶ wird darüber berichtet.

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag A11-2018 in der Kategorie D: Konzepte und Politik veröffentlicht; Zitiervorschlag: Beyerlein/Dittmann, Kickdown oder Holperstart - Ist die Teilhabe durch das BTHG (endlich) selbst barrierefrei? – Bericht zu der gleichnamigen Tagung am 26. April 2018 in Göttingen – Teil I; Beitrag A11-2018 unter www.reha-recht.de; 28.06.2018.

² BGBl. I, S. 3234.

³ Zum Profil der Tagungsreihe und den bisherigen Veranstaltungen: <http://sozialrecht-privatrecht.de/> zuletzt abgerufen am: 03.06.2018.

⁴ Bundestags-Drucksache. 18/9522, S. 3.

⁵ Die Präsentationen zu den Vorträgen sind abrufbar unter: <http://www.uni-goettingen.de/de/kickdown+oder+holperstart+-+ist+die+teilhabe+durch+das+bthg+%28endlich%29+self+barrierefrei%3f+%282018%29/554386.html>, zuletzt abgerufen am 14.05.2018.

⁶ Teil II des Tagungsberichts wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag A12-2018 in der Kategorie D: Konzepte und Politik veröffentlicht.

II. Wesentliche Neuregelungen des BTHG

Zunächst gab Luik einen Überblick zu den Neuregelungen durch das BTHG und dem Behinderungsbegriff. Er begann mit einer „Standortbestimmung“ des SGB IX. Obwohl die Idee eines einheitlichen Rehabilitationsrechts bis in die 1970er Jahre zurückverfolgt werden könne, habe zur Einführung des SGB IX am 01.07.2001⁷ maßgeblich das 1994 in die Verfassung aufgenommene Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG („Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“)⁸ beigetragen. Dieses spiele eine wichtige Rolle im Sozial- und Arbeitsrecht. Eine Benachteiligung liege nicht nur vor, wenn eine Regelung oder Maßnahme die Situation eines Menschen aufgrund seiner Behinderung verschlechtert, sondern auch dann, wenn ein Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten nicht hinlänglich durch Förderungsmaßnahmen kompensiert werde. Wann eine solche Kompensation vorliegt „wird regelmäßig von Wertungen, wissenschaftlichen Erkenntnissen und prognostischen Einschätzungen abhängen“⁹. Mit Amtsermittlung, Prognoseentscheidung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe habe das Bundesverfassungsgericht wesentliche Elemente des Reha-Verfahrens umschrieben. Außerdem leite das BVerfG aus dem Diskriminierungsverbot verfahrensrechtliche Anforderungen ab. Entscheidungen, die im Zusammenhang mit einer Behinderung ergehen und eine Benachteiligung des behinderten Menschen darstellen können, müssen substantiiert begründet werden.¹⁰ Dies könne als Anleitung zur Teilhabeplanung verstanden werden.¹¹ Als eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes erlange das verfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot durch die Auslegung von Generalklauseln auch Entfaltung im Zivilrecht¹².

Wie auch bei der Einführung des SGB IX wurde mit dem BTHG keine einheitliche Rehabilitationsbehörde geschaffen, obwohl entsprechende Ideen vorhanden waren. Vielmehr wurde und werde das gegliederte System beibehalten, Leistungen zur Teilhabe sollen aber „wie aus einer Hand“ erbracht und die Vorschriften der jeweiligen Leistungsgesetze im Lichte des SGB IX ausgelegt und angewendet werden¹³.

⁷ BGBl. I, 1046.

⁸ BGBl. I, 3146.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 –, juris, Rn. 69.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 –, juris, Rn. 84.

¹¹ Ausführlich: Luik: Rechtliche Grundlagen und Bedeutung der Teilhabeplanung; Forum D, Beitrag D21-2014 unter www.reha-recht.de; 23.09.2014. Vgl. dazu auch Liebsch: Bericht vom 11. Deutschen REHA-Rechtstag am 27.09.2017 in Berlin – Teil I: Teilhabeplanung, Zuständigkeitsklärung; Beitrag A6-2018 unter www.reha-recht.de; 28.03.2018.

¹² BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 –, BVerfGE 7, 198–230.

¹³ BSG, Urt. v. 06.09.2017 – B 13 R 20/14 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4-3250 § 48 Nr 1, Rn. 40.

Luik stellte nachfolgend die stufenweise in Kraft tretenden Änderungen des SGB IX vor.¹⁴ Dazu gehören u. a. Änderungen im Schwerbehindertenrecht¹⁵, Verbesserungen in der Einkommens- und Vermögensberücksichtigung im SGB XII¹⁶ (Stufe 1, ab 30.12.2016/01.01.2017/01.04.2017), die Neudefinition des Behinderungsbegriffs in § 2 SGB IX¹⁷, die Möglichkeit der getrennten Leistungserbringung (§ 15 SGB IX), die Genehmigungsfiktion (§ 18 SGB IX), das Teilhabeplanverfahren (§ 19 ff. SGB IX)¹⁸, die Einrichtung von Ansprechstellen (§ 12 Abs. 1 S. 3 SGB IX) (Stufe 2, ab 01.01.2018) oder die Überführung der Eingliederungshilfe in SGB IX, Teil 2¹⁹ (Stufe 3, ab 01.01.2020). Hinsichtlich der Ansprechstellen, die Informationsangebote bereitstellen und vermitteln sollen, sieht er mögliche Probleme für die Verwaltungspraxis darin, dass im Zweifel fraglich sein könne, ob bereits ein Leistungsantrag gestellt wurde. Mit Blick auf die Leistungsanträge rechnet Luik auch damit, dass diese durch die Einführung der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung (§ 32 SGB IX)²⁰ komplexer werden.

Hintergrund für die Reformen durch das BTHG ist auch die Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK).²¹ Nachdem dieses mit Zustimmungsgesetz vom 21.12.2008²² am 26.03.2009 in Deutschland in Kraft trat²³, ist es innerstaatlich verbindlich geworden und als geltendes Recht zu beachten²⁴. Es seien aus der UN-BRK im Grunde zwar keine weitergehenden Individualansprüche als aus dem SGB IX bzw. als aus den speziellen Leistungsgesetzen

¹⁴ Vgl. ausführlich bei Luik, Das Bundesteilhabegesetz, was gilt ab wann, RP-Reha 2017, Nr. 2, S. 5 ff.

¹⁵ Dazu: Kohte/Liebsch: Die Stärkung der Schwerbehindertenvertretung im Bundesteilhabegesetz; Beitrag D54-2016 unter www.reha-recht.de; 25.11.2016; Schachler/Schreiner: Mitbestimmung light? Die Reform der Werkstätten-Mitwirkungsverordnung durch das Bundesteilhabegesetz – Teil I und Teil II; Beiträge B2-2017 und B3-2017 unter www.reha-recht.de; 26.04.2017 und 28.04.2017; Falk: Die Inklusionsbetriebe nach der Reform – Kritik und Würdigung der neuen §§ 132 – 135 SGB IX (ab 01.01.2018: §§ 215 – 218 SGB IX n. F.) – Teil 1 und Teil 2; Beiträge D46-2017 und D47-2017 unter www.reha-recht.de; 10.10.2017 und 12.10.2017.

¹⁶ Roesen: Die Regelungen über die Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen bei Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem Bundesteilhabegesetz (BTHG) – Teil I und Teil II; Beiträge A1-2018 und A2-2018 unter www.reha-recht.de; 09.01.2018 und 16.01.2018.

¹⁷ Zum Behinderungsbegriff des Regierungsentwurfes des BTHG: Frehe: Kritik am Behinderungsbegriff des Bundesteilhabegesetzentwurfes; Beitrag D27-2016 unter www.reha-recht.de; 18.07.2016.

¹⁸ Dazu: Heinisch: Mehr Koordination durch das Bundesteilhabegesetz?; Beitrag D13-2017 unter www.reha-recht.de; 04.04.2017; Fuchs: Ermittlung des Rehabilitationsbedarfs – Auswirkungen des Bundesteilhabegesetzes; Beitrag D50-2017 unter www.reha-recht.de, 10.11.2017.

¹⁹ Zu den damit verbundenen Abgrenzungsfragen: Jürgens: Trennung von Fachleistung und Lebensunterhalt; Beitrag E4-2018 unter www.reha-recht.de; 20.04.2018.

²⁰ Dazu: Beyerlein: Bericht vom 11. Deutschen REHA-Rechtstag am 27.09.2017 in Berlin – Teil IV: Beratung im SGB IX nach den Änderungen durch das Bundesteilhabegesetz; Beitrag A7-2018 unter www.reha-recht.de; 10.04.2018.

²¹ BT-Drs. 18/9552, S. 188 f.; zur Bedeutung der UN-BRK vgl. Luik in jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 49 Rn. 48 ff.

²² BGBl. II, S. 1419.

²³ BGBl. II 2009, S. 812.

²⁴ Z.B. BSG, Urt. v. 18.05.2011 – B 3 KR 10/10 R –, SozR 4-2500 § 33 Nr 35, Rn. 19.

ableitbar²⁵, doch werde sie vom BSG als Auslegungshilfe unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen²⁶ - Luik plädiert für eine „teilhabeorientierte Auslegung“ unbestimmter Rechtsbegriffe des SGB IX. Des Weiteren thematisierte er die Entscheidung des UN-Fachausschusses im Individualbeschwerdeverfahren Gröninger²⁷, nach der die verwaltungstechnischen Komplexitäten des deutschen Rehabilitations- und Teilhaberechts die Antragsteller in eine nachteilige Position bringen und daher eine indirekte Diskriminierung darstellen können²⁸. Das Sozialverwaltungsverfahren dürfe aber nicht unnötig kompliziert sein. Dies gelte es vor allem im Hinblick auf § 15 SGB IX in seiner neuen Fassung zu beachten²⁹.

III. Das BTHG, die gleichberechtigte Erwerbsteilhabe von Menschen mit Behinderungen und die Stärkung der Schwerbehindertenvertretung

Anschließend legte Nebe den Fokus auf die gleichberechtigte Erwerbsteilhabe von Menschen mit Behinderungen und die Impulse, die dafür vom BTHG ausgehen. Zwischen 2005 und 2014 sei die Erwerbstätigenquote von schwerbehinderten Menschen zwar angestiegen, allerdings bestünden Probleme hinsichtlich der Erwerbslosenquote, der Dauer der Erwerbslosigkeit, der unterqualifizierten Beschäftigung und der steigenden Zahl Beschäftigter im Arbeitsbereich von Werkstätten für Menschen mit Behinderungen.³⁰ Behinderung sei daher nach wie vor eine erhebliche Hürde für die Teilnahme an Erwerbsarbeit. Mit Blick auf Art. 27 UN-BRK (Arbeit und Beschäftigung) sei auch der UN-Fachausschuss besorgt über die Spaltung auf dem Arbeitsmarkt in Deutschland, über finanzielle Fehlanreize, die Menschen mit Behinderungen am Eintritt oder Übergang in den allgemeinen Arbeitsmarkt hindern sowie über den Umstand, dass die Werkstätten für Menschen mit Behinderungen (WfbM) weder auf den Übergang zum allgemeinen Arbeitsmarkt vorbereiten, noch diesen Übergang fördern.³¹ Nebe fordert daher eine stärkere Umsetzung des Auftrags, den die WfbM haben, nämlich die Überleitung auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Dies sei nur durch Leitbildwechsel möglich: Statt Reaktion und Exklusion müsse Prävention, Diskriminierungsschutz und Teilhabesicherung betrieben werden; Arbeits- und Sozialrecht müssten sich mit Blick auf menschengerechte Er-

²⁵ A. a. o.

²⁶ Z. B. generell für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte: BSG, Urt. v. 06.03.2012 – B 1 KR 10/11 R –, BSGE 110, 194-204, SozR 4-1100 Art 3 Nr 69, Rn. 31.

²⁷ CRPD/C/D/2/2010.

²⁸ CRPD/C/D/2/2010, Nr. 6.2.

²⁹ Siehe dazu Dittmann/Beyerlein: Kickdown oder Holperstart – Ist die Teilhabe durch das BTHG (endlich) selbst barrierefrei? – Teil II; Beitrag A12-2018 unter www.reha-recht.de; 05.07.2018, S. 2 f.

³⁰ Vgl. Zweiter Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen. Teilhabe – Beeinträchtigung – Behinderung, hrsg. v. BMAS, 2016, S. 160 ff.

³¹ CRPD/C/DEU/CO/1, Nr. 49. Eine nicht-amtliche deutsche Übersetzung stellt die Monitoring-Stelle der UN-BRK online zur Verfügung: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD_Abschliessende_Bemerkungen_ueber_den_ersten_Staatenbericht_Deutschlands_ENTWURF.pdf.

werbsbiografien ergänzen, anstatt dass Arbeitsrecht für „Normalarbeitnehmer“ und Sozialrecht für sozial Bedürftige gelte; auch müssten Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen die Interessen und Bedürfnisse behinderter Beschäftigter berücksichtigen; zudem bedürfe es eines Managements zur Überleitung an Naht- bzw. Schnittstellen des gegliederten Sozialleistungssystems.

Nachfolgend erläuterte Nebe, inwiefern die Schwerbehindertenvertretung (SBV, §§ 177 ff. SGB IX) durch das BTHG gestärkt wurde. Nach dem Motto „Nichts ohne uns über uns“³² sei die SBV die Mandatsträgerin für schwerbehinderte Menschen in Betrieben. Die diesbezüglichen Neuregelungen durch das BTHG betreffen den Vertretungsfall (§ 177 Abs. 1 S. 1 SGB IX³³, § 178 Abs. 1 S. 4–6 SGB IX³⁴), die Freistellung von Vertrauenspersonen (§ 179 Abs. 4 S. 2 SGB IX)³⁵, die Kostentragung (§ 179 Abs. 8 SGB IX)³⁶, die Fortbildungsmöglichkeiten für Stellvertreter (§ 179 Abs. 4 S. 3 SGB IX)³⁷, die Unwirksamkeit bei fehlerhafter Anhörung vor der Kündigung (§ 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX) sowie die Inklusionsvereinbarungen (§ 166 SGB IX). Insbesondere durch die Unwirksamkeitsklausel in § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX, nach der die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen unwirksam ist, wenn sie vom Arbeitgeber ohne Beteiligung der SBV im Sinne von § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX ausgesprochen wird, führe zu einer teilweisen Verbesserung der arbeitsrechtlichen Stellung der SBV. Ansonsten verfüge sie über keine scharfen Sanktionsmöglichkeiten, es bedürfe daher der betrieblichen Kooperation mit dem Betriebsrat. Dieser habe einerseits die Aufgabe die Eingliederung schwerbehinderter Menschen und den Abschluss von Inklusionsvereinbarungen zu fördern (§ 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG), andererseits verfüge er über ein Zustimmungsverweigerungsrecht, wenn eine personelle Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Ein solcher

³² S. dazu: Heiden: „Nichts über uns ohne uns!“ – Von der Alibi-Beteiligung zur Mitentscheidung! Ein Diskussionsbeitrag zur Umsetzung des Gebotes der „Partizipation“ der UN-Behindertenrechtskonvention; Forum D, Beitrag D27-2014 unter www.reha-recht.de; 15.12.2014; Giese: „Nichts ohne uns über uns“ – Bürgerschaftliches Engagement von Menschen mit Behinderungen und die UN-Behindertenrechtskonvention; Forum D, Beitrag D28-2015 unter www.reha-recht.de; 17.08.2015.

³³ Nach § 177 SGB IX vertritt das stellv. Mitglied nun allgemein im Fall der Verhinderung, nach § 94 SGB IX a. F. musste eine Verhinderung durch Abwesenheit oder Wahrnehmung anderer Aufgaben vorliegen. Die Stellvertretung werde so zum kollegialen Helfer, anstelle eines faktischen Abwesenheitsvertreters.

³⁴ Die Heranziehung von Stellvertretern in größeren Betrieben hat sich als unzureichend erwiesen und wurde dahingehend fortgeschrieben, dass mit jeweils 100 zusätzlichen schwerbehinderten Menschen jeweils eine weitere Stellvertretung für bestimmte Aufgaben herangezogen werden kann (Bundestags-Drucksache. 18/9522, S. 315 zu Nummer 6 (§ 95)).

³⁵ Nach neuem Recht wird die Vertrauensperson bereits in Betrieben und Dienststellen mit in der Regel wenigstens 100 schwerbehinderten Beschäftigten auf ihren Wunsch freigestellt (zuvor mussten wenigstens 200 schwerbehinderte Menschen beschäftigt werden, § 96 Abs. 4 S. 2 SGB IX a. F.). Hintergrund ist eine steigende Belastung der SBV auf Grund der demographischen Entwicklung, mit der die Prävention an Bedeutung gewinnt, einer Zunahme der Zahl schwerbehinderter Menschen und zunehmend neuen Tätigkeiten für die SBV (Bundestags-Drucksache. 18/9522, S. 315 zu Nr. 7aa (§ 96)).

³⁶ Bspw. hat der Arbeitgeber nun auch die Kosten einer Bürokraft für die Schwerbehindertenvertretung in erforderlichem Umfang zu tragen (§ 179 Abs. 8 S. 3 SGB IX).

³⁷ Die erste Stellvertretung und ggfs. auch weitere stellvertretende Mitglieder erhalten dieselben Fortbildungsmöglichkeiten wie die Vertrauenspersonen (Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 315 zu Nr. 7bb (§ 96)).

Verstoß liege bei Missachtung der Beteiligungsrechte der SBV vor.³⁸ Hinsichtlich ihrer sozialrechtlichen Stellung habe die SBV eine herausragende Rolle als Berater und Helfer zur Beantragung von Leistungen zur Teilhabe (§ 178 Abs. 1 SGB IX) sowie zur Feststellung der Schwerbehinderung (§ 178 Abs. 1 S. 3 SGB IX). Ferner sei die SBV Verbindungsperson zur Bundesagentur für Arbeit und zum Integrationsamt (§ 182 Abs. 2 S. 2 SGB IX).

IV. Diskussion

In der Diskussion wurde Skepsis bezüglich der Hoffnungen auf eine betriebliche Kooperation zwischen Betriebsrat und SBV geäußert, denn ersterer habe häufig kein offenes Ohr für die Probleme der Vertrauensperson. Auch sei die Kooperation zwischen diesen beiden Institutionen durch das BTHG nicht gestärkt worden. Zur Unwirksamkeitsklausel aus § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX wurde gefragt, ob zu deren Anwendung der Arbeitgeber wissen müsse, dass es sich bei dem Arbeitnehmer um einen schwerbehinderten Beschäftigten handelt. Es wurde geantwortet, dass dies strittig sei, insbesondere, wenn eine offensichtliche Schwerbehinderung nicht erkennbar ist.³⁹ Auch stand der Zeitpunkt der Beteiligung der SBV zur Diskussion. Unterrichtung und Anhörung haben, so Nebe, vor Einleitung des Zustimmungsverfahrens durch das Integrationsamt (§§ 168 ff. SGB IX) stattzufinden.

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.

³⁸ Vgl. LAG Mainz, Beschl. v. 05.10.2011 – 8 TaBV 9/11 – Behindertenrecht 2012, 203; dazu: Porsche: Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats wegen Nichtanhörung der Schwerbehindertenvertretung bei Versetzung einer gleichgestellten Arbeitnehmerin – Anmerkung zu LArbG Mainz, Beschl. v. 05.10.2011 – 8 TaBV 9/11; Forum B, Beitrag B8-2012 unter www.reha-recht.de; 22.08.2012.

³⁹ S. dazu: Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 18. Auflage 2018, § 178 SGB IX, Rn. 8: Nach Rolfs scheidet die Wirksamkeit der Kündigung nicht an § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX, wenn der Arbeitgeber erst nach Zugang der Kündigung von der Schwerbehinderung, der Gleichstellung oder zumindest der Beantragung einer solchen erfährt. Andere Meinungen wollen hingegen die Regeln des § 168 SGB IX auf § 178 SGB IX übertragen, mit der Folge, dass sich ein Arbeitnehmer auch noch drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf eine zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Schwerbehinderung berufen könne.