



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Felix Welti, Kassel

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 27. März 2023 zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts
 20/5664
- b) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Gerrit Huy, weiterer Abgeordneter
 und der Fraktion der AfD
 Ausgleichsabgabe neu – Mehr Menschen mit Behinderung in Arbeit bringen
 20/5999
- c) Antrag der Abgeordneten Sören Pellmann, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer
 Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
 Mehr Schritte hin zu einem inklusiven Arbeitsmarkt
 20/5820

Siehe Anlage

Universität Kassel · 34109 Kassel

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales
Der Vorsitzende
Bernd Rützel, MdB

Prof. Dr. Felix Welti
Institut für Sozialwesen
Fachgebiet Sozial- und
Gesundheitsrecht, Recht der
Rehabilitation und Behinderung

Universität Kassel
Arnold-Bode-Straße 10
34109 Kassel

Tel. 0561 804 2970
welti@uni-kassel.de

Sekretariat: Edgar Ladwig
ladwig@uni-kassel.de
Telefon +49 561 804 2956
Fax +49 561 804 3045

23.03.2023
Seite 1 von 13

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts, BT-Drs. 20/5664 sowie zum Antrag der Fraktion DIE LINKE: Mehr Schritte hin zu einem inklusiven Arbeitsmarkt, BT-Drs. 20/5820

Sehr geehrter Herr Rützel,

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung und Stellungnahme. Bei dieser beziehe ich mich auf meine rechtswissenschaftliche und interdisziplinäre Forschung. Die Stellungnahme gibt dabei meine persönlichen Ansichten wieder.

Der Gesetzentwurf und der vorgelegte Antrag beziehen sich auf die Förderung und Schaffung eines inklusiven Arbeitsmarktes und damit einer zentralen Anforderung aus dem Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz, aus dem EU-Recht, hier insbesondere der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG, und der UN-Behindertenrechtskonvention, die das Recht auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen in Art. 27 UN-BRK ausdrücklich normiert und konkretisiert. Das Nachhaltigkeitsziel (SDG) 8.5. der Vereinten Nationen fordert die Staaten auf, bis 2030 produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit sowie gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit für Menschen mit Behinderungen zu erreichen. Angesichts der niedrigen Erwerbsbeteiligung, hohen Arbeitslosigkeit, schlechten Arbeitsbedingungen und erheblichen Armutsgefährdung von Menschen mit Behinderungen, die auch in der Teilhabeberichterstattung der Bundesregierung dokumentiert sind (Dritter

Teilhabebericht 2021, BT-Drs. 19/27890, S. 215–323), besteht politischer und gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Es ist daher zu begrüßen, dass sich die Bundesregierung, der Bundesrat und der Deutsche Bundestag mit dem inklusiven Arbeitsmarkt befassen.

Zu den Inhalten des Gesetzentwurfs und weiteren Schritten zu einem inklusiven Arbeitsmarkt nehme ich wie folgt Stellung:

Hilfsmittel zur Teilhabe am Arbeitsleben (Art. 1 Nr. 2 GE, § 49 Abs. 8 Satz 1 Nr. 4 SGB IX)

Das Ziel des Entwurfs ist zu begrüßen, die Anspruchsgrundlage für Hilfsmittel zur Teilhabe am Arbeitsleben präziser zu fassen und die gleichzeitige Verantwortlichkeit der Arbeitgeber sowie von Rehabilitationsträgern herauszustellen. Hilfsmittel sind für viele Menschen mit Behinderungen eine notwendige Bedingung, um am Arbeitsleben teilzuhaben. Eine bestmögliche Versorgung mit Hilfsmitteln wird in der Verwaltungs- und Rechtspraxis immer wieder durch Zuständigkeitskonflikte behindert, etwa zwischen Krankenkassen als Trägern der medizinischen Rehabilitation und Rentenversicherungsträgern oder Bundesagentur als Trägern der Teilhabe am Arbeitsleben, zum Beispiel bei an das Arbeitsleben angepassten Hörgeräten. Auch die Arbeitgeber sind im Rahmen ihrer arbeitsrechtlichen Pflichten, insbesondere des Arbeitsschutzes, verpflichtet, Hilfsmittel als notwendige Arbeitsausrüstung bereitzustellen.

Die Norm enthält in der vorgeschlagenen Fassung den Hinweis auf die Vorrangigkeit von „medizinischen Leistungen“ vor solchen der Teilhabe an Arbeitsleben. Gemeint sind wohl Leistungen der medizinischen Rehabilitation, zu denen Hilfsmittel zum Behinderungsausgleich der Krankenkassen nach § 33 SGB V gehören. Dies sollte klargestellt werden, um zu verdeutlichen, dass bei Zuständigkeitskonflikten das Verfahren der Zuständigkeitsklärung nach § 14 SGB IX mit kurzen Weiterleitungs- und Entscheidungsfristen gilt.

Im Verhältnis von Sozialleistungen zu Arbeitgeberverpflichtungen gibt es ein Verfahren der Zuständigkeitsklärung nicht. Insofern könnte die Norm so gelesen werden, dass die Rehabilitationsträger auch dann nicht leistungsverpflichtet sind, wenn der Arbeitgeber eine Verpflichtung als nicht gegeben ansieht, der Rehabilitationsträger aber diesen für vorrangig verpflichtet hält. Eine solche Situation würde zu Lasten der Menschen mit Behinderungen gehen. Diesen kann aber nicht zugemutet werden, gegen ihren Arbeitgeber ggf. beim Arbeitsgericht zu klagen, um nur im Fall des Unterliegens das Hilfsmittel vom Rehabilitationsträger beanspruchen zu können. Vielmehr sollte klargestellt werden, dass der Rehabilitationsträger in einem solchen Fall vorleistungsverpflichtet ist und den arbeitsrechtlichen Anspruch von Beschäftigten mit Behinderung auf sich überleiten kann. § 115 SGB X, der sich dem Wortlaut nach nur mit Entgeltansprüchen befasst, sollte entsprechend ergänzt werden. Eine solche Regelung sollte dazu führen, dass sich Rehabilitationsträger und Arbeitgeber in der Praxis verständigen.

Sachverständigenbeirat (Art. 1 Nr. 5 GE, § 153a SGB IX–E)

Mit dem vorgeschlagenen neuen Verfahren zur Bestimmung eines unabhängigen Sachverständigenbeirats Versorgungsmmedizinische Begutachtung und den Regelungen zu dessen Tätigkeit soll erreicht werden, dass die

Versorgungsmedizinischen Grundsätze und damit die Anerkennung als schwerbehindert stärker als bisher den Anforderungen des Behinderungsbegriffs in § 2 Abs. 1 SGB IX und seiner Orientierung an Art. 1 UN-BRK und der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) entsprechen. Sie sollen stärker nicht nur die gesundheitlichen Funktionsbeeinträchtigungen, sondern auch deren Kontextfaktoren, unter anderem im Arbeitsleben, berücksichtigen. Da die Anerkennung als schwerbehindert und die daran anknüpfenden arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Rechtsfolgen bedeutende Instrumente zur Schaffung eines inklusiven Arbeitsmarktes sind, handelt es sich um eine in dessen Kontext wichtige Reform. Sie kann auch dazu beitragen, künftigen Reformen der Versorgungsmedizinischen Grundsätze eine bessere Fundierung und höhere Akzeptanz zu schaffen.

Als Ziel wird in § 153a Abs. 1 Satz 3 SGB IX-E formuliert, dass die Grundsätze teilhabeorientiert auf der Grundlage des aktuellen Standes der medizinischen Wissenschaft und der Medizintechnik auf der Basis versorgungsmedizinischer Erfordernisse fortentwickelt werden sollen. Der Bundesrat schlägt vor, dass hier von der evidenzbasierten Medizin gesprochen werden soll. Richtig ist, dass der aktuelle Stand der medizinischen Wissenschaft auf der Basis bestmöglicher Evidenz zu bestimmen ist. Allerdings bezieht sich der etablierte Standard evidenzbasierter Medizin primär auf die Fundierung von medizinischen Interventionen, während es bei der Anerkennung eines Grades der Behinderung nicht um die Bestimmung einer Therapie, sondern um Teilhabebeeinträchtigungen geht, für deren Feststellung auch das Verständnis von Daten über Lebenslagen erforderlich ist (vgl. Dritter Teilhabebericht der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27890, S. 760 ff.). Insofern ist die Entwicklung von Grundsätzen zur Feststellung des Grades der Behinderung keine nur medizinische, sondern eine interdisziplinäre Aufgabe. Dies hat die Bundesregierung im Gesetzentwurf durch die Öffnung des Sachverständigenbeirates für Sachverständige anderer Wissenschaften als der Medizin richtig erkannt. Die Erkenntnis sollte auch in der Zielbeschreibung der Beiratsarbeit verankert werden, so dass es zielführender wäre, den aktuellen Stand der Wissenschaft (ohne Verengung auf eine Disziplin) als Bezugspunkt zu nehmen. Dieser Stand der Wissenschaft(en) ist, auch außerhalb der Medizin, auf bestmögliche Evidenz zu stützen. Entsprechend ist fraglich, ob es zielführend ist, in § 153a Abs. 2 Satz 1 SGB IX-E einen (mehrheitlichen) Anteil der Medizin festzuschreiben, für andere Disziplinen aber nur eine Hoffnung auf angemessene Repräsentation in der Begründung festzuhalten (BT-Drs. 20/5664, 19). Hier sollte mindestens beobachtet werden, ob das vorgeschlagene Benennungsverfahren zur erhofften Repräsentanz der weiteren sachkundigen Wissenschaften (Sozialwissenschaften, Arbeitswissenschaften, Public Health, Rehabilitationswissenschaften, Teilhabewissenschaften, Disability Studies u.a.) führt. Möglicherweise können Defizite durch die Zuziehung von externen Sachverständigen (§ 153a Abs. 4 Satz 1 SGB IX-E) gemildert werden.

Problematisch könnte die in der Gesetzesbegründung niedergelegte Erwartung sein, dass der Beirat vor allem Fortschritte der Barrierefreiheit, Medizin und Medizintechnik erkennen sollte, aus denen Anpassungsbedarf folge (BT-Drs. 20/5664, 19). Eine solche Erwartung könnte im Spannungsfeld zur wissenschaftlichen Unabhängigkeit des Gremiums stehen, das ebenso wie Fortschritte auch Rückschritte oder bislang

unberücksichtigte Beeinträchtigungen und Barrieren benennen sollte und somit Anpassungsbedarf in jeder Richtung erkennen müsste.

Mit dem in § 153 Abs. 2 Satz 1 SGB IX-E vorgeschlagenen Benennungsverfahren, wonach jeweils sieben Personen von den Ländern, vom BMAS und vom Deutschen Behindertenrat vorgeschlagen werden, wird das richtige Anliegen verfolgt, eine Pluralität von Sachverständigen zu erreichen und zugleich der Partizipationsforderung aus Art. 4 Abs. 3 UN-BRK gerecht zu werden. Im Kontext eines inklusiven Arbeitsmarkts fällt jedoch auf, dass dessen zentrale Akteure, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, nicht berücksichtigt worden sind. Das erscheint nicht sachgerecht. Ebenso sollte überprüft werden, ob der spezifische Sachverstand von Menschen mit Behinderungen im Arbeitsleben hinreichend einbezogen wird. Dieser findet sich insbesondere in den Schwerbehindertenvertretungen, die institutionell mit dem Anerkennungsverfahren nach dem Schwerbehindertenrecht und seinen Folgen täglich befasst sind (wie auch die Inklusionsbeauftragten der Arbeitgeber). Die Schwerbehindertenvertretungen und ihre Arbeitsgemeinschaften sind jedoch bislang noch nicht im Deutschen Behindertenrat vertreten. Die Arbeitsmarktakteure sollten unmittelbar ins Benennungsverfahren einbezogen werden, was ihrer Bedeutung nach Art. 9 Abs. 3 GG entspräche. Sollte dies nicht geschehen, wäre denkbar, dass das BMAS sie über die Selbstverwaltung der Bundesagentur für Arbeit einbezieht und die Länder sie über die Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen einbeziehen.

Neuregelung zum Budget für Arbeit (Art. 2 Nr. 1 GE, § 61 Abs. 2 SGB IX)

Die Begrenzung des Budgets für Arbeit auf 40% der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV soll aufgehoben werden. Diese Neuregelung ist zu begrüßen, weil sie ermöglicht, das Instrument besser für einen inklusiven Arbeitsmarkt zu nutzen. Der Bundesrat fordert, dass diese Regelung sofort in Kraft treten soll. Diese Forderung ist sinnvoll und nachvollziehbar.

Neuregelung zur Ausgleichsabgabe (Art. 2 Nr. 3 GE, § 160 SGB IX)

Der Gesetzentwurf sieht vor, die Ausgleichsabgabe für Arbeitgeber bei Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht moderat anzuheben und eine zusätzliche erhöhte „vierte Staffel“ für Arbeitgeber einzuführen, die keine schwerbehinderten Menschen beschäftigen. Diese Regelung ist geeignet, die Antriebsfunktion der Ausgleichsabgabe zur Einstellung schwerbehinderter Menschen zu stärken und die Ausgleichsfunktion zur Förderung von Arbeitgebern, die die Beschäftigungspflicht erfüllen, zu stabilisieren.

Kurzfristige Wettbewerbsvorteile, die sich „Null-Beschäftiger“ erhoffen, gehen zu Lasten eines inklusiven Arbeitsmarktes und damit der Gesamtheit der Beschäftigten und Arbeitgeber sowie zu Lasten der Sozialleistungsträger, die für die Folgen von Arbeitslosigkeit, Armut und Erwerbsminderung aus Steuer- und Beitragsmitteln aufkommen müssen. Es ist also verkürzt, wenn der Nationale Normenkontrollrat alleine auf die Mehrbelastung von der erhöhten Abgabe betroffener Unternehmen abstellt, ohne die Entlastung gesetzestreuer Unternehmen, behinderter Beschäftigter und ihrer Familien sowie der Sozialleistungsträger in die Rechnung einzubeziehen. Die vom Normenkontrollrat angeregte Evaluation könnte diese Effekte bei methodisch entsprechend breiter Anlage vertiefend untersuchen und auch prüfen, ob die

Ausgleichsabgabe nach der Neuregelung hoch genug ist, um ihre Funktionen optimal zu erfüllen.

Um die Wirksamkeit der Neuregelung zu verstärken wäre es sinnvoll, wenn in § 4 EStG geregelt würde, dass die Kosten der Ausgleichsabgabe für Unternehmen nicht steuerlich als Betriebsausgaben absetzbar sind.

Abschaffung der Ordnungswidrigkeit (Art. 2 Nr. 7 GE, § 238 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX)

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass nicht mehr ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 154 SGB IX einen schwerbehinderten Menschen nicht beschäftigt. Zur Begründung dieser Neuregelung wird angeführt, dass es nach Erhöhung der Ausgleichsabgabe nicht mehr angemessen sei, die Nichtbeschäftigung zusätzlich auch noch mit einem Bußgeld zu sanktionieren. Ein zusätzliches Bußgeld sei auch kontraproduktiv.

Die geplante Neuregelung ist aus rechtssystematischen und politischen Gründen sehr problematisch. Zusammen mit ihrer Begründung verwischt sie den kategorialen Unterschied zwischen einer Ausgleichsabgabe mit Antriebsfunktion und Ausgleichsfunktion und einer Ordnungswidrigkeit mit Sanktionsfunktion, die zugleich der Verdeutlichung der Rechtswidrigkeit von Handeln dient. In Art. 5 Abs. 2 UN-BRK werden die Vertragsstaaten der UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet, Diskriminierung von Menschen mit Behinderung zu verbieten. Die Aufhebung einer Sanktionsnorm ist jedoch geeignet, den Charakter der Nichtbeschäftigung als rechtswidrig zu verdecken. Der gängigen, jedoch unzutreffenden Auffassung, von der Beschäftigungspflicht könne man sich „freikaufen“, würde durch die Aufhebung Vorschub geleistet. Insoweit ist nicht nachvollziehbar, wieso die Androhung eines Bußgeldes kontraproduktiv sein soll. Weiterhin bestünde ein Wertungswiderspruch zum Arbeitsrecht, denn die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtbeschäftigung von Menschen mit Behinderungen verstößt auch regelmäßig gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG. Arbeitgeber, die ohne schuldhaftes Handeln keine schwerbehinderten Menschen beschäftigen, fallen nicht unter die Ordnungswidrigkeit. Insofern ist der Ordnungswidrigkeitstatbestand wichtig, um einen Unterschied zwischen Arbeitgebern zu markieren, die sich um die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen bemühen und solchen, die dies vorsätzlich oder fahrlässig nicht tun. Jedenfalls könnte es kontraproduktiv sein, durch die Aufhebung des Tatbestands den Eindruck zu erwecken, bei Zahlung der Ausgleichsabgabe sei der Verstoß gegen die Beschäftigungspflicht legitim.

Soweit ersichtlich, liegen keine Daten vor, die die bislang sehr seltene Anwendung des Ordnungswidrigkeitstatbestands durch die Bundesagentur für Arbeit evaluieren. Die vorliegende Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages (WD 6-3000-030/22) könnte zum Ausgangspunkt einer Neubestimmung der Zuständigkeit für das Ordnungswidrigkeitenverfahren gemacht werden, die beispielsweise auf die Zollverwaltung erfolgen könnte.

Förderung der Ausbildung von nicht schwerbehinderten Jugendlichen und jungen Erwachsenen (Art. 2 Nr. 4b GE, § 161 Abs. 2 SGB IX-E).

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass zukünftig auch Vorhaben, die aus dem Ausgleichsfonds finanziert werden, sich auf die Förderung der Ausbildung von nicht schwerbehinderten Jugendlichen und jungen Erwachsenen erstrecken dürfen, wenn

diese Personen Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben erhalten. Diese Neuregelung trägt der Erkenntnis Rechnung, dass viele behinderte Jugendliche und junge Erwachsene noch nicht als Schwerbehinderte anerkannt sind, ihnen aber bei fehlender Förderung eine Verfestigung von Teilhabestörungen am Arbeitsmarkt droht. Die Verankerung eines solchen präventiven Ansatzes im Schwerbehindertenrecht ist zu begrüßen. Seine weitere Konkretisierung wäre sinnvoll.

Genehmigungsfiktion (Art. 2 Nr. 6 GE, § 185 Abs. 9 SGB IX–GE)

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass zukünftig ein Antrag auf eine Leistung, auf die ein Anspruch besteht, sechs Wochen nach Eingang als genehmigt gilt, wenn das Integrationsamt bis dahin nicht über den Antrag entschieden hat und die beantragte Leistung nach Art und Umfang im Antrag genau bezeichnet ist. Die Neuregelung trägt der Erkenntnis Rechnung, dass Verzögerungen im Verwaltungsverfahren erhebliche Hemmnisse bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen darstellen. Regelungen zur Genehmigungsfiktion gelten bereits für die Rehabilitationsträger (§ 18 SGB IX). Es ist sinnvoll, auch für die Integrationsämter eine Regelung zu schaffen, die zu einer Beschleunigung des Verfahrens führen soll.

Der Bundesrat schlägt vor, zu präzisieren, dass der Eingang des Antrags beim Integrationsamt gemeint ist. Dieser Vorschlag ist nachvollziehbar, soweit er Fälle betrifft, in denen der Antrag zunächst bei einem Rehabilitationsträger gestellt worden und innerhalb der Zweiwochenfrist von § 14 Abs. 1 SGB IX weitergeleitet worden ist. Ist der Antrag jedoch erst später weitergeleitet worden, sollte sich die Frist zum Schutz des Antragstellers nicht weiter verlängern. Die Folgen würde bei einer verspäteten Weiterleitung der Rehabilitationsträger nicht das Integrationsamt tragen müssen.

In der Begründung des Gesetzentwurfs und in der Stellungnahme des Bundesrats wird auf die Möglichkeit Bezug genommen, dass die Sachverhaltsermittlung länger als sechs Wochen dauert. Für diesen Fall sollte auf die Regelungen nach § 18 Abs. 1–3 SGB IX Bezug genommen werden. Ebenso sollte die Rechtsfolge der Genehmigungsfiktion unter Bezug auf § 18 Abs. 4 und 5 SGB IX geregelt werden. Dabei könnte geprüft werden, ob auch in diesen Normen klarstellend ein Sachleistungsanspruch verankert werden sollte, damit die Antragsteller z.B. auf Arbeitsassistenten nicht durch die erheblichen Kosten der Selbstbeschaffung belastet werden.

Jobcoaching

Der Bundesrat bittet in seiner Stellungnahme, im weiteren Gesetzgebungsverfahren das Jobcoaching am Arbeitsplatz in die §§ 49 und 185 SGB IX definiertes Leistungsangebot zur Teilhabe am Arbeitsleben aufzunehmen. Diese Forderung ist nachvollziehbar und sinnvoll.

Weitere Schritte und Maßnahmen zu einem inklusiven Arbeitsmarkt

Den Antragstellern des Antrags „Mehr Schritte hin zu einem inklusiven Arbeitsmarkt“ (BT–Drs. 20/5820) sowie wohl auch der Bundesregierung, dem Bundesrat und weiteren Bundestagsfraktionen dürfte klar sein, dass die im Gesetzentwurf enthaltenen Maßnahmen überwiegend notwendige, aber noch nicht hinreichende Schritte zu einem inklusiven Arbeitsmarkt enthalten. Insbesondere sollte klar sein, dass eine Erhöhung der Ausgleichsabgabe mit weiteren und zukünftigen Schritten

verbunden sein sollte, die es Arbeitgebern und schwerbehinderten Beschäftigten erleichtern, Arbeitsverhältnisse zu begründen und aufrechtzuerhalten.

Als solche Maßnahmen nennt der Antrag BT-Drs. 20/5820 insbesondere die Klärung, dass Nutzerinnen und Nutzer des **Budgets für Arbeit** Anspruch auf Arbeitslosenversicherung haben müssen und nicht unter § 28 Abs. 1 Nr. 2 SGB III fallen, dass das Durchlaufen des Eingangsverfahrens, Berufsbildungsbereichs oder Arbeitsbereichs einer WfbM und eine dauerhafte Erwerbsminderung keine zwingenden Voraussetzungen für das Budget für Arbeit sein sollen. Weiterhin werden eine **Förderung von Inklusionsunternehmen** und -betrieben sowie Inklusionsabteilungen und -projekten gefordert. Es wird gefordert, stets zu prüfen, ob Menschen mit Behinderungen statt in einer WfbM anderweitig beschäftigt werden können und in ein solches Prüfverfahren Selbstvertretungsorganisationen und unabhängige Beratung einzubinden. Es wird die Bezahlung von Menschen mit Behinderungen auf **ausgelagerten Arbeitsplätzen** von WfbM nach dem Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gefordert. Es soll mehr Personal im Bereich Rehabilitation durch die Bundesagentur für Arbeit eingestellt werden. Diese Forderungen zur Stärkung des Budgets für Arbeit und zur Transformation der Beschäftigung in WfbM sollten in einem weiteren für diese Wahlperiode zu erwartenden Gesetzgebungsvorhaben geprüft werden. Eine **Neubestimmung des Entgelts und Überprüfung des arbeits- und sozialrechtlichen Status der aktuell in WfbM beschäftigten Personen** wird Teil der Transformation zu einem inklusiven Arbeitsmarkt sein.

Zu einem inklusiven Arbeitsmarkt gehören auch **Schritte und Maßnahmen zur Stabilisierung und zum Schutz der Arbeitsverhältnisse von Menschen mit Behinderungen** und chronischen Erkrankungen. Hierzu enthält das geltende Recht Instrumente, die überprüft und gestärkt werden müssen, insbesondere die Pflicht von Arbeitgebern zu angemessenen Vorkehrungen, das Betriebliche Eingliederungsmanagement und die stufenweise Wiedereingliederung.

Die Pflicht von Arbeitgebern zu **angemessenen Vorkehrungen** zur Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ergibt sich aus Art. 5 RL 2000/78/EG und aus Art. 27 UN-BRK. Sie ist bislang im Schwerbehindertenrecht insbesondere in § 164 SGB IX sowie betrieblich in Inklusionsvereinbarungen nach § 166 SGB IX konkretisiert. Eine weitergehende Verankerung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen wurde unter anderem in einem Gutachten von **Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer** für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes als geboten identifiziert (Eichenhofer, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht – menschenrechtliche Forderungen an das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2018). Eine solche Verpflichtung müsste im AGG festgeschrieben werden.

Das **Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM)** als Pflicht der Arbeitgeber bei Gefährdung des Arbeitsverhältnisses und bei Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres ist in § 167 SGB IX festgeschrieben. Bislang deuten erhebliche Erkenntnisse darauf hin, dass die Norm zwar erfolgreich in vielen Betrieben praktiziert wird, es aber noch Defizite in der Rechtsdurchsetzung gibt.

Die **stufenweise Wiedereingliederung (§ 44 SGB IX)** soll im Zusammenspiel von Rehabilitationsträgern und Arbeitgebern erreichen, dass arbeitsunfähige Beschäftigte wieder eingegliedert werden. Auch hier bestehen noch Implementationsdefizite.

Zur weiteren Durchsetzung verweise ich auf die Überlegungen meiner Kollegin **Prof. Dr. Katja Nebe** von der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, die vor kurzem veröffentlicht worden sind (www.reha-recht.de, Beitrag D 3-2023). Der Beitrag wird hier wörtlich wiedergegeben:

„Hinsichtlich zweier wichtiger Instrumente – Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) und Stufenweise Wiedereingliederung (StW) – droht, dass der Gesetzgeber seine klar erkennbaren Aufgaben nicht erfüllt und damit eine bekannte Rechtsschutzlücke bleibt.

I. Aktueller Gesetzentwurf – ohne BEM und StW

Der aktuelle Regierungsentwurf des Gesetzes zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes soll beitragen, Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen in Arbeit zu halten.^[1] Dies deckt sich mit der Ankündigung im Koalitionsvertrag:

„Wir wollen [...], dass Menschen so lange und inklusiv wie möglich am Arbeitsleben teilhaben. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement wollen wir als Instrument auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite stärker etablieren mit dem Ziel, es nach einheitlichen Qualitätsstandards flächendeckend verbindlich zu machen (Beispiel „Hamburger Modell“).“

(Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 62).

Dem entgegen werden allerdings weder das BEM noch die StW (historisch als „Hamburger Modell“ im Krankenversicherungsrecht verankert) im derzeitigen Gesetzentwurf behandelt. Dies wird kritisiert und gefordert, einen Anspruch auf BEM und auf StW gesetzlich zu verankern.^[2] Trotz dieser Kritik thematisieren der Bundesrat wie zuvor auch die Ausschüsse^[3] BEM und StW nicht^[4]. Dies verwundert, denn mehrfach haben Gesetzgeber und Regierungen deutlich gemacht, dass sie beiden Instrumenten eine Schlüsselstellung für die Erwerbsteilhabe gesundheitsbeeinträchtigter Menschen zuerkennen.^[5] Die Normgenese und deren Anwendung zeigen, wie wichtig es jetzt ist, Rechtsdurchsetzungslücken durch den Gesetzgeber zu schließen.

II. Die noch unvollendete Erfolgsgeschichte des BEM – der Rückblick offenbart Vollzugsdefizite

Das BEM hat nach seiner Einführung im SGB IX rasch rechtstatsächliche Wirkung entfaltet, u. a., weil die Rechtsprechung die Gelegenheit zügig genutzt und schon 2007 höchstrichterlich verschiedene diskutierte Fragen geklärt hat.^[6] So wurde entschieden, dass die Pflicht zur Durchführung des BEM allein von der Dauer der Arbeitsunfähigkeit (insgesamt mindestens 42 Tage bzw. 6 Wochen) und der Zustimmung des Beschäftigten abhängt und es damit auf eine anerkannte (Schwer-)Behinderung nicht ankommt. Zugleich wurde geklärt, dass bei Verstoß gegen die BEM-Pflicht eine krankheitsbedingte Kündigung zwar nicht automatisch unwirksam ist, gleichwohl aber das Unterlassen des BEM-Verfahrens im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung innerhalb des Kündigungsschutzverfahrens zu berücksichtigen ist. Ein Arbeitgeber, der ein BEM nicht ordnungsgemäß genutzt hat, soll keine prozessualen Vorteile hieraus ziehen können. Diese Rechtsprechung erfuhr ein breites positives Echo.^[7] Außerdem wurde in der Literatur beschrieben, wie sich mittels praktizierter BEM-Verfahren der allgemeine Arbeitsschutz effektivieren und in vielen Betrieben die noch fehlende Gefährdungsbeurteilung

nachholen lässt.[\[8\]](#) Trotz all dessen bleibt bis heute ein erhebliches Manko beim Vollzug der BEM-Pflicht.[\[9\]](#)

Der „Vollzugshebel“ im Wege des Kündigungsschutzes greift nur dort, wo Beschäftigte eine krankheitsbedingte Kündigung im Wege einer Kündigungsschutzklage gerichtlich prüfen lassen können. Während das BEM unabhängig von der Betriebsgröße, also auch im Kleinstbetrieb, gilt, greift das Kündigungsschutzgesetz allerdings erst ab mehr als zehn Beschäftigten (gerechnet in Vollzeitäquivalent). Damit läuft die kündigungsrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit für viele Beschäftigte leer. Das Gleiche gilt für befristete Arbeitsverhältnisse, denn hier kommt eine Kündigungsschutzklage schon mangels Kündigung nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund wurde in Literatur und Instanzrechtsprechung ein individueller Anspruch auf Durchführung eines BEM-Verfahrens bzw. ein Anspruch auf Schadenersatz bei dessen Unterlassen befürwortet.[\[10\]](#) Auch der Gesetzgeber hat verschiedene Gelegenheiten, insbesondere die Verabschiedung des Bundesteilhabegesetzes genutzt, um den Stellenwert des BEM zur Gesundheitsprävention zu stärken. Dazu ist zum einen die Schwerbehindertenvertretung in ihren Rechten deutlich gestärkt worden und dies auch mit Blick darauf, dass die SBV auf BEM-Verfahren hinwirken kann. Auch sind die außerbetrieblichen Akteure deutlicher in die Verantwortung genommen worden, BEM-Verfahren in den Betrieben zu stimulieren, vgl. §§ 3 Abs. 1 und 10 Abs. 5 SGB IX. Nicht durchgesetzt hat sich bisher die rechtspolitische Forderung, bei Verstößen gegen die BEM-Pflicht gesetzlich eine Sanktion ausdrücklich vorzusehen. Bonusleistungen der Rehabilitationsträger sind ein gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Mittel, Anreize zu schaffen, vgl. § 167 Abs. 3 SGB IX.[\[11\]](#)

III. Vollzug durch individuellen Anspruch auf ein BEM – verneint durch höchstrichterliche Rechtsprechung

Der Anteil derer, denen trotz bestehender Voraussetzungen im individuellen Fall kein BEM angeboten worden ist, liegt in kleineren Betrieben, im Handwerk und im Dienstleistungsbereich bei mehr als 60 % der berechtigten Beschäftigten.[\[12\]](#) Hier wäre also ein individuell durchsetzbarer Anspruch besonders dringlich, um die Vorteile des BEM zu erlangen. Leider hat die höchstrichterliche Rechtsprechung den Hebel über einen klagbaren Anspruch zumindest vorläufig versperrt. Mit Spannung erwartet worden war die Entscheidung des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG) am 7. September 2021 (Aktenzeichen: 9 AZR 571/20), in der erstmals höchstrichterlich über einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines BEM zu entscheiden war. Der 9. BAG-Senat hat es abgelehnt, auf den Rechtssatz, der die Pflicht des Arbeitgebers begründet, also auf § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX, auch einen individuell durchsetzbaren Anspruch auf ein BEM-Verfahren zu stützen. Der Senat sieht nach seiner Auslegung der Norm zwar eine Pflicht des Arbeitgebers auf Durchführung des BEM, aber keine damit korrespondierende individuelle Durchsetzungsmöglichkeit für die Beschäftigten. Leider konnte sich der 9. BAG-Senat auch nicht der Sichtweise anschließen, im BEM-Verfahren selbst eine angemessene Vorkehrung im Sinne des Art. 5 RL 2000/78/EG bzw. i. S. d. Art. 27 Abs. 1 S. 2 Buchst. i i. V. m. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) zu sehen.[\[13\]](#) Auch eine Anrufung des Europäischen Gerichtshof (EuGH) hielt der 9. Senat für nicht erforderlich. Am Ende

macht der Senat in seinem Urteil noch einmal deutlich, dass er sich vor allem auch aus methodischen Gründen gehindert sieht, den Anspruch auf Erfüllung der BEM-Pflicht für Betroffene auf andere Rechtsgrundlagen zu stützen.^[14] Der 9. BAG-Senat meint, der Gesetzgeber habe sich klar gegen einen individuell durchsetzbaren Anspruch entschieden. Hierüber kann natürlich gestritten werden und es gibt gute Gründe, den 9. BAG-Senat für seine Zurückhaltung in der Anwendung des Unionsrechts sowie der UN-BRK zu kritisieren.^[15] Im Moment aber liegt der Ball eindeutig beim Gesetzgeber, der gefordert ist, sich im Spiegel dieser klaren Rechtsprechung selbst nicht widersprüchlich zu verhalten und transparent zu kodifizieren, dass spiegelbildlich zur Pflicht des Arbeitgebers auch ein durchsetzbares Recht der Beschäftigten besteht.

IV. Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen – am Beispiel von BEM und StW

Und hierin ist der Gesetzgeber auch nicht frei. Ein Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes muss sich vor allem an den Vorgaben des Art. 27 UN-BRK^[16] und ebenso an den Vorgaben der Europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2000/78/EG) orientieren. Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen ist in beiden Rechtsquellen elementarer Bestandteil zum Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Im deutschen Arbeitsrecht fehlt es an einer Umsetzung, abgesehen von den Vorschriften speziell für Menschen mit Schwerbehinderung, §§ 163 ff. SGB IX. In verschiedenen Judikaten hat auch das Bundesarbeitsgericht die Schutzlücke zugunsten von Menschen mit sogenannter „einfacher“ Behinderung geschlossen und legt hierzu die Generalklauseln des Schuldrechts unions- bzw. völkerrechtskonform aus, um Arbeitgebern auch ohne explizite gesetzliche Regelung die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen aufzuerlegen.^[17] Aber ausgerechnet für die wichtigen Instrumente der StW und des BEM sehen sich die BAG-Senate gehindert, diese als konkrete Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen zu erkennen und damit bei deren Versagen entsprechende Sanktionen zuzuerkennen. Was sollte dagegensprechen?

Zum einen heißt es, dass begrifflich eine angemessene Vorkehrung nur eine 'im konkreten Einzelfall geeignete, erforderliche und dem Arbeitgeber zumutbare materielle oder organisatorische Maßnahme sein könne, nicht aber lediglich ein Verfahren, dessen Ziel es ist, frühzeitig eine im Einzelfall geeignete Maßnahme zu ermitteln.^[18] Das überzeugt nicht. Warum soll angesichts einer Mehrzahl denkbarer Maßnahmen nicht auch schon der Weg zu deren Ermittlung Bestandteil der angemessenen Vorkehrung selbst sein? Ohne Antwort des EuGH kann ein nationales Gericht gerade nicht ausschließen, dass ein Verfahren wie ein BEM zur angemessenen Vorkehrung selbst zählt.

Noch weniger zu überzeugen vermag die Argumentation, mit der der 8. BAG-Senat einen diskriminierungsbedingten Schadenersatzanspruch bei Verletzung der BEM-Pflicht verneint hat. Die BEM-Pflicht sei eine universelle Verfahrenspflicht zugunsten eines jeden Beschäftigten. Und weil es für die BEM-Pflicht auf eine Behinderung nicht ankomme, könne deren Verletzung wiederum auch keine behinderungsbedingte Diskriminierung begründen.^[19] Diese Restriktion lässt außen vor, dass das BEM-Verfahren unabhängig von seinem weiten personellen Geltungsbereich zugleich gerade für behinderte Menschen ein Instrument zur Sicherung ihrer beruflichen Teilhabe ist. Bleibt ihnen ein BEM vorenthalten, fehlt ihnen vor allem im Kleinbetrieb

(ohne Interessenvertretung) ein wichtiger Hebel zur Durchsetzung einer – zu findenden – konkreten angemessenen Maßnahme. Der universelle Charakter des BEM kann dessen besondere Bedeutung gerade für behinderte Menschen nicht schmälern. Vielmehr muss sich die Rechtsprechung mit den Konsequenzen der Barrierefreiheit und dem damit verbundenen Prinzip des „universal design“ in differenzierter Weise auseinandersetzen. Wird der sanktionsbewährte Diskriminierungsvorwurf allein auf die Leistungs- und Verfahrenspflichten beschränkt, die ausschließlich für behinderte Menschen konzipiert bzw. vorgesehen sind, liefe dies den Grundsätzen der Inklusion diametral entgegen.^[20]

Ein Anspruch auf eine StW zugunsten von Menschen, die nicht schwerbehindert bzw. diesen gleichgestellt sind, wird von der BAG-Rechtsprechung mit der Begründung versagt, dass während der StW noch Arbeitsunfähigkeit bestehe, die wechselseitigen Austauschpflichten also ruhen und der Arbeitgeber parallel nicht zur Entgegennahme von nicht vertragsgerechter Leistung verpflichtet sei. Die Beschäftigung zur StW fuße auf Freiwilligkeit und könne nicht einseitig durchgesetzt werden.^[21]

V. Der Gesetzgeber ist gefordert, im Lichte der Exklusionsrisiken konsistent zu regeln

Nach wie vor haben Menschen mit (Schwer-)Behinderung ein deutlich höheres Risiko, von Erwerbsteilhabe am allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen zu sein. Deshalb will der Gesetzgeber noch stärker als bisher darauf hinwirken, Menschen nach längerer Erkrankung nachhaltig zurück in den Job zu bringen. Schon 2004 wusste der Gesetzgeber, dass Menschen mit (drohenden) Behinderungen ein Verfahren wie das BEM und eine Maßnahme wie die StW brauchen. Auch wenn beide Normen – § 167 Abs. 2 SGB IX und §§ 44 SGB IX, 74 SGB V – nicht speziell für Menschen mit Behinderung, sondern hinsichtlich der Berechtigten weiter konzipiert sind, verlieren sie damit nicht die rechtliche Qualität einer angemessenen Vorkehrung. Die gegenteilige Argumentation würde das für die Inklusion wichtige Prinzip des universellen Designs verkennen.

Am Beispiel der Rampe lässt sich das zeigen. Was haben eine Rampe und das BEM gemeinsam? Beide sind für sämtliche Nutzerinnen und Nutzer zweckdienlich, aber nicht für alle ihre Nutzerinnen und Nutzer gleichermaßen erforderlich. Wird eine im Betrieb vorhandene Rampe beseitigt, sind nicht alle Beschäftigten nun an der Zugänglichkeit zur Betriebsstätte gehindert. Und deshalb wird niemand bezweifeln, dass sich ein mobilitätsbeeinträchtigter Mensch anders gegen die Beseitigung oder für die Wiedererrichtung der Rampe einsetzen kann als nicht mobilitätsbeeinträchtigte Menschen. Rampen sind Ausdruck für Barrierefreiheit. Das Ziel einer inklusiven Umgebung und universeller Systeme heißt, die Umwelt derart zu gestalten, dass sie für so viele Menschen wie möglich ohne weitere Anpassung oder Spezialisierung nutzbar ist. Übertragen auf die Situation langzeiterkrankter Menschen heißt dies, dass die BEM-Pflicht für alle Beschäftigten ab einer bestimmten Arbeitsunfähigkeitsdauer eine universelle Verfahrensregelung darstellt, die allerdings für bestimmte der langzeiterkrankten Menschen von deutlich größerer Relevanz für ihre sichere Rückkehr an den Arbeitsplatz ist. Wer nach längerer Krankheit seine Arbeit voraussichtlich nicht gleich wieder wie zuvor ausüben kann, braucht Unterstützung bei der Rückkehr durch einen betrieblichen Suchprozess, um

etwaige Hindernisse auszuräumen und Verbesserungspotenziale aufzudecken. Eine dem Gedanken des universellen Designs im Sinne der UN-BRK folgende Verfahrenspflicht verliert nicht ihren besonderen Stellenwert für bestimmte schutzwürdige Beschäftigte, nur weil alle davon profitieren können.

Ein inklusiver Arbeitsmarkt braucht beides – universelle Lösungen und im Einzelfall angemessene Vorkehrungen. Beides schließt einander gerade nicht aus, sondern führt zu der vielfach geforderten Vereinfachung von Abläufen. Die Stärkung dieser Instrumente durch klar erkennbare Rechtsansprüche muss zur Umsetzung von Art. 27 UN-BRK jetzt vorgenommen werden. Es gibt keinen sachlichen Grund, noch länger Menschen in kleinen und mittleren Unternehmen von einem durchsetzbaren BEM auszuschließen.

[1] Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/22, S. 13.

[2] Vgl. nur Düwell in jurisPR-ArbR 49/2022, Anm. 1; DGB, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS v. 14.11.2022, abrufbar unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/gesetz-zur-foerderung-eines-inkluisiven-arbeitsmarktes.html>, zuletzt abgerufen am 06.03.2023.

[3] Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/1/22.

[4] Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/22/Beschluss.

[5] Vgl. nur Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 228; Bundestags-Drucksache 19/6337, S. 3, 68 oder Bundestags-Drucksache. 19/29328, S. 1, 5.

[6] BAG, 12.07.2007, 2 AZR 716/06, BB 2008, 277.

[7] Vgl. Überblick bei Deinert, NZA 2010, 969 ff.

[8] Aktuell Kohte SuP 2022, 793.

[9] W. Wrage/A. Sikora/U. Wegewitz: Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) – Es besteht noch immer Nachholbedarf. BIBB/BAuA-Faktenblatt 37, 1. Auflage. Dortmund: BAuA 2020.

[10] Nebe in SuP 2012, Heft 3, S. 188 = ASR 2012, Heft 1 S. 17 = Beitrag B18-2011 unter [www.reha-recht](http://www.reha-recht.de); LAG Hamm, 04.07.2011, 8 Sa 726/11, ASR 2013, 150.

[11] Dazu Kohte, SuP 2022, 793.

[12] Vgl. W. Wrage/A. Sikora/U. Wegewitz, a. a. O.

[13] Vgl. BAG, 07.09.2021, 9 AZR 571/20, juris Rn. 20; a. A. Müller, Klagbarer Anspruch auf ein BEM, Beitrag B6-2021 unter www.reha-recht.de, Stand 18.08.2021.

[14] Vgl. BAG, a. a. O., Rn. 28.

[15] Vgl. Euler, jurisPR-ArbR 10/2022 Anm. 1.

[16] Grundlegend Brose RdLH 2016, 1 ff.

[17] Vgl. grundlegend BAG, 19.12.2013, 6 AZR 190/12, BehR 2014, 134 sowie BAG, 22.05.2014, 8 AZR 662/13, mit Anm. Nebe RdA 2015, 353 ff.

[18] Vgl. insoweit zu § 167 Abs. 1 SGB IX BAG, 21.04.2016, 8 AZR 402/14, juris.

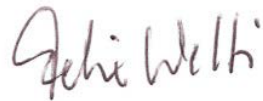
[19] BAG, 28.04.2011, 8 AZR 515/10, juris.

[20] Dazu schon Nebe, Homo faber disabilis, Studien aus dem MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 63, 2015, S. 163-174.

[21] Vgl. BAG, 24.09.2014, 5 AZR 611/12, juris Rn. 32; BAG, 06.12.2017, 5 AZR 815/16; BAG, 16.05.2019, 8 AZR 530/17, juris Rn. 21.“

Konkretisierend kann auf die zuletzt von **Prof. Dr. Wolfhard Kohte** publizierte Forderung hingewiesen werden, eine gesetzgeberische Klarstellung um die Verpflichtung zu ergänzen, dass spätestens nach Vorlage eines ärztlichen Eingliederungsplans den Beschäftigten unabhängig von der Dauer der Arbeitsunfähigkeit ein BEM-Verfahren anzubieten ist (Kohte, juris PR-ArbR 10/2023, Anm. 5).

Mit freundlichen Grüßen



Gerd Welth