

– Fachbeitrag D3-2023 –

06.03.2023

## **Das Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes – ohne BEM und StW?**

**Ein Plädoyer, Rechtsdurchsetzung zu stärken<sup>1</sup>**

*Von Prof. Dr. Katja Nebe, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Trotz dieser Kritik thematisieren der Bundesrat wie zuvor auch

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag D3-2023 in der Kategorie D: Konzepte und Politik veröffentlicht; [Zitiervorschlag](#): Nebe: Das Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes – ohne BEM und StW? – Ein Plädoyer, Rechtsdurchsetzung zu stärken; Beitrag D3-2023 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 06.03.2023.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/22, S. 13.

<sup>3</sup> 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-inklusive-arbeitsmarktes.html>, zuletzt abgerufen am 06.03.2023.

die Ausschüsse<sup>4</sup> BEM und StW nicht<sup>5</sup>. Dies verwundert, denn mehrfach haben Gesetzgeber und Regierungen deutlich gemacht, dass sie beiden Instrumenten eine Schlüsselstellung für die Erwerbsteilhabe gesundheitsbeeinträchtigter Menschen zuerkennen.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Trotz all dessen bleibt bis heute ein erhebliches Manko beim Vollzug der BEM-Pflicht.<sup>10</sup>

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 Kleinbetrieb, 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

---

<sup>4</sup> Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/1/22.

<sup>5</sup> Vgl. Bundesrats-Drucksache 682/22/Beschluss.

<sup>6</sup> Vgl. nur Bundestags-Drucksache 18/9522, S. 228; Bundestags-Drucksache 19/6337, S. 3, 68 oder Bundestags-Drucksache 19/29328, S. 1, 5.

<sup>7</sup> BAG, 12.07.2007, 2 AZR 716/06, BB 2008, 277.

<sup>8</sup> Vgl. Überblick bei Deinert, NZA 2010, 969 ff.

<sup>9</sup> Aktuell Kohte SuP 2022, 793.

<sup>10</sup> 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.

Anspruch auf Schadenersatz bei dessen Unterlassen befürwortet.<sup>11</sup> 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 vorgesehenes Mittel, Anreize zu schaffen, vgl. § 167 Abs. 3 SGB IX.<sup>12</sup>

### **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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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

---

<sup>11</sup> Nebe in SuP 2012, Heft 3, S. 188 = ASR 2012, Heft 1 S. 17 = Beitrag B18-2011 unter www.reha-recht; LAG Hamm, 04.07.2011, 8 Sa 726/11, ASR 2013, 150.

<sup>12</sup> Dazu Kohte, SuP 2022, 793.

<sup>13</sup> Vgl. W. Wrage/A. Sikora/U. Wegewitz, a. a. O.

<sup>14</sup> 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.

zu stützen.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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<sup>17</sup> 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 Urteilen 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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

---

<sup>15</sup> Vgl. BAG, a. a. O., Rn. 28.

<sup>16</sup> Vgl. Euler, jurisPR-ArbR 10/2022 Anm. 1.

<sup>17</sup> Grundlegend Brose RdLH 2016, 1 ff.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Vgl. insoweit zu § 167 Abs. 1 SGB IX BAG, 21.04.2016, 8 AZR 402/14, juris.

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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

## **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

---

<sup>20</sup> BAG, 28.04.2011, 8 AZR 515/10, juris.

<sup>21</sup> Dazu schon Nebe, Homo faber disabilis, Studien aus dem MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 63, 2015, S. 163–174.

<sup>22</sup> 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.

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.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---