

## **Kein Betriebliches Eingliederungsmanagement ohne SchwbV?**

Aktenzeichen: 2 AZR 88/09

### **Leitsätze**

Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch dann durchzuführen, wenn keine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX gebildet ist.

### **Tatbestand/Gründe/Tenor**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. Dezember 2008 - 14 Sa 1428/08 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung.

Der 1971 geborene Kläger ist gelernter Anlagenmechaniker der Fachrichtung Versorgungstechnik. Er war bei der Beklagten seit dem 1. September 1994 als Gasrohrnetzer, zuletzt in der Funktion eines Vorarbeiters, bei einer durchschnittlichen Bruttomonatsvergütung in Höhe von 2.500,00 Euro beschäftigt. Bei dem Kläger ist durch bisher nicht bestandskräftigen Bescheid ein Grad der Behinderung von 20 festgestellt.

Die Beklagte betreibt Rohrleitungs- und Anlagenbau. Sie beschäftigt etwa 200 Arbeitnehmer. Sie hat ihren Sitz in W und eine Außenstelle in B. Der Kläger war nahezu ausschließlich in der Außenstelle eingesetzt. Die Beklagte hat sieben Bauleitungen gebildet, darunter die Bauleitung "Rohrleitungsbau B", zu welcher der Kläger und der weitere Vorarbeiter H gehörten. Ein Betriebsrat ist nicht gewählt.

Der Kläger erkrankte am 25. September 2006 arbeitsunfähig. Er leidet unter Wirbelsäulenschäden. Am 16. März 2007 bot er der Beklagten die Wiederaufnahme der Arbeit an. Dabei wies er darauf hin, dass ihm seit Januar 2007 eine Rehabilitationsmaßnahme in Aussicht gestellt worden sei. Die Beklagte hatte gegen einen weiteren Einsatz des Klägers Bedenken und vereinbarte einen Untersuchungstermin mit dem zuständigen arbeitsmedizinischen Dienst. Der Kläger nahm den Termin wahr. Mit Schreiben vom 12. April 2007 schlug die Krankenkasse einen Arbeitsplatzwechsel vor. Vom 4. Juli 2007 bis 25. Juli 2007 nahm der Kläger an einer Rehabilitationsmaßnahme in einer Fachklinik teil. Mit Schreiben vom 19. September 2007 teilte die Rentenversicherung mit, es sei festgestellt worden, dass der Kläger nur noch körperlich leichte Arbeit überwiegend im Wechsel zwischen Sitzen und Stehen/Gehen verrichten solle und Gefährdungen durch Kälte, Nässe, Zugluft und starke Temperaturschwankungen zu vermeiden seien.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. März 2008. Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger vorgetragen, er könne zwar seine bisherigen Arbeiten nicht mehr verrichten, die Beklagte könne ihn aber als Sicherheitsbeauftragten oder in der Materialverwaltung der Außenstelle B, außerdem in ihrem Materiallager in W oder zur Erfüllung der verwaltungstechnischen Aufgaben aller Poliere und Vorarbeiter einsetzen. Auch ein Einsatz bei der Rohrleitungsumhüllung, bei der Arbeit an Gasleitungen mit Hochdrucksystem, beim Schweißen oder im Büro mit Zuarbeit für die Bauleiter komme in Frage. Ebenso könne sie ihm wie dem Mitarbeiter H einen Schonarbeitsplatz in W einrichten. Im Übrigen habe es die Beklagte versäumt, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 15. Oktober 2007 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bestehe nicht. Sie verfüge über keine freien Arbeitsplätze, die eine der Qualifikation, den Fähigkeiten und den gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers entsprechende Tätigkeit zuließen. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) habe sie mangels Bestehens einer betrieblichen Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX nicht durchführen müssen. Die dem Mitarbeiter H übertragenen Aufgaben könnten vom Kläger mangels ausreichender Qualifikation und wegen der mit ihnen verbundenen körperlichen Belastungen nicht ausgeführt werden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage keinen Erfolg haben. Die Beklagte hat nach Maßgabe von § 1 Abs. 2 KSchG hinreichend substantiiert vorgetragen, weshalb eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nicht bestanden habe (I.). Der Senat kann aufgrund der bisherigen Feststellungen gleichwohl nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG ist (II.).

I. Unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat die Beklagte hinreichend vorgetragen, dass eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nicht bestanden habe.

1. Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung von Kündigungen, die aus Anlass von Krankheiten ausgesprochen werden, ist nach der Rechtsprechung des Senats in drei Stufen vorzunehmen. Die Kündigung ist im Falle lang anhaltender Krankheit sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG), wenn eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegt - erste Stufe -, eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen ist - zweite Stufe - und eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des

Arbeitgebers führen - dritte Stufe - (Senat 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - BAGE 101, 39; 29. April 1999 - 2 AZR 431/98 - BAGE 91, 271; 21. Mai 1992 - 2 AZR 399/91 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 30 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 38). Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 239/06 - AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 45 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 53). Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann (Senat 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - aaO).

2. Eine Kündigung ist entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere Mittel vermieden werden kann, dh., wenn sie zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung nicht erforderlich ist. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Der Arbeitgeber hat vielmehr alle gleichwertigen, leidensgerechten Arbeitsplätze, auf denen der betroffene Arbeitnehmer unter Wahrnehmung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und ggf. "freizumachen" (vgl. Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 29, BAGE 123, 234; 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - zu II 1 d der Gründe, BAGE 85, 107).

3. Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Dazu gehört auch die Darlegung des Fehlens - alternativer - Beschäftigungsmöglichkeiten.

a) Der Arbeitgeber kann - außerhalb der Verpflichtung zur Durchführung eines BEM - zunächst pauschal behaupten, es bestehe für den dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer keine andere Beschäftigungsmöglichkeit. Diese pauschale Behauptung umfasst den Vortrag, es bestehe keine Möglichkeit einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsverhältnisses oder des Arbeitsplatzes. Der Arbeitnehmer muss sodann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine Beschäftigung - an einem anderen Arbeitsplatz - vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben könne (Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 43, BAGE 123, 234; 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - zu II 4 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30). Es ist dann Sache des Arbeitgebers, hierauf zu erwidern und ggf. darzulegen, warum eine solche Beschäftigung nicht möglich sei (vgl. Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 47, aaO).

b) Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit gilt auch dann, wenn - wie im Streitfall vom Landesarbeitsgericht angenommen - der Arbeitnehmer keinen oder nur einen oberflächlichen Einblick in die organisatorischen Arbeitsabläufe in anderen betrieblichen Bereichen hat. Dem Grundsatz, dass einer Partei nicht ein ihr unmöglicher Grad an Konkretisierung ihres Vortrags abverlangt werden darf, ist dadurch Rechnung getragen, dass der Arbeitnehmer lediglich konkret darlegen muss, wie er sich die anderweitige Beschäftigung vorstellt; von ihm wird nicht verlangt, dass er dazu ganz bestimmte Arbeitsplätze im Betrieb oder Unternehmen benennt (Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 -

Rn. 43, BAGE 123, 234; 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - zu II 4 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30). Aus dem Sachvortrag des Arbeitnehmers muss sich allerdings ergeben, dass er die seinen Vorstellungen entsprechende Tätigkeit trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann (Senat 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - zu II 4 b der Gründe, aaO).

4. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte ihrer Darlegungslast genügt.

a) Die Beklagte hat zunächst vorgetragen, es bestehe keine andere Möglichkeit, den Kläger leistungsgerecht zu beschäftigen.

b) Daraufhin hat der Kläger vorgetragen, er sei als Vorarbeiter mit der Funktion eines Poliers weiterhin in der Lage, die für den entsprechenden Mitarbeiterkreis anfallenden verwaltungstechnischen Aufgaben zu erfüllen. So könne er Aufmaße erstellen, Bauzeichnungen fertigen, Baustellen einrichten und leiten. Ferner könne er als zweiter "hauptamtlicher" Sicherheitsbeauftragter beschäftigt werden, die Materialverwaltung in der Außenstelle in B übernehmen oder als Magaziner, Gerätewart oder Lagermeister in dem Material- und Werkzeuglager der Beklagten in W tätig sein. Außerdem sei er - unter Vermeidung von körperlichen Belastungen - in der Lage, Rohrleitungen zu umhüllen, mit Hochdrucksystem an Gasleitungen zu arbeiten oder zu schweißen. Er könne sich auch eine Bürotätigkeit mit Zuarbeit für die Bauleiter vorstellen. Schließlich könne ihm die Beklagte einen dem des Mitarbeiters H entsprechenden Schonarbeitsplatz in W einrichten.

c) Hierauf hat die Beklagte erwidert und dargelegt, warum eine solche Beschäftigung nicht möglich sei.

aa) Die Übernahme der verwaltungstechnischen Aufgaben sämtlicher Vorarbeiter und Poliere erfordere die Übertragung von Bauleitertätigkeiten, was einer Beförderung gleichkomme. Dies ist ein erheblicher Einwand. Der Kläger kann eine Beförderung nicht verlangen. Im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes ist der Arbeitgeber regelmäßig nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine Beförderungsstelle anzubieten (Senat 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 40; 21. September 2000 - 2 AZR 440/99 - zu III 2 d cc der Gründe, BAGE 95, 350).

bb) Eine Beschäftigungsmöglichkeit ausschließlich als Sicherheitsbeauftragter bestehe nicht. Auch dieser Einwand ist beachtlich. Der Sicherheitsbeauftragte übt ein freiwilliges Ehrenamt aus, das neben dem eigentlichen Arbeitsverhältnis besteht (vgl. MünchArbR/Wlotzke 2. Aufl. § 208 Rn. 26).

cc) Die Beklagte hat behauptet, in der Außenstelle in B beschäftige sie keine Arbeitnehmer, eine Beschäftigungsmöglichkeit in der Materialverwaltung in der Außenstelle bestehe daher ebenfalls nicht. Tätigkeiten als Magaziner, Gerätewart oder Lagermeister in dem Material- und Werkzeuglager in W oder - unter Vermeidung von körperlichen Belastungen - das Umhüllen von Rohrleitungen, die Arbeit an Gasleitungen mit Hochdrucksystem, das Schweißen oder eine Tätigkeit im Büro mit Zuarbeit für die Bauleiter, die der Kläger nach seinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen ausüben könne, gebe es in ihrem Unternehmen nicht.

dd) Die Beklagte hat ferner vorgetragen, die dem Mitarbeiter H übertragenen Arbeiten fielen nur im B Raum an. Die davon abweichende Feststellung des Landesarbeitsgerichts, auch am Stammsitz der Beklagten würden Hochdruck-Rohrleitungsarbeiten und Hausanschluss-Versorgungsarbeiten ausgeführt, ist für

den Senat nicht bindend. Die Beklagte hat sie mit einer zulässigen und begründeten Verfahrensrüge (§ 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ZPO) angegriffen. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts verletzt den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Sie findet keine Grundlage im Parteivorbringen. Im Übrigen hat die Beklagte behauptet, der Kläger könne die dem Mitarbeiter H übertragenen Tätigkeiten nach seiner Qualifikation und seinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen ohnehin nicht ausüben.

II. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung aus personenbedingten Gründen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

1. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob eine negative Gesundheitsprognose im Zeitpunkt der Kündigung gerechtfertigt war.

2. Anhand der bisherigen Feststellungen lässt sich auch nicht beurteilen, ob die Kündigung deshalb unverhältnismäßig ist, weil die Beklagte mangels Durchführung eines BEM eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf andere Beschäftigungsmöglichkeiten trifft.

a) Der Kläger war vor Ausspruch der Kündigung innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen krank. Damit war die Beklagte gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX grundsätzlich verpflichtet, ein betriebliches Eingliederungsmanagement vorzunehmen. Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen (Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 35, BAGE 123, 234).

b) Ein BEM ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch dann durchzuführen, wenn keine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX gebildet ist (FKS-SGB IX-Feldes § 84 Rn. 41; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 342; Knittel SGB IX 4. Aufl. § 84 Rn. 84; Kossens/von der Heide/Maaß SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 18; Trenk-Hinterberger in HK-SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 34; Schulz PersV 2008, 244, 245; Zorn br 2006, 42, 43; LAG Schleswig-Holstein 7. November 2005 - 4 Sa 328/05 - zu II 2 e der Gründe, br 2006, 170). Das ergibt die Auslegung von § 84 Abs. 1 SGB IX. Die Durchführung eines BEM ist weder unmöglich noch sinnlos, wenn eine betriebliche Interessenvertretung nicht besteht.

aa) Der Wortlaut der Bestimmung erlaubt kein zweifelsfreies, eindeutiges Verständnis. Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX klärt der Arbeitgeber dann, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, mit der zuständigen Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten bleiben kann. Die Klärung hat danach zwar "mit der zuständigen Interessenvertretung" zu erfolgen. Daraus kann aber nicht zwingend geschlossen werden, eine Klärung habe gar nicht zu erfolgen, wenn eine betriebliche Interessenvertretung nicht gebildet sei. Der Wortlaut lässt sich ebenso gut dahin verstehen, dass dann, wenn eine solche besteht, die Klärung mit der Interessenvertretung und den übrigen Beteiligten, anderenfalls nur mit den übrigen Beteiligten vorzunehmen ist.

bb) Für dieses Verständnis sprechen systematische Gesichtspunkte. Auf der Tatbestandsseite des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist als Voraussetzung für die

Verpflichtung zur Durchführung eines BEM nur formuliert, dass ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig gewesen sein muss. Davon, dass eine betriebliche Interessenvertretung bestehen müsse, ist nicht die Rede. Wenn der Gesetzgeber ihre Existenz als notwendige Voraussetzung für die Verpflichtung zur Vornahme eines BEM angesehen hätte, wäre stattdessen zu erwarten gewesen, dass er das an dieser Stelle deutlich zum Ausdruck bringt. Hinzu kommt, dass § 84 Abs. 2 SGB IX zu demjenigen Regelungskomplex des SGB IX gehört, welcher sonstige Pflichten der Arbeitgeber und Rechte schwerbehinderter Menschen normiert. Die in diesem Abschnitt geregelten Arbeitgeberpflichten sind vom Bestehen einer betrieblichen Interessenvertretung durchweg unabhängig. Aus § 93 SGB IX ergibt sich nichts anderes. Die Vorschrift bestimmt, dass Betriebs-, Personal-, Richter-, Staatsanwalts- und Präsidialräte die Eingliederung schwerbehinderter Menschen fördern und insbesondere darauf achten, dass die dem Arbeitgeber nach §§ 71, 72 und §§ 81 bis 84 SGB IX obliegenden Verpflichtungen erfüllt werden. Diese Aufgabe besteht im Hinblick auf die Verpflichtungen des Arbeitgebers aus § 84 Abs. 2 SGB IX in gleicher Weise wie für die nach den anderen genannten Vorschriften. Der Umstand, dass die Interessenvertretungen darauf achten sollen, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 84 Abs. 2 SGB IX nachkommt, spricht dafür, dass diese Pflichten als solche gerade unabhängig von der Existenz einer Interessenvertretung bestehen.

cc) Entscheidend sprechen Sinn und Zweck des § 84 Abs. 2 SGB IX für ein Verständnis der Vorschrift, demzufolge ein BEM auch dann durchzuführen ist, wenn eine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX nicht besteht. Die Durchführung eines BEM ist auch in diesem Fall möglich und geboten (Düwell in LPK-SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 48).

(1) Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sollen durch das BEM krankheitsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmern verhindert werden. Durch die gemeinsame Anstrengung aller Beteiligten soll ein betriebliches Eingliederungsmanagement geschaffen werden, das durch geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft sichert (BT-Drucks.15/1783 S. 16). Die Gesetzesbegründung nennt die betriebliche Interessenvertretung ausdrücklich nur als eine von mehreren Beteiligten, mit denen eine gemeinsame Klärung möglicher Maßnahmen erfolgen soll, um kurzfristig Beschäftigungshindernisse zu überwinden und den Arbeitsplatz durch Leistungen und Hilfen zu erhalten (BT-Drucks.15/1783 S. 12). Durch die dem Arbeitgeber gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX auferlegten besonderen Verhaltenspflichten soll damit möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines kranken Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden (Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 40, BAGE 123, 234). Ziel des BEM ist - wie das der gesetzlichen Prävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX (vgl. dazu BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121) - die frühzeitige Klärung, ob und ggf. welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu fördern. Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen damit letztlich der Vermeidung einer Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit erkrankter und kranker Menschen (Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 40, aaO).

(2) Die Verwirklichung des Gesetzeszwecks setzt nicht die Existenz einer betrieblichen Interessenvertretung voraus. Das gesetzliche Ziel ist auch dann sinnvoll und erreichbar, wenn eine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX nicht gebildet ist. Das Gesetz beschreibt den im Wege des BEM durchzuführenden

Klärungsprozess nicht als formalisiertes Verfahren, sondern lässt den Beteiligten jeden denkbaren Spielraum (Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - Rn. 18, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 57). Die betriebliche Interessenvertretung ist dabei nur eine der vom Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 SGB IX einzubeziehenden Beteiligten. Beteiligte des BEM sind außer ihr der betroffene Beschäftigte, soweit erforderlich zudem der Werks- oder Betriebsarzt und ferner die örtlichen gemeinsamen Servicestellen und ggf. das Integrationsamt, wenn Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen. Auch und gerade dann, wenn eine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX nicht gebildet ist, ist ein BEM zum Schutz betroffener Arbeitnehmer vor einer vermeidbaren krankheitsbedingten Kündigung geboten.

c) War danach im Streitfall ein BEM nicht mangels Bestehens einer betrieblichen Interessenvertretung entbehrlich, darf die Beklagte als Arbeitgeberin aus ihrer dem Gesetz widersprechenden Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile ziehen können (vgl. Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 44, BAGE 123, 234). Dieser Grundsatz führt nicht dazu, dass der Senat über die Wirksamkeit der Kündigung vom 15. Oktober 2007 abschließend entscheiden könnte.

aa) § 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Das BEM ist zwar selbst kein milderes Mittel gegenüber einer Kündigung. Mit seiner Hilfe können aber solche milderen Mittel, zB die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen "freizumachenden" - Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden (vgl. Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56; 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06 - Rn. 25, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 55; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 41, BAGE 123, 234). Möglich ist, dass auch ein BEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können. Sofern dies der Fall ist, kann dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen eines BEM kein Nachteil entstehen. Wäre ein positives Ergebnis dagegen möglich gewesen, darf sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze, die der erkrankte Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung ausfüllen könne. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz ausscheiden (Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 19, aaO). Dies geht über die Darlegungslast des Arbeitgebers für das Nichtbestehen einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit nach allgemeinen Grundsätzen hinaus. Erst nach einem solchen Vortrag ist es Sache des Arbeitnehmers, sich hierauf substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst eine leidensgerechte Beschäftigung vorstellt.

bb) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein BEM deswegen entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte bringen können, trägt der Arbeitgeber. Die objektive Nutzlosigkeit eines BEM führt zu einer Einschränkung der nach § 84 Abs. 2 SGB IX bestehenden Pflicht des Arbeitgebers zu dessen Durchführung. Es obliegt daher dem Arbeitgeber, die tatsächlichen Umstände im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, aufgrund derer ein BEM wegen der

gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers kein positives Ergebnis hätte erbringen können. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, warum weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können.

cc) Dazu, ob ein BEM aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers ohnehin keine andere Beschäftigungsmöglichkeit erbracht hätte, hat die Beklagte bislang nicht vorgetragen. Da das Landesarbeitsgericht diesen Gesichtspunkt nicht als entscheidungserheblich angesehen hat, ist ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben.

(1) Die Beklagte hat bisher nicht hinreichend dargelegt, dass weder eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers noch sein Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit möglich gewesen sei. Es fehlt insbesondere an hinreichend konkretem Vortrag dazu, dass auch die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes durch Umstrukturierung der betrieblichen Abläufe ausgeschlossen gewesen sei. Der bloße Verweis auf betriebsablauforganisatorische Störungen im Baubereich genügt hierfür nicht. Was die mögliche Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz betrifft, hat die Beklagte mit Blick auf ihr Material- und Werkzeuglager in W lediglich vorgetragen, leidensgerechte Tätigkeiten in der Materialverwaltung gebe es dort nicht und auch bei den Tätigkeiten im Bereich Disposition/Lager/Werkstatt handele es sich um körperlich schwere Arbeiten. Welche Tätigkeiten in W im Einzelnen anfallen und warum eine für den Kläger leidensgerechte Umstrukturierung der Arbeitsabläufe nicht möglich gewesen ist, lässt sich ihrem Vorbringen nicht entnehmen.

(2) Der Beklagten ist durch Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Zwar hat sich der Kläger durchgängig auf die Erforderlichkeit eines BEM und die daraus folgende Erweiterung der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten berufen. Das Landesarbeitsgericht hat die Parteien aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es seiner Auffassung nach auf die Erforderlichkeit eines BEM nicht ankomme. Es ist nicht auszuschließen, dass die Beklagte im Hinblick hierauf von weiterem Vortrag abgesehen hat.

**Instanzen: LAG Berlin-Brandenburg Urteil vom 18.12.2008 - 14 Sa 1428/08**

**Zurückverweisung an das LAG**

■