BUNDESSOZIALGERICHT

Urteil vom 1.3.2011,

B 7 AL 6/10 R

Auszug

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

1 Im Streit ist ein Anspruch des Klägers auf Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten nach § 2 Abs 3 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - (SGB IX).

2 Der 1966 geborene Kläger ist Beamter auf Lebenszeit. Seit 1992 ist er bei der Deutschen Telekom AG beschäftigt und seit November 2002 als Transfermitarbeiter bei der Personal-Service-Agentur Vivento, einer 100 %-igen Tochter der Deutschen Telekom AG, eingesetzt. Die Personal-Service-Agentur Vivento bietet Outsourcing und Projektmanagement an und vermittelt Fachpersonal zu Unternehmen und Behörden. Das zuständige Versorgungsamt stellte zugunsten des Klägers einen Grad der Behinderung (GdB) von 30 ua wegen eines psychischen Leidens fest *(Bescheid vom 8.6.2005; Widerspruchsbescheid vom 11.7.2005)*.

3 Den Antrag des Klägers vom 26.8.2005, ihn mit einem schwerbehinderten Menschen gleichzustellen, lehnte die Beklagte ab *(Bescheid vom 25.1.2006; Widerspruchsbescheid vom 1.12.2006)*. Klage und Berufung sind ohne Erfolg geblieben *(Gerichtsbescheid des Sozialgerichts <SG> Mainz vom 30.6.2008; Urteil des Landessozialgerichts <LSG> Rheinland-Pfalz vom 30.4.2009)*. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, dass der Kläger angesichts der Unkündbarkeit als Beamter auf Lebenszeit keiner Konkurrenzsituation ausgesetzt sei, die eine Gleichstellung mit Schwerbehinderten rechtfertige. Nur in Ausnahmefällen könnten auch Arbeitsplätze von Beamten auf Lebenszeit gefährdet sein, beispielsweise, wenn die Behörde aufgelöst werde oder der Dienstherr ein Verfahren auf Zur-Ruhe-Setzung wegen Dienstunfähigkeit einleite. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitsplatz des Klägers auch nur abstrakt gefährdet sei. Deshalb bedürfe die Frage, ob er rechtmäßig als Transfermitarbeiter eingesetzt werde, keiner abschließenden Beurteilung. Unerheblich sei auch, ob die Personal-Service-Agentur Vivento ggf erwäge, den Kläger an eine andere Organisationseinheit zu versetzen. Der Kläger sei durch seinen Beamtenstatus hinreichend gegen widerrechtliche Versetzungen und den Verlust eines amtsangemessenen Arbeitsplatzes geschützt.

4 Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 2 Abs 3 SGB IX, der grundsätzlich auch auf Beamte Anwendung finde. Dies gelte jedenfalls in Fällen, in denen - wie hier - ein Beamter aus dem klassischen Beamtenverhältnis gezwungenermaßen heraustrete, ihm kein Dienstposten mehr zugewiesen und er aufgefordert werde, sich zu bewerben. Betroffene Beamte müssten vielfach auf den offenen Arbeitsmarkt ausweichen bzw sollten durch Transfergesellschaften wie Vivento dauerhaft vermittelt werden und gerieten so in eine dem Beamtenverhältnis untypische Konkurrenzsituation. Das LSG habe seinen Vortrag verfahrensfehlerhaft unberücksichtigt gelassen und hierdurch sein

rechtliches Gehör verletzt.

5 Der Kläger beantragt,

das Urteil des LSG und den Gerichtsbescheid des SG sowie den Bescheid der Beklagten vom 25.1.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1.12.2006 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihn einem Schwerbehinderten gleichzustellen.

6 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

7 Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Entscheidungsgründe

8 Die Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet *(§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>)*. Es fehlen hinreichende tatsächliche Feststellungen *(§ 163 SGG)* zu den Voraussetzungen für eine Gleichstellung nach § 2 Abs 3 SGB IX.

9 Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 25.1.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1.12.2006 *(§ 95 SGG)*, gegen den sich der Kläger mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage *(§ 54 Abs 1 Satz 1, § 56 SGG)* wehrt.

10 Nach § 2 Abs 3 SGB IX *(in der Normfassung des SGB IX vom 19.6.2001 - BGBl I 1056)* sollen behinderte Menschen mit einem GdB von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs 2 SGB IX vorliegen, schwerbehinderten Menschen *(mit einem GdB von wenigstens 50; § 2 Abs 2 SGB IX)* gleichgestellt werden, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz iS des § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können. § 2 Abs 2 SGB IX knüpft die Schwerbehinderung an einen GdB von 50 sowie den Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder die rechtmäßige Beschäftigung iS des § 73 SGB IX im Geltungsbereich dieses Gesetzes.

11 Zwar erfüllt der Kläger die persönlichen Voraussetzungen eines anerkannten GdB von 30 und des Wohnsitzes in der Bundesrepublik Deutschland; jedoch ist der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen des LSG nicht in der Lage zu

beurteilen, ob der Kläger infolge seiner Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht (behalten oder) erlangen kann. Ein Anspruch des Klägers ist jedenfalls nicht schon mangels Gefährdung seines Arbeitsplatzes ausgeschlossen.

12 Die Gleichstellung Beamter (oder anderer unkündbarer Arbeitnehmer) scheidet zunächst - wovon auch das LSG ausgeht - nicht generell wegen deren Unkündbarkeit aus. Dies zeigt schon der Wortlaut des § 2 Abs 3 SGB IX in seiner Bezugnahme auf § 73 SGB IX, der den Begriff des Arbeitsplatzes als Stelle definiert, auf der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Beamte und Beamtinnen, Richter und Richterinnen sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Auch Sinn und Zweck der Gleichstellung lassen nicht den Schluss zu, dass Beamte nicht dem Anwendungsbereich des § 2 Abs 3 SGB IX unterfallen. Die Gleichstellung dient dazu, die ungünstige Konkurrenzsituation des Behinderten am Arbeitsplatz und auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern und somit den Arbeitsplatz sicherer zu machen oder seine Vermittlungschancen zu erhöhen *(BSGE 86, 10, 14 f = SozR 3-2870 § 2 Nr 1 S 6 f)*. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen zwei Alternativen, nämlich der Gleichstellung zum Erhalt des Arbeitsplatzes (Alternative 2) sowie der Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes iS des § 73 SGB IX (Alternative 1), die kumulativ, aber auch nur alternativ vorliegen können *(BSGE 86, 10, 14 f = SozR 3-3870 § 2 Nr 1 S 6 f)*.

13 Die Gleichstellung zum Erhalt des Arbeitsplatzes dient dazu, bei einer Arbeitsplatzgefährdung den Arbeitsplatz sicherer zu machen. Deshalb bedarf es - wie das LSG zu Recht annimmt - einer besonderen Prüfung bei Personengruppen mit einem "sicheren Arbeitsplatz", wie bei Beamten, Richtern auf Lebenszeit und Arbeitnehmern mit besonderem Kündigungsschutz *(Backendorf/Ritz in Bihr/Fuchs/Krauskopf/Ritz, SGB IX, 2006, § 68 RdNr 39)*. Bei diesen Personengruppen können die allgemeinen Voraussetzungen der Gleichstellung wegen Arbeitsplatzgefährdung zwar vorliegen, es bedarf aber einer besonderen Begründung, warum trotz Kündigungsschutz der Arbeitsplatz nachvollziehbar unsicherer ist als bei einem nichtbehinderten Kollegen. Dies ist bei einem Beamten beispielsweise der Fall, wenn behinderungsbedingt die Versetzung in den Ruhestand *(LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.5.2002 - L 9 AL 241/01; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.11.1995 - L 6 AR 159/94 -, ZfS 1996, 375 ff; Luthe in jurisPraxiskommentar SGB IX, 2010, § 2 RdNr 102; Backendorf/Ritz, aaO, RdNr 39)* oder die behinderungsbedingte Versetzung oder Umsetzung auf einen anderen nicht gleichwertigen Arbeitsplatz droht *(Backendorf/Ritz aaO; Luthe aaO)*. Einen Gleichstellungsanspruch wegen Arbeitsplatzgefährdung nehmen Rechtsprechung und Literatur daneben auch dann an, wenn die Behörde aufgelöst wird *(LSG Nordrhein-Westfalen aaO; Luthe aaO; Cramer, Schwerbehindertengesetz, 5. Aufl 1998, § 2 RdNr 5)*, obwohl in einem solchen Fall der Arbeitsplatz nicht (nur) gefährdet ist, sondern tatsächlich wegfällt und auch nicht zu erkennen ist, weshalb bei der Auflösung einer Behörde der Arbeitsplatz nachvollziehbar unsicherer ist als bei einem nichtbehinderten Kollegen. Hier wäre - wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes - eher an eine Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten (neuen) Arbeitsplatzes zu denken (siehe dazu unten).

14 Das LSG hat einen drohenden Verlust des Arbeitsplatzes bezogen auf die Tätigkeit als "Transfermitarbeiter" bei der Vivento im Hinblick auf die Unkündbarkeit des Klägers zwar pauschal und ohne nähere Begründung verneint. Der Kläger hatte seinen ursprünglichen Arbeitsplatz mit dem Wechsel in diese Gesellschaft, bei der er seit

November 2002 eingesetzt und als "Transfermitarbeiter" geführt wird, allerdings bereits verloren. Das LSG hätte sich deshalb nicht mit der Prüfung der 2. Alternative des § 2 Abs 3 SGB IX (Gleichstellung zum Erhalt des Arbeitsplatzes) begnügen dürfen. Vielmehr hätte es auch bei Unkündbarkeit des Klägers prüfen müssen, ob wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls die Voraussetzungen der 1. Alternative des § 2 Abs 3 SGB IX (Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes) vorliegen. Solche besonderen Umstände liegen vor, wenn der ursprüngliche Arbeitsplatz eines Beamten nicht mehr existiert, sei es, weil die Behörde aufgelöst wurde, sei es aus anderen Gründen, und der Beamte in eine andere Beschäftigung oder Tätigkeit vermittelt werden soll und selbst eine solche Vermittlung - unabhängig von der Frage eines Anspruchs auf eine amtsangemessene Beschäftigung - wünscht. Ob der Beamtenstatus hinreichend gegen (widerrechtliche) Versetzungen und den Verlust eines amtsangemessenen Arbeitsplatzes schützt, ist dabei ohne Bedeutung. Die Freiheit, auch als Beamter ein neues Tätigkeitsfeld zu suchen, kann nämlich nicht dadurch eingeschränkt werden, dass ein Beamter gegenüber anderen behinderten Arbeitnehmern bei der Arbeitsuche schlechter gestellt wird.

15 Ob eine derartige Fallgestaltung vorliegt, kann den Feststellungen des LSG nicht entnommen werden. Danach hat der Betriebsrat zwar auf Anfrage der Beklagten mitgeteilt, dass der Kläger "Transfermitarbeiter" sei und versucht werde, ihn auf einen Dauerarbeitsplatz zu vermitteln, wobei Schwerbehinderte und mit Schwerbehinderten gleichgestellte Menschen bei gleicher Eignung bei allen Stellenbesetzungen bevorzugt würden. Eigene Feststellungen des LSG hierzu fehlen jedoch. Diese wird es ggf nachzuholen haben. Um den Vermittlungswunsch des Beamten zu belegen, ist dabei schon der Antrag, einem Schwerbehinderten gleichgestellt zu werden, ausreichend. Ihm kann insoweit indizielle Bedeutung beigemessen werden, ohne dass es einer ausdrücklichen Erklärung des Beamten oder einer Glaubhaftmachung hinsichtlich des Vermittlungswunsches bedarf. Ein Anspruch auf Gleichstellung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Kläger "infolge" seiner Behinderung (Kausalität) bei wertender Betrachtung (im Sinne einer wesentlichen Bedingung) in seiner Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den Nichtbehinderten in besonderer Weise beeinträchtigt und deshalb nur schwer vermittelbar ist. Entscheidendes Kriterium für die Gleichstellung ist deshalb die mangelnde Konkurrenzfähigkeit des Behinderten wegen seiner Behinderung auf dem Arbeitsmarkt, und zwar auf dem Arbeitsmarkt insgesamt, nicht etwa nur bezogen auf einen bestimmten Arbeitsplatz *(BSGE 86, 10, 14 f = SozR 3-3870 § 2 Nr 1 S 6 f)*. Aus der besonders geregelten und geschützten Stellung des Beamten resultiert kein mangelnder Bezug zum Arbeitsmarkt, wie schon § 73 SGB IX zeigt (siehe oben). Die Konkurrenzfähigkeit des Klägers misst sich dabei nicht allein an seiner früheren - bis 2002 oder in der Vivento ausgeübten - Tätigkeit und seinen beruflichen Wünschen, sondern auch an den Tätigkeiten, auf die etwaige Vermittlungsbemühungen erstreckt werden. Entsprechende Feststellungen wird das LSG ggf nachzuholen haben *(zum maßgebenden Zeitpunkt für die Beurteilung einer Gleichstellung vgl BSG, aaO)*.

16 Sollte das LSG eine mangelnde Konkurrenzfähigkeit des Klägers im dargestellten Sinne feststellen, hat der Kläger einen Anspruch ("soll") auf die Gleichstellung zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes. Sie hat zur Folge, dass der Gleichgestellte auf die Pflichtplatzquote des Arbeitgebers angerechnet wird. Für einen potenziellen Arbeitgeber wird auf diese Weise ein Anreiz geschaffen, den Arbeitslosen einzustellen. Mit der Formulierung "soll" in § 2 Abs 3 SGB IX hat der Gesetzgeber - wie auch in anderen vergleichbaren Fällen - der Arbeitsagentur ein gebundenes Ermessen zugestanden. Die Sollvorschrift gibt der Arbeitsagentur nur dann die Möglichkeit zu einer anderen

Entscheidung als der Gleichstellung, wenn außergewöhnliche Umstände dies rechtfertigen (atypischer Fall). Auch insoweit hat das LSG ggf entsprechende Feststellungen nachzuholen. Im Übrigen wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.