

BUNDEsarBEITSGERICHT



6 AZR 679/10
5 Sa 737/10
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Mai 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht

Gallner und Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Augat und die ehrenamtliche Richterin Döpfert für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. September 2010 - 5 Sa 737/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Versetzung des Klägers in den Ruhestand wegen dauernder Dienstunfähigkeit. 1

Der 1953 geborene Kläger ist seit dem 28. Juli 1973 als Dienstordnungsangestellter bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Auf das Dienstverhältnis der Parteien finden die Regelungen der Dienstordnung für die Angestellten der AOK Rheinland (*im Folgenden: Dienstordnung*) Anwendung. Der Kläger war zuletzt im Wege der Abordnung als Beitragsprüfer im Bereich Beiträge/Leistungen der Unternehmenssteuerung (*RAG-Zahlstellenprüfer*) im Außendienst tätig. Der Kläger ist schwerbehindert mit einem GdB von 90 und verfügt über das Merkzeichen „G“. 2

Die Dienstordnung idF des 3. Nachtrags, in Kraft getreten zum 1. Januar 1999, bestimmt ua.: 3

„§ 15 Rechtsstellung

Der Angestellte auf Lebenszeit steht in einem Dienstverhältnis, das dem eines Landesbeamten auf Lebenszeit entspricht.

...

§ 20 Anpassung an beamtenrechtliche Vorschriften

- (1) Soweit nicht durch besondere gesetzliche Vorschriften oder in dieser Dienstordnung etwas anderes bestimmt ist, gelten für die Angestellten und die Versorgungsempfänger entsprechend oder sinngemäß die jeweiligen Vorschriften für Landesbeamte über:

...

- b) Eintritt und Versetzung in den Ruhestand und in den einstweiligen Ruhestand sowie die erneute Berufung in das Beamtenverhältnis

...“

Der Kläger war seit dem 23. Januar 2008 durchgehend dienstunfähig erkrankt. Nach Anhörung der Gesamtschwerbehindertenvertretung, die keine Einwände erhob, wurde der Kläger am 4. März 2009 amtsärztlich untersucht. Gemäß dem amtsärztlichen Gutachten vom 9. April 2009 sollte die Dienstunfähigkeit wahrscheinlich in den kommenden drei Monaten enden. Voraussichtlich sei der Kläger innerhalb der nächsten sechs Monate wieder imstande, seine berufliche Tätigkeit auszuüben. Sein Wunsch, im Bereich der Prüfung der Agenturen für Arbeit eingesetzt zu werden, sei zu unterstützen. Für die Dauer von drei Monaten sei die Reduzierung der Arbeitszeit auf die Hälfte sinnvoll. Mit Schreiben vom 17. und 21. April 2009 machte die Beklagte dem Kläger konkrete Vorschläge zum Inhalt seiner Tätigkeit bei einer Wiederaufnahme seines Dienstes. Der Kläger meldete hiergegen mit Schreiben vom 20. April 2009 Bedenken an und wandte sich insbesondere gegen den weiteren Einsatz als Prüfer der RAG-Zahlstellen. Einen Wiedereingliederungsversuch führte die Beklagte nicht durch.

4

Mit Schreiben vom 20. Mai 2009, in dem die Beklagte die Amtsärztin darauf hinwies, dass sie dem Kläger eine dem Gutachten vom 9. April 2009 entsprechende Änderung der Tätigkeit in Aussicht gestellt habe, bat die Beklagte um die Erstellung eines weiteren amtsärztlichen Gutachtens. In diesem nach einer amtsärztlichen Untersuchung am 15. Juni 2009 erstellten Gutachten vom 19. Juni 2009 heißt es ua.:

5

„Zum Zeitpunkt der Voruntersuchung schien der Unterzeichnerin noch die Möglichkeit gegeben zu sein, dass in einem Gespräch zwischen dem Patienten und der Dienststelle ein Weg der Wiedereingliederung gefunden würde. Zu diesen Gesprächen war Herr B aber offensichtlich nicht bereit oder vor dem Hintergrund seiner Persönlichkeitsstörung nicht imstande. Die Unterzeichnerin sieht nunmehr keine realisierbare Möglichkeit der beruflichen Wiedereingliederung, in diesem Sinne ist dauernde Dienstunfähigkeit festzustellen.

...

Herr B ist subjektiv psychisch überfordert und aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur auch objektiv nicht imstande zu einer konstruktiven Problembewältigung beizutragen.

...

Eine grundsätzliche Änderung der Persönlichkeitsstruktur ist auch mittelfristig nicht zu erwarten.“

Mit Schreiben vom 10. August 2009 informierte die Beklagte die Gesamtschwerbehindertenvertretung über die beabsichtigte Versetzung des Klägers in den Ruhestand. Noch am selben Tag teilte die Gesamtschwerbehindertenvertretung mit, dass es ihr schwerfalle, der Versetzung in den Ruhestand zuzustimmen, da nach ihrer Auffassung nicht alle Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung aufgegriffen worden seien. Die Beklagte versetzte den Kläger mit Ablauf des Monats September 2009 in den Ruhestand, was sie ihm mit Schreiben vom 21. September 2009 mitteilte. Vor ihrer Entscheidung hatte die Beklagte das Integrationsamt nicht beteiligt. Erst nachdem das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Versetzung in den Ruhestand festgestellt hatte, weil das Integrationsamt entsprechend § 92 SGB IX hätte beteiligt werden müssen, hat die Beklagte vorsorglich die Zustimmung des Integrationsamtes zur Versetzung des Klägers in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit beantragt, die im Widerspruchsverfahren mit Bescheid vom 26. Januar 2011 erteilt worden ist.

6

Mit seiner am 9. Oktober 2009 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Klage begehrt der Kläger die Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Versetzung in den Ruhestand. Er hat geltend gemacht, er sei dienstfähig. Ihm sei keine Wiedereingliederung im Sinne des Gutachtens vom 9. April 2009

7

angeboten worden. Nach dem Angebot der Beklagten vom 17./21. April 2009 hätte er im gesamten Rheinland RAG-Zahlstellen prüfen müssen. Die Beklagte habe gewusst oder wissen müssen, dass er dieses Angebot nicht habe annehmen können. Es sei ein Scheinangebot gewesen. Das Gutachten vom 19. Juni 2009 lasse offen, ob die Wiedereingliederung gescheitert sei, weil der Kläger nicht willens gewesen sei, ein Wiedereingliederungsgespräch zu führen, oder ob er zu einem solchen Gespräch psychisch nicht in der Lage gewesen sei. Damit fehle es an einer fachlichen Grundlage für die Feststellung der dauernden Dienstunfähigkeit. Darüber hinaus habe der Personalrat der Versetzung in den Ruhestand nicht zugestimmt. Schließlich fehle es an der erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes.

Der Kläger hat beantragt

8

festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 21. September 2009 erklärte Versetzung in den Ruhestand rechtsunwirksam ist.

Die Beklagte hat zum Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, sie habe dem Kläger am 17./21. April 2009 angeboten, die Agenturen für Arbeit wie bisher und daneben nur solche RAG-Zahlstellen zu prüfen, bei denen die Prüfung zentral in einer wohnortnahen Regionaldirektion möglich sei, und so seine Fahrtzeiten zu minimieren. Einer Zustimmung des Integrationsamtes habe es nicht bedurft. Die für eine analoge Anwendung des § 92 SGB IX erforderliche planwidrige Regelungslücke liege nicht vor.

9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben, weil die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes zur Ruhestandsversetzung fehle. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Klageabweisung weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte der Klage nicht wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes zur Versetzung des Klägers in den Ruhestand stattgeben. Eine Zustimmung oder auch nur eine Beteiligung des Integrationsamtes vor der Versetzung eines Dienstordnungsangestellten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ist nicht erforderlich. Auf der Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts kann der Senat nicht entscheiden, ob der Kläger dauerhaft dienstunfähig und deshalb zu Recht in den Ruhestand versetzt worden ist. Dazu bedarf es noch weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 11

I. Der Klageantrag ist als allgemeiner Feststellungsantrag zu verstehen. In dieser Auslegung ist die Klage zulässig. Das erforderliche rechtliche Interesse an der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis trotz der verfügten Versetzung fortbesteht, liegt vor (*BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 151/08 - Rn. 26, BAGE 129, 265*). 12

II. § 92 Satz 1 SGB IX erfasst die Versetzung eines Dienstordnungsangestellten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit nicht. Die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit unterscheidet sich von den Voraussetzungen, dem Bedeutungsgehalt (*vgl. BAG 20. Oktober 1977 - 2 AZR 688/76 - zu I der Gründe, AP SchwbG § 19 Nr. 1 = EzA SchwbG § 19 Nr. 1; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 92 Rn. 7*) und von den Rechtsfolgen her grundlegend von den in § 92 Satz 1 SGB IX aufgeführten Versicherungsfällen. Insbesondere wird das Dienstverhältnis eines Dienstordnungsangestellten durch die Versetzung in den Ruhestand nicht endgültig beendet, sondern kann unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 BeamtStG bei Wiederherstellung der Dienstfähigkeit reaktiviert werden. 13

III. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedurfte die Versetzung des Klägers in den Ruhestand auch nicht in entsprechender Anwendung des § 92 Satz 1 SGB IX der Zustimmung des Integrationsamtes. Die für eine Analogie erforderlichen Voraussetzungen haben nicht vorgelegen und sind auch durch die Aufhebung des § 128 Abs. 2 SGB IX zum 1. Mai 2004 nicht entstanden. 14

1. Dienstordnungsangestellte der Sozialversicherungsträger sind trotz der weitgehend öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung ihrer Anstellungsverhältnisse weder Beamte, noch haben sie einen beamtenrechtlichen Status. Infolge der Unterstellung des Dienstverhältnisses unter die Dienstordnung im Anstellungsvertrag der Parteien wirkt jedoch die Dienstordnung in ihrer jeweiligen Fassung gesetzsgleich auf das Dienstverhältnis ein (*BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 82/09 - Rn. 11, 19, EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Dienstordnungs-Angestellte Nr. 4*). Für Dienstordnungsangestellte gelten damit im selben Umfang wie für Beamte die jeweils gültigen in Bezug genommenen beamtenrechtlichen Vorschriften. Dazu gehören auch die Bestimmungen über die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit in §§ 26 ff. BeamStG und über die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach den Disziplinargesetzen, § 21 Nr. 3, § 47 Abs. 1 BeamStG iVm. § 10 BDG. Für Beamte besteht durch diese Vorschriften ein in sich geschlossenes System hinsichtlich der Voraussetzungen einer Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit und der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. 15

a) Bis zum 30. April 2004 gehörte zu diesem Regelungssystem auch die Beteiligung des Integrationsamtes gemäß § 128 Abs. 2 SGB IX aF. Danach war vor Versetzung schwerbehinderter Beamter in den Ruhestand das für die Dienststelle zuständige Integrationsamt zu hören. Diese Norm ist mit Ablauf des 30. April 2004 durch Art. 1 Nr. 32 Buchst. a des Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 (*BGBI. I S. 606*) aufgehoben worden. Seitdem ist kraft des ausdrücklich erklärten, wenn auch nicht begründeten Willens des Gesetzgebers eine Beteiligung des Integrationsamtes vor der Ruhestandsversetzung von Beamten und 16

ihrer Entfernung aus dem Dienst nicht mehr vorgesehen. Dieses Regelungssystem, an dem der Kläger über den Verweis auf die für Landesbeamte geltenden Bestimmungen in § 20 Abs. 1 Buchst. b der Dienstordnung teil hat, ist, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, nicht unvollständig, so dass bereits deshalb kein Raum für eine analoge Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX bzw. des § 92 Abs. 1 SGB IX ist (*vgl. zu dieser Voraussetzung einer Analogie BAG 20. Januar 2005 - 2 AZR 134/04 - BAGE 113, 199, 204*).

aa) Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 29. Juni 1961 (- 2 AZR 371/60 - BAGE 11, 168) eine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nach §§ 14 ff. SchwBeschG vor einer Entfernung des Dienstordnungsangestellten aus dem Dienst im Wege der Dienststrafe für erforderlich gehalten (*jetzt: Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach den Disziplinargesetzen*). Es hat angenommen, dass § 35 SchwBeschG als Vorgängerbestimmung des § 128 Abs. 2 SGB IX auf Dienstordnungsangestellte weder direkt noch analog Anwendung finde. Das Dienstverhältnis eines Dienstordnungsangestellten sei zwar einem Beamtenverhältnis angenähert, letztlich aber doch ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis geblieben, weil es auf einem Arbeitsvertrag und nicht einem hoheitsrechtlichen Anstellungsakt beruhe. Die bloße Erklärung der Anwendbarkeit der beamtenrechtlichen Landesbestimmungen in einer Dienstordnung ändere daran nichts. § 35 SchwBeschG gelte nur für Beamte im staatsrechtlichen Sinne, also solche, die durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde in das Beamtenverhältnis berufen worden seien.

17

Ausgehend von der Entscheidung vom 29. Juni 1961 (- 2 AZR 371/60 - BAGE 11, 168) hat das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 20. Oktober 1977 (- 2 AZR 688/76 - AP SchwbG § 19 Nr. 1 = EZA SchwbG § 19 Nr. 1) angenommen, § 19 SchwbG als Vorgängerregelung des § 92 SGB IX solle den Schwerbehinderten, deren Arbeitsverhältnis aus Gründen ende, die mit ihrer Behinderung im Zusammenhang stünden, unabhängig von der rechtstechnischen Ausgestaltung der Beendigung einen verstärkten Bestandsschutz gewähren. Dieser soziale Schutzgedanke treffe auch auf Schwerbehinderte zu, deren Arbeitsverhältnis bei Vorliegen von Dienstunfähigkeit ohne Kündigung

18

ende. Diese Vergleichbarkeit der Interessenlagen gebiete es, § 19 SchwbG auf Fälle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Dienstunfähigkeit entsprechend anzuwenden.

bb) Diese Rechtsprechung hat überwiegend Zustimmung gefunden (zur 19
Entscheidung BAG 29. Juni 1961 - 2 AZR 371/60 - BAGE 11, 168: Lampe in Großmann GK-SGB IX Stand Februar 2010 § 128 Rn. 6, 8; aA soweit ersichtlich nur Scheunemann PersV 1962, 83; zur Entscheidung BAG 20. Oktober 1977 - 2 AZR 688/76 - AP SchwbG § 19 Nr. 1 = EzA SchwbG § 19 Nr. 1: APS/Vossen 4. Aufl. § 92 SGB IX Rn. 12; Braasch in Deinert/Neumann Handbuch SGB IX 2. Aufl. § 19 Rn. 151; Lampe in Großmann GK-SGB IX Stand September 2008 § 92 Rn. 8; Griebeling in Hauck/Noftz SGB IX Stand Mai 2010 K § 92 Rn. 9; KR/Etzel 9. Aufl. § 92 SGB IX Rn. 10; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens SGB IX 3. Aufl. § 92 Rn. 3; Lampe Der Kündigungsschutz behinderter Arbeitnehmer Rn. 584; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 92 Rn. 7; Müller-Wenner in Müller-Werner/SGB IX Teil 2 2. Aufl. § 92 Rn. 6; Kreitner in jurisPK-SGB IX Stand 14. Februar 2011 § 92 SGB IX Rn. 10.1; Stähler jurisPR-ArbR 12/2011 Anm. 7 zu C; Hohmann in Wiegand Schwerbehindertenrecht Stand Dezember 2011 § 92 Rn. 32; für eine analoge Anwendung von § 19 SchwbG: BAG 20. Oktober 1977 - 2 AZR 688/76 - zu I 3 der Gründe, aaO; zust. Jülicher Anm. AP SchwbG § 19 Nr. 1).

cc) An der Rechtsprechung vom 29. Juni 1961 (- 2 AZR 371/60 - BAGE 11, 20
168) und vom 20. Oktober 1977 (- 2 AZR 688/76 - AP SchwbG § 19 Nr. 1 = EzA SchwbG § 19 Nr. 1) hält der für die Versetzung von Dienstordnungsangestellten in den Ruhestand und deren Entlassung zuständige Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts nicht fest. Der Bestandsschutz des Dienstverhältnisses von Dienstordnungsangestellten richtet sich allein nach den in der Dienstordnung in Bezug genommenen beamtenrechtlichen Bestimmungen. Inwieweit die Hauptfürsorgestelle bzw. das Integrationsamt vor der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand oder Entlassung von Dienstordnungsangestellten nach den für sie geltenden beamtenrechtlichen Bestimmung zu beteiligen war, ergab sich dem-

zufolge bis zum 30. April 2004 allein aus § 128 Abs. 2 SGB IX bzw. seinen Vorläuferregelungen.

b) Auch nach der Aufhebung des § 128 Abs. 2 SGB IX zum 1. Mai 2004 ist für eine Beteiligung des Integrationsamtes in entsprechender Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX bzw. des § 92 SGB IX kein Raum. 21

aa) Auch insoweit fehlt es bereits an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Dienstordnungsangestellte sind gegen Versetzungen in den Ruhestand oder Entfernung aus dem Dienstverhältnis gegen ihren Willen in gleicher Weise gesichert wie Beamte. Dann bedürfen sie aber in diesen Fällen ebenso wenig wie Beamte eines zusätzlichen Schutzes durch eine Beteiligung des Integrationsamtes nach §§ 85 ff. SGB IX bzw. § 92 SGB IX (*vgl. die Argumentation in BAG 5. September 1986 - 7 AZR 193/85 - BAGE 54, 1, 8, für die Nicht-einbeziehung eines in der Probezeit entlassenen Dienstordnungsangestellten in den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 KSchG*). 22

bb) Darüber hinaus fehlt es bei der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit, wie sie hier streitbefangen ist, an einer vergleichbaren Interessenlage zwischen Personen, bei denen einer der Versicherungsfälle des § 92 Satz 1 SGB IX vorliegt, und einem dienstunfähigen Dienstordnungsangestellten. Dafür reicht es nicht aus, dass sowohl berufsunfähige als auch dienstunfähige Personen aus gesundheitlichen Gründen die ihnen obliegenden Pflichten nicht mehr uneingeschränkt erfüllen können (*so aber Stähler jurisPR-ArbR 12/2011 Anm. 7 zu C*). Erforderlich ist vielmehr, dass beide Tatbestände infolge ihrer Ähnlichkeit in der für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsicht gleich zu bewerten sind (*BGH 13. April 2006 - IX ZR 22/05 - Rn. 18, BGHZ 167, 178; Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S. 381*). Erforderlich ist also, dass der gesetzessprachlich nicht erfasste, dh. gesetzlich ungeregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle (*BAG 29. September 2004 - 1 ABR 39/03 - BAGE 112, 100, 107*). Das ist nicht der Fall. 23

(1) Das Ruhestandsverhältnis steht mit dem aktiven Beamtenverhältnis in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang. Nach dem Grundsatz der Statusakzessorietät wirken Pflichten aus dem aktiven Verhältnis wie zB die Treuepflicht fort, neue Pflichten werden begründet (*BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 151/08 - Rn. 36, BAGE 129, 265*). Im Unterschied zu dem Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, das in den von § 92 Satz 1 SGB IX genannten Fällen endgültig endet, kann das Dienstverhältnis des Dienstordnungsangestellten deshalb bei Wiederherstellung der Dienstfähigkeit unter den in § 29 Abs. 1 BeamStG genannten Voraussetzungen reaktiviert werden. Darum ist das Kontroll-Korrektiv einer Zustimmung des Integrationsamtes nach § 92 SGB IX nicht erforderlich. § 92 SGB IX soll den Schwerbehinderten bei einer nur zeitweiligen Änderung seines Gesundheitszustandes vor dem endgültigen Verlust des Arbeitsplatzes schützen. Hat der schwerbehinderte Dienstordnungsangestellte es in der Hand, durch Stellung eines Antrags nach § 29 Abs. 1 BeamStG bei einer Wiederherstellung seiner Leistungsfähigkeit das Dienstverhältnis zu reaktivieren, ist er auf den besonderen Bestandsschutz des § 92 Satz 1 SGB IX nicht angewiesen (*vgl. BAG 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 34, EzA TzBfG § 17 Nr. 14 für einen tariflichen Wiedereinstellungsanspruch*).

24

(2) Darüber hinaus würde die analoge Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX auf die Entlassung bzw. Ruhestandsversetzung von Dienstordnungsangestellten nicht etwa Wertungswidersprüche verhindern, sondern gerade zu solchen Widersprüchen führen. Eine analoge Anwendung der Bestandsschutzbestimmungen des Schwerbehindertenrechts bei Versetzungen in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit und Entfernung aus dem Dienst reißt den Personenkreis der Dienstordnungsangestellten aus dem gesetzesgleich auf sie einwirkenden System des Beamtenrechts teilweise heraus und implementiert systemfremde Elemente des Arbeitsrechts. Dies führte zu einer Besserstellung der Dienstordnungsangestellten gegenüber Beamten. Eine solche Besserstellung ist unzulässig (*vgl. BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 82/09 - Rn. 26, EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Dienstordnungs-Angestellte Nr. 4*).

25

2. Eine Vorlage an den Großen Senat nach § 45 ArbGG ist nicht erforderlich. Zum einen ist für die Versetzung von Dienstordnungsangestellten in den Ruhestand und deren Entlassung nunmehr der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts zuständig. Zum anderen stellt sich die Rechtsfrage, ob und inwieweit das Integrationsamt bei der Entlassung von Dienstordnungsangestellten wegen Dienstvergehen oder deren Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit zu beteiligen ist, aufgrund des gänzlich geänderten Regelungskontextes und nach der Aufhebung des § 128 Abs. 2 SGB IX neu. Die rechtliche Grundlage der früheren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ist entfallen, diese Entscheidungen sind „überholt“ (vgl. *BVerfG 2. Juli 1992 - 2 BvR 972/92 - NSTZ 1993, 90*). Deshalb fehlt es an der für eine Anrufung des Großen Senats erforderlichen Identität der Rechtslage (vgl. *BGH 10. Dezember 2002 - X ARZ 208/02 - BGHZ 153, 173*; vgl. *allg. für Gesetzesänderungen GMP/Prütting 7. Aufl. § 45 Rn. 18*). 26
- IV. Die Sache ist nicht entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO) und war deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat die erforderlichen Feststellungen, ob die Voraussetzungen des § 26 BeamtStG für eine Versetzung des Klägers in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit vorliegen, ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt nicht getroffen. 27
1. Der Kläger hat sein erstinstanzliches Vorbringen, mit dem er die fehlende Zustimmung des Personalrats gerügt und geltend gemacht hatte, dass die Voraussetzungen einer Dienstunfähigkeit nicht vorgelegen hätten, in der Berufungserwiderung in Bezug genommen. Der Kläger musste diese Einwände in der Berufungsinstanz nicht wiederholen oder gar vertiefen. Als Berufungsbeklagter durfte er sich auf die Verteidigung des erstinstanzlichen Urteils beschränken (*BVerfG 23. Juni 1999 - 2 BvR 762/98 - NJW 2000, 131*; *BGH 2. Juli 1986 - IVb ZR 37/85 - FamRZ 1986, 1085*). 28

2. Der Senat kann keine eigene Sachentscheidung treffen (§ 563 ZPO). 29
- a) Allerdings lagen die Voraussetzungen für eine Mitwirkung des Personalrats nicht vor. Gemäß § 74 Abs. 3 LPVG (NRW) in der bis zum 15. Juli 2011 geltenden Fassung wirkte der Personalrat bei der vorzeitigen Versetzung eines Beamten in den Ruhestand nur mit, wenn dieser die Beteiligung beantragt hatte. Der Kläger hat nicht behauptet, dass er einen solchen Antrag gestellt hatte. 30
- b) Dagegen fehlen die erforderlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dazu, ob die Voraussetzungen für eine Dienstunfähigkeit des Klägers vorlagen. 31
- aa) Dienstunfähigkeit iSd. § 26 Abs. 1 BeamStG liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu der weitgehend inhaltsgleichen Vorgängerregelung in § 42 BBG (*BVerwG 26. März 2009 - 2 C 73.08 - BVerwGE 133, 297*) vor, wenn bei der Beschäftigungsbehörde kein Dienstposten zur Verfügung steht, der dem statusrechtlichen Amt, also dem Amt als Inspektor etc. zugeordnet ist und gesundheitlich für ihn geeignet ist. Dienstunfähigkeit liegt nicht vor, wenn ein geeigneter Dienstposten freigemacht oder durch organisatorische Änderungen eingerichtet werden kann. Dabei gilt der Grundsatz „Weiterverwendung vor Versorgung“, der in § 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 BeamStG Ausdruck gefunden hat (*vgl. hierzu Auerbach/Pietsch Beamtenstatusgesetz § 26 S. 105*). Pensionierungen vor Erreichung der gesetzlichen Altersgrenze sollen soweit als möglich vermieden werden. Deshalb soll der Dienstherr vor einer Ruhestandsversetzung wegen Dienstunfähigkeit nach einer anderweitigen Verwendung suchen. Wann eine anderweitige Verwendung möglich ist, ist in § 26 Abs. 2 und Abs. 3 BeamStG definiert: Das neue Amt muss zum Bereich desselben Dienstherrn gehören, mit demselben Grundgehalt verbunden sein und vom Beamten gesundheitlich ausgefüllt werden können. Nötigenfalls kann dies einen (horizontalen) Laufbahnwechsel unter Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen erforderlich machen. Stimmt der Beamte zu, ist auch eine Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit unter weiteren Voraussetzungen möglich. Von der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit soll gemäß § 27 Abs. 1 BeamStG außerdem abgesehen werden, wenn 32

noch begrenzte Dienstfähigkeit besteht, der Beamte also noch seine Dienstpflichten während der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllen kann.

bb) Diese gesetzlichen Bestimmungen begründen ungeachtet ihrer Formulierung als Sollvorschrift die Pflicht des Dienstherrn, aktiv nach einer anderweitigen Verwendung zu suchen. Nur so ist dem Ziel dieser Vorschriften zu entsprechen, dienstunfähige Beamte nach Möglichkeit im aktiven Dienst zu halten. Bei dieser Suche besteht allerdings keine Verpflichtung des Dienstherrn, personelle oder organisatorische Änderungen vorzunehmen, um eine Weiterverwendung zu ermöglichen. Ob der Dienstherr diesen Anforderungen genügt hat, ist von ihm schlüssig darzulegen. Bleibt die Suche nach einer anderweitigen Verwendung hinter diesen gesetzlichen Anforderungen zurück, ist die Versetzung in den Ruhestand rechtswidrig (*BVerwG 26. März 2009 - 2 C 73.08 - Rn. 25 ff., BVerwGE 133, 297*). 33

cc) Aus der Gesamtschau dieser Bestimmungen in ihrer Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, die der Durchsetzung des Lebenszeitprinzips dienen (*Baßlsperger ZBR 2010, 73, 83*) und letztlich aus dem in § 45 BeamStG verankerten Fürsorgegedanken resultieren (*Nokiel RiA 2010, 133, 136*), ergibt sich, dass den Dienstherrn weitreichende Verpflichtungen treffen, eine Ruhestandsversetzung wegen Dienstunfähigkeit zu verhindern. Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent - dazu, ob die Beklagte diesen über die Verweisung auf die für Beamte des Landes Nordrhein-Westfalen gültigen Bestimmungen in der Dienstordnung für sie geltenden Verpflichtungen genügt hat, keine Feststellungen getroffen. Dies wird es nachzuholen haben. Insbesondere wird es zu prüfen haben, ob bei organisatorischen Änderungen, etwa einem Wechsel des Klägers vom Außen- in den Innendienst (*vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer BBG Stand Januar 2010 § 42 BBG (alt) Rn. 4*), weiterhin Dienstfähigkeit bestanden hätte. Auch wird es zu würdigen haben, wie die Schreiben der Beklagten vom 17. und 21. April 2009 nach dem objektiven Empfängerhorizont zu verstehen waren. Schließlich wird es die Anforderungen des § 26 Abs. 2 und Abs. 3 sowie § 27 Abs. 1 BeamStG zu berücksichtigen haben und den Parteien Gelegenheit zu 34

dem dafür erforderlichen Tatsachenvortrag geben müssen.

Fischermeier

Gallner

Spelge

Döpfert

Augat