
Datum: 19.03.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 SA 7/09
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:0319.8SA7.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Hamm, 1 Ca 2500/07
Schlagworte: Eingliederung der Versorgungsverwaltung NW / Zuordnungsplan / Berücksichtigung der nachträglich anerkannten Schwerbehinderteneigenschaft
Normen: EingliederungsG Versorgungsämter NW
Leitsätze:

Klageabweisende Entscheidung gegenüber einem vormals beim Versorgungsamt Soest beschäftigten, im Wege der Personalgestellung dem Märkischen Kreis zugeordneten Tarifbeschäftigten

Wird der für einen wohnortfernen Einsatz vorgesehene Tarifbeschäftigte aufgrund eines zeitlich nach Aufstellung des Zuordnungsplans und nach Verkündung des Gesetzes zur Eingliederung der Versorgungsämter, jedoch vor dem 01.01.2008 gestellten Anerkennungsantrags rückwirkend mit Bescheid vom 31.01.2008 als schwerbehindert anerkannt, so macht dies die bereits umgesetzte Zuordnung nicht unwirksam, sondern ist allein geeignet, ab dem Zeitpunkt der Anerkennung einen Anspruch auf Änderung des Einsatzortes unter dem Gesichtspunkt der behindertengerechten Beschäftigung zu begründen.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 12.08.2008

1 Ca 2500/07 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1
2 Mit seiner negativen Feststellungsklage wendet sich der Kläger im Zusammenhang mit der gesetzlichen Auflösung der Versorgungsämter gegen seine Zuordnung zum Märkischen Kreis mit dem Einsatzort A2xxxx ab dem 01.01.2008.

3 Der Kläger ist im Jahre 1949 geboren, verheiratet und seit dem Jahre 1978 in der Versorgungsverwaltung – zuletzt als Verwaltungsangestellter beim Versorgungsamt S2xxx – beschäftigt. Aufgrund eines am 29.11.2007 gestellten Antrages ist er mit Bescheid vom 31.01.2008 rückwirkend als Schwerbehinderter anerkannt worden.

4 Durch am 20.11.2007 verkündetes Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes NRW wurden die Versorgungsämter mit Wirkung zum 31.12.2007 aufgelöst und die bislang ihnen übertragenen Aufgaben den Kreisen, kreisfreien Städten, Landschaftsverbänden und Bezirksregierungen übertragen. Nach § 10 des Gesetzes werden die bei den Versorgungsämtern tätigen Tarifbeschäftigten kraft Gesetzes auf der Grundlage eines ministeriell unter Berücksichtigung sozialer Kriterien und dienstlicher Belange erstellten Zuordnungsplans den nunmehr zuständigen Behörden im Wege der Personalgestellung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt. Auf der Grundlage des endgültig am 14.11.2007 erstellten Zuordnungsplans wurde der Kläger sodann zum 01.01.2008 dem Märkischen Kreis mit dem Dienstort A2xxxx zugeordnet. Zuvor hatte der Kläger im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens einen hierfür bestimmten Fragebogen (Bl.173f d.A.) ausgefüllt. Unter Berücksichtigung der vorgesehenen Punktbewertung (Bl.175 d.A.) ergab sich für den Kläger ein Wert von 20,05 Sozialpunkten (Aufstellung Bl.176 d.A.). Nachträgliche Hinweise des Klägers auf persönliche Umstände mit dem Ziel, einen wohnortnäheren Einsatz zu erreichen, blieben erfolglos.

5 Mit seiner am 24.12.2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger vorgetragen, für den Einsatz im Märkischen Kreis fehle es zum einen an einer wirksamen Rechtsgrundlage. Die vorgesehene Personalgestellung scheitere schon an der fehlenden Bestimmtheit des Gesetzes, da der Zuordnungsplan selbst nicht in das Gesetz aufgenommen und mit diesem verkündet worden sei. Darüber hinaus seien die Mitbestimmungsrechte des Personalrats verletzt. Auch unter tarifrechtlichen und arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten halte die vorgesehene Personalgestellung bzw. ihre konkrete Umsetzung auf der Grundlage des Direktionsrechts der rechtlichen Überprüfung von vornherein nicht stand. Zum anderen seien bei der Aufstellung des Zuordnungsplans und der nachfolgenden Überprüfung von Härtefällen die persönlichen Belange des Klägers nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dies betreffe insbesondere den Gesichtspunkt der Schwerbehinderteneigenschaft. Nachdem er – der Kläger – einen entsprechenden Anerkennungsantrag noch vor Wirksamwerden der Maßnahme, nämlich am 29.11.2007 gestellt habe und dieser Antrag auf der Grundlage der auch dem beklagten Land mitgeteilten gesundheitlichen Störungen rückwirkend positiv beschieden worden sei, sei der zuvor ermittelte Punktwert entsprechend zu erhöhen. Zu Unrecht habe das beklagte Land auch die Altersteilzeit des Klägers unberücksichtigt gelassen und ihn wegen des gewählten "Blockmodells" einer Vollzeitkraft gleichgestellt. Im

Übrigen sei er auch ohne Berücksichtigung dieser Umstände mit 20,05 Sozialpunkten – also mehr als 20 Punkten – bei einer täglich zurückzulegenden Fahrtstrecke von 89 km der Gruppe der "Entfernungshärtefälle" zuzuordnen. Dementsprechend müsse der weitere Belastungsumstand Berücksichtigung finden, dass er gemeinsam mit seiner Ehefrau im Nebenerwerb ein Café mit Übernachtungsbetrieb führe, was in Anbetracht der langen Fahrtzeiten zwischen A2xxxx und B1x S1xxxxxxxx ausgeschlossen sei. Ein weiterer Mangel des Zuordnungsverfahrens liege schließlich in der vollständigen Intransparenz des sog. Härtefallverfahrens. Der Vortrag der Beklagten, insgesamt seien 36 Beschäftigte den Härtefallgruppen 2 bis 5 und weitere – mehr als 150 – Beschäftigte als "Entfernungshärtefälle" der Härtefallgruppe 1 zugeordnet worden, sei in keiner Weise nachvollziehbar. Weder lasse die lediglich beispielhafte Aufzählung der berücksichtigten Härtefallgesichtspunkte eine objektive Nachprüfung durch den Kläger zu, noch sei es mit ordnungsgemäßen Auswahlgrundsätzen vereinbar, dass das beklagte Land die bei der Härtefallprüfung berücksichtigten Angaben der Beschäftigten ungeprüft übernommen habe. Wie sich aus den vorgelegten Übersichten ergebe, sei insbesondere der Mitarbeiter S4xxxxxxx trotz einer Punktzahl von nur 19,32 Sozialpunkten dem Kläger bei der Wahl zwischen näheren und fernerer Einsatzorten vorgezogen worden. Allein die Angabe des beklagten Landes, der Beschäftigte S4xxxxxxx sei als Härtefall eingestuft worden, erlaube dem Kläger keine Nachprüfung. Insgesamt erweise sich damit die gesamte Vorgehensweise des beklagten Landes als unzulässig.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt 6

1. festzustellen, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung in A2xxxx ab dem 01.01.2008 zu erbringen; 7
2. dem beklagten Land zu untersagen, den Kläger ab dem 01.10.2008 im Rahmen der Personalgestellung dem Märkischen Kreis zur Verfügung zu stellen. 8

Das beklagte Land hat beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Das beklagte Land hat sich zur Begründung der Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis auf die genannten gesetzlichen Grundlagen berufen, eine Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Personalrats in Abrede gestellt und zur konkreten Auswahlentscheidung, den Kläger zum Einsatz im Märkischen Kreis vorzusehen, auf die Anzahl der ermittelten Sozialpunkte als Grundlage für die Aufstellung des Zuordnungsplanes verwiesen. Da der Kläger seinen Antrag auf Anerkennung seiner Schwerbehinderung erst im November 2007 – also zeitlich nach dem für die Aufstellung des Zuordnungsplans maßgeblichen Stichtag (01.08.2007) – gestellt habe, sei die Berücksichtigung dieses Umstandes allein noch nach den Maßstäben der Härtefallprüfung möglich gewesen. Eine Berücksichtigung des Klägers in Härtefallgruppe 1 als "Entfernungshärtefall" scheitere daran, dass der Punktwert von 20,05 Punkten den einheitlich gehandhabten Schwellenwert von mindestens 20,5 Punkten nicht erreiche. Auch eine Einstufung des Klägers als persönlicher Härtefall der Gruppen 2 bis 5 scheide aus, da die vom Kläger genannten Gesichtspunkte – insbesondere die mitgeteilten Erkrankungen und der Nebenerwerbsbetrieb – nicht das Gewicht eines berücksichtigungsfähigen Härtefalls erreichten. Hierzu verweist das beklagte Land auf entsprechende, beispielhaft genannte Härtefalleinstufungen (Anlage zur Klageerwiderung - B 11, Bl. 187 d.A.). Soweit es den vom Kläger namentlich genannten Beschäftigten S4xxxxxxx betreffe, sei dieser in die Härtefallgruppe 3 oder 4 eingestuft und 11

aus diesem Grunde dem Hochsauerlandkreis zugeordnet worden.

Durch Urteil vom 12.08.2008 (Bl. 323 ff. d.A.), auf welches wegen des weiteren Sachverhalts, insbesondere der Darstellung der rechtlichen Grundlagen der Personalgestellung und des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens, Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der gesetzlichen Regelung und die hierauf gestützte Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis und seinen Einsatz in A2xxxx seien nicht zu erkennen. Ebenso wenig könne die Wirksamkeit der Zuordnung aus arbeitsvertraglichen oder mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten beanstandet werden. Auch unter Berücksichtigung der persönlichen Belange des Klägers seien keine Bedenken zu erheben, vielmehr halte sich die durchgeführte Auswahl im Rahmen billigen Ermessens, insbesondere sei nicht ersichtlich, dass weniger schutzwürdige Arbeitnehmer ortsnäher als der Kläger eingesetzt würden. Die Sozialpunkte des Klägers seien mit dem Punktwert von 20,05 rechnerisch korrekt ermittelt, eine Berücksichtigung der Altersteilzeit scheide in Anbetracht der Tatsache, dass der Kläger im Blockmodell vollzeitig arbeite, aus. Die Voraussetzungen eines "Entfernungshärtefalls" seien nicht gegeben, da die Handhabung des beklagten Landes, einen solchen erst bei mindestens 20,5 Sozialpunkten anzunehmen, nicht beanstandet werden könne. Die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers könne in Anbetracht der Tatsache, dass der Kläger erst am 29.11.2007 und damit nach dem Stichtag vom 01.08.2007 seinen Anerkennungsantrag gestellt habe, nicht als rechtlicher Mangel der Zuordnungsentscheidung angesehen werden. Schließlich könne der Kläger weder unter dem Gesichtspunkt der Schwerbehinderung noch mit Rücksicht auf den geführten Familienbetrieb als persönlicher Härtefall angesehen werden. Nachdem das beklagte Land – vom Kläger unwider-sprochen – die Einordnung des Mitarbeiters S4xxxxxxx als persönlichen Härtefall der Stufe 3 oder 4 vorgetragen habe, müsse insgesamt von einer sachgerechten Auswahlentscheidung ausgegangen werden. Damit seien beide verfolgten Klageanträge als unbegründet abzuweisen. 12

Mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung hält der Kläger unter Beschränkung seines Begehrens auf den erstinstanzlich verfolgten Feststellungsantrag an seinem Standpunkt fest, er sei nicht zur Arbeitsleistung in A2xxxx verpflichtet. Unter Wiederholung und Vertiefung seines Vorbringens führt der Kläger aus, neben den bereits erstinstanzlich vorgetragenen rechtlichen Bedenken gegen die Zuordnung der Beschäftigten im Wege der Personalgestellung führe auch die fehlerhafte Durchführung des Auswahlverfahrens zur Unwirksamkeit der Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis. Da das beklagte Land die für die Vergabe von Sozialpunkten maßgeblichen Angaben weder nachgeprüft noch ausreichend gesichert habe, sei vollkommen ungeklärt, auf welcher Datenbasis über die Zuordnung der Beschäftigten entschieden worden sei. Entsprechendes gelte für die praktizierte Härtefallregelung. Mangels Angabe genereller Kriterien könne der Kläger die vom beklagten Land behauptete Abwägung in keiner Weise nachvollziehen. Dies gelte insbesondere auch für den Arbeitnehmer S4xxxxxxx, welchen das beklagte Land ohne erkennbaren Grund als Härtefall angesehen habe. Jedenfalls unter Berücksichtigung der beim Kläger festgestellten Schwerbehinderung lasse sich der vom beklagten Land begründete Vorrang des Arbeitnehmers S4xxxxxxx nicht rechtfertigen, zumal der Kläger zugleich auch mit Überschreitung des Schwellenwerts von 20 Sozialpunkten jedenfalls als Entfernungshärtefall angesehen werden müsse. 13

Der Kläger beantragt, 14

15

das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 12.08.2008 – 1 Ca 2500/07 – teilweise abzuändern und festzustellen, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung in A2xxxx ab dem 01.01.2008 zu erbringen.

Das beklagte Land beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Das beklagte Land verteidigt die arbeitsgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend. Zur Angemessenheit der vorgenommenen Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis legt das beklagte Land Unterlagen zum Personalbedarf bei den zuständigen Stellen (Anlage BB 5 zur Berufungserwidern, Bl. 480 d.A.) sowie eine Liste mit den dem Kläger vergleichbaren Beschäftigten als Grundlage des Zuordnungsplans unter Angabe der Sozialdaten und vergebener Punkte (Anlage BB 6, Bl. 481 ff. d.A.) vor und führt aus, auf dieser Grundlage sei der vorgesehene Einsatz des Klägers im Märkischen Kreis nicht zu beanstanden. Weder erfülle der Kläger die Voraussetzungen eines "Entfernungshärtefalls", noch seien die vom Kläger vorgetragene Gesichtspunkte geeignet, einen persönlichen Härtefall zu begründen, wie dies für die in der vorgelegten Liste (BB 7, Bl. 485 d.A.) aufgeführten Beschäftigten zutrefte. Allein die spätere Anerkennung des Klägers als Schwerbehinderter vermöge hieran nichts zu ändern. Im Bezug auf die konkrete Beanstandung des Klägers zum Mitarbeiter S4xxxxxxx legt das beklagte Land dessen Schreiben vom 24.09.2007 (Bl. 543 f. d.A.) vor, in welchem es u. a. wie folgt heißt:

Des Weiteren ist es mir aus gesundheitlicher Sicht nicht möglich, die Strecke nach A2xxx zu fahren. Bei mir wurde ein schweres Schlaf-Apnoe-Syndrom festgestellt, welches mich zum tragen einer CPAP Maske zwingt. Trotz der "Behandlung" mit der CPAP Maske ist es mir nicht möglich, länger als 45 Minuten Auto zu fahren, da dann die Konzentration nachlässt und ich gezwungen werde, einzuschlafen. Dies stellt eine Gefahr für andere und für mich im Straßenverkehr dar 19

Wie im Termin vor dem Landesarbeitsgericht auf Befragen des Gerichts klargestellt worden ist, hat das beklagte Land in diesem Zusammenhang die Vorlage eines Attestes nicht gefordert, da zu einem generellen Misstrauen gegenüber den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes kein Anlass gegeben sei. Der Kläger hat hierzu erwidert, nach wie vor sei die gesamte Härtefallregelung und Handhabung aus seiner Sicht nicht nachzuvollziehen. 21

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragene Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 22

Entscheidungsgründe 23

Die Berufung des Klägers bleibt ohne Erfolg. 24

A 25

Gegen die Zulässigkeit des Feststellungsantrages bestehen keine Bedenken. Weder ist der Kläger aus Rechtsgründen gehalten, anstelle des verfolgten negativen Feststellungsantrages einen positiven Feststellungs- oder Leistungsantrag zu stellen, noch könnte der Kläger auf diesem Wege in Anbetracht der tatsächlichen Auflösung der Versorgungsämter die unveränderte Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Einsatzort S2xxx erzwingen. 26

Allerdings hat der Kläger in seinen Klageantrag ein zwischenzeitlich verstrichenen Datum – den 01.01.2008 – aufgenommen. Hieraus folgt indessen nicht, dass der Kläger mit seinem Antrag anstelle eines oder neben einem auf die Gegenwart gerichteten Begehren (auch) eine eigenständige vergangenheitsbezogene Feststellung begehrt. Wie sich aus dem Gesamtvorbringen des Klägers ergibt, leugnet der Kläger seine aktuelle Verpflichtung, seine Arbeitsleistung in A2xxxx zu erbringen. In Bezug auf den zurückliegenden Zeitraum lassen sich keinerlei Gesichtspunkte erkennen, welche auf die gerichtliche Klärung einer vergangenheitsbezogenen Beurteilung der Rechtslage zielen. Dementsprechend handelt es sich um eine der Auslegung zugängliche Ungenauigkeit des Antrages. Auch der im Berufungsrechtszug vorgelegte Schriftsatz vom 29.01.2009 stützt diese Auslegung. Danach betrifft der – ursprünglich als Antrag zu 1) verfolgte – Feststellungsantrag den "derzeitigen Einsatz" bzw. "derzeitigen Status" des Klägers.

B 28

In der Sache erweist sich die Berufung des Klägers als unbegründet. In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil ist der Kläger verpflichtet, seine Arbeitsleistung in A2xxxx zu erbringen. 29

I 30

Die gerichtliche Überprüfung der materiellen Rechtslage ist nicht bereits durch die rechtskräftige Abweisung des vormaligen Klageantrages zu 2) beschränkt. Soweit sich möglicherweise aus der Entscheidung der 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts (Urteil vom 22.01.2009, 11Sa 1255/08, unter Ziff. II 3 der Gründe) etwa anderes ergibt, vermag sich die erkennende Kammer dem nicht anzuschließen. 31

Bei dem ursprünglichen Klageantrag zu 2) handelt es sich um einen Leistungsantrag. Mit der rechtskräftigen Abweisung dieses Leistungsbegehrens ist dem Kläger der verfolgte Anspruch aberkannt worden, weswegen er – solange sich die tatsächlichen Umstände nicht ändern – eine entsprechende Leistung (Unterlassung) auch erneut nicht verlangen kann. Aus der Verneinung des Unterlassungsanspruchs des Klägers folgt auch nicht als kontradiktorisches Gegenteil die Rechtmäßigkeit einer beklagtenseitigen Weisung, sondern allenfalls die Berechtigung der erfolgreichen Beklagtenpartei, eine Weisung ungehindert auszusprechen. Unabhängig von der maßgeblichen Urteilsbegründung, ein Recht zur Abwehr der bekämpften Weisung bestehe nicht, weil nach der zugleich eigenständig festgestellten Rechtslage der Kläger zur Arbeit in A2xxxx verpflichtet sei, wird hiermit keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Leistungsverpflichtung des Klägers getroffen – diese ist vielmehr Gegenstand der Entscheidung über den Klagenantrag zu 1). Vielmehr handelt es sich bei den Urteilsgründen zur Abweisung des Klageantrages zu 2) allein um die rechtliche Beurteilung einer Vorfrage, welche an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teilnimmt. 32

II 33

Die nach den vorstehenden Ausführungen uneingeschränkt vom Landesarbeitsgericht vorzunehmende Beurteilung der Rechtslage führt – auch unter Berücksichtigung der im Berufungsrechtszuge vorgetragenen weiteren Gesichtspunkte – nicht zu der begehrten Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung. 34

1. Soweit es diejenigen rechtlichen Gesichtspunkte betrifft, mit welchen der Kläger ganz allgemein – ohne Berücksichtigung der seine Person betreffenden Besonderheiten – die Verpflichtung in Abrede stellt, seine Arbeitsleistung in A2xxxx zu erbringen und in diesem 35

Zusammenhang verfassungsrechtliche sowie einfachgesetzliche Gesichtspunkte einschließlich der Fragen des Personalvertretungsrechts sowie der tarifrechtlichen und arbeitsvertraglichen Zulässigkeit der Personalgestaltung und ihrer Umsetzung zum Gegenstand hat, folgt die Kammer den zutreffenden Gründen des arbeitsgerichtlichen Urteils, welches seinerseits an die bislang ergangenen Entscheidungen des Berufungsgerichts anknüpft. Die inzwischen zahlreich vorliegenden Entscheidungen der 11. und 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts in Parallelverfahren sind den Verfahrensbevollmächtigten aus eigener Mitwirkung bekannt und überwiegend bereits in die Revision gelangt. Schon aus Gründen der einheitlichen Rechtsanwendung besteht zu einer abweichenden Beurteilung kein Anlass, zumal sich aus dem Berufungsvorbringen des Klägers in Bezug auf die vorstehend genannten Rechtsfragen keine zusätzlichen Gesichtspunkte ergeben.

2. Auch die Würdigung derjenigen Gesichtspunkte, mit welchen der Kläger die Verpflichtung zur Arbeitsleistung in A2xxxx aus in seiner Person liegenden Gründen bekämpft, vermag eine Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung nicht zu rechtfertigen. 36

a) Soweit es zunächst die rückwirkende Anerkennung des Klägers als Schwerbehinderter durch Bescheid vom 31.01.2008 betrifft, hat dies nicht zur Folge, dass der Kläger im gegenwärtigen Zeitpunkt zu einer Tätigkeit in A2xxxx nicht verpflichtet ist. 37

(1) Gleich ob sich die Verpflichtung der betroffenen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung am vorgesehenen Ort unmittelbar aus dem am 20.11.2007 in Kraft getretenen Eingliederungsgesetz in Verbindung mit dem Übernahmeplan – also kraft Gesetzes – oder aufgrund kon-kludent erteilter arbeitsvertraglicher Weisung ergibt, war eine Berücksichtigung der Schwerbehindertenstellung zum maßgebliche Zuordnungszeitpunkt (01.01.2008) schon deshalb nicht möglich, weil zu diesem Zeitpunkt eine behördliche Entscheidung über den Feststellungsantrag des Klägers noch nicht getroffen war. Dementsprechend kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht darauf an, ob es für eine festgestellte Schwerbehinderteneigenschaft und deren Berücksichtigung bei der Ermittlung der Sozialpunkte auf den von der Beklagten genannten Stichtag vom 01.08.2007, die abschließende Aufstellung des Zuordnungsplanes, die Verkündung des Gesetzes oder einen anderen Zeitpunkt bis zum 31.12.2007 ankommt. Vielmehr bleibt festzuhalten, dass auch bei Kenntnis des beklagten Landes vom Anerkennungsantrag des Klägers erst mit dem Bescheid vom 31.01.2008 entsprechende Klarheit geschaffen war. 38

(2) Die rückwirkende Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft kann auch nicht – entsprechend den Grundsätzen des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte Arbeitnehmer nach den Regeln des SGB IX – rückwirkend die Rechtsunwirksamkeit der Maßnahme – also der kraft Gesetzes oder durch Weisung begründeten Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis – begründen. Weder liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Regeln des Sonderkündigungsschutzes vor, noch ergäbe sich für diesen Fall die vom Kläger erstrebte Rechtsfolge. 39

(a) Wie auch der Kläger nicht in Abrede stellt, kann der Arbeitgeber bei einer Maßnahme des Direktionsrechts und der Ausübung billigen Ermessens allein solche Tatsachen berücksichtigen, welche bereits vorliegen und ihm bekannt sind. Entsprechendes gilt, wenn die Zuordnung des Arbeitnehmers zur neuen Einsatzstelle aus einem Zuordnungsplan folgt, welcher zwangsläufig vor Wirksamwerden der Maßnahme aufgestellt sein muss. Theoretisch könnte zwar bei der Aufstellung des Zuordnungsplans auch ein bereits gestellter, noch nicht beschiedener Anerkennungsantrag mit einem bestimmten Punktwert berücksichtigt werden. Da indessen der Ausgang des Anerkennungsverfahrens keineswegs feststeht, bliebe damit entweder die endgültige Reihenfolge der in den Zuordnungsplan aufgenommenen 40

Arbeitnehmer in der Schwebe oder für den betroffenen Arbeitnehmer ergäbe sich auch bei einem erfolglos gebliebenen Anerkennungsantrag ein entsprechender Rangvorteil. Eine nachträgliche "Unwirksamkeit" des Zuordnungsplans oder der hierauf gegründeten Personalgestellungsmaßnahme mit der weiteren Folge, dass sich hieraus eine Änderung der Rangfolge und die Notwendigkeit erneuter Umsetzungen ergäbe, muss schon aus Gründen der Praktikabilität ausscheiden.

(b) Zieht man eine Parallele zur sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG in Betracht, bei welcher der Gesichtspunkt der Schwerbehinderung angemessen zu berücksichtigen ist, so erscheint zweifelhaft, ob aus einer nachträglichen (rückwirkenden) Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft zwangsläufig die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl herzuleiten ist (vgl. KR-Griebeling, 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 678 a; Bader NZA 2004, 65, 74). Jedenfalls bei fehlender Kenntnis des Arbeitgebers vom laufenden Antragsverfahren ist – nicht anders als bei der Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes der Schwerbehinderten – zumindest dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen. 41

(c) Unabhängig hiervon könnte der Kläger im Übrigen selbst bei einer analogen Anwendung der Grundsätze des Sonderkündigungsschutzrechts für Schwerbehinderte eine Rechtsunwirksamkeit der Zuordnung nicht erfolgreich geltend machen, und zwar auch dann, wenn hierfür nicht auf den Gesichtspunkt der Zuordnung kraft Gesetzes – seinen Anerkennungsantrag hat der Kläger zeitlich erst nach Inkrafttreten des Gesetzes gestellt –, sondern auf eine nachfolgende Zuordnungsentscheidung oder Weisung des Arbeitgebers abgestellt wird und dementsprechend von einer mehr als drei Wochen vorangehenden Antragstellung beim Versorgungsamt ausgeht. Erstmals mit Schriftsatz vom 21.04.2008 (Bl. 255 d.A.) hat sich der Kläger auf den am 31.01.2008 ergangenen Anerkennungsbescheid berufen. So wie der als schwerbehindert anerkannte oder seine Anerkennung betreibende Arbeitnehmer sich spätestens binnen eines Monats nach Zugang einer Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber hierauf berufen muss, um seine Rechte zu wahren, wäre auch hier – wenn überhaupt eine Analogie zum Sonderkündigungsschutz in Betracht zu ziehen sein sollte – der Kläger gehalten gewesen, das beklagte Land spätestens nach Wirksamwerden des Einsatzes in A2xxxx zeitnah auf das laufende Anerkennungsverfahren hinzuweisen, um eine Verwirkung seiner Rechtsposition zu vermeiden. 42

(d) Durch die Nichtberücksichtigung der erst nachträglich erfolgten Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft wird der Kläger auch nicht rechtlos gestellt. Auch wenn nämlich die gesetzliche Regelung nebst Verweisung auf den Zuordnungsplan bzw. die hierauf gestützten Umsetzungsmaßnahmen in ihrer Rechtmäßigkeit nicht davon berührt werden, dass der Kläger rückwirkend als Schwerbehinderter anerkannt worden ist, folgt ohne weiteres aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht und der Verpflichtung des Arbeitgebers zur behindertengerechten Beschäftigung, dass das beklagte Land auf der Grundlage des geänderten Lebenssachverhalts über den künftigen Einsatz des Klägers neu zu entscheiden hat. Ob dies – das Vorhandensein einer entsprechenden freien Stelle vorausgesetzt – zu einem ortsnäheren Einsatz des Klägers oder zu einer Zuordnung zum PEM führen könnte, bedarf hier keiner Entscheidung, da ein derartiges Begehren nicht vom Klageantrag umfasst wird. 43

(3) Der vorgetragene Sachverhalt lässt auch nicht die Beurteilung zu, unter Berücksichtigung der nachträglich erfolgten Anerkennung als Schwerbehinderter scheide eine fortbestehende Verpflichtung des Klägers zum Einsatz in A2xxxx in jedem Falle aus, so dass bereits gegenwärtig dem Kläger etwa ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Auch wenn für die 44

Beurteilung der Rechtslage nicht die am 01.01.2008 maßgeblichen Verhältnisse entscheidend sind, vielmehr auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen ist, fehlt es hierfür jedenfalls an einem ausreichenden Tatsachenvorbringen.

b) Richtig ist allerdings, dass dem beklagten Land zwar nicht die Schwerbehinderteneigenschaft, wohl aber die zugrundeliegenden Erkrankungen aus den vom Kläger eingereichten Unterlagen ersichtlich waren. Allein hieraus war für das beklagte Land indessen weder ersichtlich, dass die Anerkennung des Klägers als Schwerbehinderter praktisch nur noch "Formsache" war, noch kann es in rechtlicher Hinsicht beanstandet werden, dass eine Berücksichtigung von Erkrankungen nur im Rahmen der vorgesehenen Härtefallgruppen – unter Berücksichtigung ihrer konkreten Auswirkungen auf die Möglichkeit und Zumutbarkeit entfernter Arbeitseinsätze – vorgenommen wurde. Die vom Kläger in diesem Zusammenhang vorgelegten Krankenunterlagen (Bl. 312 ff. d.A.) bieten hierfür jedoch keine Grundlage. Weder die mitgeteilten Erkrankungen – Diabetes mellitus, Bluthochdruck u. a. – wie auch das vorgelegte ärztliche Attest, nach welchem die Vermeidung regelmäßiger längerer Fahrtstrecken medizinisch wünschenswert erscheint, lassen ohne weiteres eine Einordnung als medizinischer Härtefall zu.

45

c) Auch soweit das beklagte Land bei der Aufstellung des Zuordnungsplans und der Einstufung von Härtefällen der nebenberuflichen Tätigkeit des Klägers im Rahmen des Familienbetriebes keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, kann dies rechtlich nicht beanstandet werden. Wie vom beklagten Land im Einzelnen ausgeführt worden ist, sind die von den betroffenen Arbeitnehmern jeweils geltend gemachten Individualumstände im Zuge der durchgeführten Härtefallprüfung nachvollzogen worden. Aus der von dem beklagten Land beispielhaft gegebenen Darstellung zur Staffelung der Härtefallgruppen ergibt sich ohne weiteres, dass dem vom Kläger vorgetragenen Belang kein Gewicht zukommt, welches mit den in den Härtefallgruppen 2 bis 5 berücksichtigten Umständen vergleichbar ist. Eine Berücksichtigung des Klägers als "Entfernungshärtefall" scheidet aus, weil ein solcher nach den nicht zu beanstandenden Handhabungsregeln des Ministeriums bei Vollzeitbeschäftigten erst bei einem Punktwert von mehr als 20 angenommen worden ist. Der vom Kläger erreichte Punktwert von 20,05 Punkten liegt zwar rechnerisch unzweifelhaft über dem Punktwert von 20. Da es indessen an einer gesetzlichen Grundlage zur Bestimmung des Punktwertes fehlt, ist allein vom Erfordernis der Selbstbindung der Verwaltung an die einheitliche Verwaltungspraxis auszugehen. Dieser Grundsatz ist indessen beachtet, wenn gleichmäßig bei sämtlichen Betroffenen ein Entfernungshärtefall erst ab einem Wert von 20,5 Punkten angenommen wird.

46

Dass dieser Punktwert auch auf den Kläger als Teilzeitbeschäftigten Anwendung findet, ist nicht zu beanstanden. Der Kläger ist im Rahmen der Altersteilzeit im sog. Blockmodell tätig und dementsprechend während der Arbeitsphase als Vollzeitkraft eingesetzt. Für die Frage der Zumutbarkeit weiterer Fahrtstrecken ist dies entscheidend.

47

d) Ein Mangel der Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis kann auch nicht aus einer fehlerhaften Bildung von Härtefallgruppen oder einer diesbezüglich fehlerhaften Handhabung – insbesondere in Bezug auf den Beschäftigten S4xxxxxxx – hergeleitet werden.

48

(1) Soweit der Kläger beanstandet, das beklagte Land habe es unterlassen, die Angaben der Beschäftigten zum Vorliegen von Härtefallumständen nachzuprüfen, vermag dies dem Klagebegehren nicht zum Erfolg zu verhelfen.

49

Dass das beklagte Land den jeweiligen Angaben der Beschäftigten Glauben geschenkt und Nachweise nicht verlangt hat, stellt als solches keinen Verfahrensfehler dar. Hierfür ist eine

50

rechtliche Grundlage nicht ersichtlich. Maßgeblich ist vielmehr die objektive Richtigkeit der geltend gemachten Härtefallgründe.

(2) Ebenso wenig folgt aus dem Umstand, dass das beklagte Land die für die Anerkennung als Härtefall maßgeblichen Gründe nur beispielhaft benannt und nicht für jeden einzelnen Härtefall die hierfür maßgeblichen Tatsachen dargelegt hat, dass schon aus diesem Grunde von einer in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaften Zuordnung des Klägers zum Märkischen Kreis auszugehen ist. Soweit der Kläger hierzu auf die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG verweist, wird dies der hier vorliegenden prozessualen Lage nicht gerecht und überzeugt deshalb nicht. 51

(a) Den vom beklagten Land vorgelegten Listen ist zunächst zu entnehmen, welcher namentlich bezeichnete Arbeitnehmer auf der Grundlage der vorgesehenen Punktbewertung aus welchen Gründen welche Anzahl von Sozialpunkten erlangt hat und in welcher Rangfolge alsdann auf der Grundlage der erzielten Punktwerte die Verteilung der Beschäftigten auf die näheren und ferneren Einsatzorte erfolgt ist. Weiter hat das beklagte Land listenmäßig belegt, welche Personen mit welcher Anzahl an Sozialpunkten als persönliche Härtefälle und als "Entfernungshärtefälle" abweichend berücksichtigt worden sind. Ausgehend vom Punktwert des Klägers mit 20,05 Punkten ist damit nachvollziehbar, dass der Kläger – ohne Berücksichtigung von Härtefallgesichtspunkten – für einen Einsatz im Märkischen Kreis vorgesehen werden durfte. In der Klageerwidern (dort S. 12 f. – Bl. 140 f. d.A.) ist der Auswahlvorgang unter Bezugnahme auf die Anlagen B 7 und B 8 nachvollziehbar dargestellt. Mit Ausnahme des Beschäftigten S4xxxxxxx orientiert sich die Zuordnung danach an der ermittelten Punktzahl. Die zur Berufungserwidern als Anlage BB 6 überreichte Liste (Bl. 481 d.A.) lässt in Verbindung mit den schriftsätzlichen Ausführungen erkennen, dass das beklagte Land die Zuordnung der Beschäftigten zum jeweils näheren Einsatzort an der Anzahl der erreichten Sozialpunkte ausgerichtet und dementsprechend die Beschäftigten mit einer geringeren Anzahl von Punkten für einen vom jeweiligen Wohnort weiter entfernten Einsatzort vorgesehen worden sind. 52

(b) Rechtlich wäre der Kläger zwar nicht gehindert, in Bezug auf sämtliche oder einzelne Personen, welche laut Liste eine höhere Anzahl an Sozialpunkten als der Kläger aufweisen oder als Härtefälle eingestuft worden sind, die Richtigkeit des Zahlenwerks bzw. der berücksichtigten Tatsachen in Bezug auf jeden ihm persönlich nicht bekannten Beschäftigten mit Nichtwissen zu bestreiten. Dass der Kläger dies in dieser Pauschalität geltend machen will, lässt sich jedoch seinem Vorbringen nicht entnehmen. Insoweit gilt nichts anderes, als wenn der gekündigte Arbeitnehmer in der Klageschrift zunächst pauschal die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung und Sozialauswahl bestreitet und damit den Arbeitgeber zum konkreten Sachvortrag zwingt. Hat der Arbeitgeber hierauf entsprechenden Tatsachenvortrag geleistet, ist es nunmehr Sache des Arbeitnehmers, konkret zu verdeutlichen, welche Tatsachen als streitig und beweisbedürftig gelten sollen, und zwar unabhängig davon, ob die Beweislast den Arbeitgeber (so bei der Betriebsratsanhörung) oder den Arbeitnehmer (so für Mängel der Sozialauswahl) trifft. Auch soweit ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, führt dies nicht dazu, dass ein pauschales Bestreiten genügt. Im Hinblick auf eine mit einem konkreten Bestreiten verbundene Ausweitung des Streitstoffs liegt es auch keineswegs auf der Hand, dass der Kläger tatsächlich sein Vorbringen als konkretes Bestreiten sämtlicher Auswahl-tatsachen verstanden wissen will. 53

(c) Etwas anderes – nämlich ein konkretes Bestreiten in tatsächlicher Hinsicht – ergibt sich auch nicht in Bezug auf vom beklagten Land berücksichtigte persönliche Härtefälle. Richtig ist zwar, dass die nur beispielhaften Angaben des beklagten Landes zu den 54

berücksichtigungsfähigen Umständen für sich genommen dem Kläger eine konkrete Nachprüfung der Zuordnung nicht erlauben. Das beklagte Land hat jedoch mit den Anlagen BB 7 und BB 8 (Bl.485 f d.A.) die als Härtefall berücksichtigten Personen mit Namen und Sozialpunkten so individualisiert, dass der Kläger – auch ohne Kenntnis der konkreten Härtefallgründe – jedenfalls diejenigen Personen namentlich bezeichnen konnte, welche bei Fehlen derartiger Gründe ihm nicht hätten vorgezogen werden dürfen mit der Folge, dass für ihn – den Kläger – ein wohnortnäherer Einsatz in Betracht gekommen wäre. In Anbetracht der Tatsache, dass es nur auf solche Auswahlfehler ankommen kann, deren Korrektur gegebenenfalls zu einer Besserstellung des Klägers geführt hätte, stellt es keine Überforderung dar, vom Kläger eine entsprechende Eingrenzung vorzunehmen. Allein in Bezug auf den so eingeschränkten Personenkreis hatte dann das beklagte Land Anlass, den berücksichtigten Härtefallgrund konkret darzulegen.

(d) Ein Auswahlfehler wegen unberechtigter Berücksichtigung als persönlicher Härtefall kommt danach aber allein in Bezug auf den Arbeitnehmer S4xxxxxxx in Betracht. Demgegenüber ist nicht von Belang, dass das beklagte Land nicht für sämtliche angeführten Härtefälle die von ihm berücksichtigten Tatsachen in den Prozess eingeführt hat. 55

In Bezug auf die Person des Arbeitnehmers S4xxxxxxx hat das beklagte Land in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht ihren Vortrag zu den Härtefallgründen unter Vorlage eines von dem Beschäftigten verfassten Schreibens vom 24.09.2007 (Bl. 543 f d.A.) ausgeführt, der vorgesehene Einsatzort A2xxxx habe aus gesundheitlichen Gründen nicht realisiert werden können. Aufgrund eines schweren Schlaf-Apnoe-Syndroms seien längere Autofahrten von mehr als 45 Minuten ausgeschlossen. Unstreitig hat zwar das beklagte Land vom Arbeitnehmer S4xxxxxxx kein Attest gefordert, andererseits erscheinen die dargestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht von vornherein als derartig unrealistisch, dass sich ihre Unrichtigkeit geradezu aufdrängt, zumal im Übrigen davon auszugehen ist, dass ein "Erschleichen" von Sondervorteilen durch wahrheitswidrige Angaben für einen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes nicht folgenlos bleiben würde. Von einer offenkundigen Unrichtigkeit der dargestellten Härtefallgründe kann jedenfalls nicht ausgegangen werden. 56

Der Kläger hat zwar im ersten Rechtszuge in Bezug auf die Person des Herrn S4xxxxxxx das Vorliegen eines Härtefalls bestritten und, nachdem das Arbeitsgericht auf der Grundlage der Angaben der Beklagtenvertreter zu Protokoll vom 12.08.2008 den Sachvortrag des beklagten Landes als unstreitig angesehen hat, im zweiten Rechtszuge erneut die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Härtefallregelung in Bezug auf den Arbeitnehmer S4xxxxxxx beanstandet und ausgeführt, dem Kläger sei es aus diesem Grunde nicht möglich, die vom beklagten Land behauptete Abwägung nachzuvollziehen bzw. zu überprüfen. Dass hierin – bezogen auf das Verfahrensstadium der Berufungsbegründung – ein ausreichendes Bestreiten der angeblich berücksichtigten Härtefalltatsachen lag, erscheint nicht zweifelhaft. Nachdem das beklagte Land hierauf im Termin vor dem Landesarbeitsgericht das Schreiben des Beschäftigten S4xxxxxxx vorgelegt und sich auf die inhaltliche Richtigkeit der hierin enthaltenen Angaben zu den gesundheitlichen Einschränkungen berufen hat, hat der Kläger zwar erneut in allgemeiner Form die fehlende Nachvollziehbarkeit der gesamten Härtefallpraxis in Abrede gestellt, nicht hingegen gerade in Bezug auf die erörterte Erkrankung des Arbeitnehmers S4xxxxxxx zum Ausdruck gebracht, die nunmehr konkret bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen lägen in Wahrheit gar nicht vor, tatsächlich sei Herr S4xxxxxxx ohne weiteres oder nicht weniger als der Kläger zu längeren Autofahrten gesundheitlich in der Lage. Auch wenn nicht verkannt wird, dass der Kläger als medizinischer Laie die Plausibilität der genannten Angaben zur Schlaf-Apnoe und ihren 57

Auswirkungen auf die Fahrtüchtigkeit nicht beurteilen kann, macht dies eine Gegenerklärung – gegebenenfalls mit Nichtwissen – nicht entbehrlich, wenn eine Tatsachenaufklärung im Wege der Beweisaufnahme veranlasst werden soll. Unabhängig von der Frage der Beweislastverteilung für etwaige Auswahlmängel kann nicht einfach unterstellt werden, der Kläger bestreite, nachdem er nunmehr konkrete Krankheitsgründe als Grundlage der Einordnung als Härtefall erfahren habe, die Angaben des Beschäftigten S4xxxxxxx als sachlich unrichtig.

3 Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass die konkrete Auswahlentscheidung des beklagten Landes, den Kläger für einen Einsatz beim Märkischen Kreis vorzusehen, in inhaltlicher Hinsicht nicht beanstandet werden kann, so dass sich der verfolgte negative Feststellungsantrag als unbegründet erweist. Ob der Kläger aufgrund seiner nachträglichen Anerkennung als Schwerbehinderter eine Änderung des Einsatzes in A2xxxx verlangen kann, war nicht zu entscheiden. Hinsichtlich der weiteren aufgeworfenen Rechtsfragen zur Wirksamkeit der Personalgestellung als solcher ist eine abschließende Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache war aus diesem Grunde die Revision gegen das Urteil zuzulassen.

II 59

Die Kosten der erfolglosen Berufung hat der Kläger zu tragen. 60

III 61

Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 ArbGG. 62