

9. Dez. 1960

350

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die amtliche Sammlung! ja

Gesetz: BBG §§ 42, 45 Abs. 2; Dienstordnung der Bau-Berufsgenossenschaft Wuppertal vom 27.10.42, § 6 Ziff. 12.

Leitsätze:

1. Ein im Ruhestand befindlicher Dienstordnungs-Angestellter, für den auf Grund der Dienstordnung § 45 Abs. 2 BBG gilt, hat unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift Anspruch auf erneute Begründung eines aktiven Dienstordnungs-Angestelltenverhältnisses.
2. Der Arbeitgeber hat auf Grund seiner Fürsorgepflicht in erster Linie dem zur Wiederanstellung berechtigten Dienstordnungs-Angestellten den früheren oder einen gleich zu erachtenden Dienstposten zu übertragen. Erst wenn das nicht in Betracht kommt, darf er ihm einen geringerwertigen Posten anbieten.
3. Der Mangel einer freien Planstelle steht grundsätzlich einem Wiederanstellungsanspruch des Dienstordnungs-Angestellten als zwingender dienstlicher Grund gemäß § 45 Abs. 2 BBG entgegen.
4. Dienstfähigkeit im Sinne des § 45 Abs. 2 BBG besteht, wenn der Dienstordnungs-Angestellte in der Lage ist, den früher innegehabten Dienstposten oder einen diesem nach Rang, Vor- und Ausbildungserfordernissen gleichzuerachtenden Dienstposten wahrzunehmen. Dabei kommt es nicht allein darauf an, ob der Dienstordnungs-Angestellte persönlich nach seinem Gesundheitszustand zu der bezeichneten Dienstleistung imstande ist, sondern auch darauf, ob seine Verwendungsfähigkeit den betrieblichen Erfordernissen entspricht.

Artenzeichen: 4 AZR 503/58
Urteil des BAG vom 9. Dezember 1960

LAG Düsseldorf



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4. AZR 503/58

6 Sa 593/57 Düsseldorf

Urteilsformel zuge-
stellt am 9. Dezember 1960

gez. Mißler,

Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 7. Dezember 1960 durch
den Senatspräsidenten Dr. Poelmann, die Bundesrichter
Dr. Pecher und Dr. Martel sowie die Bundesarbeitsrichter
Dr. Schwennicke und Werner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. Juni 1958
- 6 Sa 593/57 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger leidet seit 1933 an einer in Schüben verlaufenden Lungentuberkulose. Durch Rentenbescheid vom 28. Juli 1952 erkannte deshalb das Versorgungsamt K eine Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers in Höhe von 80 % an. Mit Wirkung vom 1. August 1952 wurde der Kläger, der bis dahin dienstordnungsmäßig angestellter Oberinspektor bei ^{der} Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel in B war, von der Beklagten unter gleichzeitiger Ernennung zum Amtmann als Dienstordnungs-Angestellter übernommen. Der zwischen den Parteien am selben Tage abgeschlossene Dienstvertrag lautet:

"Herr Dr. S wird aufgrund der Dienstordnung der Bau-Berufsgenossenschaft vom 27.10.1942/15.2.1943 mit Wirkung vom 1. August 1952 ständig angestellt.

Er wird in die Besoldungsgruppe A 3 b Reichsbesoldungsordnung eingereiht.

Das Besoldungsdienstalter in dieser Besoldungsgruppe beginnt am 1. August 1948.

Für das Dienstverhältnis gelten im übrigen die Bestimmungen der oben erwähnten Dienstordnung, von der ein Stück beigelegt ist."

Am 17. Juli 1953 wurde der Kläger dienstunfähig krank. Die Diagnose lautete auf Bronchus-Tuberkulose mit Atelektase. Daraufhin erteilte das Versorgungsamt W dem Kläger einen neuen Rentenbescheid, in dem eine Minderung seiner Erwerbsfähigkeit um 100 % ab 1. September 1953 festgestellt wurde. In der Folgezeit unterzog sich der Kläger mehreren Kuren, zuletzt im Sanatorium A bei L. Dort wurde er am 21. Juli 1956 entlassen.

Inzwischen hatte der "Ständige Ausschuß" der Beklagten zugleich als Personalausschuß ihres Vorstandes am 31. Januar 1955 beschlossen, den Kläger zum nächstmöglichen Termin zur Ruhe zu setzen. Mit Schreiben vom 14. Februar 1955 teilte daher der Vorstand der Beklagten dem Kläger mit, daß er gemäß § 6 Ziff. 12 der Dienstordnung in Verbindung mit §§ 42, 44, 47 Bundesbeamtengesetz mit Wirkung vom 1. Juni 1955 in den Ruhestand versetzt werde. In dem Schreiben hieß es außerdem:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Es wird ausdrücklich festgestellt, daß schon jetzt in Aussicht genommen ist, Sie nach Ihrer vollen gesundheitlichen Wiederherstellung wieder in den aktiven Dienst der Bau-Berufsgenossenschaft zu übernehmen (§ 45 BBG)."

Unter Berufung hierauf stellte der Kläger am 27. Juli 1956 bei der Beklagten den Antrag, ihn erneut in das dienstordnungsmäßige Anstellungsverhältnis zu berufen. Er verwies dabei auf ein Zeugnis des Chefarztes des Sanatoriums A vom 28. Juni 1956, das u.a. folgenden Inhalt hatte:

"Herr Dr. S wird Ende Juli dieses Jahres seinen Aufenthalt hier beenden. Er kann bei Austritt aus dem Sanatorium in seinem Beruf in einem seinem Gesundheitszustand entsprechenden Arbeitsstelle mit 100%-iger Arbeitsfähigkeit wieder tätig sein. Herr Dr. S muß natürlich weiter unter ärztlicher Kontrolle bleiben."

Nach einer amtsärztlichen Röntgenuntersuchung lehnte die Beklagte die Wiedereinstellung des Klägers ab, weil dieser nach der Beurteilung des Kreisarztes niemals als voll arbeitsfähig anzusehen und eine Ansteckungsgefahr nicht auszuschließen sei.

Der Kläger macht geltend, das amtsärztliche Gutachten sei keine geeignete Grundlage für eine Ablehnung seines Wiedereinstellungsantrags, weil die Beurteilung des Kreisarztes lediglich auf einer einfachen Übersichtsaufnahme beruhe. Im übrigen schließe dieses Gutachten aber auch eine Dienstfähigkeit im Sinne der in Frage kommenden beamtenrechtlichen Bestimmungen nicht aus. Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihn wieder in das aktive dienstordnungsmäßige Anstellungsverhältnis zu berufen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Sie trägt vor, der Kläger habe bei seiner Einstellung nicht darauf hingewiesen, daß er schon einmal 1942 von seiner damaligen Arbeitgeberin, der Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel, wegen seines Lungenleidens in den Ruhestand versetzt worden sei. Er sei aber auch mit seiner jetzigen Pensionierung einverstanden gewesen. Im übrigen



- 4 -

sei bei der jahrelangen schweren Erkrankung des Klägers ein weiterer Rückfall wahrscheinlich. Die nach wie vor bestehende Ansteckungsgefahr mache es vollends unmöglich, den Kläger wieder in sein Amt einzusetzen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 4. Juni 1958 die Beklagte verurteilt, den Kläger mit Wirkung vom 1. Juli 1956 erneut in das dienstordnungsmäßige Anstellungsverhältnis zu berufen. Den Streitwert hat es auf 48.000,-- DM festgesetzt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Mit der Klage verlangt der Kläger, die Beklagte zu verurteilen, ihn wieder in das aktive dienstordnungsmäßige Angestelltenverhältnis zu berufen. Dem Recht der Dienstordnungs-(DO)-Angestellten ist nun zwar ein der Berufung in das Beamtenverhältnis vergleichbarer hoheitlicher Verwaltungsakt (vgl. Siebeck, Das Dienstrecht der Versicherungsträger, 1961, S. 25 f.), an den die Wortfassung des Klageantrags denken läßt, fremd. Das Dienstverhältnis der DO-Angestellten wird nämlich durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet (BAG 2, 81; BSG AP Nr. 15 zu § 2 ArbGG). Doch ist der wirkliche Wille des Klägers zu erforschen und nicht an dem abstrakten Sinn des Antrags zu haften (BAG AP Nr. 2 zu § 253 Ziff. 1). Daher ist unter Berücksichtigung aller Umstände der Klageantrag dahin auszulegen, daß der Kläger die Verpflichtung der Beklagten festzustellen begehrt, ihn durch Vertrag erneut als DO-Angestellten einzustellen.

Ist aber dies der Inhalt des Klageantrags, so kommt es auf die Erörterungen des Berufungsurteils zu §§ 14, 35 Abs. 2 SchwBeschGes. nicht an, weil diese Vorschriften nur für die Zuruhesetzung des Klägers, die aber nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist, von Bedeutung sein konnten.



Zutreffend sieht das Landesarbeitsgericht die Rechtsgrundlage des Klaganspruchs in § 45 Abs. 2 des Bundesbeamtengesetzes (BBG) vom 14. Juli 1953. Gemäß § 6 Ziff. 12 der für das Rechtsverhältnis der Parteien maßgeblichen DO der Beklagten vom 27. Oktober 1942 gelten nämlich für die dieser DO unterstehenden Angestellten die jeweiligen Vorschriften für Reichsbeamte auf Lebenszeit über die Versetzung in den Wartestand und in den Ruhestand entsprechend. An die Stelle dieser Bestimmungen sind nunmehr die gleichen Vorschriften für die Bundesbeamten getreten. Denn diese bei der Fassung der DO notwendige ergänzende Auslegung erscheint, solange nicht eine ausdrückliche andere Regelung erfolgt ist, sinngemäß, wie der Senat bereits für entsprechende Bestimmungen in Dienstordnungen von Ortskrankenkassen und Knappschaften ausgesprochen hat (vgl. BAG AP Nr. 7, 9, 11 zu § 611 BGB DO-Angestellte). Da demnach auf Grund der Bezugnahme in § 6 Ziff. 12 der DO die §§ 35 - 47 BBG über den Eintritt in den Ruhestand entsprechend anwendbar sind, gilt für den Kläger auch § 45 aaO.

Gemäß § 45 Abs. 2 BBG kann ein Ruhestandsbeamter nach Wiederherstellung seiner Dienstfähigkeit und vor Ablauf von 5 Jahren seit dem Eintritt in den Ruhestand beantragen, ihn erneut in das Beamtenverhältnis zu berufen. Diesem Antrag ist zu entsprechen, falls keine zwingenden dienstlichen Gründe entgegenstehen. Daß die z.Zt. des Erlasses der DO vom 27. Oktober 1942 geltenden §§ 67 ff. BBG eine vergleichbare Regelung nicht kannten, hält das Berufungsgericht mit Recht für bedeutungslos. Denn nach § 6 Ziff. 12 DO kommt es auf die jeweiligen beamtenrechtlichen Ruhestandsbestimmungen an. Im übrigen hat die Revision insoweit auch keine Beanstandungen vorgebracht.

Die entsprechende Anwendung des § 45 Abs. 2 BBG bedeutet nun aber nicht, wie das Landesarbeitsgericht anscheinend meint, daß unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung im vorliegenden Fall das ursprüngliche, durch Vertrag vom 1. August 1952 begründete DO-Anstellungsverhältnis des im Ruhestand befindlichen Klägers gleichsam wieder auflebt. Vielmehr bedarf es, ähnlich wie die Reaktivierung



- 6 -

eines Ruhestandsbeamten eine erneute, wirksame Ernennung erfordert (vgl. Plog-Wiedow, BBG, § 45 Anm. 5 a), zur Wiederherstellung der Eigenschaft eines aktiven DO-Angestellten auch im Rahmen des § 6 Ziffer 12 DO in Verbindung mit § 45 Abs. 2 BBG des Abschlusses eines neuen, den Kläger der DO unterstellenden Anstellungsvertrages. Auf den Abschluß eines solchen Vertrages richtet sich der Anspruch, der einem im Ruhestand befindlichen DO-Angestellten bei entsprechender Anwendung des § 45 Abs. 2 BBG zustehen kann.

Damit ist dem seine Wiederanstellung betreibenden Ruhestandsangestellten aber nicht zugleich auch das Recht eingeräumt, seine Verwendung in der früheren oder einer dieser mindestens gleichwertigen Dienststellung zu verlangen. Das folgt aus einem Vergleich der Absätze 1 und 2 des § 45 BBG. Während nämlich in Abs. 1 die entsprechende Anwendung des § 39 aaO vorgesehen ist und deshalb der von einer Behörde einberufene, wieder dienstfähig gewordene Ruhestandsbeamte einer solchen Aufforderung nur nachzukommen braucht, wenn ihm ein Amt übertragen werden soll, das derselben oder einer mindestens gleichwertigen Laufbahn angehört wie das frühere Amt und mit demselben Endgrundgehalt verbunden ist, fehlt in § 45 Abs. 2 eine Bezugnahme auf den § 39. Infolgedessen wird dem Anspruch des seine Reaktivierung selbst verlangenden Ruhestandsbeamten z.B. auch durch Übertragung eines Amtes einer geringeren Laufbahn oder mit geringerem Endgrundgehalt Genüge getan (vgl. Plog-Wiedow, aaO, § 45 Anm. 6). Das bedeutet für den zur Ruhe gesetzten DO-Angestellten in gleicher Lage, daß sein Anspruch aus § 45 Abs. 2 BBG lediglich auf die erneute Begründung eines DO-Anstellungsverhältnisses geht. Auch durch die Übertragung eines geringerwertigen Dienstpostens, als ihn der DO-Angestellte früher innehatte, kann daher sein Wiederanstellungsanspruch erfüllt werden. Wird ihm ein solcher im Stellenplan vorhandener Dienstposten angeboten, so kann er ihn zwar ablehnen, er verliert aber damit seinen Anspruch aus § 45 Abs. 2 BBG. Da sich dieser, wie erörtert, inhaltlich auf die Wiederherstellung eines aktiven



DO-Anstellungsverhältnisses überhaupt beschränkt, kann im übrigen dessen Begründung auch nicht für einen bestimmten Zeitpunkt verlangt werden. Es ist daher fehlerhaft, wenn das angefochtene Urteil dafür den 1. Juli 1956 festlegt.

Daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines derart gestalteten Wiederanstellungsanspruchs, nämlich die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit und die Stellung eines Antrags auf Wiederanstellung vor Ablauf von 5 Jahren seit Eintritt in den Ruhestand, im vorliegenden Fall als gegeben ansieht, begegnet insoweit keinen Bedenken, als es sich um das letztgenannte Erfordernis handelt. Denn nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der mit Schreiben der Beklagten vom 14. Februar 1955 zur Ruhe gesetzte Kläger unter dem 27. Juli 1956, also innerhalb der Fünfjahresfrist, seine Wiederanstellung als aktiver DO-Angestellter beantragt.

Nicht frei von Rechtsfehlern ist es jedoch, wenn das Landesarbeitsgericht Dienstfähigkeit des Klägers im Sinne des § 45 Abs. 2 BBG annimmt. Da es sich um die entsprechende Anwendung einer beamtenrechtlichen Vorschrift handelt, ist auch bei DO-Angestellten der beamtenrechtliche Begriff der Dienstfähigkeit zu Grunde zu legen. Dieser bestimmt sich nach dem der Dienstunfähigkeit (§ 42 Abs. 1 BBG). Dienstunfähig ist danach ein Beamter, der infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd außerstande ist. Im Hinblick darauf ist Dienstfähigkeit dann anzunehmen, wenn der Beamte in der Lage ist, das bisher (oder früher) innegehabte Amt oder ein diesem nach Rang, Vor- und Ausbildungserfordernissen gleichzuerachtendes Amt wahrzunehmen (vgl. dazu auch BVerwGE 2, 270 [272]). Bei Anwendung dieses allgemeinen (unbestimmten) Rechtsbegriffs ist aber zu beachten, daß es nicht allein darauf ankommt, ob der Beamte persönlich nach seinem Gesundheitszustand zu der bezeichneten Dienstleistung imstande ist, sondern auch darauf, ob seine Verwendungsfähigkeit den Erfordernissen des in Betracht kommenden bestimmten Dienstherrn entspricht, insbesondere ob seine



weitere Tätigkeit - z.B. bei einer ansteckenden Krankheit - eine Gefährdung Dritter bedeutet und ob - etwa wegen häufiger krankheitsbedingter Unterbrechungen des Dienstes - seine Tätigkeit den Mitarbeitern und dem Dienstherrn zugemutet werden kann (vgl. dazu Plog-Wiedow, aaO, § 42 Anm. 2 - 4; Fischbach, BEG, 2. Aufl., § 42 Anm. I 1a, 2).

Geht man hiervon aus, so besteht allerdings kein Anlaß zu Bedenken, soweit das Berufungsgericht den Kläger seinem Gesundheitszustand nach zur Arbeitsleistung auf seinem früheren oder einem gleichzuerachtenden Dienstposten für subjektiv fähig hält. Das angefochtene Urteil führt dazu aus, nach dem mit dem Zeugnis des Chefarztes des Sanatoriums A vom 28. Juni 1956 insoweit übereinstimmenden Gutachten der Medizinischen Klinik der Universität K vom 15. Mai 1957 könne der Kläger seine berufliche Tätigkeit ausüben. Die bei ihm festgestellten, auch ausgedehnten tuberkulösen Lungenveränderungen, die in einer weitgehenden Schrumpfung der linken Lunge bestünden, bedingten, wie das Gutachten betone, allein von ärztlicher Seite aus keine Dienstunfähigkeit. Eine Totalatelektase der linken Lunge, wie sie der Amtsarzt des Städt. Gesundheitsamts W im Zeugnis vom 22. September 1956 für gegeben halte, habe sich bei der Untersuchung durch die Universitätsklinik nicht bestätigt. Die Schlußfolgerung des Amtsarztes, der Kläger sei nicht voll arbeitsfähig, sei daher nicht zu rechtfertigen.

Es ist unbeachtlich, wenn die Revision hiergegen einwendet, der Amtsarzt sei bei seiner Beurteilung nicht nur von einer Totalatelektase, sondern auch von einer Oberlappen- und einer Bronchustuberkulose ausgegangen; da selbst das Gutachten der Medizinischen Universitätsklinik eine fakultativ-offene Tuberkulose feststelle, habe das Landesarbeitsgericht nicht zu einer Bejahung der Dienstfähigkeit des Klägers kommen dürfen. Bei diesem Vorbringen handelt es sich um einen unzulässigen Angriff auf die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts, die, weil sie sich im Rahmen des § 286 ZPO hält, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist. Das Berufungsgericht brauchte auch nicht dem Antrag der Beklagten auf Einholung einer Stellungnahme des Amtsarztes zum Gutachten

der Universitätsklinik nachzukommen, wie die Revision meint. Denn selbst wenn man von der Anwendbarkeit der Nr. 3 der Verwaltungsvorschriften zu § 45 BBG im vorliegenden Fall ausgeht, läßt diese Bestimmung, die zwar in erster Linie das Gutachten eines Amtsarztes zur Feststellung der Dienstfähigkeit vorsieht, auch die Beurteilung durch einen Facharzt zu, der das Vertrauen des Dienstherrn genießt. Eine solche Beurteilung ist hier durch die Erstattung des Gutachtens der Universitätsklinik im ausdrücklichen Einverständnis der Beklagten erfolgt. Der Revision kann weiter auch nicht darin beigespflichtet werden, daß das Landesarbeitsgericht zu Unrecht die durch Rentenbescheid festgestellte, auf dem Lungenleiden des Klägers beruhende Minderung seiner Erwerbsfähigkeit um 100 % unberücksichtigt gelassen habe. Erwerbsunfähigkeit ist nämlich ein ausschließlich für das Versicherungsrecht geltender Begriff, der keineswegs gleichbedeutend mit Dienstunfähigkeit im Sinne des § 42 BBG ist (vgl. Plog-Wiedow, aaO, § 42 Anm. 2). Abgesehen davon aber ist die Feststellung des Rentenbescheids zum 1. September 1953, also für einen Zeitpunkt vor Beginn der mehrere Jahre dauernden Kuren des Klägers getroffen worden.

Soweit die Dienstfähigkeit des Klägers im Sinne des § 45 Abs. 2 BBG davon abhängt, ob seine Verwendungsfähigkeit den Erfordernissen der Beklagten entspricht, insbesondere ob mit seiner weiteren Tätigkeit auf seinem früheren oder einem gleichzeitigen Dienstposten eine Gefährdung Dritter verbunden ist, ist sie entgegen der Ansicht der Revision nicht schon deshalb zu verneinen, weil es sich nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts um eine fakultativ-offene, d.h. um eine Lungentuberkulose handelt, bei der nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, daß der z.Zt. abgelaufene Tuberkuloseprozeß nicht in Zukunft bei irgendeiner ungünstigen Gelegenheit schicksalsmäßig reaktiviert wird und damit auch plötzlich und vielleicht zunächst unbemerktbar eine Ansteckungsgefahr für die Umgebung des Klägers eintritt. Denn die bloße Möglichkeit einer zukünftigen erneuten Verschlimmerung eines zur Ruhe



- 10 -

gekommenen Leidens schließt unter dem hier in Rede stehenden Gesichtspunkt eine gegenwärtige Dienstfähigkeit noch nicht aus.

Indessen hat, wie sich aus den Ausführungen des angefochtenen Urteils weiter ergibt und von der Revision mit Recht hervorgehoben wird, der Sachverständige Dr. S, der Verfasser des Gutachtens der Universitätsklinik, bei seiner Vernehmung vor dem Landesarbeitsgericht auch gegenwärtig eine Gefährdung der Umgebung des Klägers durch dessen Krankheit nur unter der Voraussetzung verneint, daß dieser bei seiner Weiterbeschäftigung ein Einzelzimmer erhält, mit dem Publikum nicht in Berührung kommt und von besonders körperlich belastenden Arbeiten verschont wird. Dazu gehört nach der Bekundung des Sachverständigen z.B. eine Tätigkeit, bei der der Kläger dauernd unterwegs sein müßte. Mit diesen für die Frage der Dienstfähigkeit des Klägers bedeutsamen Punkten hat sich das Berufungsgericht nicht genügend auseinandergesetzt. Es bemerkt lediglich, im Hinblick auf die großen Fähigkeiten des Klägers sei es nicht erforderlich, ihm eine Tätigkeit zuzuweisen, bei der er Außendienst in den Mitgliedsfirmen der Beklagten verrichten müsse, vielmehr sei diese verpflichtet, ihn im Innendienst zu beschäftigen und ihm ein Einzelzimmer zuzuweisen, wobei er dann auch nicht in enge Berührung mit anderen Personen komme; im übrigen sei kein Grund zu erkennen, weshalb der Kläger als Amtmann körperliche Belastungen der vom Sachverständigen erwähnten Art auf sich nehmen müsse. Diese Ausführungen reichen in tatsächlicher Hinsicht nicht aus, um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob dem Landesarbeitsgericht insoweit bei der Anwendung des allgemeinen Rechtsbegriffs der Dienstfähigkeit im Sinne des § 45 Abs. 2 BBG ein revisibler Rechtsverstoß unterlaufen ist (vgl. dazu BAG 5, 38; AP Nr. 29, 49 zu § 3 TO.A). Es bedarf daher noch einer eingehenden Prüfung und Darlegung der tatsächlichen Verhältnisse im einzelnen zu der Frage, ob und inwieweit die Art des Dienstbetriebs der Beklagten es zuläßt, dem Kläger eine Beschäftigung zuzuweisen, die er in einem Einzelzimmer, ohne Berührung mit Publikum oder



Mitarbeitern im Sinne der vom Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision zu Recht beachteten "Richtlinien für die Beschäftigung Lungentuberkulöser an geeigneten Arbeitsplätzen" vom 19. Januar 1954 (BArbBl. 1955 S. 250) sowie ohne besonders körperliche Belastung ausüben kann. Denn wenn eine Verwendung des Klägers eine Gefährdung Dritter, z.B. notwendigerweise mit ihm im selben Raum arbeitender Angestellter, mit sich bringt, liegt Dienstfähigkeit im Sinne des § 45 Abs. 2 BBG nicht vor.

Bedenken bestehen auch insoweit, als das Berufungsgericht das Vorliegen zwingender dienstlicher Gründe verneint, die einem Wiederanstellungsanspruch des Klägers nach § 45 Abs. 2 BBG entgegengehalten werden können. Die Revision irrt allerdings, wenn sie meint, daß in diesem Zusammenhang bereits der Mangel der Zustimmung des Personalrats der Beklagten zu einer Wiederanstellung des Klägers erheblich sei. Zwar gilt für die Beklagte das Bundespersonalgesetz (BPersG), weil sie einen über das Gebiet eines Landes hinausgehenden Bereich betreut (vgl. Art. 87 Abs. 2 GG; Molitor, PersVG, 2. Aufl., § 1 Anm. 5). Dem fehlenden Einverständnis ihres Personalrats, dessen Beteiligung bei einer Einstellung sich im übrigen auf eine Mitwirkung gemäß §§ 61 Abs. 1, 70 BPersG beschränkt, kommt im vorliegenden Fall aber schon deshalb keine Bedeutung zu, weil es sich um einen gesetzlich normierten Wiederanstellungsanspruch handelt.

Keine Zustimmung kann indessen die Ansicht des Landesarbeitsgerichts finden, Gründe des Haushalts und des Stellenplans der Beklagten könnten im Rahmen des § 45 Abs. 2 BBG dem Wiederanstellungsanspruch eines DO-Angestellten nicht entgegenstehen. Auszugehen ist hier zunächst davon, daß der Arbeitgeber im Rahmen der Erfüllung dieses Anspruchs auf Grund seiner Fürsorgepflicht in erster Linie gehalten ist, dem DO-Angestellten den früheren oder einen gleichzuerachtenden Dienstposten zu übertragen, und daß er eine geringerwertige Stelle erst dann anbieten darf, wenn das nicht in Betracht kommt. Ob und gegebenenfalls welcher freie Dienstposten danach mit dem Kläger besetzt werden



könnte, ist anhand einer genauen Prüfung nicht allein der am Sitz der Beklagten, sondern in deren ganzem Bereich vorhandenen Stellen zu ermitteln. Es fehlt in dieser Hinsicht an zureichenden tatsächlichen Feststellungen, wenn sich das angefochtene Urteil ohne nähere Aufklärung mit der Bemerkung begnügt, sowohl in der Betriebs- und Beitragsabteilung als auch in der allgemeinen Verwaltung der Beklagten seien jedenfalls Einsatzmöglichkeiten für einen Volks- und Betriebswirt mit den praktischen Erfahrungen des Klägers vorhanden.

Stehen keine Dienstposten für den Kläger zur Verfügung und ist auch nicht zu erwarten, daß in absehbarer Zeit solche frei werden, dann kann sich entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts die Beklagte darauf als einen zwingenden dienstlichen Grund berufen. Die Begründung eines DO-Anstellungsverhältnisses erfordert nämlich nach § 2 Abs. 4, § 3 Abs. 1 der DO vom 27. Oktober 1942 die Einweisung des Klägers in eine Planstelle einer Besoldungsgruppe des einen Bestandteil der DO bildenden Stellenplans der Beklagten. Wie der Senat für den Stellenplan einer Allgemeinen Ortskrankenkasse ausgesprochen hat, soll durch diesen der Besoldungsaufwand des Versicherungsträgers übersehbar und im Interesse der Versicherten in gewissen Grenzen gehalten werden (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte). Dasselbe gilt für den Stellenplan einer Berufsgenossenschaft, wie die Beklagte ist. Der Stellenplan enthält nun für jede Besoldungsgruppe nur eine bestimmte Anzahl von Stellen. Er darf daher bei der Entscheidung über den Wiederaanstellungsanspruch nicht außer acht gelassen werden. Denn die Beklagte kann grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, falls erforderlich, eine neue Planstelle zu schaffen. Vielmehr unterliegt die Gestaltung des Stellenplans als Teil der DO der Autonomie der Beklagten und ist damit einer Einflußnahme durch Entscheidungen der Arbeitsgerichte grundsätzlich entzogen (vgl. dazu auch BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB DO-Angestellte). Ob sich die Beklagte auch auf das Fehlen einer Planstelle berufen könnte, wenn etwa Stellen frei geworden sind, nachdem der Kläger seine



Wiederanstellung bei ihr beantragt hatte, die Beklagte die Stellen aber ohne Rücksicht darauf anderweitig besetzt hat, oder ob sie in einem solchen Fall wegen schuldhafter Fürsorgepflichtverletzung schadenersatzpflichtig ist, kann hier dahingestellt bleiben; denn ein solcher Anspruch auf Schadenersatz ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits.

Wie das Landesarbeitsgericht mit Recht annimmt, kann aber als ein solcher Grund von der Beklagten nicht vorgebracht werden, daß der Kläger sie bei seiner Einstellung am 1. August 1952 nicht über sein Lungenleiden unterrichtet hat. Denn Gründe aus der Zeit vor der Versetzung in den Ruhestand scheiden im Rahmen des § 45 Abs. 2 BBG aus (vgl. Plog-Wiedow, aaO, § 45 Anm. 6). Hingegen wäre ein zwingender dienstlicher Grund, der jetzt in der Person des Klägers liegt, dann zu bejahen, wenn die Beklagte einen Wiederanstellungsanspruch des Klägers beispielsweise nur durch Zuweisung einer Inspektorenstelle erfüllen könnte, der Kläger aber in dieser Stelle infolge der dienstnotwendig ständigen Berührung mit Dritten diese durch seine Krankheit gefährden würde.

Da es nach vorstehenden Ausführungen noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, die das Revisionsgericht nicht selbst vornehmen kann, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, §§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 ZPO.

gez. Dr. Poelmann Dr. Pecher Dr. Martel
Dr. Schwannicke F. Werner

