


<b>Gericht:</b>	BSG 11. Senat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	06.08.2014
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	B 11 AL 5/14 R
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BSG:2014:060814UB11AL514R0
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 2 Abs 3 Alt 1 SGB 9, § 68 Abs 2 S 1 SGB 9, § 69 SGB 9, § 73 Abs 1 SGB 9, § 114 Abs 1 S 2 SGG ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	BSG, Urteil vom 06. August 2014 - B 11 AL 5/14 R -, SozR 4-3250 § 2 Nr 5

---

**Schwerbehindertenrecht - Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen - Erlangung eines konkreten Arbeitsplatzes - Innehaben eines geeigneten Arbeitsplatzes - Zugang zum Beamtenverhältnis - Berufsfreiheit - Europarecht - Völkerrecht - Diskriminierungsverbot - Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben - sozialgerichtliches Verfahren - Verfahrensrüge - Aussetzung des Rechtsstreits wegen Vorgeiflichkeit - Darlegungsanforderungen**

### **Leitsatz**

Dem Anspruch auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes steht nicht entgegen, dass ein Antragsteller einen geeigneten Arbeitsplatz innehat.

### **Orientierungssatz**

1. Der Erlangungs-Tatbestand nach § 2 Abs 3 Alt 1 SGB 9 setzt voraus, dass der behinderte Mensch einen konkreten Arbeitsplatz anstrebt. (Rn.19)
2. § 2 Abs 3 SGB 9 will die Freiheit der Berufswahl des behinderten Menschen aus Art 12 GG schützen und bezweckt die Sicherung oder Herstellung von Teilhabe im Arbeitsleben. (Rn.21)
3. Auch Art 27 Abs 1 S 2 Buchst a und e UNBehRÜbk und Art 21, 26 EUGrdRCh geben Hinweise zur Auslegung des § 2 Abs 3 SGB 9, denn nach diesen völkerrechtlichen und supranationalen Normen ist ein diskriminierungsfreier Zustand anzustreben. (Rn.21)
4. Ein solcher diskriminierungsfreier Zustand ist nicht bereits dann hergestellt, wenn ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, die regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird; vielmehr müssen Gesetzgeber und Dienstherr die Voraussetzungen zum Zugang zum Beamtenverhältnis in der Weise modifizieren, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Ausübung der entsprechenden Tätigkeit gerade im Beamtenverhältnis ermöglicht wird. (Rn.24)

5. Wenn die Verwaltung künftig eine größere Zahl an Gleichstellungen vornehmen müsste, als dies bisher der Fall war, ist dies eine Folge der im Bundesrecht, aber auch im supranationalen Recht und Völkerrecht angelegten und ins Bundesrecht übernommenen Förderung der Teilhabe und Beseitigung der Diskriminierung von behinderten Menschen (vgl § 1 SGB 9). (Rn.33)

6. Zu den Darlegungsanforderungen für eine Verfahrensrüge wegen unterbliebener Aussetzung des Rechtsstreits nach § 114 Abs 2 S 1 SGG. (Rn.35)

#### Fundstellen

SozR 4-3250 § 2 Nr 5 (Leitsatz und Gründe)

RegNr 31357 (BSG-Intern)

Breith 2015, 280-286 (Leitsatz und Gründe)

ZB 2015, Nr 1, (red. Leitsatz und Gründe)

EzA § 2 SGB IX Nr 2 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend SG Hamburg, 10. September 2012, S 47 AL 110/11, Urteil

vorgehend Landessozialgericht Hamburg 2. Senat, 30. Oktober 2013, L 2 AL 66/12, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

#### Literaturnachweise

Matthias Bernzen, jM 2015, 19-22 (Entscheidungsbesprechung)

Wiebke Brose, RdLH 2016, 1-5 (Aufsatz)

ohne Angabe, SozSichplus 2014, Nr 12, 2 (Anmerkung)

#### Tenor

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2013 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.

#### Tatbestand

- 1 Streitig ist, ob die Klägerin gemäß § 2 Abs 3 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) mit einem schwerbehinderten Menschen gleichzustellen ist.
- 2 Die 1982 geborene Klägerin ist seit September 2002 als Angestellte bei der J. (FHH) im mittleren Dienst vollzeitbeschäftigt. Bei ihr ist wegen einer chronisch-entzündlichen Darmerkrankung (Colitis ulcerosa) seit 23.7.2010 ein Grad der Behinderung (GdB) von 30 festgestellt.
- 3 Am 24.9.2010 beantragte die Klägerin bei der beklagten Bundesagentur für Arbeit (BA) die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen. Zwar sei ihr derzeitiges Beschäftigungsverhältnis unbefristet und ungekündigt. Auch könne sie ihre bisherige Tätigkeit ohne Einschränkung ausüben. Sie benötige die Gleichstellung aber, um ihre Vermittlungschancen für ein neues Arbeitsverhältnis bzw einen neuen Ausbildungsplatz zu verbessern. Im Juli 2009 bewarb sich die Klägerin bei der F. für eine Ausbildung zur Diplom-Finanzwirtin (gehobener Dienst). Nach erfolgreichem Vorstellungsgespräch bot ihr die F.

zum 1.10.2009 die Einstellung unter dem Vorbehalt an, dass der personalärztliche Dienst diese befürworte. Später lehnte die F. die Einstellung ab (*Bescheid vom 30.9.2009*). Sie verwies auf ein Gutachten des ärztlichen Dienstes, wonach die Klägerin nicht über die für die Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf erforderliche gesundheitliche Eignung verfüge. Die Rechtsmittel der Klägerin gegen den Ablehnungsbescheid der F. sind ohne Erfolg geblieben (*Widerspruchsbescheid der FHH vom 27.9.2010; Urteil des Verwaltungsgerichts <VG> Hamburg vom 11.1.2013 - 8 K 3007/10*). Das Berufungsverfahren beim Obergericht (OVG) Hamburg (*1 Bf 32/13*) ist noch anhängig.

- 4 Die Beklagte lehnte den Gleichstellungsantrag der Klägerin ab (*Bescheid vom 18.10.2010*) und wies den dagegen erhobenen Widerspruch zurück (*Widerspruchsbescheid vom 11.2.2011*).
- 5 Die Klägerin hat Klage zum Sozialgericht (SG) Hamburg erhoben und darauf verwiesen, Art 27 Abs 1 Lit e) und g) des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (*BGBI 2008 II, S 1419; UN-Behindertenrechtskonvention, im Folgenden: UN-BRK*) sei zu beachten. Danach habe sie als behinderter Mensch hinsichtlich ihres Berufs ein weitgehendes Wahlrecht; auch berufliche Aufstiegschancen seien zu berücksichtigen. Die Beklagte hat entgegnet, der berufliche Aufstieg könne nicht durch eine Gleichstellung gefördert werden. Das SG hat die Klage abgewiesen (*Urteil vom 10.9.2012*). Der Wunsch nach beruflichem Aufstieg falle nicht unter das "Erlangen" eines geeigneten Arbeitsplatzes iS des § 2 Abs 3 SGB IX.
- 6 Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der Klägerin die angefochtenen Bescheide und das Urteil des SG aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, die Klägerin einem schwerbehinderten Menschen gleichzustellen (*Urteil vom 30.10.2013*). Es müsse dem behinderten Menschen mittels Gleichstellung ermöglicht werden, einen Arbeitsplatz zu erlangen, der seinen beruflichen Entwicklungs- und Aufstiegsmöglichkeiten entspreche. Die Freiheit, als Beamter ein neues Tätigkeitsfeld zu suchen, dürfe nicht dadurch eingeschränkt werden, dass ein Beamter gegenüber anderen behinderten Menschen bei der Gleichstellung schlechtergestellt werde.
- 7 Die Beklagte rügt mit der vom LSG zugelassenen Revision das Vorliegen eines Verfahrensfehlers. Das LSG habe den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des OVG Hamburg (*1 Bf 32/13*) wegen Übernahme in das Beamtenverhältnis aussetzen müssen. Die Entscheidung des OVG sei für die hier zu treffende Entscheidung präjudiziell. Zwar liege eine Aussetzung grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Zur Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen habe hier aber die Pflicht bestanden, den Rechtsstreit auszusetzen. Die Aussetzung sei auch geboten, weil das LSG die Beweise dahingehend gewürdigt habe, dass die Klägerin - jedenfalls nach Gleichstellung - gesundheitlich für eine Berufung in das Beamtenverhältnis geeignet sei. Die Beklagte rügt auch die Verletzung des § 2 Abs 3 SGB IX. Dessen Voraussetzungen seien nicht gegeben. Die Klägerin sei unbefristet auf einem geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt. Sie begehre die Gleichstellung zum Zwecke der Förderung des beruflichen Aufstiegs. Die Gleichstellung könne nicht begehrt werden, um Diskriminierungen zu beseitigen, die durch die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung bei der Bewerbung um die Übernahme in ein (anderes) Beamtenverhältnis entstehen. Insofern sei bei öffentlichen Arbeitgebern ein besonderes Verständnis für Menschen mit Behinderung vorauszusetzen. Ein Anspruch auf Gleichstellung ergebe sich auch nicht aus der UN-BRK.

- 8 Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2013 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 10. September 2012 zurückzuweisen.
- 9 Die Klägerin beantragt,  
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.
- 10 Das LSG sei nicht zur Aussetzung des Rechtsstreits verpflichtet gewesen. Die Klägerin habe Anspruch auf Gleichstellung nach § 2 Abs 3 SGB IX. Durch die Gleichstellung komme sie bei der Prüfung der Übernahme in das Anwärterverhältnis in den Genuss des Einstellungsmaßstabs, der für schwerbehinderte Beamtenanwärter gelte. Diese Einstellungs voraussetzungen könne sie erfüllen. Ohne Gleichstellung könne sie den für sie geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen.
- 11 Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung erklärt.

### **Entscheidungsgründe**

- 12 Die Revision der Beklagten, über die der Senat nach erklärtem Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entschieden hat (*§ 124 Abs 2, § 153 Abs 1, § 165 Sozialgerichtsgesetz <SGG>*), ist als unbegründet zurückzuweisen (*§ 170 Abs 1 S 1 SGG*).
- 13 Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 18.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.2.2011, gegen den sich die Klägerin mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (*§ 54 Abs 1 S 1, § 56 SGG*) wehrt (*zur Klageart: BSG Urteil vom 1.3.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4 = SozR 4-3250 § 2 Nr 4, Rd-Nr 9; zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Klage vgl Senatsurteil vom 6.8.2014 - B 11 AL 16/13 R*).
- 14 1. Die Beklagte ist verpflichtet, die Klägerin durch feststellenden Verwaltungsakt einem behinderten Menschen gleichzustellen.
- 15 Gemäß § 2 Abs 3 SGB IX sollen behinderte Menschen mit einem GdB von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs 2 SGB IX vorliegen, schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz iS des § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (*zum Verfahren vgl § 68 Abs 2 S 1, § 69 SGB IX*). Zu den Voraussetzungen einer Gleichstellung nach Maßgabe des § 2 Abs 3 SGB IX im Einzelnen wird auf die Parallelentscheidung des Senats vom 6.8.2014 (*B 11 AL 16/13 R*) verwiesen.

- 16 Die Klägerin erstrebt die Gleichstellung, weil sie ohne diese den konkret angestrebten und für sie geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen kann (*Alt 1*). Dagegen macht sie nicht geltend, den von ihr besetzten Arbeitsplatz behalten zu wollen (*Alt 2*), sodass hier nur *Alt 1* der Vorschrift zu prüfen ist.
- 17 2. a) Die Gleichstellung nach Maßgabe des Erlangungstatbestands (§ 2 Abs 3 *Alt 1* SGB IX) setzt voraus, dass der behinderte Mensch einen konkreten Arbeitsplatz erlangen will.
- 18 Die Klägerin möchte einen Arbeitsplatz iS des § 73 Abs 1 SGB IX erlangen. Arbeitsplätze im Sinne der Vorschrift sind auch Stellen, auf denen Beamte und Beamtinnen sowie die zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellten beschäftigt werden. Der angestrebte Arbeitsplatz als Beamtin auf Widerruf im gehobenen Dienst der Steuerverwaltung erfüllt diese Voraussetzungen.
- 19 Der Erlangungs-Tatbestand (*Alt 1*) setzt weiter voraus, dass der behinderte Mensch einen konkreten Arbeitsplatz anstrebt. Dies ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung. Nach der zweiten Alternative des Gleichstellungstatbestands ("behalten können") hat eine Gleichstellung zu erfolgen, um dem behinderten Menschen das Behalten seines Arbeitsplatzes zu ermöglichen. Ziel dieser Regelung ist es, dass der behinderte Mensch den konkret von ihm besetzten und für ihn geeigneten Arbeitsplatz behalten kann. Auch für den Erlangungs-Tatbestand (*Alt 1*) ist zu verlangen, dass der behinderte Mensch einen konkreten Arbeitsplatz erlangen will. Dies ist schon geboten, um den Anwendungsbereich des § 2 Abs 3 SGB IX nicht zu überdehnen. Würde es genügen, dass es - abstrakt betrachtet - (irgendwelche) Arbeitsplätze gibt, für die der behinderte Mensch, der Gleichstellung bedürfte, um sie zu erlangen, wäre fast jeder behinderte Mensch mit GdB 30 oder 40 gleichzustellen. Denn der behinderte Mensch müsste nur Arbeitsplätze benennen, die er ohne Gleichstellung nicht erlangen kann.
- 20 Auch im Wortlaut des § 2 Abs 3 iVm § 73 SGB IX ist eine Konkretisierung angelegt, wenn dort zur Voraussetzung erhoben wird, dass der behinderte Mensch kausal durch die Behinderung "einen" für ihn geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen kann. Weder die Frage der Kausalität noch die Frage der Eignung des Arbeitsplatzes kann abstrakt und allgemein für alle denkbaren Arbeitsplätze geprüft werden.
- 21 Schließlich spricht der Zweck der Regelung, die Sicherung oder Herstellung von Teilhabe am Arbeitsleben, für diese Auslegung. Die Vorschrift will - wie das LSG zutreffend herausgearbeitet hat - damit auch die Freiheit der Berufswahl des behinderten Menschen schützen. Das Grundrecht aus Art 12 Abs 1 Grundgesetz (GG) will diese Freiheit ua objektivrechtlich gewährleisten (vgl. *Jarass in Jarass/Pieroth, GG 12. Aufl 2012, Vorb vor Art 1 RdNr 3 mwN*). Auch Art 27 Abs 1 S 2 Lit a und e UN-BRK und Art 21, 26 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geben (EUGrdRCh) Hinweise zur Auslegung des § 2 Abs 3 SGB IX, denn nach diesen völkerrechtlichen und supranationalen Normen ist ein diskriminierungsfreier Zustand anzustreben. Dieser ist nicht bereits dadurch hergestellt, dass ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, vielmehr muss auch der Zugang zu anderen bzw der Wechsel von Berufsfeldern diskriminierungs-

frei ermöglicht werden (*vgl OVG Niedersachsen Urteil vom 25.1.2011 - 5 LC 190/09 - Juris; BSG Urteil vom 1.3.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4 = SozR 4-3250 § 2 Nr 4*).

- 22 Andererseits knüpfen die Voraussetzungen der Gleichstellung nicht an einer abstrakten Teilhabe des behinderten Menschen am Arbeitsleben an, sondern schützen das Erlangen von bestimmten Arbeitsplätzen (*zu Alt 2 Bayerisches LSG Urteil vom 15.2.2001 - L 9 AL 381/99 - Juris RdNr 22; Bayerisches LSG Urteil vom 18.12.2013 - L 10 AL 104/11; aA Luthke in jurisPK-SGB IX, § 2 SGB IX RdNr 100 f*). § 2 Abs 3 SGB IX versteht die angestrebte Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben also konkret.
- 23 Die Tatsache, dass die Klägerin einen geeigneten Arbeitsplatz inne hat, steht dem Anspruch auf Gleichstellung zur Erlangung eines (anderen) Arbeitsplatzes nicht entgegen. Zwar bedarf die Klägerin keiner Gleichstellung, um ihren bisherigen Arbeitsplatz behalten zu können. Das Behalten des Arbeitsplatzes will sie mit diesem Rechtsstreit auch nicht erreichen. Sie möchte vielmehr (nur) einen neuen Arbeitsplatz erlangen. Hierauf hat sie ihr Begehren in zulässiger Weise beschränkt (*BSG Urteil vom 1.3.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4 = SozR 4-3250 § 2 Nr 4*). Die Alternative 1 des § 2 Abs 3 SGB IX setzt aber schon seinem Wortlaut nach nur voraus, dass der behinderte Mensch ohne Gleichstellung einen Arbeitsplatz nicht erlangen kann. Die Vorschrift hat nicht zur weiteren Voraussetzung, dass ein Antragsteller ohne Gleichstellung keinen geeigneten Arbeitsplatz innehat.
- 24 Das Recht auf Gleichstellung zur Erlangung eines Arbeitsplatzes haben nicht nur arbeitslose behinderte Menschen, sondern auch behinderte Menschen, die sich beruflich verändern wollen. Denn ein diskriminierungsfreier Zustand ist nach Art 21 und Art 26 EU-GrdRCh nicht bereits dann hergestellt, wenn ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, die regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird; vielmehr müssen Gesetzgeber und Dienstherr die Voraussetzungen zum Zugang zum Beamtenverhältnis in der Weise modifizieren, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Ausübung der entsprechenden Tätigkeit gerade im Beamtenverhältnis ermöglicht wird (*vgl OVG Niedersachsen Urteil vom 25.1.2011 - 5 LC 190/09 - Juris; Hessisches LSG Urteil vom 19.6.2013 - L 6 AL 116/12 - Juris*).
- 25 b) Die Klägerin erfüllt die genannten Voraussetzungen.
- 26 Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen für eine Gleichstellung, denn sie hat sowohl ihren Wohnsitz als auch ihren Arbeitsplatz im Inland. Bei ihr ist ein GdB von 30 festgestellt. Sie möchte einen konkreten Arbeitsplatz iS des § 73 Abs 1 SGB IX erlangen, nämlich den einer Beamtin auf Widerruf bei der Finanzbehörde FHH für die Ausbildung zur Diplom-Finanzwirtin.
- 27 Der angestrebte Arbeitsplatz ist für die Klägerin geeignet. Das LSG hat die Geeignetheit des angestrebten Arbeitsplatzes festgestellt, ohne dass die Beteiligten insoweit Verfahrensrügen erhoben hätten. Nachdem die Klägerin schon bisher die Anforderungen einer Vollzeitstätigkeit auf einem Büroarbeitsplatz erfüllte, bestehen auch keine Zweifel, dass

die angestrebte Tätigkeit für sie geeignet ist, sie also gesundheitlich auf Dauer nicht überfordert.

- 28 Sie bedarf kausal wegen ihrer Behinderung der Gleichstellung, um den konkreten Arbeitsplatz erlangen zu können. Ohne die behinderungsbedingten Einschränkungen wäre sie für den angestrebten Arbeitsplatz eingestellt worden. Es spricht auch viel dafür, dass sie nach erfolgter Gleichstellung die gesundheitlichen Anforderungen für die Einstellung von Beamtinnen auf Widerruf erfüllen wird.
- 29 Die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Bewerbern für das Beamtenverhältnis hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) jüngst konkretisiert. Danach erfüllt ein Beamtenbewerber die Voraussetzung der gesundheitlichen Eignung für die Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintritt (*BVerwG Urteil vom 25.7.2013 - 2 C 12/11 - BVerwGE 147, 244*). Das BVerwG hat damit die zuvor geltenden Anforderungen zwar gelockert, es hält aber weitere Modifikationen der Eignungsanforderungen für Bewerber, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, verfassungsrechtlich nicht für geboten (*BVerwG aaO - Juris Rd-Nr 34 f*).
- 30 Erfüllen Bewerber diese gesundheitlichen Anforderungen nicht, können sie in der FHH einen Arbeitsplatz im Beamtenverhältnis nur erlangen, wenn sie schwerbehindert sind oder schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind. Denn für diese Personengruppen bestimmt das hier einschlägige und vom LSG festgestellte Landesrecht (*§ 9 Abs 5 S 3 der Verordnung über die Laufbahnen der hamburgischen Beamtinnen und Beamten vom 22.12.2009; HmbGVBl 2009, 511*), dass von gleichgestellten Personen nur ein geringeres Maß körperlicher Eignung verlangt werden darf. Danach erfüllen schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte Personen die gesundheitlichen Anforderungen für die Übernahme in das Beamtenverhältnis, wenn für etwa zehn Jahre eine höhere Wahrscheinlichkeit als 50 vH dafür spricht, dass der Beamte dienstfähig bleibt und in diesem Zeitraum keine krankheitsbedingten Fehlzeiten von mehr als etwa zwei Monaten pro Jahr auftreten werden. Die Wahrscheinlichkeit einer einmaligen, längeren Ausfallzeit steht einer positiven Prognose nicht entgegen (*vgl auch Hamburgisches OVG Urteil vom 26.9.2008 - 1 Bf 19/08, bestätigt durch BVerwG Beschluss vom 23.4.2009 - 2 B 79/08 - veröffentlicht bei Juris*).
- 31 Ob die Klägerin ohne Anerkennung einer Gleichstellung die Einstellungsanforderungen für Arbeitsplätze von Beamten im gehobenen Dienst erfüllt, wie sie das BVerwG formuliert hat (*BVerwG Urteil vom 25.7.2013 - 2 C 12/11 - BVerwGE 147, 244*), erscheint fraglich. Die Entscheidung hierüber obliegt nicht dem Senat, sondern ist von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit in deren Zuständigkeit zu treffen. Bislang hat die Klägerin eine positive Entscheidung über ihre Einstellung jedenfalls nicht erlangt.
- 32 Nach aktuellem Sachstand hat die Klägerin infolge der Behinderung einen Wettbewerbsnachteil; denn sie kann aufgrund ihrer Behinderung den angestrebten Arbeitsplatz nicht erlangen. Dieser Nachteil kann durch die Gleichstellung ausgeglichen werden; denn das

LSG hat festgestellt, dass die Klägerin einen geeigneten Arbeitsplatz erlangen möchte und diesen (bisher) "infolge" ihrer Behinderung nicht erlangen kann. Dies genügt, um einen Anspruch auf Gleichstellung zu bejahen.

- 33 Die Sorge der Beklagten, dass eine Gleichstellung in Fällen der vorliegenden Art zu einer Konturlosigkeit und Ausuferung der Gleichstellung führen würde, vermag der Senat nur bedingt zu teilen. Einerseits hat der Gleichstellungsanspruch nach § 2 Abs 3 Alt 1 SGB IX eine Reihe von Voraussetzungen, die insbesondere im Parallelverfahren erläutert wurden (*BSG Urteil vom 6.8.2014 - B 11 AL 16/13 R*). Wenn die Beklagte trotz dieser Anforderungen künftig eine größere Zahl an Gleichstellungen vornehmen müsste, als dies bisher der Fall war, ist dies eine Folge der im Bundesrecht, aber auch im supranationalen Recht und Völkerrecht angelegten und ins Bundesrecht übernommenen Förderung der Teilhabe und Beseitigung der Diskriminierung von behinderten Menschen (*vgl § 1 SGB IX*).
- 34 c) Ein Anspruch auf Gleichstellung scheidet schließlich nicht daran, dass die Beklagte über die Gleichstellung grundsätzlich nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden hat. Mit der Formulierung "soll" in § 2 Abs 3 SGB IX hat der Gesetzgeber - wie in anderen vergleichbaren Fällen - der BA ein gebundenes Ermessen zugestanden. Die Sollvorschrift gibt ihr nur dann die Möglichkeit, zu einer anderen Entscheidung als der Gleichstellung zu gelangen, wenn außergewöhnliche Umstände dies rechtfertigen (atypischer Fall). Sofern ein solcher - wie hier - nicht vorliegt, ist die BA zur Gleichstellung verpflichtet (*BSG Urteil vom 2.3.2000 - B 7 AL 46/99 R; BSG Urteil vom 1.3.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4 = SozR 4-3250 § 2 Nr 4*).
- 35 3. Die Verfahrensrüge der Beklagten ist unzulässig, weil die ihr zugrunde liegenden Tatsachen nicht in der nach § 164 Abs 2 S 3 SGG gebotenen Weise aufgezeigt wurden.
- 36 Eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge setzt die Bezeichnung der Tatsachen voraus, die den behaupteten Mangel ergeben (§ 164 Abs 2 S 3 SGG) und aus denen die Möglichkeit folgt, dass das Gericht ohne die geltend gemachte Verfahrensverletzung anders entschieden hätte. Das Revisionsgericht muss in die Lage versetzt werden, sich allein anhand der Revisionsbegründung ein Urteil darüber zu bilden, ob die angegriffene Entscheidung auf einem Verfahrensmangel beruhen kann (*BSG Urteil vom 29.11.2011 - B 2 U 10/11 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 42 RdNr 19 mwN*). Daran fehlt es hier.
- 37 Es ist schon fraglich, ob die Beklagte eine Pflicht zur Aussetzung des Rechtsstreits hinreichend aufgezeigt hat. Zwar kann das Ermessen des Gerichts, einen Rechtsstreit auszusetzen, auf diese Entscheidung hin reduziert sein (*zB BSG Beschluss vom 19.7.2006 - B 11a AL 7/06 B*). Die Beklagte hat aber nicht dargetan, dass die Voraussetzungen der Aussetzung nach § 114 Abs 2 S 1 SGG vorlagen. Dies wäre nur der Fall, wenn die Entscheidung des LSG von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhinge, das den Gegenstand eines anderen Rechtsstreits - hier desjenigen beim OVG - bildete.
- 38 Zwar entscheidet das OVG (irgendwann) über den Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis. Inwieweit die Entscheidung des LSG über die Gleichstellung von dem Ausgang des Rechtsstreits beim OVG abhängt, ist in der Revisionsbegründung nicht her-



ausgearbeitet worden. Insoweit trifft zwar zu, dass sich der Rechtsstreit wegen Gleichstellung auf sonstige Weise hätte erledigen können, wenn die Klägerin dort die Einstellung auf den begehrten Arbeitsplatz erlangt hätte. Schon dies ist aber nicht zwingend. Würde das OVG die Einstellung dagegen ablehnen oder die potentielle Arbeitgeberin zu einer neuen Entscheidung über die Einstellung verpflichten, wäre für diesen Rechtsstreit weder positiv noch negativ etwas entschieden.

- 39 Im Gegenteil könnte auch argumentiert werden, dass die Entscheidung dieses Rechtsstreits für denjenigen beim OVG präjudiziell ist, weil die Prüfung der gesundheitlichen Eignung der Bewerberin für die Stelle einer Beamtin auf Widerruf sich nach anderen beamtenrechtlichen Maßstäben richtet, wenn die Klägerin einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt wäre (*vgl BVerwG Beschluss vom 23.4.2009 - 2 B 79/08 - veröffentlicht bei Juris; BVerwG Urteil vom 25.7.2013 - 2 C 12/11 - BVerwGE 147, 244*).
- 40 Die Beklagte hat auch nicht aufgezeigt, dass die Entscheidung des LSG auf dem gerügten Verfahrensmangel beruhen kann (*zu dieser Anforderung: Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 164 RdNr 12c*). Dabei muss deutlich werden, dass der Verfahrensfehler den Inhalt der Entscheidung beeinflusst hat (*BSG Beschluss vom 7.7.2009 - B 11 AL 108/08 B*). Daran fehlt es, wenn die Beklagte lediglich behauptet, das LSG hätte den Rechtsstreit aussetzen müssen. Dass und inwieweit die unterlassene Aussetzung die Sachentscheidung beeinflusst haben könnte, wird nicht dargetan.
- 41 4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 183, 193 Abs 1 SGG.