

**Oberverwaltungsgericht NRW, 6 B 383/07**

---

**Datum:** 19.06.2007  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 6. Senat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 6 B 383/07

---

**Vorinstanz:** Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, 1 L 1397/06

---

**Tenor:** Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die noch nicht besetzte im Amtlichen Schulblatt für den Regierungsbezirk B. Nr. 16/2005 ausgeschriebene Stelle der Besoldungsgruppe A 11 BBesO für einen Fachlehrer mit der Befähigung für die Laufbahn des Technischen Lehrers/der Technischen Lehrerin mit dem Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

---

- Gründe:** 1
- Die zulässige Beschwerde ist begründet. 2
- Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920, 294 ZPO). Der Antragsgegner hat die 3
- Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 Abs. 2 SGB IX nicht an der Auswahlentscheidung beteiligt, und es ist nicht ausgeschlossen, dass die Antragstellerin bei einer neuen Auswahlentscheidung den Vorzug vor dem Beigeladenen erhält.
1. Nach § 95 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber - wozu nach § 71 Abs. 3 Nr. 2 SGB IX auch der Antragsgegner zählt - die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich 4
- mitzuteilen. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.
- Die Bescheidung des Beförderungsantrags eines dem Schutz des Sozialgesetzbuches - Neuntes Buch - unterfallenden Beamten stellt eine 5
- Entscheidung in diesem Sinne dar. Genügt der Dienstherr im

Beförderungsverfahren der aus § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX folgenden Pflicht zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht, ist die Auswahl fehlerhaft und die hierauf gestützte Ablehnung des Beförderungsantrags des schwerbehinderten Beamten rechtswidrig.

Die allgemeine Pflicht zur Anhörung des damaligen Vertrauensmanns der Schwerbeschädigten vor Entscheidungen, die den geschützten Personenkreis betrafen, fand sich bereits in § 13 Abs. 2 Satz 6 des Schwerbeschädigtengesetzes vom 16. Juni 1953 (BGBl. I S. 389). Unverändert wurde § 13 Abs. 2 Satz 6 in das Schwerbeschädigtengesetz vom 14. August 1961 (BGBl. I S. 1234) übernommen. Im Wesentlichen inhaltsgleich führte § 22 Abs. 2 des Schwerbehindertengesetzes vom 8. Oktober 1979 (BGBl. I S. 1649) die Anhörungspflicht fort. Mit § 25 Abs. 2 des Schwerbehindertengesetzes in der ab dem 1. August 1986 geltenden Fassung (BGBl. I S. 1421, 1550) fand erstmals die auch heute noch geltende Formulierung des § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX mit ihren besonderen Verfahrensvorschriften Eingang in das Gesetz.

6

Zu § 13 Abs. 2 Satz 6 SchwerbeschädigtenG 1961 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, wegen der Unbestimmtheit der Angelegenheiten, in denen der Vertrauensmann der Schwerbeschädigten bei dienstrechtlichen Maßnahmen zu beteiligen sei, trete "die schwerwiegende Folge der Rechtswidrigkeit" bei unterbliebener Anhörung nur ein, wenn es sich "um eine in die Rechtsverhältnisse und die Sphäre des Beamten einschneidend eingreifende Maßnahme" handle. Das sei nicht der Fall, wenn das statusrechtliche Amt und das funktionelle Amt im abstrakten Sinne unberührt bleibe, etwa bei einer Umsetzung, die nicht in die Privatsphäre des Beamten eingreife.

7

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. April 1977 - VI C 154.73 -, Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 18.

8

Unter Berufung auf dieses Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht zu der Nachfolgeregelung des § 22 Abs. 2 SchwebG 1979, der "inhaltlich keine Veränderung erkennen" lasse, die Auffassung bekräftigt, dass die unterbliebene Anhörung nur bei einer "in die Sphäre des Beamten einschneidend eingreifenden Maßnahme" zu deren Rechtswidrigkeit führe.

9

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 1985 - 2 C 40.82 -, ZBR 1986, 274; Beschluss vom 10. Juli 1985 - 2 B 75.84 - Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 24.

10

Ohne sich mit dieser früheren Rechtsprechung auseinanderzusetzen, hat das Bundesverwaltungsgericht zu § 25 Abs. 2 SchwebG 1986 entschieden, dass eine Verletzung der Anhörungspflicht nicht die Rechtswidrigkeit der getroffenen Maßnahme nach sich ziehe. Die anderslautende Bewertung für "in die Späre des Beamten einschneidend eingreifende Maßnahmen" hat es dabei nicht aufrecht erhalten.

11

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 25. Oktober 1989 - 2 B 115.89 -, ZBR 1990, 180, und vom 17. August 1998 - 2 B 61.98 - (juris).

12

Dieser jüngeren Rechtsprechung folgt der Senat für die Auswahlentscheidung in einem Beförderungsverfahren nicht. § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX unterscheidet sich ebenso wie § 25 Abs. 2 SchwebG 1986 von seinen Vorgängernormen nur dadurch, dass das Verfahren zur Heilung einer unterbliebenen Anhörung nunmehr ausdrücklich geregelt ist, indem die Aussetzung der Vollziehung und die Nachholung der Beteiligung vor der endgültigen Entscheidung angeordnet wird. Eine weitergehende Regelung der Fehlerfolgen, insbesondere der Frage, ob die ohne Anhörung getroffene Entscheidung zunächst rechtswidrig ist, lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen.

13

- Im Wesentlichen nichts anderes gilt für die Entstehungsgeschichte: Der federführende Ausschuss des Bundestages war zwar mehrheitlich der Auffassung, dass eine ohne Anhörung getroffene Entscheidung nicht als unwirksam behandelt werden dürfe, weil dies zu Rechtsunsicherheit führe und mögliche Auswirkungen auf die Rechte Dritter nicht vertretbar seien. Beratungsgegenstand waren aber erkennbar nur privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. 14
- Vgl. BT-Drs. 10/5701 S. 7 f. 15
- Die Ablehnung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit einer Arbeitgebermaßnahme lässt nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber bei dienstrechtlichen Maßnahmen im Beamtenverhältnis nicht nur die Unwirksamkeit (Nichtigkeit), sondern auch deren bloße Rechtswidrigkeit ausschließen wollte. Den Materialien lässt sich hierzu nichts entnehmen. Die Gesetz gewordene Regelung entspricht vielmehr im Gegenteil strukturell der Heilung einer unterbliebenen Verfahrenshandlung wie sie § 45 Abs. 1 VwVfG für formell rechtswidrige Verwaltungsakte allgemein vorsieht. Eine solche Heilung des Anhörungsmangels setzt aber voraus, dass die Maßnahme bis zur Nachholung der Anhörung rechtswidrig ist und - solange die Nachholung nicht stattfindet - rechtswidrig bleibt. 16
- Der Senat legt daher für Beförderungsentscheidungen weiter die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 22 Abs. 2 SchwebG 1979 und dessen Vorläufern zugrunde. Die Ablehnung eines Beförderungsantrags betrifft den Beamten nicht nur als Amtswalter, sondern greift in seine persönliche Rechtsstellung ein. Sie ist demzufolge rechtswidrig, wenn die Schwerbehindertenvertretung unter Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe des § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX nicht vorher angehört worden ist. 17
2. Die Pflicht zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung und damit die Rechtswidrigkeit der ohne Anhörung getroffenen Entscheidung entfallen nicht deswegen, weil der Beamte sich erst im Widerspruchsverfahren auf seine Schwerbehinderung beruft. Ergeht im Beamtenverhältnis die Entscheidung im Sinne des § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX - wie hier - durch Verwaltungsakt, ist sie, jedenfalls wenn sie mit einem Widerspruch angegriffen wird, erst mit dessen Bescheidung getroffen (vgl. §§ 79 Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht sind Rechts- und Tatsachenänderungen, die bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids eintreten, von der Widerspruchsbehörde zu berücksichtigen, wenn das materielle Recht nichts anderes vorsieht. 18
- § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX lässt sich eine Ausnahme von diesem Berücksichtigungsgebot nicht entnehmen. Es ist allerdings bei Beförderungsentscheidungen ein legitimes - öffentliches - Interesse des Dienstherrn an einer zügigen Stellenbesetzung anzuerkennen. Daher ist es dem Dienstherrn unbenommen, einen Zeitpunkt zu wählen, bis zu dem Tatsachen, die nur von dem Beförderungsbewerber selbst geltend gemacht werden können, vorgetragen sein müssen. Verspätetes Vorbringen muss der Dienstherr nicht berücksichtigen. 19
- Vgl. zu Bewerbungsfristen OVG NRW, Beschlüsse vom 24. Juni 2004 - 6 B 1114/04 - (juris), und vom 5. April 2002 - 1 B 1133/01 -, NVwZ-RR 2003, 52. 20
- Entscheidet sich der Dienstherr im Rahmen seiner organisatorischen Dispositionsbefugnis gegen ein solches Verfahren, so hat er auch späteren Vortrag zu berücksichtigen, und zwar selbst dann, wenn seine Auswahlentscheidung bereits gefallen ist und es nur noch um deren Aufrechterhaltung gehen kann. 21
- Hiermit tritt der Senat der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sei im Widerspruchsverfahren nicht nachholbar, nicht entgegen. Der vorliegende Streitfall weicht nämlich wesentlich 22

von dem ab, der dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde lag.	
Vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1963 - VI C 203.61 -, BVerwGE 17, 279.	23
Dort war dem Dienstherrn erst im Laufe des Widerspruchsverfahrens aufgefallen, dass er die bereits bei der Ausgangsentscheidung notwendige Anhörung unterlassen hatte. Davon unterscheidet sich der Fall, dass der Beamte sich erst im Widerspruchsverfahren zur Aufdeckung und Geltendmachung seiner Schwerbehinderung entschließt.	24
Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, musste der Antragsgegner die Schwerbehindertenvertretung im Widerspruchsverfahren anhören, nachdem die Antragstellerin ihre Schwerbehinderung im Widerspruch vom 23. August 2006 erstmalig aufgedeckt und er einen Zeitpunkt, bis zu dem sie ihre Schwerbehinderung spätestens hätte vortragen müssen, nicht gewählt hatte. Dieser Pflicht ist er jedoch nicht nachgekommen. Es lässt sich nicht feststellen, dass die Antragstellerin auch bei erfolgter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung in keinem Fall ausgewählt worden wäre, der Verfahrensfehler also nicht einmal potentiell kausal für die Auswahlentscheidung war. Welche Rolle das Kriterium der Schwerbehinderung überhaupt bei der Auswahlentscheidung gespielt hat oder hinsichtlich der Antragstellerin nach der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung gespielt hätte, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Der gegenteiligen Würdigung des Verwaltungsgerichts vermag der Senat jedenfalls mangels hinreichender Anhaltspunkte, insbesondere für die Praxis des Antragsgegners bei der Anwendung beförderungsrelevanter Hilfskriterien nicht zu folgen.	25
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die Streitwertfestsetzung orientiert sich an den §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG, wobei der sich daraus ergebende Wert im Hinblick auf den vorläufigen Charakter der begehrten Entscheidung zu halbieren ist.	26
Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).	27
	28

---