

**Rundschreiben Nr.: 10 / Oktober 2009**

Hauptschwerbehindertenvertretung Land Berlin

Michaela Kreckel-Hartlieb / PR-Assistentin (DAPR)

Quelle: Verwaltungsgericht Berlin 7. Kammer

Internet: [www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/vg/index.html](http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/vg/index.html)

Seiten: 6



## **Anhörung der Schwerbehindertenvertretung im Zurruesetzungsverfahren eines Beamten**

Urteil 2008/08/18, Gericht: VG Berlin 7. Kammer, Aktenzeichen: 7 A 92.07, Grundlage: SGB IX § 68 Abs.3, SGB IX § 95 Abs.2 S. 1 u 2, SGB IX § 2 Abs. 3

### **Orientierungssatz:**

Die unterbliebene Anhörung bewirkt die Rechtswidrigkeit der Zurruesetzungsverfügung, solange die Anhörung nicht innerhalb der 7-Tagefrist nachgeholt wird.

Sinn und Zweck des § 95 Abs 2 S 2 SGB IX lassen erkennen, dass der Beamte die Aufhebung des Zurruesetzungsbescheides beanspruchen kann, wenn die erforderliche Anhörung unterlassen wurde und auch nicht bis zum Ende des Widerspruchsverfahrens nachgeholt wurde; eine Ahndung des Anhörungsversäumnisses lediglich als Ordnungswidrigkeit würde dem Schutz der Behinderten nicht gerecht.

Die Wirkung eines Antrages auf Gleichstellung (mit einem behinderten Menschen) tritt unabhängig davon ein, ob und von wem der Dienstherr Kenntnis von dem Antrag erlangt hat.

Trotz zahlreicher Fehlzeiten und Erkrankungen eines Beamten ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass eine Stellungnahme der Behindertenvertretung die Entscheidung des Dienstherrn in der Zurruesetzungsfrage hätte beeinflussen können.

### **Tatbestand/Gründe**

#### **Tenor:**

Der Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 19. Januar 2007 und der Widerspruchsbescheid derselben Behörde vom 23. April 2007 werden aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Zuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig.

Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 100 % des jeweiligen Vollstreckungsbetrages leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Beteiligten streiten über die Zurruesetzung des Klägers.

Der am 08. November 1951 geborene Kläger stand als Polizeihauptkommissar der Besoldungsgruppe A 11 im Dienst des Beklagten. Seit Mai 2004 blieb er dem Dienst für längere Zeiträume krankheitsbedingt fern. Seit 2005 ist er zu 30 v. H. schwerbehindert. Der polizeiärztliche Dienst teilte mit Schreiben vom 17. Oktober 2005 mit, dass die Fehlzeiten durch unterschiedliche Erkrankungen bedingt seien und trotz fachspezifischer Therapie nicht abzusehen sei, wann sich sein Gesundheitszustand wieder stabilisieren werde. Von Mitte November bis Mitte Dezember 2005 wurde der Kläger im Innendienst in der Vorgangsbearbeitung eingesetzt. Seit Mitte Januar 2006 blieb er dem Dienst wieder krankheitsbedingt fern. Der polizeiärztliche Dienst teilte mit Schreiben vom 24. Februar 2006 mit, dass der Kläger weiterhin dienstunfähig erkrankt sei und dass sich nicht abzeichne, dass er seine Polizeidienstfähigkeit wieder erlangen werde. Es sei noch nicht abschätzbar, ob der Kläger allgemein dienstunfähig sei, so dass eine erneute Vorstellung nach weiteren drei Monaten erforderlich werde. Am 21. September 2006 wurde der Kläger sodann erneut polizei ärztlich untersucht. Der polizeiärztliche Dienst teilte mit Schreiben vom 22. September 2006 mit, dass der Kläger polizeidienstunfähig und allgemein dienstunfähig sei. Der Kläger leide an folgenden Erkrankungen:

1. Funktionsbehinderung des rechten Kniegelenks (zunehmende Arthrose)
2. Funktionsbehinderung des Hüftgelenks beidseits (Cox-Arthrose beidseits)
3. Funktionsbehinderung der Wirbelsäule mit außergewöhnlicher Schmerzreaktion (Bandscheibenprotrusion C 5/6 und C 6/7 mit Unkovertebralarthrose mit Foramenstenosen).
4. Somatoforme Schmerzstörung.
5. Schwerhörigkeit beidseits.
6. Psychische Mitreaktion bei Zustand nach Neuroborreliose (Befall nach Bakterien nach Zeckenbiss).

Mit Schreiben vom 22. November 2006 hörte der Beklagte den Kläger zur beabsichtigten Versetzung in den Ruhestand an. Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 05. Dezember 2006 am 11. Dezember 2006 bei der Bundesagentur für Arbeit die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX. Zu der beabsichtigten Zurruesetzung wies der Kläger zwar auf seine Schwerbehinderung von 30 v. H., nicht aber auf den Gleichstellungsantrag bei der Bundesagentur für Arbeit hin. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 reichte der Kläger ein ärztliches Attest des Herrn Dr. H. vom 15. November 2006 ein. Danach sollte die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit innerhalb der nächsten sechs

Monate aus fachärztlicher Sicht nach weiterer intensiver medikamentöser und physikalischer Therapie möglich sein. Der polizeiärztliche Dienst teilte mit Schreiben vom 15. Januar 2007 mit, dass er an seiner Einschätzung, dass der Kläger polizeidienstunfähig und allgemein dienstunfähig sei, festhalte.

Mit Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 19. Januar 2007 versetzte der Beklagte den Kläger nach Beteiligung des Personalrats zum Ablauf des 28. Februar 2007 wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand. Der Bescheid wurde dem Kläger durch Empfangsbekanntnis am 05. Februar 2007 zugestellt.

Bereits am 22. Januar 2007 erhielt der Beklagte von der Bundesagentur für Arbeit die Mitteilung, dass der Kläger am 11. Dezember 2006 einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gestellt habe und hörte den Beklagten zur Arbeitsplatzsituation an. Die Bundesagentur für Arbeit wies darauf hin, dass auf gleichgestellte behinderte Menschen ab dem Tag des Eingangs des Gleichstellungsantrages die besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen nach dem Teil II SGB IX mit Ausnahme des § 125 (Zusatzurlaub) und des Kapitels 13 (unentgeltliche Beförderung) Anwendung finden. Ferner wies die Bundesagentur darauf hin, dass die Gleichstellung nicht in die eigenen rechtlichen Interessen des Arbeitgebers eingreife und es ausschließlich dem Antragsteller obliege, den Arbeitgeber von der Gleichstellung in Kenntnis zu setzen.

Den Widerspruch des anwaltlich vertretenen Klägers gegen den Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 19. Januar 2007 wies der Polizeipräsident in Berlin mit Bescheid vom 23. April 2007 zurück.

Der Kläger hat am 08. Mai 2007 Klage erhoben.

Mit Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 04. Juni 2007 wurde der Kläger einem schwerbehinderten Menschen gemäß § 2 Abs. 3 SGB IX ab dem 05. Dezember 2006 gleichgestellt.

Zur Begründung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, dass der Beklagte versäumt habe, mit dem Kläger ein Präventionsgespräch zu führen. Die Zurruesetzung sei rechtswidrig, weil der Beklagte die Schwerbehindertenvertretung nicht vor der Zurruesetzung angehört habe. Im Übrigen sei eine Wiedereingliederung des Klägers nach dem Hamburger Modell im Hinblick auf seine eingeschränkte Dienstfähigkeit möglich gewesen. Der Beklagte habe es auch versäumt zu prüfen, ob ein behindertengerechter Arbeitsplatz für den Kläger im Rahmen einer zumutbaren Organisationsänderung geschaffen werden könne.

Der Kläger beantragt, den Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides derselben Behörde vom 23. April 2007 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Er verweist auf den angefochtenen Widerspruchsbescheid und macht ergänzend geltend, dass die Zurruesetzung auch wegen der fehlenden Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht rechtswidrig sei. Der Kläger habe es versäumt, den Beklagten auf den Gleichstellungsantrag vom 11. Dezember 2006 hinzuweisen. Die fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war für die

Zurruhesetzung nicht unwirksam, sondern stelle allenfalls eine Ordnungswidrigkeit dar. Im Übrigen hätte auch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung an der Entscheidung in der Sache nichts geändert.

### **Entscheidungsgründe:**

Mit Einverständnis der Beteiligten konnte das Gericht ohne weitere mündliche Verhandlung entscheiden (§ 101 Abs. 2 VwGO).

Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet. Der Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides derselben Behörde vom 23. April 2007 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger dadurch in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderte Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen.

Die Vorschriften sind auf den Kläger anwendbar. Nach § 68 Abs. 3 SGB IX werden nämlich auf gleichgestellte behinderte Menschen die besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen mit Ausnahme des § 125 und des Kapitels 13 angewendet. Die Gleichstellung wird nach § 68 Abs. 2 Satz 2 SGB IX mit dem Tag des Eingangs des Antrages wirksam. Der Kläger hat am 11. Dezember 2006 einen Antrag auf Gleichstellung gestellt, der gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auf den Zeitpunkt des Antrages zurückwirkt.

Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung war auch zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zurruhesetzung erforderlich, weil es auf den Zeitpunkt des Antrages und nicht auf den Zeitpunkt der Gleichstellung ankommt. Die Gleichstellung durch Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 04.06.2007 ist insoweit nur deklaratorisch (vgl hierzu BVerwG, Urteil vom 15.12.1988 - BVerwG 5 C 67.85 -, BVerwGE 81, S. 84; BVerwG, Beschluss vom 22. August 1990 - 2 B 15. 90 -, Buchholz 436.61, § 50 Schwerbehindertengesetz Nr. 1; BVerwG, Urteil vom 17.09.1981 - 2 C 4. 79 - ZBR 1982, S. 116).

Die Folgen der unterbliebenen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung sind in § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX bestimmt. Danach ist die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 2 getroffene Entscheidung auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.

Die Frage, ob eine unterbliebene Anhörung zur Rechtswidrigkeit der Zurruhesetzung führt, ist in der Rechtsprechung umstritten (dafür: vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Februar 1990 - 1 WB 36.88 -, BVerwGE 86, 242 OVG Brandenburg, Beschluss vom 19. April 2004 - 3 B 128.03 - zit. nach juris; OVG Berlin, Beschluss vom 20. September 2003 - OVG 4 S 31.03; OVG Münster, Beschluss vom 19. Juni 2007 - 6 B 383.07 -, ZBR 2008, S. 106; dagegen:

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 1989 - 2 B 115.89 -, ZBR 1990, S. 180; BVerwG, Beschluss vom 17. August 1998 - 2 B 61.98 -, zit. nach juris, OVG Münster, Urteil vom 08. Juni 1993 -- 6 A 2076.91 -, zit. nach juris)

Nach Auffassung des Gerichts führt die unterlassene Anhörung der Schwerbehindertenvertretung zur Rechtswidrigkeit der Zurruesetzung, solange sie nicht innerhalb der Frist nachgeholt wird. Dabei kann hier offen bleiben, ob eine Heilung noch im Widerspruchsverfahren erfolgen kann, weil eine Anhörung nicht nachgeholt worden ist.

Der Wortlaut des § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ist insoweit nicht eindeutig. Der Gesetzgeber hat lediglich bestimmt, dass die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung auszusetzen ist. Die unterlassene Anhörung macht die Entscheidung nicht nichtig. Während der Zeit der Aussetzung darf die Maßnahme nicht vollzogen werden, sie ist 'schwebend unwirksam' (vgl. Masuch in Hauck/Noftz, SGB IX, § 95 Rdnr. 35, 36). Die Regelung ist offenkundig auf private Arbeitsverhältnisse zugeschnitten und daher auf eine Entscheidung durch Verwaltungsakt nur bedingt übertragbar.

Sinn und Zweck der Regelung streiten indessen dafür, dass der Beamte die Aufhebung des Bescheides beanspruchen kann, wenn die erforderliche Anhörung nicht erfolgt ist und auch nicht bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nachgeholt wird. Der Schutz des Schwerbehinderten, der durch die Pflicht zur umfassenden und rechtzeitigen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bezweckt wird, würde weitgehend verfehlt, wollte man die unterbliebene Anhörung lediglich als Ordnungswidrigkeit ahnden. Der Vertreter der Schwerbehinderten soll nämlich vor der Entscheidung die Möglichkeit haben, zu prüfen, die Schwerbehinderung des Beamten hinreichend berücksichtigt worden ist und auf die Entscheidung durch seine Stellungnahme Einfluss nehmen können.

Der Vergleich zum Personalvertretungsrecht spricht ebenso für die Folge der Rechtswidrigkeit. Die fehlende Unterrichtung des Personalrats macht eine Entlassungsverfügung regelmäßig rechtswidrig und führt zur Aufhebung des Bescheides (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1999 - 2 C 4/99 - ZBR 2000, 242). Für die unterlassene Anhörung der Schwerbehindertenvertretung gilt insoweit nicht anderes.

Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, dass er von dem Gleichstellungsantrag des Klägers nicht vom Kläger selbst, sondern von der Bundesagentur für Arbeit Kenntnis erlangt hat. Denn die Wirkung des Antrages tritt unabhängig davon ein, ob und von wem der Dienstherr Kenntnis von dem Antrag erlangt hat. Zwar mag die nachträgliche Berufung auf einen im Zeitpunkt der Zurruesetzung unbekanntem Gleichstellungsantrag treuwidrig sein, weil der Beamte im Rahmen seines Dienst- und Treueverhältnisses verpflichtet ist, auf einen solchen Antrag hinzuweisen. Der Dienstherr kann aber Erkenntnisse, die für die Entscheidung über die Zurruesetzung erheblich sind, nicht ignorieren, sondern muss selbst die rechtlichen Schlüsse ziehen. Der Hinweis der Bundesagentur für Arbeit in der Mitteilung vom 22. Januar 2007, dass es ausschließlich dem Kläger obliege, den Beklagten von der Gleichstellung in Kenntnis zu setzen, ist ohne Belang. Ist dem Dienstherrn nämlich bekannt, dass der Beamte einen Gleichstellungsantrag gestellt hat, muss er von Amts wegen den Vertreter der Schwerbehinderten vor der Entscheidung anhören. Ein entsprechender 'Antrag' des Klägers auf Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist nicht erforderlich.

Die fehlende Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ist schließlich auch nicht unbeachtlich. Dabei kann dahinstehen, ob § 46 VwVfG im Hinblick auf die

erforderliche Anhörung der Schwerbehindertenvertretung anwendbar ist. Nach § 42 Satz 2 SGB X gilt nämlich § 42 Abs. 1 SGB X nicht, wenn die erforderliche Anhörung unterblieben oder nicht wirksam nachgeholt ist (vgl. Masuch in Hauck-Noftz, SGB IX, Komm., § 95 Rdnr. 33).

Es ist jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich, dass die unterbliebene Anhörung der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hätte. Von einer solchen Offensichtlichkeit kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Entscheidung selbst mit der Schwerbehinderteneigenschaft nicht im Zusammenhang steht. Dies ist jedoch nicht der Fall, weil für Schwerbehinderte hinsichtlich der Feststellung der Dienstfähigkeit und der Dienstunfähigkeit nicht die gleichen Maßstäbe gelten wie für nicht behinderte Beamte (vgl. OVG Berlin, Urteil vom 08. Januar 2003 - 4 B 37. 02 -, zit. nach juris). Kann nämlich der Beamte bei einer (zumutbaren) behindertengerechten Ausstattung seines Arbeitsplatzes volle oder nur unerheblich verminderte Leistungen erbringen, rechtfertigt die Behinderung nicht die Wertung, dass er dauernd dienstunfähig sei, auch wenn er unter den Bedingungen des amtsüblichen 'Normalarbeitsplatzes' dessen Anforderungen nicht (mehr) genügen könnte. Trotz der zahlreichen Erkrankungen und Fehlzeiten des Klägers ist nicht von vornherein auszuschließen, dass eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung des Beklagten hätte beeinflussen können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Zuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig, weil es dem Kläger nicht zuzumuten war, das Vorverfahren ohne anwaltliche Hilfe durchzuführen (§ 162 Abs. 2 VwGO).

Die übrigen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 167 Abs. 1 und 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 709 Satz 2 und 711 ZPO.

Die Berufung war wegen der grundsätzlichen Bedeutung zuzulassen (§§ 124 a Abs. 1 VwGO).

■