

GeschZ. (bei Antwort bitte angeben)

**HVP 1.Rds**

Bearbeiter **Fr. Ratsch**

Dienstgebäude: **Berlin-Mitte**

**Klosterstraße 47, 10179 Berlin**

Zimmer **1117**

Telefon (030) **90 20 - 2254**

Fax (030)

Vermittlung (030) **90 20 - 0**

Intern 9020 - 2254

E-Mail **susann.ratsch@hvp.berlin.de**

Internet **www.berlin.de/hvp**

Datum **12-2017**

## Rundschreiben Nr. 12 - 2017

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

wir hoffen, dass Sie und Ihre Familien ein paar ruhige und besinnliche Feiertage hatten und nun gut wieder in den Arbeitsalltag zurückgekehrt sind.

Wir wünschen Ihnen und Ihren Familien ein frohes neues Jahr und hoffen, dass es in jeglicher Hinsicht ein gutes Jahr für Sie wird.

**Unser Rundschreiben finden sie auch im Internet:**

[www.berlin.de/hvp/rundschreiben](http://www.berlin.de/hvp/rundschreiben)

### Themen des heutigen Rundschreibens:

#### • **Appell an Chefs mit Vorurteilen: „Rollstühle raus aus Köpfen“**

Mehr Jobs für Behinderte gefordert – in Hamburg versucht man es mit deutlichen Worten, in Rheinland-Pfalz mit neuen Finanzmitteln.

Die Agentur für Arbeit Hamburg hat an die Arbeitgeber appelliert, mehr schwerbehinderte Menschen einzustellen und sie am Arbeitsleben teilhaben zu lassen. „Rollstühle, Kündigungsschutz oder hohe Krankheitszeiten müssen raus aus den Köpfen und einer vorurteilsfreien Einstellungspraxis weichen“, verlangte der Chef der Arbeitsagentur, Sönke Fock. [...]

#### • **Blinde Juristin Pamela Pabst: Ich höre, wer lügt**

Jung, mutig, selbstständig – aus dem Alltag von Deutschlands erster von Geburt an blinden Anwältin für Strafrecht.

In dem kleinen Büro unterm Dach hat auch die sprechende Briefwaage ihren festen Platz. „Die sagt sogar auf Wiedersehen“, freut sich Anwältin Pamela Pabst. Die Papiere sind akkurat gestapelt. „Auf die konkrete Ordnung bin ich angewiesen“, sagt die 34 Jahre alte Berlinerin. Sie sei bundesweit die erste von Geburt an blinde Anwältin für Strafrecht, sagt Pabst. „Ja, ich muss mir mehr merken als andere und viel Zeit für die Arbeit aufwenden – aber blinde Menschen sind keine Wunderwerke mit übersinnlichen Kräften“, wehrt die junge Frau ab. Sie sei auf einer „normalen Schule“ gewesen, wo sie aber auch die Blindenschrift lernte. [...]

## ● **Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern bei Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft**

Arbeitgeber haben beim Ausspruch von Kündigungen gegenüber schwerbehinderten oder schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Arbeitnehmern per se gleich mehrere rechtliche Hürden zu nehmen. Darüber hinaus sind sie aber noch erheblich weitergehenden Risiken ausgesetzt, wenn sie zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis von der Schwerbehinderten- oder Gleichgestellteneigenschaft des Arbeitnehmers hatten und der Kündigungsausspruch daher ohne Beachtung der für die Kündigung Schwerbehinderter bzw. Schwerbehinderten Gleichgestellter geltenden Besonderheiten erfolgt ist. [...]

## ● **Teilhabeberatung startet am 1. Dezember**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat gemeinsam mit der Gesellschaft für soziale Unternehmensberatung damit begonnen, eine Fachstelle Teilhabeberatung (FTB) einzurichten. Ziel ist es, Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohte Menschen in ihrem Recht auf Selbstbestimmung, auf eigenständige Lebensplanung und individuelle Teilhabeleistungen zu bestärken. [...]

## ● **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei (amts-) ärztlicher Untersuchungsaufforderung**

### **Leitsatz**

1. Die an einen Beamten gerichtete Aufforderung, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit (amts-)ärztlich untersuchen zu lassen, bedarf bei schwerbehinderten Beamten der vorherigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.
2. Ist die nach § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX erforderliche Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß erfolgt, führt dies zur Rechtswidrigkeit der Untersuchungsaufforderung. [...]


## ● **Dies und Das**

- Leistungsnavi der Integrationsämter
- Unterzuckerung zeigt sich bei älteren Diabetikern anders – wie?
- Der Auszahlungszeitraum fällt in eine Zeit der Arbeitsunfähigkeit: Ist mir die Weihnachtsgratifikation trotzdem zu gewähren?

## ● **Flyer und Broschüren**

Informationen von Vereinen und Verbänden, vom Integrationsamt oder von Unternehmen und Firmen in uns zur Verfügung gestellter Auflage.

Mit freundlichen Grüßen



Sabine Schwarz

Hauptvertrauensperson



Quelle: <http://rollingplanet.net/appell-an-chefs-mit-vorurteilen-rollstuehle-raus-aus-koepfen/>

## ● **Appell an Chefs mit Vorurteilen: „Rollstühle raus aus Köpfen“**

Mehr Jobs für Behinderte gefordert – in Hamburg versucht man es mit deutlichen Worten, in Rheinland-Pfalz mit neuen Finanzmitteln.

Die Agentur für Arbeit Hamburg hat an die Arbeitgeber appelliert, mehr schwerbehinderte Menschen einzustellen und sie am Arbeitsleben teilhaben zu lassen. „Rollstühle, Kündigungsschutz oder hohe Krankheitszeiten müssen raus aus den Köpfen und einer vorurteilsfreien Einstellungspraxis weichen“, verlangte der Chef der Arbeitsagentur, Sönke Fock. Im Oktober waren in Hamburg 3125 Schwerbehinderte arbeitslos gemeldet, mehr als die Hälfte sei sehr gut ausgebildet, berichtete Fock.

In Hamburg sind seinen Angaben zufolge 4600 Unternehmen mit 20 und mehr Arbeitsplätzen dazu verpflichtet, mehr als 35.600 Stellen mit Schwerbehinderten zu besetzen (Stand 2015). Mehr als 10.900 dieser Stellen seien allerdings frei geblieben, monierte Fock. Die Beschäftigungsquote für Hamburg sei mit 4,2 Prozent im Vergleich der Bundesländer deutlich zu niedrig. Die Firmen haben rund 734.000 Arbeitsplätze.

### **Rheinland-Pfalz mit neuen Initiativen**

Derweil hat das rheinland-pfälzische Arbeitsministerium mitgeteilt, dass es sich verstärkt auf Langzeitarbeitslose, Flüchtlinge und Menschen mit Behinderung konzentrieren will. Das sagte Ministerin Sabine Bätzing-Lichtenthäler (SPD) bei der Vorstellung der Initiativen zur Arbeitsmarktintegration 2018/2019 am Montag in Mainz.

Dafür stünden kommendes Jahr rund 27 Millionen Euro zur Verfügung. Das Land trage etwa 10,5 Millionen Euro bei, der Rest komme aus dem Europäischen Sozialfonds. Gerade Menschen mit Behinderung seien oft gut qualifiziert und hoch motiviert. In Bezug auf den Fachkräftemangel sei das kurzfristige Potenzial in diesem Bereich sehr hoch.

(RP/dpa/Ino)

■

Quelle: <http://rollingplanet.net/blinde-juristin-pamela-pabst-ich-hoere-wer-luegt/>

## ● ***Blinde Juristin Pamela Pabst: Ich höre, wer lügt***

Jung, mutig, selbstständig – aus dem Alltag von Deutschlands erster von Geburt an blinden Anwältin für Strafrecht.

In dem kleinen Büro unterm Dach hat auch die sprechende Briefwaage ihren festen Platz. „Die sagt sogar auf Wiedersehen“, freut sich Anwältin Pamela Pabst. Die Papiere sind akkurat gestapelt. „Auf die konkrete Ordnung bin ich angewiesen“, sagt die 34 Jahre alte Berlinerin. Sie sei bundesweit die erste von Geburt an blinde Anwältin für Strafrecht, sagt Pabst. „Ja, ich muss mir mehr merken als andere und viel Zeit für die Arbeit aufwenden – aber blinde Menschen sind keine Wunderwerke mit übersinnlichen Kräften“, wehrt die junge Frau ab. Sie sei auf einer „normalen Schule“ gewesen, wo sie aber auch die Blindenschrift lernte.

### **Erfolgreiche Inklusion**

Das Abitur legte sie gemeinsam mit sehenden Schülern ab. Das Jurastudium mit beiden Staatsexamen schaffte sie mit sprechendem Computer, extra Vorlesern und starkem Willen. Pabst sagt, deutschlandweit gebe es etwa 270 blinde Juristen. Sie selbst wäre gern Strafrichterin geworden. Das ist aber laut Bundesgerichtshof Sehenden vorbehalten. Vor rund sechs Jahren wagte die arbeitslose Juristin den Schritt in die Selbstständigkeit. Sie verteidigt Gewalttäter oder vertritt Opfer. Pabst sagt selbstbewusst: „Ich hab mir einen guten Ruf erarbeitet.“ Vorurteile spüre sie nicht. Mit der Vielzahl der Fälle sei sie an ihrer „persönlichen Kapazitätsgrenze“. Pabst erinnert sich lachend an ihre Anfangsangst: Bloß keine Schulden machen.

„Ich bin so, wie ich bin“

Ihr erscheine alles wie hinter Milchglas, sagt die 34-Jährige. Hell und dunkel, Umrisse und Farben seien zu erkennen. „Dunkles Rot finde ich sehr schön.“ Sie hadert nicht mit sich: „Ich bin so wie ich bin.“ Sie sieht sogar Vorteile:

„Als Blinde kommuniziere ich mehr als andere. Will ich mit dem Bus fahren, frage ich: Guten Tag, welche Linie sind Sie denn? Ich komme ins Gespräch. Als Sehender fällt das weg – da geht man öfter achtlos aneinander vorbei.“

Sie habe ihre Wege in der Welt der Sehenden richtig erlernt, sagt Pabst. Zuletzt kam der zu ihrer eigenen Wohnung hinzu, wo sie zusammen mit ihrem Freund, ebenfalls Anwalt, lebt.

## **Mit Assistenz geht alles**

Ohne Helfer geht es nicht: Mit ihrer vorlesenden Assistentin ackert Pabst Prozessakten durch. Diese ist auch im Gericht ihr sehendes Auge. „Ich verlass mich zu 100 Prozent auf sie.“

Die Fachanwältin für Strafrecht meint, sie spüre in Verhandlungen am Klang der Stimme, ob jemand die Wahrheit sagt. „Vielleicht ist mir schon mal ein Lügner durchgerutscht, aber oft habe ich mich nicht getäuscht.“

Die Eltern der Anwältin helfen im Büro oder machen Telefondienst. Vater Peter Pabst (67) sagt: „Wir haben uns von der ersten Minute an richtig reingekniet und unterstützen Pamela.“ Beim Berliner Anwaltsverein heißt es, das Handicap von Kollegen spiele keine Rolle. Einige seien auf einen Rollstuhl angewiesen. Sie kämen wie die anderen zu Fortbildungen und Treffen.

Unterstützer von Pabst ist auch der Computer, der eingescannte Texte und Bücher vorliest oder in Blindenschrift übersetzt. Diese kann über eine extra Leiste abgetastet werden. Für Assistenz und technische Ausstattung gibt es Zuschüsse, die Blinden zustehen.

## **Verband spricht von einem Dilemma**

Wie viele Menschen bundesweit blind oder sehbehindert sind, ist unklar. Der Deutsche Blinden- und Sehbehindertenverband sagt, es sei unglaublich, dass es keine konkrete Zahl Betroffener gebe.

Nach Schätzungen lebten im Jahr 2002 in Deutschland etwa 1,2 Millionen sehbehinderte und blinde Menschen. Bildung für Blinde und andere öffentliche Ausgaben würden nach Vermutungen geplant, heißt es auf der Internetseite des Verbandes. Der Verband sprach von einem Dilemma.

Schnelles Autofahren finde sie toll, sagt Pabst. Sie darf gelegentlich auf einem früheren Militärgelände selbst einen Wagen lenken – mit Fahrlehrer an der Seite. Der lese ihr dann die Geschwindigkeit vor. „Schneller als 130 durfte ich noch nie.“

■

Quelle:

<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Farbraktuell%2F2017%2Fcont%2Farbraktuell.2017.559.1.htm&anchor=Y-300-Z-ARBRAKTUELL-B-2017-N-559>

## ● **Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern bei Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft**

Arbeitgeber haben beim Ausspruch von Kündigungen gegenüber schwerbehinderten oder schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Arbeitnehmern per se gleich mehrere rechtliche Hürden zu nehmen. Darüber hinaus sind sie aber noch erheblich weitergehenden Risiken ausgesetzt, wenn sie zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis von der Schwerbehinderten- oder Gleichgestellteneigenschaft des Arbeitnehmers hatten und der Kündigungsausspruch daher ohne Beachtung der für die Kündigung Schwerbehinderter bzw. Schwerbehinderten Gleichgestellter geltenden Besonderheiten erfolgt ist. Dieser Beitrag soll einen Überblick über die in dieser Konstellation regelmäßig bestehenden Fallstricke geben. Kommt es zum Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung gegenüber schwerbehinderten oder solchen gleichgestellten Arbeitnehmern, ohne dass der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft hatte und auch nicht – z. B. wegen offensichtlicher erheblicher gesundheitlicher Beeinträchtigungen – haben musste, ist der Arbeitgeber von vornherein gleich aus mehreren rechtlichen Gesichtspunkten dem Risiko ausgesetzt, dass die Kündigung allein wegen seiner Unkenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und der daraus folgenden Nichtbeachtung der für Schwerbehinderte maßgeblichen kündigungsschutzrechtlichen Besonderheiten unwirksam ist, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung handelt und ob die Kündigung aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt wird.

Als mögliche Gründe, die zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung führen können, kommen vorrangig die fehlende Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes nach §§ 85 ff. SGB IX (dazu I.) und – nicht zuletzt seit der zum 1.1.2017 im Zuge des Bundesteilhabegesetzes eingetretenen Gesetzesänderung – die unterbliebene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 II SGB IX (dazu II.) in Betracht. Überdies könnte im Falle einer betriebsbedingten Kündigung der Umstand, dass der Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmer entgegen § 1 III KSchG nicht berücksichtigt hat, u.U. zur Fehlerhaftigkeit einer ggfs. vorgenommenen Sozialauswahl führen (dazu III.). Zuletzt können dadurch, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Zuge der Unterrichtung

nach § 102 I BetrVG die Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft des zu kündigenden Arbeitnehmers aufgrund seiner Unkenntnis hiervon nicht mitgeteilt hat, auch Zweifel an der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung entstehen (dazu IV.).

## **I. Einholung der Zustimmung des Integrationsamts**

Schwerbehinderte sowie einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Arbeitnehmer genießen den Sonderkündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX, der den Arbeitgeber insbesondere verpflichtet, vor Ausspruch einer jeden Arbeitgeberkündigung im Wege eines durch Antrag einzuleitenden Verwaltungsverfahrens die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Hiervon ausgenommen sind lediglich die in § 90 SGB IX geregelten arbeitgeberseitigen Kündigungen. Danach ist der Sonderkündigungsschutz nach dem Schwerbehindertenrecht vor allem dann ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis im Kündigungszeitpunkt ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht oder wenn zu diesem Zeitpunkt die Schwerbehinderteneigenschaft nicht behördlich durch einen Schwerbehindertenausweis o. ä. nachgewiesen – und auch nicht offenkundig – ist und der betreffende Arbeitnehmer auch noch keinen Antrag auf Anerkennung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beim Versorgungsamt gestellt hat oder zwar eine solche Antragstellung erfolgt ist, aber nicht mindestens drei Wochen vor dem Kündigungsausspruch. Spricht der Arbeitgeber trotz bestehenden Sonderkündigungsschutzes nach §§ 85 ff. SGB IX eine Kündigung aus, ohne zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen, führt dies zur unheilbaren Nichtigkeit der Kündigung nach § 134 BGB i. V. m. § 85 SGB IX. Dies gilt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich auch dann, wenn der Arbeitgeber zum Kündigungszeitpunkt von der Schwerbehinderten- oder Gleichgestellteneigenschaft des Arbeitnehmers weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis hatte, da es für das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes allein auf die objektiven Gegebenheiten ankommt (BAG, ArbRAktuell 2010, 453 m. Anm. Arnold). Allerdings unterliegt das Recht des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf eine dem Arbeitgeber zum Kündigungszeitpunkt unbekannte Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 85 SGB IX geltend zu machen, der Verwirkung (§ 242 BGB). Um diese zu vermeiden, verlangt die inzwischen gefestigte Rechtsprechung, dass sich der Arbeitnehmer zur Erhaltung seines Sonderkündigungsschutzes innerhalb einer angemessenen Frist, die in Anlehnung an § 4 S. 1 KSchG regelmäßig drei Wochen nach Kündigungszugang beträgt, gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderten- oder Gleichgestellteneigenschaft berufen muss, wobei es ausreichend sei soll, wenn er dies gleichzeitig mit der Zustellung der fristgerecht erhobenen Kündigungsschutzklage macht (BAG, a. a. O.). Das Schicksal der arbeitgeberseitigen Kündigung hängt demnach vom Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers nach dem Kündigungsausspruch ab. Beruft er sich innerhalb der genannten Frist auf seinen Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX, so ist die Kündigung allein wegen fehlender Integrationsamtsbeteiligung nichtig und der Arbeitgeber auf den Ausspruch

einer weiteren Kündigung angewiesen, bei der er das Integrationsamt nunmehr ordnungsgemäß beteiligt. Dies ist insbesondere bei außerordentlichen Kündigungen problematisch, deren nochmaliger Ausspruch i. d. R. wegen Ablaufs der Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB ausgeschlossen ist, es sei denn, der Arbeitgeber kann sich auf ein erneut ausschlussfristlösendes Ereignis berufen.

## **II. Anhörung der Schwerbehindertenvertretung**

Nach § 95 II 1 SGB IX hat der Arbeitgeber in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen berühren, die Schwerbehindertenvertretung unverzüglich und umfassend zu unterrichten, diese vor einer Entscheidung anzuhören und ihr die letztlich getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Nach dieser Maßgabe ist die Schwerbehindertenvertretung auch im Falle des Ausspruchs einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmer zu beteiligen. Dabei ist zu beachten, dass die in § 90 SGB IX für das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes geregelten Ausnahmen keine Anwendung finden. Demzufolge hat vor dem Ausspruch von Kündigungen gegenüber schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmern insbesondere auch dann eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung stattzufinden, wenn das Arbeitsverhältnis noch nicht länger als sechs Monate besteht. Seit dem 1.1.2017 regelt § 95 II 3 SGB IX in diesem Zusammenhang klar die Rechtsfolge dahingehend, dass die Kündigung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen, die der Arbeitgeber ohne die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung i. S. d. § 95 II 1 SGB IX ausspricht, unwirksam ist. Die Nachholung einer zunächst unterbliebenen Anhörung der Schwerbehinderung unter Aussetzung der Vollziehung der Maßnahme innerhalb von sieben Tagen, wie sie noch für ausnahmslos alle Angelegenheiten – also auch für Kündigungen – in § 95 II 2 SGB IX a. F. vorgesehen war, ist zwar weiterhin in § 95 II 2 SGB IX geregelt, aber durch die speziellere Regelung des § 95 II 3 SGB IX für Kündigungen verdrängt worden, so dass die Nachholung einer vor Kündigungsausspruch unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nun nicht mehr möglich ist.

Eine arbeitsgerichtliche Entscheidung zu der Frage, welche Rechtsfolge eine unterbliebene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für eine arbeitgeberseitige Kündigung hat, wenn der Arbeitgeber zum Kündigungszeitpunkt von der Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft des Arbeitnehmers weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis hatte, existiert noch nicht. Nach der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung soll eine Maßnahme, die vom Dienstherrn in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft des Beamten getroffen wird, nicht wegen unterbliebener Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung rechtswidrig sein, wenn der Beamte es unterlassen habe, den Dienstherrn von der Schwerbehinderung zuvor in Kenntnis zu setzen (BVerwG, BeckRS 2011, 50613; VG Berlin, BeckRS 2014, 46561). Jedoch ist bereits der dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Gedanke, der mit der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bezweckte Schutz der Schwerbehinderten trete nicht ohne weiteres ein, sondern müsse von dem schwerbehinderten Menschen vor der Maßnahme in Anspruch genommen werden (BVerwG, a. a. O.; VG Berlin, a. a. O.), nicht mit der o. g. ständigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur



Integrationsamtsbeteiligung nach §§ 85 ff. SGB IX in Einklang zu bringen, nach der es für das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes nach dem SGB IX gerade nicht darauf ankommt, ob sich der Arbeitnehmer bereits vor dem Kündigungsausspruch durch Mitteilung gegenüber dem Arbeitgeber auf seine Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft berufen hat, solange er seine Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung und den damit zusammenhängenden Sonderkündigungsschutz innerhalb einer angemessenen Frist nach Kündigungsausspruch geltend macht. Gerade auch vor dem Hintergrund der zum 1.1.2017 eingetretenen Gesetzesänderung und der damit für Kündigungen vorgenommenen Verschärfung der Rechtsfolge in § 95 Absatz II 3 SGB IX sind nach zutreffender Ansicht die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den §§ 85 ff. SGB IX vollends auf den Fall der unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu übertragen. Daher gilt auch hier: Spricht der Arbeitgeber in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers ohne vorherige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung eine Kündigung aus, führt dieser Umstand nach § 95 Absatz II 3 SGB IX zur Unwirksamkeit der Kündigung, aber nur dann, wenn sich der Arbeitnehmer innerhalb einer angemessenen Frist von drei Wochen nach Kündigungszugang auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft beruft (so auch *Bayreuther*, NZA 2017, Seite 87, tendenziell auch *Schnelle*, NZA 2017, Seite 880).

### III. Sozialauswahl

Ist bei betriebsbedingten Kündigungstatbeständen eine Sozialauswahl i. S. d. § 1 Absatz III KSchG vorzunehmen, so hat der Arbeitgeber hierbei zwingend neben Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltungspflichten auch eine etwaige Schwerbehinderung der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer als Auswahlkriterium zu berücksichtigen. Zwar muss er nur diejenigen Gesichtspunkte in seine Auswahlentscheidung einbeziehen, die ihm zu diesem Zeitpunkt bekannt sind, allerdings trifft den Arbeitgeber eine Obliegenheit, sich bei den betreffenden Arbeitnehmern über die einzubeziehenden sozialen Gesichtspunkte zu informieren, wenn und soweit sich diese nicht bereits aus den Personalakten ergeben. So ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere anerkannt, dass die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis insbesondere zur Vorbereitung einer beabsichtigten Kündigung zulässig ist (BAG, ArbRAktuell 2012, Seite 116 m. Anm. *Krieger*). Verweigert der schwerbehinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer auf eine solche zulässige Frage des Arbeitgebers die Auskunft oder gibt er gar wahrheitswidrig an, er sei nicht schwerbehindert bzw. gleichgestellt, und ist seine Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung für den Arbeitgeber auch nicht offensichtlich, so kann sich der Arbeitnehmer in einem späteren Kündigungsschutzverfahren nicht mehr auf seine Schwerbehinderung berufen (*venire contra factum proprium*). Hat demgegenüber der Arbeitgeber trotz seines Fragerechts und entgegen seiner Obliegenheit im Vorfeld des Kündigungsausspruchs keine Erkundigungen über die Sozialdaten eingeholt und infolgedessen die ihm unbekanntes Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers nicht als Kriterium in die Sozialauswahl mit einbezogen, kann sich der gekündigte, schwerbehinderte bzw. gleichgestellte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren

auf die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl berufen. Mit dieser Argumentation kann er freilich nur dann Erfolg haben, wenn sich die fehlerhafte Nichtberücksichtigung seiner Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung auf das Ergebnis der Sozialauswahl unmittelbar zu seinem Nachteil ausgewirkt hat. Dies ist nur dann der Fall, wenn bei zutreffender Berücksichtigung der Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung ein dann sozial stärkerer Arbeitnehmer anstelle des gekündigten schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Arbeitnehmers zur Kündigung angestanden hätte, der nach der fehlerhaften Sozialauswahl des Arbeitgebers noch als sozial schwächer eingestuft und von einer betriebsbedingten Kündigung verschont worden war.

#### **IV. Betriebsratsanhörung**

Nach § 102 Absatz I 2 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Dementsprechend ist für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bei einer betriebsbedingten Kündigung die Mitteilung der Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers und aller mit ihm aus Sicht des Arbeitgebers vergleichbarer Arbeitnehmer erforderlich, wenn der Arbeitgeber eine Sozialauswahl durchgeführt hat. Denn in diesem Fall benötigt der Betriebsrat diese Angaben, um ohne eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der durchgeführten sozialen Auswahl beurteilen zu können. Ist dagegen der zu kündigende Arbeitnehmer nach Ansicht des Arbeitgebers mit keinem anderen Arbeitnehmer vergleichbar, so dass eine Sozialauswahl nach der subjektiven Sicht des Arbeitgebers nicht durchzuführen war, so braucht er den Betriebsrat bei einer betriebsbedingten Kündigung auch nicht über die Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers zu unterrichten. Denn diese Sozialdaten waren für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers unerheblich. Aus welchen Gründen der Arbeitgeber die soziale Auswahl für überflüssig hält, ist dabei nicht maßgeblich, so dass auch diese Gründe dem Betriebsrat nicht mitgeteilt werden müssen.

Auch bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen ist die Angabe der Sozialdaten im Rahmen der Betriebsratsanhörung regelmäßig erforderlich, weil diese für die vorzunehmende Interessenabwägung von Bedeutung sind.

Aufgrund des Grundsatzes der subjektiven Determination führt aber selbst dann, wenn die Angabe der Sozialdaten und somit auch einer etwaigen Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft des gekündigten Arbeitnehmers sowie – bei vor Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen erforderlicher Sozialauswahl – der mit diesem vergleichbaren Arbeitnehmer erforderlich ist, die unterbliebene Mitteilung der Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung gegenüber dem Betriebsrat bei fehlender Kenntnis des Arbeitgebers hiervon nicht zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung, weil dieser Umstand aus der subjektiven Sicht des Arbeitgebers nicht maßgeblich für dessen Kündigungsentschluss war.

#### **V. Fazit**

Die arbeitgeberseitigen Risiken beim Ausspruch von Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern, von deren Schwerbehinderten- bzw. Gleichgestellteneigenschaft der Arbeitgeber weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis hat, sind

vielfältig und hoch. Im Regelfall, in dem sich der betreffende Arbeitnehmer im an die Kündigung anschließenden Bestandsschutzverfahren auf seine Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung beruft, führt die Unkenntnis des Arbeitgebers zur Unwirksamkeit der Kündigung. Arbeitgeber sollten daher erwägen, entsprechend den o.g. Grundsätzen standardmäßig bei Einleitung eines Kündigungsszenarios den zu kündigenden Arbeitnehmer unter angemessener Fristsetzung nach seinen Sozialdaten, jedenfalls nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung zu befragen, um von vornherein dem Unwirksamkeitsrisiko zu entgehen und die wahrscheinliche Wiederholung des Kündigungsprozesses zu vermeiden.



## ● **Teilhabeberatung startet am 1. Dezember**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat gemeinsam mit der Gesellschaft für soziale Unternehmensberatung damit begonnen, eine Fachstelle Teilhabeberatung (FTB) einzurichten. Ziel ist es, Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohte Menschen in ihrem Recht auf Selbstbestimmung, auf eigenständige Lebensplanung und individuelle Teilhabeleistungen zu bestärken.

Die Fachstelle wird fachlich und organisatorisch die Vernetzung und Zusammenarbeit regionaler Beratungsstellen unterstützen, indem sie Qualifizierungsangebote und Qualitätsstandards einrichtet. Besonderes Augenmerk soll auf den Ausbau des „Peer Counseling“ gelegt werden. Unter Peer Counseling ist die Beratung von Betroffenen für Betroffene zu verstehen, die als besonders geeignet dafür angesehen wird, die Eigenverantwortung und Selbstbestimmung der Betroffenen zu fördern.

Die FTB wird am 1. Dezember 2017 eröffnet. Zudem möchte die FTB ab Februar 2018 für alle Beraterinnen und Berater der EUTB (Ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung) eine verpflichtende Grundqualifizierung anbieten und das Peer Counseling mit weiteren Qualifizierungsangeboten und Maßnahmen struktureller Art ausbauen. So sollen regionale Beratungsangebote auch bei der Qualitätssicherung von der FTB unterstützt werden.

Die Fachstelle Teilhabeberatung möchte die Vernetzung der EUTB untereinander und mit anderen Beratungsangeboten fördern; das allen Beratungsangeboten zugrunde liegende Prinzip „Eine für alle“ stärken; das bedeutet, dass die Beratung alle Teilhabebeeinträchtigungen und alle SGB-IX-Themen umfasst; das Peer Counseling ausbauen; standardisierte Grundqualifizierung anbieten und Qualität sichern.

Über die als Dienstleister vom BMAS beauftragte Gesellschaft für soziale Unternehmensberatung mbH (gsub) sind Selbstbestimmt Leben, eine Gesellschaft der Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e. V. (ISL) und Professor Dr. Christian Rathmann der Humboldt-Universität zu Berlin, Abteilung Deaf Studies und Gebärdensprachdolmetschen am Institut für Rehabilitationswissenschaften, in die Einrichtung der FTB miteingebunden.

Die FTB befindet sich seit August 2017 im Aufbau und bereitet den Betrieb vor. Dazu werden ein Schulungskonzept für die Grundqualifizierung entwickelt, bundeseinheitliche Qualitätsstandards für die EUTB erarbeitet und ein barrierefreies Webportal gestaltet.

■

## ● **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei (amts-)ärztlicher Untersuchungsaufforderung**

### **Leitsatz**

1. Die an einen Beamten gerichtete Aufforderung, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit (amts-)ärztlich untersuchen zu lassen, bedarf bei schwerbehinderten Beamten der vorherigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.
2. Ist die nach § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX erforderliche Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß erfolgt, führt dies zur Rechtswidrigkeit der Untersuchungsaufforderung.

### **Verfahrensgang**

vorgehend VG Potsdam 2. Kammer, 10. August 2017, 2 L 286/17, Beschluss

### **Tenor**

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 10. August 2017 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung festgestellt, dass der Antragsteller der Untersuchungsaufforderung der Antragsgegnerin vom 17. Februar 2017 nicht folgen muss.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt die Antragsgegnerin.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

### **Gründe**

Die Beschwerde hat Erfolg. Der mit der Beschwerde weiterverfolgte Antrag, im Wege einstweiliger Anordnung festzustellen, dass der Antragsteller der Aufforderung der Antragsgegnerin vom 17. Februar 2017, sich ärztlichen Untersuchungen bei den Ärzten Dr. C..., Dr. S... und Dr. F... zu unterziehen, nicht folgen muss, ist zulässig und auf der für den Senat maßgeblichen Grundlage der Beschwerdebegründung (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) begründet.

1. Der Antrag, der sich gegen eine auf § 37 Abs. 1 Satz 1 LBG gestützte Untersuchungsaufforderung richtet, ist nach § 123 Abs. 5 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig (vgl. im Einzelnen: Senatsbeschluss vom 26. Juli 2016 – OVG 4 S 40.15 – BA S. 2 f.).

2. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts hat der Antragsteller die Voraussetzungen der von ihm beehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht

(vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines Rechts des Antragstellers getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Das ist hier der Fall; sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund liegen vor, so dass sich der angefochtene Beschluss auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig erweist.

a) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

aa) Entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung ist die Untersuchungsaufforderung in formeller Hinsicht rechtswidrig. Die Antragsgegnerin hat die Schwerbehindertenvertretung vor der Entscheidung über den Erlass der Untersuchungsaufforderung nicht ordnungsgemäß beteiligt.

(1) Zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war die Antragsgegnerin vorliegend verpflichtet. Die Pflicht zur Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung besteht in allen Fällen, in denen ein schwerbehinderter Mensch von der vom Arbeitgeber bzw. Dienstherrn beabsichtigten Entscheidung betroffen ist. Bei dem Antragsteller liegt seit dem 9. März 2002 ein Grad der Behinderung von 100 vor. Er ist damit schwerbehindert im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX. Bei der an einen Beamten gerichteten Aufforderung des Dienstherrn, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit ärztlich untersuchen zu lassen, handelt es sich auch um eine „Entscheidung“ im Sinne von § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX. Eine Entscheidung in diesem Sinne liegt bei personellen Maßnahmen des Dienstherrn vor, die den schwerbehinderten Menschen unmittelbar betreffen. Hierzu gehört neben etwa der Versetzung in den Ruhestand, der Anordnung von Mehrarbeit und dem Ausspruch von Disziplinarmaßnahmen auch die Anordnung einer (amts-)ärztlichen Untersuchung (vgl. Dusel/Hoff in: Bihr/Fuchs/Krauskopf/Ritz SGB IX – Kommentar und Praxishandbuch, § 95 Rn. 15). Der Begriff der „Entscheidung“ ist gleichbedeutend mit demjenigen der „Maßnahme“ im personalvertretungsrechtlichen Sinne. In der personalvertretungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass es sich bei der Anordnung einer (amts-)ärztlichen Untersuchung wegen Zweifeln an der Dienstfähigkeit um eine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinne handelt, auch wenn sie aus sich heraus noch nicht auf das Arbeits- bzw. Dienstverhältnis einwirkt, sondern allenfalls der Dienststelle eine Grundlage für solche Einwirkungen vermitteln kann. Die Anordnung erweist sich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls deshalb als Entscheidung mit Eigengewicht, weil sie erheblich in das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen einwirkt (vgl. Beschluss des Senats vom 4. Oktober 2017 – OVG 4 S 23.17 – juris Rn. 6 unter Hinweis auf die Entscheidungen des BVerwG). Nichts anderes gilt für das Schwerbehindertenrecht.

(2) Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an einer umfassenden Unterrichtung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten. Entsprechend dem Sinn und Zweck des Unterrichtungs- und Anhörungserfordernisses, die Schwerbehindertenvertretung in die Lage zu versetzen, die ihr nach § 95 Abs. 1 SGB IX auferlegten Pflichten wahrzunehmen, insbesondere die Interessen der schwerbehinderten Menschen sachgerecht zu vertreten und ihnen beratend und helfend zur Seite zu stehen,

genügt der Dienstherr seiner Unterrichtungspflicht nur, wenn er die Schwerbehindertenvertretung so informiert, dass diese ihre Aufgaben wahrnehmen kann. Eine Unterrichtung muss daher Angaben zu der Art der beabsichtigten Maßnahme und den hierfür maßgeblichen Erwägungen des Dienstherrn umfassen, die dieser im Zusammenhang mit der beabsichtigten Entscheidung erhoben hat (vgl. VG Freiburg, Urteil vom 21. März 2017 – 3 K 1354/15 – juris Rn. 21). Die Schwerbehindertenvertretung muss aufgrund der konkret mitgeteilten Tatsachen in die Lage versetzt werden, sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen (vgl. Düwell in: Deinert/Neumann, Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 161).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Ausweislich des während des erstinstanzlichen Verfahrens durch den Leiter des Personalreferats der Antragsgegnerin erstellten Vermerks vom 19. Mai 2017 ist die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten im Rahmen eines Monatsgesprächs am 16. Februar 2017 mündlich über die Absicht des Dienstherrn, gegenüber dem Antragsteller „eine erneute Aufforderung zur amtsärztlichen Untersuchung“ auszusprechen, informiert worden und erhielt insoweit Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme. Die Beschwerde macht zu Recht geltend, dass die Beschreibung der beabsichtigten Maßnahme unzutreffend war. Mit dem einen Tag später, am 17. Februar 2017, unterzeichneten Schreiben wurde der Antragsteller nicht etwa - der Anregung im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 folgend - zu einer erneuten amtsärztlichen Untersuchung aufgefordert, sondern zu Untersuchungen bei drei privaten Fachärzten (Fachärzte für Innere Medizin, Psychiatrie und Psychotherapie und Orthopädie). Insbesondere die angeordnete fachpsychiatrische Begutachtung, für welche die beauftragte Fachärztin Dr. S... ausweislich ihres an den Antragsteller gerichteten Schreibens vom 6. März 2017 eine mindestens dreistündige Untersuchung sowie umfangreiche Angaben des Antragstellers zu seinem Lebenslauf (u.a. mit Angaben zu Kita, Schule Ausbildung, Partnerschaft/Ehe, Kinder) und zu seinem Tagesablauf für notwendig hielt, beinhaltet einen weitreichenden Eingriff in die Rechtssphäre des Antragstellers (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 – 2 C 17.10 – juris Rn. 17). Die Schwerbehindertenvertretung wurde nicht davon unterrichtet, dass eine solche Untersuchungsaufforderung beabsichtigt war. Durch diese unzutreffende Information war die Schwerbehindertenvertretung nicht in der Lage, die ihr nach § 95 Abs. 1 SGB IX auferlegten Pflichten sachgerecht wahrzunehmen. Damit war auch die am 16. Februar 2017 durchgeführte mündliche Anhörung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten fehlerhaft.

(3) Die fehlerhafte Unterrichtung und Anhörung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten führt zur Rechtswidrigkeit der Untersuchungsaufforderung. Bei dienstrechtlichen Maßnahmen im Beamtenverhältnis führt der in der unterbliebenen bzw. nicht ordnungsgemäßen Anhörung liegende Verfahrensverstoß – wie dies regelmäßig auch in anderen Fällen der Verletzung von Vorschriften über das einzuhaltende Verfahren der Fall ist – zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung (vgl. VG Freiburg, a.a.O. Rn. 27; OVG Münster, Urteil vom 15. März 2010 – 6 A 4435/06 – juris Rn. 54; im Fall einer Ermessensentscheidung: BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2006 – 2 A 6.06 – juris Rn. 32; Düwell, a.a.O., Rn. Rn. 166; Pahlen in: Neumann/PahlenMajerski-Pahlen, Kommentar zum SGB IX, § 95 Rn. 9). Soweit das Bundesverwaltungsgericht die Einschränkung formuliert hat, dass es sich um eine „in die Sphäre des Beamten einschneidend eingreifende Maßnahme“ handeln müsse

(vgl. zu § 22 Abs. 2 SchwbG: BVerwG, Beschluss vom 10. Juli 1985 – 2 B 75.84 – juris Rn. 6, 7), ist dies bei Untersuchungsaufforderungen der Fall (vgl. zu den Folgen einer Untersuchungsaufforderung für den betroffenen Beamten: Beschluss des Senats vom 10. Juni 2015 – OVG 4 S 6.15 – juris Rn. 12). Hiergegen spricht nicht etwa der Umstand, dass es sich bei der Untersuchungsaufforderung um keinen Verwaltungsakt, sondern eine gemischte persönlich-dienstliche Weisung handelt, die einen einzelnen Schritt in dem gestuften Verfahren darstellt, das bei Feststellung der Dienstunfähigkeit mit der Zurruesetzung endet. Denn bereits die Untersuchungsaufforderung greift in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten ein und muss sich deshalb auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. April 2014 – 2 B 80.13 – juris Rn. 8).

(4) Der in der fehlerhaften Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung liegende Mangel, der nicht entsprechend der Vorschrift des § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX durch Nachholung der Anhörung binnen sieben Tagen nach Ergehen der fehlerhaften Entscheidung geheilt worden ist, ist auch nicht ausnahmsweise in entsprechender Anwendung von § 46 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bbg unbeachtlich. Danach kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 desselben Gesetzes nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Davon kann nur die Rede sein, wenn von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise feststeht, dass die Sachentscheidung auch bei ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht anders ausgefallen wäre (vgl. OVG Münster, a.a.O., Rn. 68; Pahlen, a.a.O., Rn. 10). Dies ist hier nicht der Fall.

Die Antragsgegnerin hatte einen Entscheidungsspielraum im Hinblick darauf, ob, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Inhalt sie eine (amts-)ärztliche Untersuchung anordnen wollte. Es ist nicht auszuschließen, dass eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung der Antragsgegnerin in der einen oder anderen Weise beeinflusst hätte (vgl. zur unterlassenen Beteiligung der Frauenvertreterin: VG Berlin, Beschluss vom 10. Juli 2017 – VG 7 L 299.17 –, bestätigt durch Beschluss des Senats vom 4. Oktober 2017 – OVG 4 S 23.17 – juris). Insbesondere erscheint es im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin nach ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung lediglich eine erneute Untersuchung beim Amts- und Vertrauensärztlichen Dienst der Landeshauptstadt Potsdam angeordnet hätte, wie dies im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 nach Ablauf von mindestens sechs Monaten nach Abschluss der Wiedereingliederung des Antragstellers im Hamburger Modell vorgeschlagen wurde.

bb) Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die Untersuchungsaufforderung vom 17. Februar 2017 aus den in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründen auch materiell rechtswidrig ist. Vorsorglich weist der Senat jedoch darauf hin, dass die Untersuchungsaufforderung ihrem Inhalt nach insoweit Bedenken unterliegt, als darin Untersuchungen durch Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie sowie für Orthopädie angeordnet wurden. Zwar mag dem Verwaltungsgericht im rechtlichen Ausgangspunkt zu folgen sein, dass eine Untersuchungsaufforderung nach § 37



Abs. 1 Satz 1 LBG geringeren Begründungsanforderungen unterliegt, wenn der Beamte im Zeitpunkt ihres Erlasses infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst geleistet hat und deshalb eine Zuruhesetzung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG erfolgen könnte (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 29. Mai 2017 – 6 B 360/17 – juris Rn. 6; OVG Magdeburg, Beschluss vom 12. Januar 2016 – 1 M 4/16 – BA S. 2 f.; VG Magdeburg, Beschluss vom 8. Mai 2017 – 5 B 225/17 – juris Rn. 7; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 15. März 2017 – 1 L 708/17 – juris Rn. 15; VG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2017 – 13 L 446/17 – juris Rn. 25). Dies dürfte jedoch nur für eine orientierende Erstuntersuchung durch einen Amtsarzt bzw. hier – aufgrund der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch Fachärzte für Innere Medizin – durch einen Internisten gelten. Denn in Fällen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG ergibt sich der Untersuchungsanlass bereits aus der Dauer der krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit und die Konkretisierung von Art und Umfang der Untersuchung mag entbehrlich sein, weil der Dienstherr auf Grundlage der ihm vorgelegten Krankschreibungen regelmäßig nicht erkennen kann, welches Krankheitsbild den Fehlzeiten zu Grunde liegt (vgl. OVG Münster a.a.O.). Damit ist jedoch nicht zugleich gesagt, dass neben einer orientierenden Erstuntersuchung auch bestimmte fachärztliche – insbesondere fachpsychiatrische – Untersuchungen ohne nähere Ausführungen zu Untersuchungsanlass und Art und Umfang der Untersuchung zulässig sind. Soweit die Antragsgegnerin für die Notwendigkeit einer fachpsychiatrischen und orthopädischen Untersuchung auf die Ausführungen im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 verweist, wonach beim Antragsteller neben einer chronischen Systemerkrankung eine reaktive, psychische Minderbelastbarkeit und eine chronische Funktionsstörung der Wirbelsäule bestehe, erscheint es fraglich, ob dieser Befund im Zeitpunkt der Untersuchungsaufforderung im Februar 2017 geeignet war, die Dienstfähigkeit berührende Zweifel an der Gesundheit des Antragstellers in dieser Hinsicht zu begründen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. April 2014 – a.a.O., Rn. 10).

b) Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn befolgte er die Anordnung, dann müsste er Eingriffe in sein Recht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wie auch in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht hinnehmen. Überdies würde er das alleinige Risiko der späteren gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung tragen. Hat der Beamte die Untersuchung verweigert, weil er die Anordnung als rechtswidrig angesehen hat, geht es bei der Würdigung aller Umstände nach dem Rechtsgedanken des § 444 ZPO regelmäßig zu seinen Lasten, wenn das Gericht nachträglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung feststellt. Unterzieht sich der betroffene Beamte demgegenüber der angeordneten Untersuchung, so kann das Gutachten auch dann verwendet werden, wenn sich die Aufforderung als solche bei einer gerichtlichen Prüfung als nicht berechtigt erweisen sollte. Die Rechtswidrigkeit der Gutachtenanordnung ist nach Erstellung des Gutachtens ohne Bedeutung (vgl. m.w.N. Beschluss des Senats vom 30. November 2016 – OVG 4 S 24.16 – BA S. 6).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).■

## **Dies und Das oder in Kürze mitgeteilt**

### **1. Leistungsnavi der Integrationsämter**

Welche Leistungen kommen bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer infrage? Sind die Voraussetzungen erfüllt? Wo wird der Antrag gestellt? Diese und viele weitere Fragen beantwortet der Leistungsnavi der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH). Er steuert Arbeitgeber und schwerbehinderte Arbeitnehmer zielsicher durch den Förderdschungel.

Ausgangspunkt ist die persönliche Situation: Einstellung, Ausbildung Beschäftigung oder Wiedereingliederung. Über ein Online-Formular ist der direkte Kontakt mit dem zuständigen Integrationsamt möglich, um beispielsweise einen Beratungstermin vereinbaren.

Der BIH Leistungsnavi ist unter

**<https://leistungsnavi.integrationsaemter.de/situationen>**

zu finden und funktioniert mit PC, Tablet und Smartphone.

Er ist kostenlos und barrierefrei. ■

### **2. Unterzuckerung zeigt sich bei älteren Diabetikern anders – wie?**

Bei älteren Menschen mit Diabetes bleiben die typischen Anzeichen einer gefährlichen Unterzuckerung häufig aus. Statt durch Zittern, Schwitzen oder Sehstörungen zeigt sich eine sogenannte Hypoglykämie bei ihnen eher durch Verwirrung oder ein merkwürdiges Verhalten. Darauf weist Dietlind Jander hin, Pflegedirektorin des Evangelischen Zentrums für Altersmedizin Potsdam. Wer einen älteren Menschen mit Diabetes versorgt, sollte diese Anzeichen kennen – und am besten immer etwas Traubenzucker dabei haben. ■

### **3. Der Auszahlungszeitraum fällt in eine Zeit der Arbeitsunfähigkeit: Ist mir die Weihnachtsgratifikation trotzdem zu gewähren?**

Ja, die Sonderzahlung ist selbst dann in einer Phase der Arbeitsunfähigkeit zu gewähren, wenn der Entgeltfortzahlungsanspruch wegen Verschuldens nicht besteht, oder aufgrund von Ablauf der Sechs-Wochen-Frist nicht mehr besteht.

Eine Kürzung kann nur vorgenommen werden, wenn genau so eine Bestimmung für die Zeiten fehlender Arbeitsleistung im Tarifvertrag, in der Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag enthalten ist. Ein Grundsatz, dass ein Anspruch auf eine Sonderleistung einfach entfällt, weil im Auszahlungszeitraum keine Arbeitsleistung erbracht wird, gibt es nicht.

Mindert sich mein Weihnachtsgeldanspruch wenn ich über einen längeren Zeitraum hinweg krank gewesen bin?

Eine Kürzung des Anspruches darf nur vorgenommen werden, sofern darüber ausdrücklich eine Vereinbarung getroffen wurde. ■

**Joyeux Noël!**

**Fröhliche Weihnachten!**

**Feliz Navidad!**

**Merry Christmas!**

**Wir wünschen Ihnen:  
Besinnliche Lieder, manch' liebes  
Wort,  
Tiefe Sehnsucht, ein trauer Ort.  
Gedanken, die voll Liebe klingen  
und in allen Herzen schwingen.**

**Der Geist der Weihnacht liegt  
in der Luft  
mit seinem zarten, lieblichen  
Duft.**

**Wir wünschen Ihnen zur  
Weihnachtszeit Ruhe, Liebe  
und Fröhlichkeit!**

*L. Schwartz*  
**& Team**