



Liebe Freunde der Mitbestimmung,

heute erhaltet Ihr die **2. Ausgabe** unseres **Newsletters** für **Personalräte** im Jahre 2018 mit folgenden Themen:

- 1. Rechtsfolgen der unterlassenen Anhörung des Personalrats bei Anordnung von amts- und vertrauensärztlichen Untersuchungen zur Feststellung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit**
OVG NRW vom 18.05.2017, Az.: 6 B 345/17
- 2. Zur nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vor einer (Änderungs-)Kündigung**
ArbG Hagen vom 06.03.2018, Az.: 5 Ca 1902/17
- 3. Zum Rechtsanspruch des Personalrats auf Unterlassung oder Rückgängigmachung einer beteiligungspflichtigen Maßnahme**
Lechtermann, Vorsitzender Richter am OVG NRW, in: PersV 3/2018, Seite 90-99

Viele Grüße aus Bochum

Birger Baumgarten
Dr. Laurie-Ann Klein
Horst Welkoborsky

-
- 1. Rechtsfolgen der unterlassenen Anhörung des Personalrats bei Anordnung von amts- und vertrauensärztlichen Untersuchungen zur Feststellung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit**
OVG NRW vom 18.05.2017, Az.: 6 B 345/17

Zur Frage der Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG NRW im Fall einer vor dem Erlass einer Untersuchungsaufforderung unterbliebenen Anhörung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten.

DIE ENTSCHEIDUNG

Im Rahmen eines beamtenrechtlichen Verfahrens hatte sich das OVG NRW u.a. mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit die unterbliebene Anhörung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten im Vorfeld einer Aufforderung zu einer amtsärztlichen Untersuchung zur individualrechtlichen Unwirksamkeit einer solchen Untersuchungsanordnung führt. Ein Polizeibeamter hatte sich im Wege eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Aufforderung der Dienststelle gewandt, sich einer solchen Untersuchung seiner allgemeinen Dienstfähigkeit zu unterziehen. Gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NRW ist der Personalrat



im Vorfeld einer solchen Anordnung anzuhören. Zudem verlangt § 18 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Nr. 1 LGG NRW bei personellen Maßnahmen, die Auswirkungen auf die Gleichstellung von Mann und Frau haben können, die Gleichstellungsbeauftragte frühzeitig über beabsichtigte Maßnahmen zu unterrichten und anzuhören. Weder der Personalrat, noch die Gleichstellungsbeauftragte waren beteiligt worden. Das OVG NRW hat unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung des VG Aachen festgestellt, dass die Untersuchungsanordnung wegen der fehlenden Beteiligung der genannten Institutionen formell rechtswidrig ist, der Beamte mithin bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nicht verpflichtet ist, sich auf der Grundlage der Untersuchungsaufforderung der Dienststelle einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Die unterbliebene Anhörung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten stellen Verfahrensfehler dar, die in aller Regel beachtlich sind. In entsprechender Anwendung des § 46 VwVfG NRW kann ein Verfahrensfehler ausnahmsweise unbeachtlich sein, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Dies war hier nach Auffassung des OVG NRW nicht der Fall; allein die Möglichkeit, dass es unter Vermeidung der Anhörungsfehler, bei Beteiligung der entsprechenden Stellen zu einer abweichenden Entscheidung gekommen wäre, sei nicht auszuschließen. Ohne die Verfahrensfehler wäre die Untersuchungsanordnung möglicherweise nicht oder – was ausreichend ist – jedenfalls nicht mit diesem konkreten Inhalt ergangen.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Diese Entscheidung des OVG NRW stellt mit wünschenswerter Deutlichkeit klar, dass auch Verstöße gegen bloße Anhörungsrechte des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten zur individualrechtlichen Unwirksamkeit einer solchen Maßnahme führen können. Damit wird deutlich, dass selbst die „schwächste“ Form der Beteiligung, das Anhörungsrecht des Personalrats, von der Dienststelle durchaus zu beachten ist. Zwar führt nicht jeder Verstoß gegen Anhörungsrechte unweigerlich zur individualrechtlichen Unwirksamkeit der Maßnahme, allerdings stellt das OVG NRW klar, dass die Unwirksamkeit der Maßnahme die Regelfolge darstellt. Stellt der Personalrat mithin fest, dass seine Anhörungsrechte missachtet wurden, kommt zumindest ein Hinweis an den Betroffenen in Betracht, dass dieser die Maßnahme individualrechtlich prüfen lassen könnte.

2. Zur nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vor einer (Änderungs-)Kündigung

ArbG Hagen vom 06.03.2018, Az.: 5 Ca 1902/17

Die nicht ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung führt zur Unwirksamkeit einer (Änderungs-)Kündigung.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Arbeitsgericht Hagen hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass die gegenüber einer schwerbehinderten Beschäftigten ausgesprochene Änderungskündigung allein deshalb rechtsunwirksam ist, weil die Schwerbehindertenvertretung vor



Ausspruch der Änderungskündigung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden war. Gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX seit dem 01.01.2018) ist die Kündigung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, unwirksam. Diese Unwirksamkeitsfolge tritt auch ein, wenn die Schwerbehindertenvertretung zwar beteiligt wurde, diese Beteiligung aber fehlerhaft oder unzureichend war. Die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung ist nur dann ordnungsgemäß, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor dem Antrag auf Zustimmung des Integrationsamts unterrichtet und anhört. Die Zustimmung des Integrationsamts darf erst danach beantragt werden. Die nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung reicht nicht aus.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Dass eine ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, ist inzwischen weitgehend bekannt. Die zum 01.01.2018 in § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX aufgenommene Sanktionsregelung gilt nach § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX a.F. bereits seit dem 30.12.2016. Die Besonderheit in dem hier entschiedenen Fall lag darin, dass die Schwerbehindertenvertretung zwar beteiligt wurde - allerdings zu spät. Auch dieser Fehler bei der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung führt zur Unwirksamkeit der Kündigung. Damit werden die Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretungen nochmals gestärkt.

3. Zum Rechtsanspruch des Personalrats auf Unterlassung oder Rückgängigmachung einer beteiligungspflichtigen Maßnahme

Lechtermann, Vorsitzender Richter am OVG NRW, in: PersV 3/2018, Seite 90-99

Aus gegebenem Anlass möchten wir an dieser Stelle ausnahmsweise auf eine Veröffentlichung hinweisen, die aus diesseitiger Sicht lesenswert und bedeutsam ist.

Von Seiten der Personalräte wird immer wieder die – nicht ganz unberechtigte – Sorge zum Ausdruck gebracht, dass es ihnen im Fall des Obsiegens mit einem Feststellungsantrag in einem Beschlussverfahren an ausreichenden Mitteln fehle, die gerichtliche Entscheidung tatsächlich durchzusetzen. Deshalb wird das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren häufig als „stumpfes Schwert“ empfunden. Hoffnung machte die LPVG-Novelle 2011, als in dem neuen § 79 Abs. 3 Satz 1 LPVG NRW (scheinbar) die Möglichkeit eröffnet wurde, im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren einen Antrag auf Unterlassung oder Durchführung einer Handlung oder Maßnahme zu stellen. Die Personalräte schienen nicht mehr darauf beschränkt, einen bloßen Feststellungsantrag anzubringen; sie sollten nach dem Wortlaut des Gesetzes offensichtlich in die Lage versetzt werden, unmittelbar auf Maßnahmen der Dienststelle Einfluss nehmen zu können. Allerdings wurde diese Neuregelung bislang im Rahmen vielfältiger Beschlussverfahren von den Verwaltungsgerichten im Lande NRW nicht angewandt; unter Verweis auf



das Demokratieprinzip sei „nicht hinreichend klar“, dass der Gesetzgeber den Personalräten tatsächlich derart weitgehende Kompetenzen einräumen wollte.

Die Veröffentlichung des Herrn Dirk Lechtermann, Vorsitzender der einzigen für die Landespersonalvertretung zuständigen Kammer am OVG NRW, gibt Hoffnung, dass sich diese restriktive Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ändern könnte. Denn der Vorsitzende Richter des OVG NRW scheint offener für solche maßnahmebezogenen Anträge zu sein als seine erstinstanzlichen Berufskollegen. Zwar führt auch er in diesem Artikel aus, dass mit Blick auf das Demokratieprinzip die genannte Vorschrift einer verfassungskonformen, einschränkenden Auslegung dahingehend bedarf, dass ein maßnahmebezogener Antrag der Personalräte nur dann Erfolg haben kann, wenn dem Begehren keine überwiegenden öffentlichen Interessen oder Gemeinwohlbelange entgegen stehen. Zudem folge aus dem Verweis auf § 23 Abs. 3 BetrVG, dass ein solcher Antrag nur bei einem „groben Verstoß“ der Dienststelle in Betracht kommt. Dennoch erkennt der Vorsitzende des OVG NRW grundsätzlich an, dass „mit der Aufnahme des § 79 Abs. 3 Satz 1 LPVG NRW in das Gesetz auch für den Anwendungsbereich des LPVG NRW die Möglichkeit eröffnet ist, einen maßnahmebezogenen Antrag zu stellen und damit unmittelbar auf Maßnahmen der Dienststelle Einfluss zu nehmen (Zitat)“. Eine solche Erkenntnis war den Verwaltungsgerichten im Lande NRW bislang nicht zu entlocken.

Deshalb kann von unserer Seite nur dafür plädiert werden, in geeigneten Fällen nicht davor zurückzuschrecken, Unterlassungsansprüche oder Ansprüche auf Rückgängigmachung von Maßnahmen geltend zu machen, und solche Verfahren auch einmal in die zweite Instanz zum OVG NRW zu bringen. Nur so kann unter Beachtung der Ausführungen des Herrn Lechtermann, die „neue“ Regelung des § 79 Abs. 3 Satz 1 LPVG NRW mittelfristig eventuell „mit Leben gefüllt“ werden.