



Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-08-02-04
September 2005

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 7/2005 –

Bedeutung des § 84 Abs. 1 SGB IX bei der dienstlichen Beurteilung einer schwerbehinderten Proberichterin

Dr. Ulrich Faber, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

§ 84 SGB IX führt trotz der in diesem Forum bereits dargelegten Bedeutung der Vorschrift für den Kündigungsschutz in der praktischen Rechtsanwendung bisher meist noch ein Schattendasein. Als wesentlicher Grund dafür wird neben seiner Stellung im nach wie vor nicht hinlänglich bekannten SGB IX oft ein Mangel an Rechtsprechung genannt. Zumindest für den besonderen Fall der dienstlichen Beurteilung einer schwerbehinderten Proberichterin ist jedoch bereits eine obergerichtliche Entscheidung zur Bedeutung des § 84 Abs. 1 SGB IX ergangen (OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss v. 9.10.2003, Az.: 2 M 105/03).

Dr. Ulrich Faber hat uns eine Besprechung dieser Entscheidung zur Veröffentlichung übersandt. In seiner Würdigung des Beschlusses arbeitet er unter anderem zunächst heraus, dass das OVG von einer Trennung zwischen Präventions- und Entlassungsverfahren ausgeht und § 84 SGB IX in erster Linie ergebnisoffene Verfahrenspflichten normiert. Mit dem OVG geht der Autor aber auch davon aus, dass ein Verstoß gegen diese Verhaltenspflichten nicht folgenlos bleiben kann, weshalb die unter Missachtung des § 84 Abs. 1 SGB IX zustande gekommene dienstliche Beurteilung einer schwerbehinderten Proberichterin formell rechtswidrig ist. Schließlich weist er darauf hin, dass solche Erwägungen auch im Arbeitsrecht bei der Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung im Kündigungsschutzverfahren gelten und zwar bezüglich sowohl § 84 Abs. 1 als auch Abs. 2 SGB IX. Wir schließen uns den Ausführungen Herrn Dr. Fabers an und freuen uns auf Ihre Stellungnahmen.

Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian
Marcus Schian
Sabine Dalitz

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

**Beschluss des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 9.10.2003
(Az.: 2 M 105/03)**

Wesentliche Aussagen:

- 1. § 84 Abs. 1 SGB IX gilt auch für Richter und Beamte.**
- 2. Eine dienstliche Beurteilung einer schwerbehinderten Richterin ist bei Nichtbeachtung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX formell rechtswidrig.**
- 3. § 84 Abs. 1 SGB IX findet auch dann Anwendung, wenn die/der Betroffene nicht von sich aus auf mögliche behinderungsbedingte Leistungseinschränkungen hingewiesen hat.**

Der Fall:

Die Antragstellerin ist Richterin auf Probe in einer Zivilkammer eines Landgerichts. Sie ist schwerbehindert mit einem GdB von 100; ihr Schwerbehindertenausweis enthält das Merkzeichen „G“ für „Gehbehindert“. Mit Bescheid vom 13.2.2003 entließ der Antragsgegner die Antragstellerin aus dem Richterverhältnis auf Probe, wogegen die Antragstellerin Widerspruch erhob.

Mit dem vorliegenden Verfahren vor dem OVG begehrt die Antragstellerin gesondert vorläufigen Rechtsschutz gegen die Verwendung einer dienstlichen Beurteilung, die eine entscheidende Rolle im Entlassungsverfahren spielt. Mit dieser dienstlichen Beurteilung hat es folgende Bewandnis:

Am 20.9.2002, d.h. gut fünf Monate nach Eintritt in den Richterdienst, fertigte der Vorsitzende der Zivilkammer einen Beurteilungsbeitrag über die Tätigkeit der Antragstellerin. Unter der Rubrik „zusätzliche Anmerkungen“ heißt es dort u.a.:

„Frau ... ist schwerbehindert. Gelegentlich verweist Frau ... auf gesundheitliche Beeinträchtigungen und die Notwendigkeit von Arztbesuchen und Therapien, denen sie sich unterziehen muss. Auch erfolgten wiederholt Hinweise auf die von ihr gesehene Gefahr, krankgeschrieben zu werden. Tatsächlich krankgeschrieben war Frau ... in der 31. und 32. KW, unmittelbar nach ihrem einwöchigen Urlaub in der 30. KW. Ich gehe davon aus, dass Frau ... gesundheitsbedingt nicht

unerheblichen persönlichen Belastungen ausgesetzt ist, ohne dass ich hierzu Näheres weiß. Frau ... ist indes zu 1/1 in der Kammer eingesetzt, so dass ich bei der Beurteilung von ihrer vollen Leistungsfähigkeit auszugehen hatte und in der täglichen Zusammenarbeit auch ausgehe.

(...) Ceteris paribus halte ich derzeit Frau ... für einen langfristigen Einsatz in einer allgemeinen Zivilkammer jedoch nur mit Einschränkung geeignet.“

Der Präsident des Landgerichts beurteilte darauf hin die Antragstellerin als nicht geeignet für den Richterdienst. In der Beurteilung wies er gesondert darauf hin, daß das Pensum der Antragstellerin deutlich unter den Leistungen anderer Richter liege und daß sie keine Leistungseinschränkungen aufgrund ihrer „Schwerbeschädigung“ mitgeteilt habe.

Die Beurteilung einschließlich des Beurteilungsbeitrags des Kammervorsitzenden wurden der Antragstellerin am 11.11.2002 eröffnet. Ein weiteres Beurteilungsvorgespräch wurde nicht geführt. Der Richterrat wurde nicht vorher beteiligt. Über eine Schwerbehindertenvertretung verfügt das Landgericht nicht.

In der Folge beantragte die Antragstellerin die Aufhebung und Entfernung der Beurteilung aus der Personalakte sowie eine Neuurteilung. Zur Begründung führte sie an, daß die Beurteilung sowohl in den einzelnen Beurteilungsmerkmalen als auch in der Gesamturteilung auf unvollständiger und unrichtiger Tatsachengrundlage beruhe und fehlerhafte Schlußfolgerungen enthalte.

Das Verwaltungsgericht entsprach dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Verwendung der dienstlichen Beurteilung im Entlassungsverfahren im wesentlichen. Auf die gegen den Beschluß des Verwaltungsgerichts erhobenen Beschwerden gab das OVG Mecklenburg-Vorpommern der Antragstellerin in vollem Umfang recht.

Die Entscheidung:

Das Gericht hat die Beurteilung als formell rechtswidrig angesehen. Der Präsident des Landgerichts habe bereits dadurch gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, daß er § 84 Abs. 1 SGB IX nicht beachtet habe. Dies führe zur formellen Rechtswidrigkeit der dienstlichen Beurteilung. Mit Blick auf das Präventionsverfahren des § 84 Abs. 1 SGB IX führt das Gericht aus:

„Die Vorschrift ist vorliegend einschlägig, denn sie beansprucht nach ihrer systematischen Stellung (Teil 2, Kap. 3. Sonstige Pflichten der Arbeitgeber; Rechte der schwerbehinderten Menschen) allgemeine Geltung und wird durch die in § 128 Abs. 2, 3 SGB IX¹ enthaltene Spezialregelung für den Fall der Entlassung eines schwerbehinderten Richters nicht verdrängt. Die Prävention gilt nunmehr für alle beschäftigten schwerbehinderten Menschen und muss vom Arbeitgeber und Dienstherrn eingehalten werden (vgl. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Kommentar zum SGB IX, § 84 Rdn. 2, § 128, Rdn. 9). Es lagen aus der Sicht des Dienstvorgesetzten auch personen- bzw. verhaltensbedingte Schwierigkeiten im Beschäftigungsverhältnis der Antragstellerin vor, die zur Gefährdung dieses Beschäftigungsverhältnisses führen konnten, denn ihm war bekannt, daß eine für die Antragstellerin negative dienstliche Beurteilung zu einer möglichen Entlassung führen konnte. Er war daher verpflichtet – da eine Schwerbehindertenvertretung nicht existierte – jedenfalls `möglichst frühzeitig` den Richterrat und das Integrationsamt einzuschalten und mit diesen alle Möglichkeiten zur Beseitigung der Schwierigkeiten zu erörtern. Dies ist jedoch unterblieben. Der Rechtsauffassung des Antragsgegners, eine Verletzung des § 84 Abs. 1 SGB IX wirke sich auf die Rechtmäßigkeit der dienstlichen Beurteilung nicht aus, kann nicht gefolgt werden. Für diese Frage kann es ersichtlich nicht darauf ankommen, ob die Vorschrift oder ihre mögliche Verletzung in den Beurteilungsrichtlinien oder in den Schwerbehindertenrichtlinien erwähnt wird, abgesehen davon, daß die Vorschrift erst seit dem In-Kraft-Treten des SGB IX vom 19.06.2001 existiert und die Vorläufervorschrift des § 14 c SchwbG im öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis nicht galt. Entscheidend ist aber, daß es sich bei § 84 SGB IX um eine Schutzvorschrift zugunsten Schwerbehinderter handelt (vgl. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, a.a.O., Rdn. 2). Dieser Schutz liefe leer, wenn ein Unterbleiben der Beteiligung der in § 84 SGB IX genannten Stellen folgenlos bliebe. (...)

Der Antragstellerin ist auch darin zu folgen, daß der Kammervorsitzende bei seinem Beurteilungsbeitrag allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet hat, indem er die Schwerbehinderung der Antragstellerin bei seiner Bewertung unberücksichtigt gelassen hat. Auch wenn dem Kammervorsitzenden die Einzelheiten möglicher behinderungsbedingter Beeinträchtigungen nicht bekannt waren, ist es nicht nachvollziehbar, wenn er einerseits selbst von gesundheitsbedingten erheblichen

¹ Anmerkung: Die Regelung des § 128 Abs. 2 SGB IX, die im Falle einer Entlassung eines Beamten oder Richters eine vorherige Anhörung des Integrationsamtes vorsah, ist zum 1.5.2004 aufgehoben worden.

Belastungen ausgeht, andererseits aber meint, bei der Beurteilung von der vollen Leistungsfähigkeit ausgehen zu müssen. Damit schließt er mögliche Leistungseinschränkungen aufgrund der Schwerbehinderung offenbar allein deshalb aus, weil die Antragstellerin hierzu von sich aus nichts mitgeteilt hatte. Dies ist jedoch, auch unter Berücksichtigung der in den Schwerbehindertenrichtlinien niedergelegten Grundsätze, fehlerhaft.“

Würdigung der Entscheidung:

1. Das OVG hebt unter Hinweis auf die systematische Stellung des § 84 Abs. 1 SGB IX zutreffend hervor, daß das Präventionsverfahren allgemeine Geltung beansprucht. § 84 Abs. 1 SGB IX gilt deswegen nicht nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer, sondern gleichermaßen auch für Beamte und – wie im zugrundeliegenden Fall – für Richter.² Beachtung verdient zudem, daß das Gericht eine **klare Trennlinie zwischen dem Präventionsverfahren und dem Entlassungsverfahren** zieht, wenn es feststellt, daß § 84 Abs. 1 SGB IX nicht durch die mittlerweile aufgehobene Sonderbestimmung des § 128 Abs. 2, 3 SGB IX für die Entlassung schwerbehinderter Richter verdrängt wird. § 84 Abs. 1 SGB IX begründet also Pflichten des Arbeitgebers „im Vorfeld“ einer Entlassung bzw. Kündigung.³

Der der Entscheidung des OVG zugrundeliegende Fall beschreibt eine geradezu idealtypische Situation, in der das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX wirksam wird. § 84 Abs. 1 SGB IX setzt eine **Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses** eines schwerbehinderten oder eines ihm gleichgestellten behinderten Menschen voraus. **Unerheblich ist der Grund für diese Gefährdung**, d.h. § 84 Abs. 1 SGB greift unabhängig davon, ob die Probleme personen-, verhaltens- oder betriebsbedingt sind. Im zugrundeliegenden Fall war das Proberichterinnenverhältnis der Antragstellerin durch die streitgegenständliche dienstliche Beurteilung evident gefährdet. Die Ursachen, die für die negative Beurteilung der Antragstellerin ausschlaggebend waren, werden bestenfalls diffus erkennbar. So wird im Beurteilungsbeitrag explizit eingeräumt, daß unklar ist, ob die weit unterdurchschnittlichen Leistungen

² Dazu auch Feldes u.a. Schwerbehindertenrecht, § 128, Rn. 1, 4.

³ Dazu ausführlich und zutreffend Brose IQPR-Forum B – Diskussionsbeitrag 5/2005.

der Antragstellerin auf gesundheitliche bzw. behinderungsbedingte oder aber andere – personenbedingte – Gründe zurückzuführen sind.

Zweck des Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist es, die Hintergründe solcher **Störungen des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Ziel aufzuklären, die Teilhabe am Arbeitsleben** durch den Erhalt des Arbeitsverhältnisses **zu sichern**. Die aufgetretenen Schwierigkeiten sollen möglichst frühzeitig umfassend erörtert werden. Das Präventionsverfahren, an dem neben der Schwerbehindertenvertretung und der allgemeinen Interessenvertretung i.S. von § 93 SGB IX das Integrationsamt zu beteiligen ist, bildet die Plattform, um alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung einschließlich möglicher finanzieller Leistungen auszuloten. § 84 Abs. 1 SGB IX dient somit letztlich auch der **Effektivierung der aus § 81 Abs. 4, 5 SGB IX abzuleitenden besonderen Förderpflichten des Arbeitgebers**.

Zutreffend und hervorzuheben ist der Hinweis des OVG, daß die Verpflichtung zur Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht dadurch entfällt, daß die Antragstellerin nicht von sich aus auf behinderungsbedingte Leistungseinschränkungen hingewiesen hat. Aus dem Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung der Pflichtenstellung. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß durch § 84 Abs. 1 SGB IX das **Leitbild eines aktiven, die Situation des betroffenen Beschäftigten frühzeitig reflektierenden Arbeitgebers bzw. Dienstherrns** normativ umrissen wird.

2. § 84 Abs. 1 SGB IX normiert ergebnisoffene Verfahrenspflichten des Arbeitgebers. Sanktionen für den Fall einer Verletzung dieser Verfahrenspflichten sind im SGB IX nicht geregelt. § 84 Abs. 1 SGB IX ordnet insbes. nicht die Unwirksamkeit einer Entlassung, Beurteilung oder Kündigung an.

Der Fall des OVG Mecklenburg-Vorpommern zeigt, daß es dessenungeachtet keineswegs folgenlos bleibt, wenn das Präventionsverfahren nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird. Dienstliche Beurteilungen oder Entlassungen von Beamten und Richtern müssen als hoheitliche Akte formell und materiell rechtmäßig ergehen. Das Gericht stellt zutreffend fest, daß der **Verstoß gegen §**

84 Abs. 1 SGB IX bei der dienstlichen Beurteilung einen **formellen Mangel** darstellt, mit der formellen Rechtswidrigkeit der Beurteilung als Rechtsfolge.

Zutreffend weist das OVG in seiner Entscheidung auf die Möglichkeit der einer **Heilung des Verfahrensmangels** durch Nachholung des Präventionsverfahrens hin (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). M.E. sind dabei **strenge Anforderungen** zu stellen. Neben der verfahrensmäßigen Beteiligung der in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten Akteure muß insbes. erkennbar sein, daß das Präventionsverfahren strikt auf das Ziel, den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses zu sichern, orientiert ist. Keinesfalls darf das Verfahren von dem Ziel getragen sein, einer ohnehin getroffenen Entlassungsentscheidung gewissermaßen „im Nachgang“ Legitimation zu verschaffen. Es sind deswegen dezidiert die Schwierigkeiten des Beschäftigungsverhältnisses darzustellen (Ermittlung des Status Quo). Hierauf aufbauend sind eingehend die Aussichten aller möglichen Abhilfemaßnahmen (insbes. auch § 81 Abs. 4, 5 SGB IX) unter Berücksichtigung möglicher Hilfen und finanziellen Förderleistungen umfassend zu erörtern.

Ergänzend hinzuweisen ist darauf, daß sich **Verstöße gegen § 84 Abs. 1 SGB IX arbeitsrechtlich** bei der Beurteilung der **sozialen Rechtfertigung der Kündigung** im Kündigungsschutzverfahren **niederschlagen**. In der Sache begründet § 84 Abs. 1 SGB IX eine Rechtspflicht des Arbeitgebers, aktiv alle Möglichkeiten zu eruieren, um den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses zu sichern. Durch die gesetzlich geforderte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, der (allgemeinen) Interessenvertretungen nach § 93 SGB IX (Betriebs-, Personal-, Richterrat) und des Integrationsamtes zielt § 84 Abs. 1 SGB IX darauf, die verschiedenen Sichtweisen und spezifischen Kenntnisse dieser Akteure gezielt zu mobilisieren. **Das Präventionsverfahren soll also einen besonders fundierten und qualifizierten Umgang mit Gefährdungen des Beschäftigungsverhältnisses verbürgen**. Bei Verstößen gegen die Rechtspflicht des Arbeitgebers aus § 84 Abs. 1 SGB IX wird es vor diesem Hintergrund regelmäßig sehr zweifelhaft sein, ob das kündigungsschutzrechtliche Ultima-Ratio-Prinzip gewahrt ist.⁴ Eine solche „kündigungsschutzrechtliche Lösung“ entspricht dem Diskussionsstand zu § 84

⁴ Dazu ausführlich Brose, IQPR-Forum B – Diskussionsbeitrag 6/2005, S. 4 ff.; Kohte ZSR Sonderheft 2005, S. 20 ff..

Abs. 2 SGB IX (betriebliches Eingliederungsmanagement).⁵ Da sich beim betrieblichen Eingliederungsmanagement in vergleichbarer Weise die Frage nach den Rechtsfolgen der Verletzung von Verfahrenspflichten stellt, lassen sich die insoweit gewonnenen Erkenntnisse auf das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX übertragen.⁶

Dr. Ulrich Faber

Zum Verfasser:

Dr. Ulrich Faber: Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in verschiedenen interdisziplinären Forschungsprojekten zu Themen des betrieblichen Arbeits-, Gesundheits- und Umweltschutzes. Gegenwärtig Mitarbeit im Projekt „Strukturen und Perspektiven der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 SGB IX“ (Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg). Mitarbeit im Studienschwerpunkt „Betriebliches Gesundheitsmanagement“ im Rahmen des Weiterbildungsstudiums Arbeitswissenschaft (WA) an der Universität Hannover. Dissertation zum Thema „Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten des § 3 ArbSchG“, erschienen als Band 231 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht im Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

⁵ Dazu etwa Feldes u.a., Schwerbehindertenrecht, § 84 SGB IX, Rdnr. 30; Brose, DB 2005, 393; Löw, MDR 2005, S. 609.

⁶ So auch Brose, IQPR-Forum B – Diskussionsbeitrag 6/2005, S. 4.