



**Diskussionsforum Teilhabe und Prävention**

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**

Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**

Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**PD Dr. Felix Welti**

Christian-Albrechts-Universität zu  
Kiel / Hochschule Neubrandenburg

September 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 21/2007 –

### **Folgen der unterlassenen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung im Beamtenrecht**

**- zur Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes -**

*von Dr. Alexander Gagel*

Wir haben in letzter Zeit in diesem Forum mehrfach zu Fragen der Umsetzung des SGB IX im öffentlichen Dienst und dort besonders auch im Beamtenrecht Stellung genommen<sup>1</sup>. Es zeigt sich immer wieder, dass dabei noch erheblich Hürden zu überwinden sind. Im folgenden Beitrag geht es um die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf die Rechte schwerbehinderter Beamter, konkret um die Auswirkungen unterlassener Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bei der Entscheidung über die Besetzung einer Beförderungsstelle.

Unsere Thesen hierzu:

- 1. Die Diskriminierung eines Beamten wegen einer Behinderung ist eine Verletzung der Pflichten aus dem Beamtenverhältnis.**
- 2. Die Entscheidung über die Besetzung einer Beförderungsstelle, um die sich auch ein schwerbehinderter Beamter beworben hat, ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ist ein Indiz für Diskriminierung.**
- 3. Die Dienstbehörde trägt die Beweislast, dass die Anhörung keinen Einfluss auf die Stellenbesetzung haben konnte.**
- 4. Gelingt der Beweis nicht, ist die Entscheidung über die Stellenbesetzung rechtswidrig.**

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

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

## OVG Münster, Beschluss vom 19.6.2007 - 6 B 383/07 -

### I. Wesentliche Aussagen des Urteils

1. Die Auswahlentscheidung im Beförderungsverfahren ist fehlerhaft, wenn die nach § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX erforderliche Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht erfolgt ist (Abweichung von BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 1989 - 2 B 115.89 -, ZBR 1990, 180).
2. Der Dienstherr kann einen Zeitpunkt wählen, bis zu dem die Beförderungsbewerber alle Tatsachen, die nur sie geltend machen können, vorgetragen haben müssen. Verspätetes Vorbringen kann er unberücksichtigt lassen.
3. Fehlt eine solche Bestimmung und beruft sich der Beförderungsbewerber erstmals im Widerspruchsverfahren auf seine Schwerbehinderung, kann die dadurch nötig werdende Anhörung der Schwerbehindertenvertretung im Widerspruchsverfahren vorgenommen werden.

### II. Der Fall:

Im amtlichen Schulblatt des Antragsgegners war eine Stelle der Besoldungsgruppe A 11 BBesO für einen Fachlehrer ausgeschrieben. Der Antragsteller bewarb sich um diese Stelle. Die Auswahlentscheidung fiel jedoch auf einen anderen Bewerber. Hiergegen legte der Antragsteller Widerspruch ein. **Im Widerspruchsverfahren machte er geltend, dass er als schwerbehinderter Mensch anerkannt sei** und forderte die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung. Der Widerspruch wurde jedoch zurückgewiesen. Wann das Verwaltungsverfahren abgeschlossen wurde, ist nicht ersichtlich. Es spricht aber viel dafür, dass dieser Zeitpunkt im letzten Drittel des Jahres 2006 lag. Mit dem vorliegenden Antrag begehrt der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahingehend, dass dem Antragsgegner untersagt wird, die Stelle zu besetzen, bevor über die Stellenbesetzung erneut entschieden worden ist. Das OVG hat dem Antrag im Beschwerdeverfahren entsprochen.

### III. Die Entscheidung:

Die Entscheidung wird darauf gestützt, dass die gem. § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erforderliche Anhörung der Schwerbehindertenvertretung noch nachgeholt werden müsse. Da der Dienstherr in der Ausschreibung für die Begründung der Bewerbung und die dazu vorzubringenden Tatsachen keine Frist gesetzt habe, könne die **Schwerbehinderteneigenschaft auch noch im Widerspruchsverfahren** geltend gemacht werden mit der Folge, dass der Dienstherr die sich daraus ergebenden Pflichten erfüllen müsse. Die Entscheidung sei erst mit Beendigung des Widerspruchsverfahrens abschließend getroffen. Daraus ergebe sich, dass die im konkreten Fall getroffene **Entscheidung des Dienstherrn fehlerhaft** sei, weil er es unterlassen habe, wie hier erforderlich, die Schwerbehindertenvertretung anzuhören. Neueren **Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts**, die eine Rechtswidrigkeit der Besetzungsentscheidung

---

<sup>1</sup> Diskussionsbeiträge B-3/2007 ( § 84 abs. 2 SGB IX gilt auch für Beamte), B-4/2007 (Betriebliches Eingliederungsmanagement und die Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG).

wegen unterlassener Anhörung der Schwerbehindertenvertretung generell ausschließen folge der Senat nicht. Er lege weiter die **frühere Rechtsprechung des BVerwG** zugrunde, derzufolge eine Rechtswidrigkeit anzunehmen sei, wenn die getroffene Entscheidung eine **in die Rechtsverhältnisse des Beamten tief eingreifende Maßnahme** betreffe (BVerwG, Urt. v. 20.04.1977 - VI C 154.73 -, Buchholz § 26 BBG Nr. 18; BVerwG, Urt. v. 11.12.1985 - 2 C 40.82 -, ZBR 1986, 274; BVerwG, Beschl. v. 10.07.1985 - 2 B 75.84 -, Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 24). Die Ablehnung eines **Beförderungsantrags gehöre zu den tief eingreifenden Maßnahmen**. Dementsprechend sei die von dem Antragsgegner getroffene Entscheidung rechtswidrig. Der Senat weiche mit dieser Entscheidung hingegen nicht von der Rechtsprechung ab, dass eine **Anhörung Dritter grundsätzlich vor der Entscheidung** des Dienstherrn ergehen müsse und deshalb im Widerspruchsverfahren nicht nachgeholt werden könne (BVerwG, Urt. v. 13.12.1963 - VI C 203.61 -; BVerwGE 17, 279); im vorliegenden Fall gelte eine Ausnahme, weil die Schwerbehinderteneigenschaft dem Dienstherrn erst im Widerspruchsverfahren bekannt geworden sei.

#### **IV. Würdigung/Kritik:**

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Uneingeschränkt zu folgen ist dem OVG soweit es entschieden hat, dass die **Anhörung im Regelfall nicht** im Widerspruchsverfahren **nachgeholt** werden kann, hier aber eine **Ausnahme** vorliegt, weil die Schwerbehinderteneigenschaft erst im Widerspruchsverfahren bekannt geworden ist. Zutreffend ist es auch davon ausgegangen, dass der Antragsteller in diesem Fall seine Schwerbehinderung noch im Widerspruchsverfahren geltend machen konnte, da für die Begründung der Bewerbung keine Fristen galten. Folgen könnte man auch der Auffassung, dass die Ablehnung eines Antrags auf Einsetzung in eine Beförderungsstelle zu den entscheidend eingreifenden Maßnahmen gehört und deshalb nach der früheren Rechtsprechung des BVerwG die fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung über die Besetzung der umstrittenen Stelle rechtswidrig machte. Die Frage ist indes, ob die Entscheidung hierauf noch gestützt werden kann. Die enge Auffassung, dass eine Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts über eine personelle Entscheidung wegen unterlassener Anhörung nicht oder nur in Ausnahmefällen in Betracht komme, wurde nämlich damit begründet, dass eine klare Regelung fehle (BVerwG, Urt. v. 10.7.1985 – 2 B 75.84 – Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 24). Hiervon kann indes nicht mehr ausgegangen werden.

Das Augenmerk ist heute auf das seit 18.08.2006 geltende **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG** - (Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der europäischen Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BGBl I, 1897) zu **richten**. Dieses Gesetz ist auch für bereits eingeleitete aber noch nicht abgeschlossene Fälle anzuwenden. Das AGG gilt dabei auch für Beamte, sofern nicht Besonderheiten des Beamtenrechts entgegenstehen (§ 24 AGG). Es sieht vor, dass eine Benachteiligung wegen einer Behinderung beim Zugang zu beruflichen Positionen unzulässig ist (§ 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und § 7 AGG). Eine **Benachteiligung** der genannten Art ist nach § 7 Abs. 3 AGG eine **Verletzung vertraglicher Pflichten**. Dies bedeutet in entsprechender Anwendung (§ 24 AGG) auf Beamtenverhältnisse, dass die Diskriminierung eines behinderten Beamten wegen seiner Behinderung eine Verletzung der Pflichten aus dem Beamtenverhältnis darstellt.

Besonderheiten des Beamtenverhältnisses, die dem entgegen stehen könnten, sind nicht ersichtlich. Liegen **Indizien** vor, die eine Benachteiligung vermuten lassen, so trägt der

Dienstherr die **Beweislast**, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorliegt (§ 22 AGG). Ein Indiz für Benachteiligung liegt stets darin, dass der Arbeitgeber/Dienstherr gegen die bei Stellenbesetzungen zu beachtenden Vorschriften verstoßen hat (s. u.a. BAG, Urt. v. 15.02.2005 - 9 AZR 635/03 - ; LArbG Frankfurt, Urt. v. 07.11.2005 - 7 Sa 473/05 - ; LArbG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.11.2005 - 5 Sa 277/05 - ; dazu zusammenfassend Schian, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Beitrag B-14/2006). Auch insoweit ist nicht erkennbar, welche Besonderheiten des Beamtenverhältnisses entgegenstehen sollten. Dass man die Zusammenhänge bisher anders gesehen hat, reicht nicht. Außerdem stützte sich die bisherige Auffassung darauf, dass die Folgen unterlassener Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht klar genug geregelt seien, also nicht auf Besonderheiten. Die vermisste Folgenregelung liefert nun das AGG. Diskriminierung ist ein Rechtsverstoß gegen die Verpflichtungen aus dem Beamtenverhältnis, die betreffende Entscheidung also rechtswidrig. Das Unterlassen der Anhörung macht für sich genommen die Entscheidung nicht rechtswidrig; sie ist aber ein Indiz für Rechtswidrigkeit mit der Folge, dass die Amtshandlung erst dann als rechtmäßig angesehen werden kann, wenn die Folge der Diskriminierung ausgeschlossen werden kann. Der im vorliegenden Fall festgestellte **Verstoß gegen die Pflicht zur Beteiligung** der Schwerbehindertenvertretung führte deshalb dazu, dass die **Ablehnung der Bewerbung als rechtswidrig** anzusehen war, solange der Dienstherr nicht bewiesen hatte, dass keine Benachteiligung vorlag, also auch bei rechtzeitiger Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung keine Aussicht auf Erfolg der Bewerbung bestanden hätte. Dieser Nachweis ist nicht leicht zu führen. Da die Vermutung der Diskriminierung durch Nichtanhörung der Schwerbehindertenvertretung im vorliegenden Fall nicht widerlegt ist, wäre hier dem Antrag, der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die Stelle mit dem ausgewählten Bewerber zu besetzen, auf der Basis des AGG stattzugeben gewesen.

Zugleich ist festzuhalten, dass die vom Dienstherrn getroffene **Auswahlentscheidung wegen der unterlassenen Anhörung anfechtbar** war und aufzuheben wäre, wenn die indizierte Benachteiligung im Verfahren nicht widerlegt werden konnte. Das AGG regelt diese Art von Konsequenzen einer unzulässigen Benachteiligung nicht. In Abschnitt 2, Unterabschnitt 3 des AGG, der die Rechte der Beschäftigten regelt, und in § 15 in erster Linie Schadensersatzansprüche als Konsequenzen vorsieht (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG) ist lediglich davon die Rede, dass aus dem Verstoß kein Anspruch auf den beruflichen Aufstieg usw. erwächst (§ 15 Abs. 6 AGG). Dies mag auf den ersten Blick der vorgenannten Argumentation entgegenstehen. Bei genauerer Betrachtung des § 15 Abs. 6 AGG ist indes festzuhalten dass hierdurch die im öffentlichen Recht notwendig gegebene Anfechtbarkeit (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht tangiert wird und durch die gebotene Aufhebung der Auswahlentscheidung allein noch kein Anspruch auf Aufstieg begründet wird. Ein solcher könnte sich bei erneuter Auswahlentscheidung allenfalls aus anderen Rechtsgründen ergeben, und dies wird durch § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich nicht ausgeschlossen.

**Hier zeigt sich:** Die Praxis wird sich in Zukunft auch bei beamtenrechtlichen Entscheidungen mehr dem AGG widmen müssen.

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