

**VERWALTUNGSGERICHT FRANKFURT AM MAIN**  
Geschäftsnummer: 7 E 4056/98(3)



Abschrift

Verkündet am:  
27.04.2004  
L.S. Geßner

Urkundebeamtin  
der Geschäftsstelle

**IM NAMEN DES VOLKES ERGANGEN**

**URTEIL**

10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100
										27. Mai 2004										HÜNLEIN RECHTSANWÄLTE																																																																						

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Frau Andrea Fuchs,  
Uhlandstraße 8, 65830 Kriftel

Klägerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Hünlein & Kollegen,  
Eschenheimer Anlage 1, 60316 Frankfurt am Main , - 348/03Z11 D8/D1161 -

gegen

den Landeswohlfahrtsverband Hessen,  
vertr. durch den Verwaltungsausschuss - Integrationsamt -,  
Ständeplatz 6 - 10, 34117 Kassel , - 214.9-150.071/1252 -

Beklagter,

Beigeladen:

DZ Bank AG, Deutsche Zentral- Genossenschaftsbank (vormals DG Bank Deutsche  
Genossenschaftsbank AG),

Am Platz der Republik, 60325 Frankfurt am Main

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Baker & Mc Kenzie und Kollegen,

Bethmannstraße 50-54, 60311 Frankfurt am Main

FK/ste

wegen Schwerbehindertenrechts

Anlage zur Sitzungsniederschrift vom 27.04.2004

Geschäftsnummer: 7 E 4056/98(3)

## URTEIL

### IM NAMEN DES VOLKES

1. Der Bescheid vom 11.12.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Beklagten vom 27.11.1998 wird aufgehoben.  
Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.
2. Gerichtskosten werden nicht erhoben.  
Die Klägerin hat ihre außergerichtlichen Kosten und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten und der Beigeladenen je zur Hälfte zu tragen. Der Beklagte und die Beigeladene haben ihre jeweiligen außergerichtlichen Kosten je zur Hälfte und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin je zu  $\frac{1}{4}$  zu tragen.
3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.  
Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn der jeweilige Kostengläubiger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Ellerhusen

Diedrich

Ottmüller

Borgstede

Junger

hat die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main durch

Vors. Richter am VG Ellerhusen  
Richterin am VG Ottmüller  
Richterin am VG Diedrich  
ehrenamtliche Richterin Borgstede  
ehrenamtlicher Richter Junger

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.04.2004 für Recht erkannt:

1. Der Bescheid vom 11.12.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Beklagten vom 27.11.1998 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

2. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Die Klägerin hat ihre außergerichtlichen Kosten und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten und der Beigeladenen je zur Hälfte zu tragen. Der Beklagte und die Beigeladene haben ihre jeweiligen außergerichtlichen Kosten je zur Hälfte und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin je zu 1/4 zu tragen.

3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn der jeweilige Kostengläubiger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## **TATBESTAND**

Die am 12.02.1962 geborene Klägerin war seit 01.12.1993 Mitarbeiterin der Beigeladenen und zuletzt im Bereich Wertpapierhandel mit Prokura tätig. Durch Bescheid des Versorgungsamtes vom 18.12.1997 wurde ihr "auf Ihren Antrag vom 15.07.1997" ein Grad der Behinderung von 50 sowie des Merkzeichen "G" wegen Lungenfunktionsstörung bei Systemerkrankung zuerkannt.

Wegen einiger Vorfälle im Betrieb der Beigeladenen im Juli 1997, deren Einzelheiten zwischen der Klägerin und der Beigeladenen streitig sind, beantragte die Beigeladene mit Schreiben vom 27.08.1997 bei dem Beklagten die Zustimmung zur außerordentlichen fristlosen und hilfsweise zur ordentlichen fristgemäßen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der "möglicherweise schwerbehinderten" Klägerin nach den §§ 15 ff. SchwbG.

Ausschlaggebend für die Kündigung sei ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen der Beigeladenen und der Klägerin, das die Klägerin durch ungerechtfertigte Vorwürfe und Drohungen gegen Kollegen, Vorgesetzte und die Bank, herbeigeführt habe. Die Klägerin habe die unwahre Behauptung über den Abteilungsleiter Hink der Beigeladenen verbreiten lassen, dieser habe gegenüber einem Kollegen geäußert, die Klägerin sei "zum Abschuss freigegeben" und man werde sich etwas einfallen lassen, um sich ihrer zu "entledigen".

Ihren Ressortleiter Dr. Bräuer beschuldige die Klägerin zu Unrecht gegenüber anderen Vorgesetzten und sogar gegenüber Kunden, gesetzeswidrige Handlungen nicht nur selbst begangen, sondern sogar die Klägerin zu solchen Handlungen genötigt zu haben.

Ferner habe sie am 08.07.1997 gegen eine Anweisung ihres Ressortleiters verstoßen, im Rahmen der Veräußerung eines Aktienpakets zunächst auf eine Entscheidung des Vorstands zu warten, bevor sie einen möglichen Kunden anspreche. Seiner daraufhin erfolgten Anweisung, ihm am 09.07.1997 zumindest die Reaktion des von ihr angesprochenen Kunden mitzuteilen, sei sie ebenfalls nicht nachgekommen. Statt dessen habe sie die Bank um die Mittagszeit verlassen, ohne ihren Vorgesetzten zu informieren. Damit habe sie notwendige weitere Vorgespräche über den Verkauf des Aktienpakets blockiert.

Nach Anhörung des Personalrates und der Klägerin sei bereits mit Schreiben vom 22.07.1997 die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen worden. Erst am 15.08.1997 habe der Bevollmächtigte der Klägerin der Beigeladenen mitgeteilt, dass die Klägerin am 15.07.1997 einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderte gestellt habe. Nun wolle man erneut fristlos bzw. fristgemäß kündigen. Die Schwerbehindertenvertretung sowie der Personalrat seien mit Schreiben vom 27.08.1997 über den Sachverhalt unterrichtet worden. Deren Stellungnahmen würden nachgereicht.

Zu diesem Zeitpunkt waren bereits mehrere arbeitsgerichtlichen Verfahren zwischen der Klägerin und der Beigeladenen anhängig, auch wegen Einbehaltung von Vergütung an die Klägerin wegen eines von der Beigeladenen geltend gemachten Aufrechnungsanspruchs wegen Überzahlung.

Im Verwaltungsverfahren wurde vom Bevollmächtigten der Klägerin u.a. vorgetragen, diese leide seit 1996 an einer Lungenunterfunktion. Die Auseinandersetzungen mit der Beigeladenen hätten erst begonnen, nachdem die Klägerin öfters erkrankt gewesen sei und sich für ein Rauchverbot am Arbeitsplatz eingesetzt habe. Die Klägerin sei seinerzeit auch durch den unberechtigten Lohneinbehalt mehr belastet gewesen als ein gesunder Mensch.

Die Darstellung des von der Beigeladenen beanstandeten Verhaltens der Klägerin wurde von dieser bestritten. Die beanstandeten Äußerungen über den Abteilungsleiter seien nicht gegenüber Dritten erfolgt, sondern nur der Personalabteilung der Beigeladenen und den Rechtsanwälten der Parteien bekannt geworden. Diese seien aber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Entsprechendes gelte hinsichtlich der Auseinandersetzung der Klägerin mit Dr. Bräuer am 08.07.1997, die zwischen diesen beiden Personen telefonisch erfolgt sei und deren Inhalt auch automatisch auf Band aufgezeichnet worden sei. Eine Anweisung, über den Kontakt zu dem potenziellen Kunden zu berichten sei nicht gegeben worden. Die behaupteten Verletzungen des Arbeitsvertrags seien völlig vage und unkonkret.

Ferner sei die außerordentliche Kündigung nicht fristgemäß erfolgt.

Das Arbeitsamt erhob in seiner Stellungnahme vom 01.09.1997 keine Bedenken, da das Verhalten der Betroffenen offensichtlich nicht auf die Behinderung zurückzuführen sei. Der Betriebsrat erklärte in seiner Stellungnahme gegenüber der Hauptfürsorgestelle vom 03.09.1997, dass der Sachverhalt nur schwer nachvollziehbar sei. Wegen des zerstörten Vertrauensverhältnisses dürfe eine vernünftige Zusammenarbeit in der Zukunft schwer werden. Es müsse jedoch möglich sein, die Klägerin auf einem anderen Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen. Die Schwerbehindertenvertretung erklärte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag, dass die Klägerin dort nicht persönlich bekannt sei. Die angegebenen Vorfälle seien nicht nachprüfbar. Nach dem geschilderten Sachverhalt müsse man jedoch von einem tiefgreifenden Zerwürfnis ausgehen, so dass es zweifelhaft sei, ob zukünftig eine vertrauensvolle Zusammenarbeit noch in Frage komme.

Die Beigeladene trug im Verwaltungsverfahren weiter vor, die Weiterbeschäftigung einer Mitarbeiterin, zu der das erforderliche Vertrauen nicht mehr bestehe, sei im

Wertpapierhandel unvertretbar. Personalrechtliche Maßnahmen wie Abmahnung, Verwarnung, Umsetzung etc. seien nicht ergriffen worden, da sie nicht geeignet seien, das zerstörte Vertrauen wieder herzustellen. Die Beigeladene wies ferner unter Vorlage entsprechender Unterlagen darauf hin, dass ein Rauchverbot für Räumlichkeiten in denen die Klägerin arbeite, bereits zum 01.01.1996 ergangen sei. Ein entsprechender Antrag sei bereits am 08.06.1995 auf Anregung der Klägerin von zuständigen Hauptabteilungsleiter gestellt worden. Der Vortrag zur Lungenerkrankung der Klägerin sei für die Beigeladene völlig neu. Ferner machte sie weitere Ausführungen zu den im Zustimmungsantrag geschilderten Ereignissen und legte hierzu Vermerke und eidesstattliche Versicherungen vor.

Mit Bescheid vom 10.09.1997 versagte der Beklagte die Zustimmung zur vorgesehenen außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der Zustimmungsantrag sei zwar fristgerecht - nach in Kenntnis setzen von der Antragstellung beim Versorgungsamt - erfolgt. Die Darlegungen der Beigeladenen hinsichtlich der der Klägerin vorgeworfenen ehrenrührigen Behauptungen seien jedoch nicht schlüssig. Im Rahmen der Evidenzkontrolle sei vom Fehlen eines wichtigen Grundes auszugehen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beigeladene mit Schreiben vom 13.10.1997, eingegangen am 14.10.1997, Widerspruch. Die Beklagte habe ihre Prüfungskompetenz überschritten. Die Prüfung der Berechtigung der Kündigung obliege ausschließlich den Arbeitsgerichten. Die Kündigung sei auch nicht offensichtlich unwirksam. Dies habe der Beklagte auch nicht behauptet. Ferner habe der Beklagte in wesentlichen Punkten einen nicht zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt. Ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und der behaupteten Schwerbehinderung bestehe nicht.

Die Bevollmächtigten der Klägerin trugen daraufhin vor, die Klägerin leide an einer schweren restriktiven Ventilationsstörung, die mit einer Belastungsdyspnoe und Tachykardie verbunden sei. Trotz der dadurch bedingten physischen und psychischen Leistungsminderung habe sie höhere Leistungen erbracht als vergleichbare Kollegen. Seit März 1997 habe es Auseinandersetzungen wegen der Rückzahlungen an die Klägerin gezahlter Boni gegeben. Zudem hätten die Auseinandersetzungen im Juli 1997 die Klägerin belastet. Sollte diese in dieser schwierigen Lage Handlungen und Äußerungen getätigt haben, die nach Ansicht der Beigeladenen zur Kündigung ausreichten, so seien diese aufgrund der Belastung durch die schwere und lebensbedrohliche Krankheit erfolgt. Im übrigen sei die Beigeladene beweispflichtig für die Tatsache, dass kein Zusammenhang der Kündigung mit der Behinderung bestehe.

Mit Bescheid vom 11.12.1997 stellte der Beklagte fest, dass es einer Zustimmung nach dem Schwerbehindertengesetz zur vorgesehenen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nicht bedürfe, da diese nicht zum geschützten Personenkreis des Gesetzes gehöre. Die Klägerin habe trotz Nachfrage keinen Nachweis für die Antragstellung vorgelegt, und dem Versorgungsamt liege nach dessen Auskunft kein Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderte vor. Eine Mitarbeiterin des Versorgungsamtes hatte in einem Telefongespräch mit einem Mitarbeiter des Beklagten am 08.12.1997 mitgeteilt, dass dort ein solcher Antrag nicht vorliege.

Mit Schreiben vom 23.12.1997 kündigte die Beklagte die Klägerin nach Anhörung des Personalrates ordentlich zum 30.06.1998. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht (Az.: 9 Ca 642/98).

Gegen den den Bevollmächtigten der Klägerin am 18.12.1997 zugestellten Bescheid vom 11.12.1997 legten diese am 16.01.1998 Widerspruch ein. Dem Beklagten sei bekannt gewesen, dass die Klägerin einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderte gestellt habe. Der Bevollmächtigte selbst habe einem Mitarbeiter des Beklagten mitgeteilt, dass er den Antrag am 14.07.1997 beim Versorgungsamt in den Briefkasten geworfen habe.

Die Bevollmächtigten der Beigeladenen bezweifelten, dass die Klägerin am 15.07.1997 tatsächlich bereits einen entsprechenden Antrag gestellt habe. Die Bevollmächtigten der Klägerin legten daraufhin eine Bestätigung des Versorgungsamtes vom 23.06.1998 vor, wonach der Antrag am 15.07.1997 dort eingegangen sei. Die Bevollmächtigten der Beigeladenen sahen darin einen Widerspruch zu den Angaben im Widerspruchsschreiben vom 16.01.1998 und dem Bestreiten des Vorliegens eines Antrags durch das Versorgungsamt gegenüber dem Beklagten vor Erlass des Negativattestes.

Die Bevollmächtigten der Klägerin trugen weiter vor, diese habe im Rahmen des besagten Aktiengeschäfts gegenüber ihrem Abteilungsleiter und ihrem Ressortleiter bereits am 07.07.1997 darauf hingewiesen, dass die Verkaufsabsichten ihres Kunden auf dessen Wunsch hin gegenüber bestimmten anderen potenziellen Kaufinteressenten sowie der AMB, um deren Aktien es sich handle, geheim gehalten werden müssten. Dagegen hätten der Ressort- sowie der Abteilungsleiter verstoßen. Die Klägerin beanstandete dieses Verhalten zu Recht als gesetzeswidrig. Deshalb sei es zu der Auseinandersetzung gekommen.

Die Beigeladene legte neben Vermerken und eidesstattlichen Versicherungen der Vorgesetzten Schreiweis und Dr. Bräuer zu den Vorfällen einen an Dr. Bräuer

gerichteten Vermerk, das im Streit stehende Aktiengeschäft betreffend, vor, unter dem gedruckt der Name der Klägerin steht. Darin ist eine Geheimhaltungsbedürftigkeit des Geschäfts nicht erwähnt.

Die Klägerin gab unter dem 14.09.1998 eine eidesstattliche Versicherung ab, der zufolge der Vermerk nicht von ihr verfasst worden sei. Weiter versicherte sie u.a., die Äußerung über den Abteilungsleiters Hink keiner dritten Person zugänglich gemacht zu haben.

In der Sitzung des Widerspruchsausschusses am 15.09.1998 trug der Bevollmächtigte der Klägerin ergänzend vor, der Vermerk müsse am 09.07.1997 gefälscht worden sein, was vom Bevollmächtigten der Beigeladenen zurückgewiesen wurde. Ferner fehle es offensichtlich an einem wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung. Er sehe insofern einen Zusammenhang zwischen der Kündigung und der Behinderung der Klägerin, als diese in Stresssituationen nicht immer adäquat reagiere bzw. die fachliche Ebene verlasse. In den Jahren ihrer Beschäftigung zuvor habe es nie irgendwelche Beanstandungen oder Vorwürfe gegeben, wie sie Gegenstand dieses Verfahrens seien.

Mit Schreiben vom 13.11.1998 mit dem Vermerk "persönlich am Arbeitsplatz übergeben" warf die Klägerin ihrem ehemaligen Vorgesetzten Dr. Bräuer vor im Zusammenhang mit den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine unechte Urkunde hergestellt zu haben oder hergestellt haben zu lassen, um ihr zu schaden. Sie forderte ihn zu einer befriedigenden Erklärung bis 17.11.1998, 12 Uhr auf, andernfalls sie Strafanzeige stellen werde.

Mit Bescheid vom 27.11.1998 gab der Beklagte dem Widerspruch der Beigeladenen gegen den Bescheid vom 10.09.1997 statt, hob den Ausgangsbescheid auf und erteilte die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Ferner änderte der Beklagte den Bescheid vom 11.12.1997 dahingehend ab, dass die Zustimmung zur hilfsweisen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses erteilt werde. Im übrigen wies er den Widerspruch gegen den Bescheid vom 11.12.1997 zurück.

Die außerordentliche Kündigung sei hier nicht aus einem Grund erfolgt, der im Zusammenhang mit der Behinderung der Klägerin i.S. des § 21 Abs. 4 SchwbG stehe. Die Klägerin berufe sich zwar allgemein auf ihre Lungenerkrankung. Offenbar sei sie jedoch in der Vergangenheit durchaus in der Lage gewesen, mit den Stresssituationen, die ihr Beruf mit sich bringe, adäquat umzugehen. Es komme auch nicht darauf an, ob der - hier bestrittene - Vortrag der Arbeitgeberin der Klägerin hinsichtlich des Kündigungsgrundes tatsächlich zutreffend sei. Dies habe der Beklagte nicht aufzuklären. Abzustellen sei auf die Begründung der Kündigung, also darauf ob

insofern ein Kausalzusammenhang zwischen Behinderung und Kündigungsgründen ersichtlich sei. Dies werde verneint. Ein Ausnahmefall, der dennoch die Versagung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erforderlich mache, sei hier nicht gegeben. Ob tatsächlich ein wichtiger Grund für eine Kündigung vorliege, obliege der Prüfung durch das Arbeitsgericht im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses. Die Hauptfürsorgestelle habe allenfalls eine sog. Evidenzkontrolle dahingehend vorzunehmen, ob es offensichtlich an einem wichtigen Grund fehle. Ehrenrühige Behauptungen bezüglich eines Mitarbeiters könnten ebenso einen wichtigen Kündigungsgrund in diesem Sinne geben wie arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen.

Auf den Widerspruch gegen den Bescheid vom 11.12.1997 (Negativattest) sei dieser aufzuheben gewesen, weil er von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen sei. Die Zustimmung zur hilfsweisen ordentlichen Kündigung sei aber zu erteilen gewesen.

Diese Entscheidung stehe im Ermessen der Hauptfürsorgestelle. Im vorliegenden Fall bestehe aber kein Zusammenhang der Kündigungsgründe mit der Schwerbehinderung der Klägerin. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung komme in einem solchen Fall den Interessen des Schwerbehinderten ein geringeres Gewicht zu. Zwar stelle die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Klägerin eine soziale Härte dar. Das Vertrauensverhältnis zur Beigeladenen sei jedoch auf Grund des Verhaltens der Klägerin erschüttert. Den dem Beklagten vorliegenden Unterlagen (Vortrag der Beteiligten, Erklärungen der Vorgesetzten Dr. Bräuer und Schreiweis) sei zu entnehmen, dass die Klägerin seinerzeit tatsächlich entgegen einer zuvor erfolgten Absprache einen möglichen Kunden angesprochen habe und dass sie es zweifellos unterlassen habe, ihren Ressortleiter über die Reaktion des angesprochenen Kunden zu unterrichten. Zwar behaupte die Klägerin, dass es keine entsprechende Vereinbarung gegeben habe, aus dem Vermerk von Dr. Bräuer folge jedoch, dass dies durchaus so abgesprochen gewesen sei. Auch habe die Klägerin Herrn Dr. Bräuer beschuldigt, gesetzeswidrige Handlungen begangen bzw. andere hierzu genötigt zu haben und tue dies auch weiterhin. Die Beschuldigungen seien auch öffentlich, d.h. gegenüber Dritten erfolgt. Damit stehe fest, dass die kündigungsrelevanten Handlungen der Klägerin auch von ihr maßgebend zu verantworten seien. Darauf, ob das Verhalten der Klägerin tatsächlich eine Kündigung rechtfertige, komme es allerdings auch hier nicht an. Der Umstand, dass die Klägerin das Vertrauensverhältnis durch ihr Verhalten maßgebend beeinträchtigt habe, rechtfertige es nicht, ihre Interessen am Erhalt des Arbeitsplatzes höher zu bewerten als die Interessen der Beigeladenen an der Kündigung.

Gegen den am 30.11.1998 zugestellten Bescheid wurde am 21.12.1998 die vorliegende Klage erhoben.

Zur Begründung wurde ausgeführt, mit ihrer Klage verfolge die Klägerin das Ziel, dass den Kündigungen durch die Beigeladene vom 22.07.1997 (außerordentlich) und vom 23.12.1997 (ordentlich) die Zustimmung versagt werde.

Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, er sei nicht verpflichtet, den Kündigungssachverhalt näher aufzuklären. Dies widerspreche der ständigen Rechtsprechung höchster Gerichte. Ferner sei es nicht die Klägerin gewesen, die das Arbeitsverhältnis durch ihr Verhalten maßgebend beeinträchtigt habe. Der Beklagte sei hier lediglich dem Vortrag der Beigeladenen gefolgt. Rechtsstaatliche Überlegungen geböten es, auch den Vortrag der Klägerin einzubeziehen. Die Aufklärungspflicht des Beklagten folge aus § 20 SGB X. Andernfalls würde dem Schwerbehinderten der Schutz des SchwBG verweigert. Zudem obliege dem Arbeitgeber die Beweislast hinsichtlich behaupteter Kündigungsgründe. Der Beklagte habe sich auch nicht an die eigenen Vorgaben gehalten und eben doch geprüft, allerdings einseitig.

Ferner sei die fristlose Kündigung auch auf einen Sachverhalt gestützt worden, der wegen Verfristung nicht mehr geltend gemacht werden können. Die Kündigung sei auch ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erfolgt. Es komme insofern allein auf den gestellten Schwerbehindertenantrag an, nicht auf die Kenntnis des Beklagten von der Schwerbehinderteneigenschaft. Auch wenn man eine Evidenzkontrolle für ausreichend halte, müsse die Schlüssigkeit des Arbeitgebervortrags geprüft werden.

Hinsichtlich der fristgerechten Kündigung gälten diese Ausführungen ebenfalls. Das Negativattest sei nichtig. Es könne keine Grundlage für die ausgesprochene ordentliche Kündigung sein. Ferner wurde der von der Beigeladenen zur Begründung der Kündigungen vorgetragene Sachverhalt bestritten. Es sei auch möglich, die Klägerin weiter zu beschäftigen. Dies sei auch Gegenstand eines Vergleichsgesprächs mit der Personalabteilung der Beigeladenen im März 1998 gewesen. Daher sei auch nicht von einem zerstörten Vertrauensverhältnis auszugehen. Es sei zuvor noch nie zu Differenzen zwischen den Beteiligten gekommen. Ohne die Erkrankung der Klägerin wären die Auseinandersetzungen, die zu den Kündigungen geführt hätten, ruhiger verlaufen. Dies könne durch ein einzuholendes fachärztliches Gutachten bestätigt werden.

Mit Bescheid vom 20.04.1999 wies der Beklagte einen Antrag der Klägerin auf Feststellung der Nichtigkeit des Bescheids vom 11.12.1997 zurück.

Mit Schriftsatz vom 05.01.2000 wurde vorgetragen, nachdem das Arbeitsgericht Frankfurt a.M. rechtskräftig festgestellt habe, dass durch die fristlose Kündigung vom

22.07.1997 das Arbeitsverhältnis nicht beendet worden sei, sei Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits lediglich die Frage, ob der fristgerechten Kündigung die Zustimmung zu versagen sei. Allerdings habe die Beigeladene am 22.09.1998 erneut die fristlose Kündigung ausgesprochen, wogegen Kündigungsschutzklage erhoben sei.

Die ordentliche Kündigung sei auch sittenwidrig. Der Beklagte habe von der Antragstellung der Klägerin auf Feststellung der Schwerbehinderung gewusst, wie näher ausgeführt wurde.

Nachdem durch Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 06.06.2000 (2 Sa 144/99) das Arbeitsverhältnis nach § 9 KSchG aufgelöst worden war (die ordentliche Kündigung sei entgegen der Entscheidung der Vorinstanz vom 06.01.1999 (9 Ca 642/98) nicht gerechtfertigt), nahm der zu diesem Zeitpunkt bestellte neue Bevollmächtigte der Klägerin durch Schriftsatz vom 13.11.2001 die "Anträge meiner Vorgänger" zurück. Im Klageschriftsatz war ursprünglich beantragt worden, unter Aufhebung des Widerspruchsbescheids der Beklagten vom 27.11.1998 der außerordentlichen sowie der ordentlichen Kündigung der Klägerin die Zustimmung zu versagen.

Stattdessen wurde in dem genannten Schriftsatz vom 13.11.2001 unter Berufung auf ein Urteil des OVG Lüneburg vom 12.07.1989 - Az.: 4 L 21/89 - nunmehr beantragt,

"1. Der Antrag der beigeladenen DG-Bank nach § 9 KSchG sowie die durch das Hessische Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 06. Juni 2000, Az.: 2 Sa 144/99, ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin bedürfen zu seiner/ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Beklagten.

2. Es wird festgestellt, dass diese Zustimmung noch nicht erfolgt ist."

In der mündlichen Verhandlung vom 27.04.2004 wurde beantragt,

den Bescheid vom 11.12.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.11.1998 aufzuheben,

hilfsweise festzustellen, dass der Antrag der Beigeladenen nach § 9 KSchG sowie die durch das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 06.06.2000 (2 Sa 144/99) ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin der Zustimmung des Beklagten bedarf.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung bezieht er sich auf die Ausführungen in dem angegriffenen Widerspruchsbescheid und vertieft diese. Er führt weiter aus, § 20 SGB X regelt nicht, welcher Sachverhalt von dem Beklagten aufzuklären sei. Dies ergebe sich aus materiellem Recht und sei auch abhängig davon, ob es sich um eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung handele. Nach der Rechtsprechung könne es durchaus erforderlich sein, den Kündigungssachverhalt in die Ermessenserwägungen bei der Entscheidung über die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung insoweit einzubeziehen, als es um eine Mitverantwortung des Arbeitnehmers an Spannungen mit seinem Arbeitgeber gehe. Die Klägerin interpretiere die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts falsch, wie näher ausgeführt wird. Der Beklagte habe bei seiner Entscheidung durchaus auch Aussagen Dritter (Kollegen bzw. Vorgesetzte) herangezogen.

Ferner wird vorgetragen, die Frage, ob ein Negativattest zu einer ordentlichen Kündigung berechtige, sei allein vom Arbeitsgericht zu klären. Allerdings habe ein Negativattest nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Lehre die rechtliche Wirkung eines Zustimmungsbescheids. Im übrigen sei das Attest durch den Widerspruchsbescheid durch eine Zustimmung ersetzt worden. Hierauf sei abzustellen.

Die nunmehr gestellten Feststellungsanträge seien unzulässig. Diese hätten bereits im arbeitsgerichtlichen Verfahren gestellt werden müssen. Das Verwaltungsgericht sei keine Revisionseinrichtung für arbeitsgerichtliche Entscheidungen. Es bestehe auch kein rechtliches Bedürfnis für eine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu einem Auflösungsantrag des Arbeitgebers eines Schwerbehinderten. Denn wenn Gründe vorlägen, die eine den Betriebszwecken dienende weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten ließen, habe die Hauptfürsorgestelle auch keine Möglichkeit mehr, den betreffenden Arbeitsplatz zu sichern. Schließlich sei noch darauf hinzuweisen, dass der Klägerin die Feststellung nach Ziffer 1 ihres Antrags nichts nütze, wenn die Beigeladene keinen entsprechenden Antrag stelle, was sich aber der Einflussnahme durch den Beklagten entziehe. Auch deshalb fehle es am Rechtsschutzinteresse für eine entsprechende Feststellung. Der Feststellung nach Ziffer 2 bedürfe es nur dann, wenn dies zwischen den Beteiligten streitig wäre. Hierzu habe die Klägerin nichts vorgetragen.

Durch Beschluss der Kammer vom 23.03.1999 erfolgte die Beiladung.

Die Beigeladene beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die angegriffenen Entscheidungen des Beklagten seien rechtlich nicht zu beanstanden. Zum Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung habe auch eine Zustimmung des Beklagten vorgelegen. Durch den Widerspruchsbescheid sei der Ausgangsbescheid hinsichtlich der Zustimmung zur ordentlichen Kündigung lediglich abgeändert worden, weshalb diese Entscheidung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Ausgangsbescheids zurückwirke. Das Negativattest sei auch nicht nichtig, da kein besonders schwerwiegender Fehler vorliege. Die Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und der Beigeladenen betreffe ferner rein arbeitsrechtliche Fragen und nicht spezifische Belange des Schwerbehindertenschutzes. Das auf die Strafanzeige der Klägerin hin gegen ihren früheren Vorgesetzten Dr. Bräuer eingeleitete staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren wegen angeblicher Fälschung eines Vermerks sei wegen Fehlens hinreichenden Tatverdachts eingestellt worden.

Die Beigeladene sei mit der Klageänderung hin zu einem Feststellungsantrag einverstanden. Sei die Klage bis dahin als unbegründet abzuweisen gewesen, so sei sie nun bereits unzulässig. Die begehrte Feststellung betreffe die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der gerichtlichen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses nach den §§ 9,10 KSchG. Es handele sich damit nicht um eine öffentlich-rechtliche sondern um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Unzulässig sei die geänderte Klage i.Ü. wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage und fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses. Da eine rechtskräftige Entscheidung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliege - was zwischen den Beteiligten unstrittig ist, nachdem das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 23.01.2001 die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 06.06.2000 zurückgewiesen hat - sei nicht erkennbar, welches legitime Rechtsschutzinteresse die Klägerin mit ihrer geänderten Klage noch verfolge. Ferner bedürfe die gerichtliche Auflösung eines Arbeitsverhältnisses nach einer mit Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochenen Kündigung nicht nochmals einer gesonderten Zustimmung der Hauptfürsorgestelle.

Der in der mündlichen Verhandlung vom Bevollmächtigten der Klägerin gestellte Antrag sei als erneute Klageänderung anzusehen, der widersprochen werde.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten des vorliegenden Verfahrens sowie die beigezogenen Behördenakten verwiesen.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Klage ist als Anfechtungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zulässig, soweit die Klägerin die Aufhebung des die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung betreffenden Bescheids vom 11.12.1997 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.11.1998 begehrt.

Soweit die Klägerin sich ursprünglich mit ihrem Klageantrag auch gegen die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung im Widerspruchsbescheid vom 27.11.1998 gewendet hat, wurde die Klage von ihrem damaligen Bevollmächtigten mit Schriftsatz vom 05.01.2000 zurückgenommen. Daher ist das Verfahren insoweit einzustellen (§ 92 Abs. 3 VwGO).

In der Klageschrift war seinerzeit außerdem beantragt worden, "unter Aufhebung der Entscheidung der Beklagten vom 27.11.1998 (...) der ordentlichen Kündigung der DGB Bank vom 23.12.1997 die Zustimmung zu versagen". Dieser Antrag wurde im Schriftsatz vom 13.11.01 zurückgenommen. Statt dessen wurden die Anträge gestellt, 1. festzustellen, dass der Antrag der Beigeladenen nach § 9 KSchG sowie die durch das HHessische Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 06.06.2000 ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Beklagten bedürften sowie 2. festzustellen, dass diese Zustimmung noch nicht erfolgt sei.

Die "Rücknahme" des Verpflichtungsantrags unter gleichzeitiger Stellung eines Feststellungsantrags ("statt dessen"), der zudem auf einen anderen Klagegrund gestützt wird, ist als Klageänderung i.S. des § 91 VwGO anzusehen.

Die Beigeladene hat dieser Klageänderung ausdrücklich zugestimmt. Sie hielt die ursprünglich erhobene Klage für unbegründet, die geänderte hingegen hält sie bereits für unzulässig, so dass aus ihrer Sicht ihre rechtliche Position durch die geänderte Klage verbessert würde. Daher hat ihr Bevollmächtigter auch in der mündlichen Verhandlung klar gestellt, dass er einer erneuten Klageänderung vom Feststellungs- hin zu einem Anfechtungsantrag widerspreche. Der Beklagte hat zwar unter Aufrechterhaltung seines Klagabweisungsantrags zur geänderten Klage Stellung genommen, jedoch in seinem Schriftsatz vom 03.12.2001 zuvor ausgeführt, es sei

unklar, welche Anträge zurückgenommen worden seien. Eine Einwilligung in die geänderte Klage durch rügelose Einlassung vermag die Kammer darin nicht zu sehen. Vielmehr ging es dem Beklagten offensichtlich darum, trotz Unklarheit über den Umfang der Rücknahme bzw. Klageänderung seine rechtlichen Interessen zu wahren, indem er vorsorglich Stellung nahm.

Das Gericht hält die Klageänderung hin zu einem Feststellungsbegehren nicht für sachdienlich. Vielmehr kann dem Rechtsschutzbegehren der Klägerin weiterhin nur mit einem Anfechtungsantrag, der im ursprünglich gestellten Verpflichtungsantrag enthalten ist, Rechnung getragen werden. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Das Hessische Landesarbeitsgericht hat das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beigeladenen auf deren Antrag durch Urteil vom 06.06.2000 - 2 Sa 144/99 - nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG aufgelöst, da Gründe vorlägen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin nicht erwarten ließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, kann der Arbeitgeber einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG nur stellen, wenn die von ihm zuvor ausgesprochene Kündigung - als Voraussetzung eines Auflösungsantrags - nach Feststellung des Gerichts lediglich nach § 1 KSchG sozialwidrig ist und nicht daneben auch gegen ein Schutzgesetz zugunsten des Arbeitnehmers verstößt (BAG, Urt. V. 10.11.1994 - 2 AZR 207/94 -, NJW 1995, 1987 (1982) m.w.N). Dieser Rechtsprechung ist auch das Hessische Landesarbeitsgericht im Fall der Klägerin gefolgt, indem es im o.g. Urteil ausgeführt hat, die Kündigung sei "nur" sozialwidrig und darüber hinaus nicht wegen Verstoßes gegen § 15 des damals geltenden SchwbG unwirksam; mithin sei die Beigeladene berechtigt (gewesen), den Auflösungsantrag zu stellen.

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die gerichtliche Aufhebung der Zustimmung zur Kündigung durch den Beklagten wegen Verstoßes gegen § 15 SchwbG, wie ihn die Klägerin hier geltend macht, der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Landesarbeitsgericht auf Antrag der Beigeladenen die rechtliche Grundlage entziehen würde. Dabei reicht es für die Annahme eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus, dass die Aufhebung der Kündigungszustimmung für etwaige arbeitsrechtliche Ansprüche der Klägerin Bedeutung haben könnte (BVerwG, Urt. V. 28.11.1958 - V C 32.56 - ,

BVerwGE 8, 46 (50). Das mag prozessökonomisch unbefriedigend sein, entspricht aber der vom Gesetzgeber gewollten Zweispurigkeit des Rechtsschutzes.

Zwar hat das OVG Lüneburg in einer vom Bevollmächtigten der Klägerin zitierten Entscheidung vom 12.07.1989 - 4 L 21/89 - ausgeführt, die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG bedürfe nach Sinn und Zweck des § 15 SchwbG ebenfalls der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Diese Ansicht findet jedoch im Wortlaut des Schwerbehindertengesetzes keine Stütze. Auch aus Sinn und Zweck der Vorschriften zum Schutze Schwerbehinderter ist eine solche Auslegung nicht geboten, wenn man der oben dargelegten Ansicht der Kammer folgt.

Nach alledem ist hier die Anfechtungsklage die richtige Klageart, die Klageänderung daher nicht sachdienlich. Dies ermöglicht der Klägerin sozusagen die "Rückkehr" zu dem in ihrem Verpflichtungsantrag enthaltenen Anfechtungsantrag. Eine erneute Klageänderung kann in dieser bloßen Einschränkung des ursprünglich gestellten Antrags nicht gesehen werden (vgl. Kopp, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 91 Rdnr. 9).

Die Anfechtungsklage ist auch im übrigen zulässig sowie begründet.

Zwar ist der angegriffene Ausgangsbescheid des Beklagten nicht nichtig, wie die Klägerin meint, doch leidet er - in Gestalt des Widerspruchsbescheids - an Ermessensfehlern, da der Beklagte den seiner Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt hat.

Dabei ist der Entscheidung des Gerichts - wie derjenigen der Widerspruchsbehörde - nur der Sachverhalt zugrunde zu legen, der zum Zeitpunkt der Kündigung bestand, während es für die Beurteilung der Rechtslage - wie auch sonst in Fällen der Anfechtungsklage - auf die zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids geltenden Rechtsnormen ankommt (BVerwG, Beschluss vom 07.03.1991, - 5 B 114/89 -, ZfSH/SGB 1991, 311). Würde man Tatsachen und Umstände berücksichtigen, die erst nach der Kündigung eingetreten sind, müsste die Widerspruchsbehörde, deren Entscheidung der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt, die Zustimmung zu einer Kündigung bestätigen oder versagen, die so nicht ausgesprochen worden ist (BVerwG a.a.O.).

Bei dem Bescheid vom 11.12.1997 handelt es sich um ein sogenanntes "Negativattest". Der Beklagte hat darin ausgeführt, dass es zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung der Klägerin einer Zustimmung nach dem Schwerbehindertengesetz nicht bedürfe, da die Klägerin nicht zu dem betroffenen Personenkreis gehöre. Das ist objektiv falsch, da die Klägerin gemäß der Bestätigung des Versorgungsamtes vom 23.06.1998 bereits am 15.07.1997 dort einen Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt hat und somit seit diesem Zeitpunkt den Schutz des Schwerbehindertengesetzes geltend machen kann. Dies wird mittlerweile von der Beigeladenen auch nicht mehr bestritten.

Nach der hier anwendbaren Vorschrift des § 40 Abs. 1 SGB X a.F. - die Absätze 2 und 3 dieser Norm greifen mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht ein - ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist.

Schwerwiegend ist ein Fehler dann, wenn er derart im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft steht, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die in ihm enthaltenen Rechtswirkungen hätte (von Wulffen, SGB X, 4. Aufl. 2001, § 40 Rdnr. 7). Dies ist bei Verwaltungsakten, denen unrichtige Sachverhalte zugrunde liegen, jedenfalls nicht der Regelfall, wie sich schon aus § 44 Abs. 1 S. 1 SGB X ergibt, worin von der Bestandskraft auch solcher Verwaltungsakte ausgegangen wird. Dementsprechend hat z.B. der Bundesfinanzhof selbst einen groben Schätzfehler bei der Feststellung von Besteuerungsgrundlagen noch nicht als schwerwiegend angesehen, sofern nicht sachfremde Erwägungen hinzukommen (BFH, Beschluss vom 14.04.1989 - III B 5/89 - , NVwZ 1990, 800). Hierfür bietet das Negativattest des Beklagten aber keine Anhaltspunkte.

Der Fehler, an dem das Negativattest leidet, ist auch nicht offenkundig. Zwar war der Beklagte selbst bei seinem Zustimmungsbescheid zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin vom 10.09.1997 noch von deren Schwerbehinderteneigenschaft ausgegangen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Negativattestes bestand jedoch Streit über das Vorliegen eines entsprechenden Antrags beim Versorgungsamt zwischen der Beigeladenen und der Klägerin. Der Beklagte bemühte sich um eine Klärung und erhielt

dann vom Versorgungsamt am 08.12.1997 telefonisch die Auskunft, ein solcher Antrag liege nicht vor. Dass sich die Fehlerhaftigkeit des Negativattests in dieser Situation geradezu aufdrängen würde, lässt sich nicht sagen.

Das Negativattest ist somit lediglich rechtswidrig, d.h. anfechtbar.

Grundsätzlich darf ein Arbeitgeber nach Erlass eines - auch rechtswidrigen - Negativattestes kündigen, denn ein solcher Verwaltungsakt stellt ja gerade fest, dass das Schwerbehindertenrecht einer Kündigung nicht entgegensteht (vgl. Neumann/Pahlen, SchwbG, 9.Aufl. 1999, § 16 Rdnr. 87 m.w.N.). Der Arbeitnehmer kann das Negativattest ebenso wie eine Zustimmung anfechten, während der Arbeitgeber nicht mehr mit der Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung zu rechnen braucht (Neumann/Pahlen, a.a.O.). Im vorliegenden Fall kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Berufung der Beigeladenen auf das Negativattest rechtsmissbräuchlich war, denn ein **N a c h w e i s** über das Vorliegen des Antrags der Klägerin auf Anerkennung als Schwerbehinderte beim Versorgungsamt lag ihr nicht vor. Im übrigen hat der Widerspruchsbescheid das Negativattest durch eine Zustimmung ersetzt, worauf die übrigen Beteiligten zu Recht hinweisen.

Der Widerspruchsbescheid geht jedoch nicht von einem ausreichend ermittelten Sachverhalt aus, weshalb er ermessensfehlerhaft ist.

§ 15 SchwbG, der die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten von der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle abhängig macht, räumt der Hauptfürsorgestelle Ermessen bei ihrer Entscheidung ein. Ihr Ermessen ist allerdings durch Sinn und Zweck des Schwerbehindertengesetzes gebunden, das durch seinen Sonderkündigungsschutz vor allem die Nachteile des Schwerbehinderten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ausgleichen soll (BVerwG, Urt. V. 02.07.1992 - 5 C 51.90 -, DVBl. 1992, 1490 (1491)).

Bei der zu treffenden Ermessensentscheidung muss das Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegen das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes abgewogen werden, wobei nur die Erwägungen eine Rolle spielen können, die sich speziell aus der Schwerbehindertenfürsorge ergeben (BVerwG a.a.O.). Die Hauptfürsorgestelle hat hierfür von Amts wegen alles zu ermitteln, was erforderlich ist, um diese

Interessenabwägung vornehmen zu können (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 04.03.2002 - 7 S 1651/01 -). Die Prüfung der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung bleibt allerdings grundsätzlich den Arbeitsgerichten vorbehalten (BVerwG a.a.O.). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Kündigung offensichtlich unwirksam wäre, wofür hier - schon angesichts unterschiedlicher rechtlicher Wertungen des sehr komplexen und äußerst streitigen Kündigungssachverhalts in den jeweiligen Entscheidungen des erst- und des zweitinstanzlichen Gerichts der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Anhaltspunkte ersichtlich sind.

Bei der Ermittlung der tatsächlichen Gesichtspunkte, die in die behördliche Ermessensentscheidung einzustellen sind, darf die Hauptfürsorgestelle nicht ungeprüft von den Angaben des Arbeitgebers ausgehen, auch wenn diese schlüssig sind; vielmehr muss sie den maßgeblichen Sachverhalt entsprechend ihrer aus § 20 SGB X folgenden Aufklärungspflicht ermitteln und ihrer Entscheidung zugrunde legen (BVerwG, Beschluss vom 06.02.1995 - 5 B 75.94 -, Buchholz 436.61 § 15 SchwbG Nr. 9, VGH Baden-Württemberg a.a.O.). Dabei hat sie auch die Möglichkeiten des § 13 Abs. 4 SchwbG.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, hat die Hauptfürsorgestelle zu Recht zunächst geprüft, inwieweit überhaupt ein Zusammenhang zwischen der Schwerbehinderung der Klägerin und den Kündigungsgründen besteht. Dabei ist sie ihrer Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts nach Ansicht der Kammer in ausreichendem Maß nachgekommen. Die Einholung eines ärztlichen Gutachtens durch den Beklagten war nicht geboten.

Die Lungenfunktionsstörung der Klägerin und die damit verbundenen weiteren Leiden sind ohne Zweifel als schwere Erkrankung bzw. Behinderung anzusehen, die die Klägerin in ihrer Lebensführung stark beeinträchtigt und ihr im Arbeitsleben mehr Einsatz und Energie abverlangt als gesunden Arbeitnehmern, die eine vergleichbare Leistung erbringen. Es ist auch gut nachvollziehbar, dass eine solche Erkrankung, die immer wieder zu Luftnot führt, die Toleranz für Stress senkt und den Erkrankten aufgeregt wirken lässt auch wenn er dies gar nicht ist, wie es die Klägerin in Vertiefung ihres bisherigen Vortrags in der mündlichen Verhandlung anschaulich geschildert hat.

Die Klägerin hat aber selbst eingeräumt, dass es jedenfalls bis März 1997, als ein neuer Abteilungsleiter eingesetzt worden sei, wegen ihrer Erkrankung keine Probleme seitens

ihres Arbeitgebers gegeben hätte. Dieser Abteilungsleiter habe offenbar vorgehabt, andere Leute in die Abteilung zu bringen. Soweit der frühere Bevollmächtigte der Klägerin bereits im Verwaltungsverfahren vorgetragen hat, dass die Klägerin in Stresssituationen nicht immer adäquat reagiere bzw. die fachliche Ebene verlasse, hat er jedoch zugleich eingeräumt, dass es während der Beschäftigungszeit der Klägerin zuvor nie irgendwelche Beanstandungen gegeben habe, wie sie von der Beigeladenen nun zur Begründung der Kündigung geltend gemacht würden. Es spricht auch nichts dafür, dass der Einsatz der Klägerin für die Einführung eines Rauchverbots etwas mit der Kündigung zu tun hat, denn ihre Schwierigkeiten mit dem Abteilungsleiter begannen nach ihrem Bekunden erst über ein Jahr später. Dafür, dass der Lohneinbehalt wegen Rückforderung eines Teils des gezahlten Bonus etwas mit der Behinderung der Klägerin zu tun hat, sieht die Kammer ebenfalls keine Anhaltspunkte. Dass die deshalb geführten auch gerichtlichen Auseinandersetzungen die Klägerin gesundheitlich zusätzlich belastet haben, ist nachvollziehbar; sie dürften auch das Verhältnis zwischen Klägerin und Beigeladener beeinträchtigt haben. Doch wäre, selbst wenn ein Zusammenhang zwischen diesen Auseinandersetzungen und der späteren Kündigung der Klägerin bestünde, dieser Zusammenhang danach nicht als behinderungsbedingend anzusehen. Vielmehr hat die Klägerin es nach alledem offenbar vermocht, wenn auch wohl unter Einsatz erheblicher Anstrengung und Disziplin, nach außen hin die durch ihre Behinderung bedingten Schwierigkeiten gegenüber dem Arbeitgeber zu kompensieren und Leistungen wie ein gesunder Arbeitnehmer zu erbringen. Der Vortrag ihres früheren Bevollmächtigten, dass die Auseinandersetzungen, die zur Kündigung geführt hätten, ohne die Erkrankung der Klägerin ruhiger verlaufen wären, bot und bietet vor dem Hintergrund der übrigen Angaben der Klägerin bzw. ihrer Bevollmächtigten noch keinen Anlass, ein fachärztliches Gutachten einzuholen, um den Sachverhalt weiter aufzuklären.

Zu Recht hat der Beklagte den Gesichtspunkt des hier fehlenden Zusammenhanges der Kündigung mit der Schwerbehinderung in seine Entscheidung eingestellt. Er hat demgegenüber zwar - ebenfalls zu Recht - eine soziale Härte für die Klägerin bejaht, die bei Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bestünde. Dies könne jedoch zu keiner für die Klägerin positiven Entscheidung führen, da diese durch ihr Verhalten das Vertrauensverhältnis zur Beigeladenen erschüttert habe. Unter Würdigung der ihm vorliegenden Unterlagen kommt der Beklagte zu dem Schluss, dass "die

kündigungsrelevanten Handlungen<sup>o</sup> der Klägerin auch von ihr maßgebend zu verantworten sind<sup>o</sup>. Damit stellt der Beklagte in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. vom 02.07.1992 - 5 (C) 51.90 - , DVBl. 1992, 1490, bestätigt durch Beschluss vom 06.02.1995 - 5 B 75.94 -, Buchholz 436.61 § 15 SchwbG Nr. 9). auf eine Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses ab und misst der Beantwortung der Frage, wer hierfür verantwortlich ist, entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung die Frage aufgeworfen, ob die Folgen dieser Rechtsprechung jedenfalls in Fällen, in denen kein Zusammenhang zwischen den Kündigungsgründen und der Schwerbehinderung besteht, zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des schwerbehinderten gegenüber dem nicht behinderten Arbeitnehmer führen würden, da dem schwerbehinderten Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung nach Beteiligung der Hauptfürsorgestelle ohne weiteres dann erhalten bleiben könnte, wenn das Vertrauensverhältnis zerrüttet wäre und der Arbeitgeber die Zerrüttung maßgeblich zu verantworten hätte, während der nicht behinderte Arbeitnehmer in jedem Fall die Risiken eines Kündigungsschutzprozesses auf sich nehmen müsste. Bei ihrer Entscheidung ist die Kammer diesen Erwägungen jedoch letztlich nicht gefolgt. Ausschlaggebend hierfür ist der Zusammenhang der Frage der Zerrüttung mit der Frage, ob dem Schwerbehinderten ein anderer Arbeitsplatz beim bisherigen Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden kann.

Zwar wird es in Fällen der verhaltensbedingten Kündigung häufig so sein, dass eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz nicht mehr in Frage kommt. Ausnahmen sind jedoch, etwa bei großen Betrieben mit Niederlassungen auch im Ausland bzw. bei Beschäftigung in einem anderen Arbeitsbereich, durchaus möglich. Es wird auch in Fällen der verhaltensbedingten Kündigung nicht immer eindeutig klar sein, ob das Vertrauensverhältnis überhaupt zerrüttet ist. Offenbar hat es auch im vorliegenden Fall nach der Kündigung der Klägerin noch Gespräche darüber gegeben, ob ihre Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz erfolgen kann. Ließe die Hauptfürsorgestelle entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Frage der Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses ganz außer acht, müsste sie im Interesse

des Schwerbehindertenschutzes dennoch prüfen, ob dem Schwerbehinderten ein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden kann. Dies könnte dann dazu führen, dass sie mit ihrer Entscheidung dem bisherigen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer aufdrängen würde, der die Zerrüttung seines Arbeitsverhältnisses selbst verursacht hat.

Die Hauptfürsorgestelle kommt somit nicht umhin, der Frage der Zerrüttung und der Verantwortlichkeit hierfür nachzugehen. Auch hierbei muss sie von Amts wegen alle wesentlichen entscheidungserheblichen Umstände gem. § 20 SGB X, ermitteln, da andernfalls ihre - auf unzureichender Grundlage getroffene - Ermessensentscheidung nicht rechtmäßig ist (BVerwG, Urt. vom 02.07.1992, a.a.O.). Ggf. muss sie sich auch der Beweismittel des § 21 SGB X bedienen. Auch hierbei darf nicht ein schlüssiger Vortrag des Arbeitgebers ungeprüft zugrunde gelegt werden. Ferner dürfen nur Umstände einbezogen werden, die bis zur Kündigung entstanden sind, weshalb sich im vorliegenden Fall z.B. die Berücksichtigung der Tatsache verbietet, dass die Klägerin nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung, wenn auch wohl vor Ergehen des Widerspruchsbescheids, ihrem früheren Vorgesetzten mit einer Strafanzeige gedroht hat. Bei der Sachverhaltsermittlung hat die Behörde gem. § 20 SGB X zwar einen gewissen Spielraum und ist auch nicht an ein formalisiertes Beweisverfahren gebunden; sie darf jedoch das Verwaltungsverfahren durch einen Verwaltungsakt erst dann abschließen, wenn der Sachverhalt vollständig geklärt ist (von Wulffen, a.a.O., § 20 Rdnr. 5).

Im vorliegenden Fall waren die von der Beigeladenen für eine Kündigung geltend gemachten Umstände, aus denen sie eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zur Klägerin ableitete, bereits im Verwaltungsverfahren in wesentlichen Punkten von der Klägerin bestritten worden. Das gilt etwa für die Frage, ob die beanstandeten Äußerungen der Klägerin über Vorgesetzte bzw. Kollegen ungeprüft, bzw. wider besseres Wissen und gegenüber Dritten, die nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet waren, getätigt worden sind und ob die Klägerin dabei ggf. in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat. Ferner hat die Klägerin auch immer bestritten, von ihrem Ressortleiter eine Anweisung, über ein Gespräch mit einem potentiellen Kunden zu berichten, erhalten zu haben.

Der Widerspruchsausschuss des Beklagten hat seiner Entscheidung lediglich den streitigen Vortrag der Beteiligten, eidesstattliche Versicherungen der Klägerin einers

und ihres Ressortleiters Dr. Bräuer und ihres Abteilungsleiters Schreiweis andererseits sowie Vermerke der beiden Vorgesetzten zugrunde gelegt. Er hat daraus ohne weiteres gefolgert, dass die Klägerin in wesentlichen Punkten den Sachverhalt unzutreffend dargestellt habe. Er hat keine schriftlichen Stellungnahmen weiterer Mitarbeiter der Beigeladenen eingeholt oder andere Kollegen oder Vorgesetzte - etwa den Abteilungsleiter Hink oder den Kollegen Dr. Pechtl, von dem die Klägerin die Äußerungen des Abteilungsleiters über sie erfahren haben will - als Zeugen vernommen, und er hat auch nicht das Band mit der Aufzeichnung über das Telefongespräch am 08.07.1997 zwischen der Klägerin und Herrn Dr. Bräuer herangezogen, obwohl im Verwaltungsverfahren von diesem bereits die Rede war. Möglicherweise wäre der Beklagte bei weiteren Ermittlungen, die zudem auch die Aussagen noch weiterer als der am Konflikt unmittelbar beteiligten Personen berücksichtigt hätten, aber zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich einer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und der Verantwortung hierfür gelangt.

Der Frage, ob der Klägerin ein anderer Arbeitsplatz bei der Beigeladenen hätte zur Verfügung gestellt werden können, ist der Widerspruchsausschuss des Beklagten - aus seiner Sicht konsequenter Weise - nicht nachgegangen. Dies hängt aber, wie oben ausgeführt, von dem Ergebnis der Prüfung der Frage der Zerrüttung ab und wäre dann ggf. ebenfalls zu prüfen und in die Entscheidung einzustellen.

Zutreffend weist der VGH Baden-Württemberg (a.a.O) in einer insoweit vergleichbaren Entscheidung darauf hin, dass das Verwaltungsgericht diese fehlenden Ermittlungen nicht selbst vornehmen darf, da es lediglich die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung durch die Behörde überprüft, jedoch nicht befugt ist, seine eigenen Erwägungen an die Stelle der Erwägungen der Behörde zu setzen, was zumal dann gilt, wenn es um die Entscheidung eines nach Gesichtspunkten der Sachkunde und Parität zusammengesetzten Widerspruchsausschusses geht. Scheidet nämlich schon eine Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gem. § 114 S. 2 VwGO dann in aller Regel aus, wenn das Gesetz die Beteiligung eines besonders sachkundigen Gremiums im Verwaltungsverfahren vorschreibt (Bader, VwGO, 2.Aufl. 2002, § 114 Rdnr. 58 m.w.N.), darf erst recht das Gericht die gebotene Ermittlung und Abwägung nicht selbst vornehmen (so auch VGH Baden-Württemberg a.a.O.).

Der Widerspruchsausschuss darf sich nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X grundsätzlich auch auf die schriftliche Äußerung von Beteiligten und Zeugen stützen, was - insbesondere angesichts deren größerer Zeitnähe - im vorliegenden Fall auch eine Einbeziehung der im Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht im Verfahren 2 Sa 144/99 gemachten Zeugenaussagen ermöglicht, soweit diese den Zerrüttungssachverhalt betreffen. Ferner liegt inzwischen auch eine schriftliche Übertragung der o.g. Bandaufzeichnung vor, deren Verwertung in Betracht kommt.

Der Bescheid vom 11.12.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.11.1998 ist daher mit der sich aus § 154 Abs. 1 VwGO ergebenden Kostenfolge aufzuheben. Soweit die Klage zurückgenommen worden ist, ergibt sich die Kostenentscheidung aus § 155 Abs. 2 VwGO. Gerichtskosten werden nach § 188 VwGO nicht erhoben. Da der Beigeladene einen Antrag gestellt hat, ist er kostenmäßig gem. § 154 Abs. 3 VwGO wie ein Hauptbeteiligter zu behandeln (Bader, a.a.O., § 154 Rdnr. 5). Seine außergerichtlichen Kosten sind nach Maßgabe seines Obsiegens aus Billigkeit der unterliegenden Partei aufzuerlegen, da er das Verfahren durch seinen Vortrag in besonderer Weise gefördert hat (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 167 VwGO i.V.m. 708 Nr. 11, 711 ZPO.

## RECHTSMITTELBELEHRUNG

Soweit das Verfahren eingestellt worden ist, ist diese Entscheidung unanfechtbar (§ 92 Abs. 3 S. 2 VwGO in entsprechender Anwendung). Im übrigen steht gegen dieses Urteil den Beteiligten die Berufung nur zu, wenn sie vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof zugelassen wird. Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich zu beantragen. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

1. wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht, oder
5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Der Antrag und die Begründung sind bei dem

**Verwaltungsgericht Frankfurt am Main**

**Adalbertstr. 44-48**

**60486 Frankfurt am Main**

zu stellen.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung kann nur durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt eingelegt werden. In Angelegenheiten der Kriegsopferfürsorge und des Schwerbehindertenrechts sowie der damit in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten des Sozialhilferechts kann er auch vor - kraft Satzung oder Vollmacht zur Prozessvertretung befugten - Mitgliedern und Angestellten von Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer bisherigen Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Erfüllung dieser Aufgaben bieten, und von Gewerkschaften erhoben werden. Weiterhin ist auch eine Antragstellung durch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile

