



**OBERVERWALTUNGSGERICHT
BERLIN-BRANDENBURG
BESCHLUSS**

**OVG 7 N 2.15
VG 5 K 485.12 Berlin**

In der Verwaltungsstreitsache

Klägers und Antragsgegners,

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt Tobias Abeßer,
Kurfürstendamm 92, 10709 Berlin,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch
das Bundesministerium des Innern,
Alt-Moabit 101 D, 10559 Berlin,

Beklagte und Antragstellerin,

hat der 7. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht
Dr. Heydemann, den Richter am Oberverwaltungsgericht Becker und die Richterin
am Oberverwaltungsgericht Rudolph am 7. Juli 2015 beschlossen:

Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen
das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 20. November
2014 wird abgelehnt.

Die Kosten des Zulassungsverfahrens trägt die Beklagte.

Der Streitwert wird für die zweite Rechtsstufe auf über 25.000 bis 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe

Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

1. Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor. Derartige Zweifel setzen voraus, dass ein tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachefeststellung der angegriffenen Entscheidung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 2010 – 1 BvR 2011/10 – juris Rn. 17). Das im Zulassungsantrag Dargelegte (vgl. § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) erfüllt diese Anforderungen nicht.

Das Verwaltungsgericht hat den Bescheid des Bundesministeriums des Innern vom 18. August 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2012, mit dem der Kläger aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen worden ist, wegen unzureichender Beteiligung des Personalrats für (formell) rechtswidrig gehalten und angenommen, dass der Kläger deshalb in seinen Rechten im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO verletzt sei. Einen zur Rechtswidrigkeit der Entlassung führenden Fehler hat das Verwaltungsgericht darin erkannt, dass die Dienststelle ihre personalvertretungsrechtliche Unterrichtungspflicht nach § 78 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BPersVG verletzt habe, wobei nicht auszuschließen sei, dass der Kläger einen Antrag auf Mitwirkung des Personalrats bei ordnungsgemäßer Unterrichtung über sein Antragsrecht gestellt und dies nach Erhebung von Einwendungen durch den Personalrat zu einer anderen Entscheidung der Beklagten geführt hätte.

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die Anwendung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 1983 – 2 C 27.83 – durch das Verwaltungsgericht auf den vorliegenden Fall sei hinsichtlich der Schlussfolgerungen fehlerhaft. Ob dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ein anderer, mit dem

vorliegenden Fall nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde gelegen hat, wie die Beklagte meint, ist unerheblich, denn das Verwaltungsgericht hat allgemeine Rechtssätze angewandt, die das Bundesverwaltungsgericht bei der Auslegung einer landesrechtlichen Norm, die in ihrem Wortlaut mit § 78 Abs. 2 Satz 2 BPersVG übereinstimmt, entwickelt hat. Unabhängig hiervon hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtssätze auch in einer weiteren zum Bundespersonalvertretungsgesetz ergangenen Entscheidung wiederholt, der ebenfalls ein im Detail anderer Sachverhalt zu Grunde lag (vgl. Urteil vom 9. Dezember 1999 – 2 C 4.99 – juris Rn. 23 f.).

Soweit die Beklagte sich gegen die vom Verwaltungsgericht zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wendet und rügt, die darin genannten Anforderungen an die Gestaltung eines rechtmäßigen einheitlichen Schreibens sowohl für die verwaltungsverfahrensrechtliche Anhörung als auch die nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz vorgesehene Unterrichtung seien widersprüchlich, begründet dies keine ernstlichen Richtigkeitszweifel. Das Verwaltungsgericht hat unter wörtlicher Wiedergabe der entsprechenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts angenommen, dass dann, wenn die Dienststelle die Unterrichtung mit der aus einem anderen Rechtsgrund gebotenen Anhörung verbindet, „die personalvertretungsrechtliche Hinweiswirkung nur gewährleistet (ist), wenn kenntlich gemacht ist, dass der Beschäftigte durch die der Anhörung dienende Mitteilung zugleich auch gemäß dem Personalvertretungsrecht von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird“. Dass damit – wie die Beklagte meint – ein Widerspruch zu der Aussage des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist, dass es nicht erforderlich sei, auf die Beteiligungsmöglichkeit des Personalrats ausdrücklich hinzuweisen, trifft nicht zu. Die Aussage, dass die Unterrichtungspflicht nicht „zwangsläufig einen ausdrücklichen Hinweis auf das Antragsrecht“ mit einschließt (Urteil vom 24. November 1983 – 2 C 27.83 – juris Rn. 18), bezieht sich allgemein auf die Art und Weise der nach § 78 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BPersVG gebotenen Unterrichtung. Die weiteren von der Beklagten zitierten Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach kenntlich gemacht sein muss, dass der Beschäftigte durch die der Anhörung dienende Mitteilung zugleich auch gemäß dem Personalvertretungsrecht von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird, beziehen sich hingegen nur auf diejenigen Fälle, in welchen die Dienststelle die personalvertretungsrechtliche Unterrichtung mit

der aus einem anderen Rechtsgrund gebotenen Anhörung in einem Schreiben verbindet. Ebenso wenig verfängt der Einwand, dass ein formgerechtes Schreiben nach den Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht vorstellbar sei. Die Beklagte übersieht insoweit, dass –auch wenn nicht stets zwangsläufig ein Hinweis auf das Antragsrecht geboten ist – ein solcher Hinweis in denjenigen Fällen, in denen die Dienststelle die Unterrichtung nach § 78 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BPersVG mit einer aus einem anderen Rechtsgrund gebotenen Anhörung verbindet, eine Möglichkeit darstellt, den Beamten in der gebotenen Weise auch gemäß dem Personalvertretungsrecht von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis zu setzen.

Die gegen die Würdigung des Inhalts des Schreibens des Bundesministeriums des Innern vom 11. August 2011 gerichteten Rügen der Beklagten greifen nicht durch. Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, dass das Bundesministerium des Innern dem Kläger mit dem Schreiben vom 11. August 2011 die vor seiner Entlassung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG gebotene Gelegenheit zur Äußerung gegenüber dem Dienstherrn gegeben habe. Aus dem Schreiben sei für den Kläger indes nicht erkennbar gewesen, dass er damit zugleich auch im Hinblick auf sein Recht, die Beteiligung der Personalvertretung zu beantragen, von der beabsichtigten Maßnahme habe in Kenntnis gesetzt werden sollen. Durch den im „Betreff“ enthaltenen Hinweis „hier: Schriftliche Anhörung“ sei der Kläger vielmehr von der möglichen weiteren – personalvertretungsrechtlichen – Bedeutung der Mitteilung geradezu abgelenkt worden. Soweit die Beklagte hiergegen einwendet, das Verwaltungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass es das Bundesverwaltungsgericht ausreichen lasse, wenn ein Schreiben mit einer nach Inhalt und Grund bezeichneten Maßnahme eine klare und hinreichende Grundlage biete, so dass sich die Hinweiswirkung auf das Antragsrecht schon aus sich heraus ergebe, übersieht sie, dass sich die von ihr zitierte Urteils Passage auf eine Mitteilung bezieht, die „für sich allein erfolgt“, d.h. nicht gleichzeitig mit einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG verbunden ist. Nur in Fällen, in denen die Mitteilung „für sich allein erfolgt“, kommt dem Schreiben nach dem Bundesverwaltungsgericht aus sich heraus die erforderliche Hinweiswirkung hinsichtlich des Antragsrechts zu, weil es nahe liegt, dass ein Beschäftigter, dem nicht bekannt ist, warum er von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird, sich erkundigt (Urteil vom 24. November 1983, a.a.O., Rn. 19). Andere Anforderungen gelten indessen, wenn die Dienst-

stelle die Unterrichtung mit der aus einem anderen Rechtsgrund gebotenen Anhörung verbindet.

Ohne Erfolg bleiben die Einwände der Beklagten gegen die Feststellung des Verwaltungsgerichts, es sei nicht auszuschließen, dass der Kläger einen Antrag auf Mitwirkung bei ordnungsgemäßer Unterrichtung über sein Antragsrecht gestellt und dass nach Stellung dieses Antrages der Personalrat Einwendungen erhoben und dies zu einer anderen Entscheidung der Dienststelle geführt hätte. Die Behauptung der Beklagten, es sei davon auszugehen, dass der Kläger von einer Beteiligung des Personalrats bewusst keinen Gebrauch gemacht habe, ist nicht durch Tatsachen belegt. Aufgrund der Darlegungen der Beklagten ist insbesondere nicht ersichtlich, dass der Kläger überhaupt Kenntnis hatte von der Möglichkeit, die förmliche Mitwirkung des Personalrats zu beantragen. Hierfür spricht weder die Tatsache, dass der Kläger zu einem Personalgespräch über die drohende Entlassung im Dezember 2010 den Vorsitzenden des Personalrats mitgebracht hatte, noch der von der Beklagten geschilderte Umstand, dass der Kläger in einem weiteren Personalgespräch mitgeteilt habe, im Hinblick auf die drohende Entlassung mehrere Bewerbungen initiiert zu haben. Soweit die Beklagte auf eine informelle „Einbindung des Personalrats“ verweist, übersieht sie, dass diese das förmliche Mitwirkungsverfahren und die in diesem Zusammenhang gebotene Unterrichtung des Beschäftigten über die beabsichtigte Maßnahme nach § 78 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BPersVG nicht ersetzen kann.

Soweit die Beklagte unter Ziffer III. der Zulassungsbegründung und ergänzend im Schriftsatz vom 30. Juni 2015 vorträgt, dass das Bundesministerium des Innern den Kläger vorsorglich mit Schreiben vom 9. Januar 2015 auf die Möglichkeit hingewiesen habe, gemäß §§ 78 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Satz 2 BPersVG einen Antrag auf Beteiligung des Personalrats zu stellen, womit der angebliche Formfehler rückwirkend geheilt worden sei, wird auch damit die Ergebnisrichtigkeit des angefochtenen Urteils nicht schlüssig in Zweifel gezogen. Das Schreiben vom 9. Januar 2015 ist nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens ergangen und schon aus diesem Grund nicht geeignet, eine Heilung des Verfahrensfehlers zu bewirken. Denn eine unter Verletzung personalvertretungsrechtlicher Vorschriften unterbliebene Mitwirkung des Personalrats kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und überwiegend im Schrifttum vertretener Auffassung

nur bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nachgeholt werden (vgl. Urteile vom 24. November 1989 – 2 C 9.82 – juris Rn. 14, vom 9. Mai 1985 – 2 C 23.83 – juris Rn. 11, vom 23. Februar 1989 – 2 C 76.86 – juris Rn. 17; Baden in: Altvater u.a., BPersVG, 8. Aufl. 2013, § 78 Rn. 43; Plog/Wiedow, Bundesbeamtengesetz Stand: Mai 2015, § 93 BBG (alt) Rn. 8; Rehak in: Lorenzen u.a., BPersVG, Stand: März 2015, § 78 Rn. 77).

2. Die Divergenzrüge bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Der Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO setzt voraus, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts auf einem abstrakten Rechtssatz beruht, der im Widerspruch zu einem Rechtssatz steht, den eines der in der Vorschrift genannten Gerichte in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellt hat. Die Behauptung einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die ein in § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO genanntes Gericht in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat, genügt dagegen nicht für die Darlegung einer Divergenz (vgl. zu § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO: BVerwG, Beschluss vom 9. April 2014 – 2 B 107.13 – juris Rn. 3). Hiervon ausgehend hat die Beklagte, die eine Abweichung des Verwaltungsgerichts von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 1983 – 2 C 27.82 – geltend macht, eine Divergenz nicht dargelegt. Sie nennt bereits keinen abstrakten Rechtssatz des Verwaltungsgerichts, der einem vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Rechtssatz widersprechen soll, sondern rügt ausdrücklich eine „fehlerhafte Anwendung“ des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils durch das Verwaltungsgericht. Dies genügt – wie ausgeführt – nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG in der bei Einleitung der Instanz (§ 40 GKG) neuen Fassung.

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

Dr. Heydemann

Becker

Rudolph