

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 5 B 39.04  
OVG 3 KO 858/01

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 25. Januar 2005  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. S ä c k e r  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht S c h m i d t und Dr. F r a n k e

beschlossen:

Das Urteil des Thüringer Oberverwaltungsgerichts vom  
26. November 2003 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entschei-  
dung an das Thüringer Oberverwaltungsgericht zurückverwie-  
sen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussentschei-  
dung vorbehalten.

#### G r ü n d e :

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Der Kläger rügt zu Recht als Verfah-  
rensmangel, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO),  
dass das Berufungsgericht den Wegfall des vom Kläger innegehabten Arbeitsplatzes  
unter Verstoß gegen § 86 Abs. 1 VwGO nicht in tatsächlicher Hinsicht überprüft,  
sondern sich insoweit mit der Feststellung begnügt hat, gemäß dem am 28. April  
1997 im Rahmen der Beschlussfassung über den 1. Nachtragshaushalt 1997 geän-  
derten Stellenplan sei die ehemalige Stelle des Klägers als Leiter des Ordnungsamts  
(BAT-O IVb) mit einem Wegfallvermerk zum 30. September 1997 ausgewiesen  
und damit existiere seit diesem Zeitpunkt der konkrete Arbeitsplatz, den der Kläger  
als Leiter des Ordnungsamtes vormals bei der Beigeladenen ausgefüllt habe, unge-  
achtet des bei der Beigeladenen weiter fortbestehenden Aufgabenbereichs der Ord-  
nungsverwaltung nicht mehr (S. 21 des Urteils).

Tatsächlich lässt sich entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ein Wegfall des  
Arbeitsplatzes des Klägers nicht feststellen. Auf dem Arbeitsplatz mit der Funktion  
"Leiter des Ordnungsamts" (Vergütung nach BAT-O IVb) war der Kläger selbst je-  
denfalls bis 31. Dezember 1995 beschäftigt. Die Beigeladene, die von der Wirksam-  
keit ihrer dem Kläger zum 31. Dezember 1995 ausgesprochenen Kündigung ausging,

beschäftigte seit Jahresende 1995 auf dem Arbeitsplatz mit der Funktion "Leiter des Ordnungsamts" (wenn auch mit geringerer Vergütung als BAT-O IVb) statt des Klägers ihren Mitarbeiter J.P. Mit der behördlichen Umstrukturierung zum 30. September 1997 ist die Funktion der Leitung des Ordnungsamts zwar dem Leiter der Bauverwaltung zusätzlich zugewiesen worden, doch war damit der Arbeitsplatz, den der Kläger bis zum 31. Dezember 1995 ausgefüllt hatte und auf dem in der Folge während des Gerichtsverfahrens um die Kündigung der Mitarbeiter J.P. beschäftigt war, nicht ersatzlos weggefallen. Er war nunmehr zwar der Funktion der Leitung des Ordnungsamts entkleidet, wurde aber als Arbeitsplatz mit der (reduzierten) Funktion "Sachbearbeiter Bau- und Ordnungsverwaltung" (Gerichtsakte Bl. 652) und der (ebenfalls reduzierten) Vergütung nach BAT-O Vb (Gerichtsakte 653) aufrechterhalten.

Dieser (reduzierte) Arbeitsplatz stand - da die zunächst zum 31. Dezember 1995 ausgesprochene Kündigung unwirksam war - jedenfalls bis zum 31. Dezember 1997 - dem in dem neuerlichen Kündigungsschreiben vom 26. September 1997 genannten Kündigungsdatum - dem Kläger zu. Dieser (reduzierte) Arbeitsplatz ist auch nicht zum 31. Dezember 1997 entfallen, vielmehr wurde der Mitarbeiter J.P. auch in der Folge weiter auf diesem Arbeitsplatz beschäftigt.

Für den schwerbehindertenrechtlichen Kündigungsschutz ist deshalb von Bedeutung, dass für den Kläger auch über das Datum des Wegfallvermerks hinaus ein Arbeitsplatz bestand; mit dem Verlust der Funktion "Leiter des Ordnungsamts" und mit der geringeren Vergütung nach BAT-O Vb war er einverstanden. Dass der Arbeitsplatz seit Jahresende 1995 (vgl. im Tatbestand S. 8 des angefochtenen Urteils) mit einem anderen Mitarbeiter besetzt war, kann dem Kläger schwerbehindertenrechtlich nicht entgegengehalten werden, weil die Beigeladene den Arbeitsplatz des Klägers in Kenntnis des Rechtsstreits um die Kündigung und folglich mit dem Risiko deren Unwirksamkeit neu besetzt hat. Könnte man Schwerbehinderten eine solche zwischenzeitliche Besetzung wirksam entgegenhalten, wäre der schwerbehindertenrechtliche Kündigungsschutz mit einer vorgeschalteten unwirksamen Kündigung und einer zwischenzeitlichen Neubesetzung des Arbeitsplatzes leicht zu umgehen.

Im Interesse einer beschleunigten Erledigung des Rechtsstreits hat der Senat von seiner Befugnis gemäß § 133 Abs. 6 VwGO Gebrauch gemacht, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Oberverwaltungsgericht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. An dieser Verfahrensweise war der Senat nicht dadurch gehindert, dass der Kläger zugleich auch eine Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und wegen Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) anstrebt, denn auch bei insoweit erfolgter Revisionszulassung würde der festgestellte Verfahrensmangel voraussichtlich zur Zurückverweisung der Sache führen.

Dr. Säcker

Schmidt

Dr. Franke