VG Bayreuth, Gerichtsbescheid v. 22.04.2025 – B 8 K 23.449

Titel:

Ermessensfehlerhafte Verweigerung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin

Normenketten:

SGB IX § 167 Abs. 1, § 168, § 174 Abs. 1
VwGO § 114
SGB X § 20

Leitsätze:

1. Die Versagung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin durch das Integrationsamt ist rechtswidrig, wenn die Ermessensentscheidung nicht auf einer vollständigen Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts beruht. (Rn. 66 und 70) (redaktioneller Leitsatz)
2. Beruft sich der Arbeitgeber in seinem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin, so hat das Integrationsamt die Richtigkeit dieser Angaben zu überprüfen und in seine Abwägung auch die Prognose über zukünftige Fehlzeiten mit einzubeziehen; hierzu ist regelmäßig die Einholung eines ärztlichen Gutachtens erforderlich. (Rn. 65) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Zustimmung zur Kündigung, kann aber bei der Ermessensentscheidung zu Lasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wenn es erfolgsversprechende Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung hätte aufzeigen können. (Rn. 91 – 92) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

personenbedingte außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen aus Krankheitsgründen, Versagung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist rechtswidrig, Ermessensfehler, Kündigung, schwerbehindert, krankheitsbedingt, Zustimmung, Integrationsamt, Sachverhaltsermittlung, Interessenabwägung, wirtschaftliche Interessen, betriebliches Eingliederungsmanagement

Tenor

1. Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids des Zentrums Bayern Familie und Soziales Region … – Inklusionsamt vom 30. November 2022 in der Fassung des Widerspruchsbescheides des bei diesem Amt angesiedelten Widerspruchsausschusses vom 3. Mai 2023 verpflichtet, über die beantragte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist des Arbeitsverhältnisses der Beigeladenen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens, für das Gerichtskosten nicht erhoben werden, tragen die Klägerin zu 1/5 und der Beklagte zu 4/5. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. De jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1
Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist von der beigeladenen Frau …, geb. am … Diese arbeitet als Gesellschaftsärztin bei der Klägerin (Arbeitsvertrag vom Mai 2008: Beginn des Arbeitsverhältnisses laut Angabe der Beigeladenen 1. Oktober 2008). Zu ihren Aufgaben zählt die Bewertung von Krankheitsbildern und Anomalien, des versicherungsmedizinischen Risikos sowie von Leistungsfällen anhand medizinischer Befundberichte, wie auch nach Aktenlage für biometrische Produkte wie Lebens-, Grundfähigkeiten oder Pflegeversicherungen. Laut eigener

Beschreibung der Beigeladenen im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens obliegt ihr auch Begutachtung medizinischer Unterlagen und Schulung der Mitarbeiter (Blatt 105 der Behördenakte). Die Beigeladene ist in Vollzeit beschäftigt. Laut Bescheid des Landesversorgungsamts vom 12. August 2021 beträgt der Grad der Behinderung der Beigeladenen 50.

2
Mit Schreiben vom 16. November 2022 beantragte die Klägerin durch ihre Bevollmächtigte die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist. In den letzten vier Kalenderjahren habe die Beigeladene 45% der Arbeitstage gefehlt mit steigender Tendenz (53% in den letzten drei Kalenderjahren). Es habe sich um unterschiedliche Erkrankungen gehandelt. Es bestehe eine erhebliche Krankheitsanfälligkeit. Dies sei nicht auf betriebliche Ursachen zurückzuführen und stünde auch nicht in Zusammenhang mit der Schwerbehinderung. Es bestehe eine negative Zukunftsprognose. Es gebe erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen. Durch die häufigen Erkrankungen müsse die Arbeit auf die Fachgruppe der Gesellschaftsärzte umverteilt werden, was zu zahlreichen Problemen führe. Bei der Beigeladenen sei zudem von einem Wissensverlust auszugehen, da sie an Schulungen und Gruppendialogen nicht teilgenommen habe und ihr die Bearbeitungspraxis fehle. Hinzu komme die Ungewissheit, wann die Beigeladene wieder arbeitsfähig sei. Es seien im Jahr 2022 101.226 EUR Lohnfortzahlungskosten davon 11.1111 EUR Lohnnebenkosten angefallen. Seit 2019 habe für 403 Arbeitsunfähigkeitstage von insgesamt 424 Arbeitsunfähigkeitstagen Entgeltfortzahlung geleistet werden müssen. Es sei davon auszugehen, dass auch weiterhin Lohnfortzahlungskosten von weit mehr als sechs Wochen pro Jahr aufgewendet werden müssten. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sei häufig erst durch eine ärztliche Erstbescheinigung bestätigt worden, welche die Lohnfortzahlungspflicht grundsätzlich erneut auslöse. Die Kündigung werde auf die unzumutbaren Kurzzeiterkrankungen und auf die dauernde Arbeitsunfähigkeit gestützt. Der Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung seien angehört worden. Die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit stelle einen wichtigen Kündigungsgrund dar (BAG, U.v. 15.4.2018 – 2 AZR 6/18). Bei der Darstellung des Kündigungssachverhalts wurde auf dem Formblatt angegeben, dass letztmalig am 18. August 2022 ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) angeboten worden, aber nicht durchgeführt worden sei, da die Beigeladene bis zur Genesung kein Gespräch gewollt habe. Man habe geprüft, ob andere Alternativen als die Kündigung in Betracht kämen, einen „leidensgerechten Arbeitsplatz“ gebe es nicht, es zeigten sich keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bis zum Ende der Kündigungsfrist.

3
Die Beigeladene äußerte auf dem Fragenbogen im Kündigungsschutzverfahren, dass für sie eine Weiterbeschäftigung in Form von 100% mobilem Arbeiten denkbar sei und legte diverse ärztliche Schreiben vor.

4
Der Bevollmächtigte der Beigeladenen äußerte mit Schreiben vom 24. November 2022, dass das BEM-Verfahren von der Beigeladenen nicht abgelehnt worden sei, eine Besprechung sei aber wegen der akuten Erkrankung nicht möglich gewesen (E-Mail vom 13. September 2022, Blatt 168 der Behördenakte). Die personenbedingte Kündigung stehe in Zusammenhang mit der Schwerbehinderung. Die Klägerin habe nicht alle Maßnahmen im Sinne des § 167 SGB IX ausgeschöpft. Ein Präventionsverfahren sei nicht durchgeführt worden. Das Inklusionsamt müsse für die Prüfung der Prognose ein ärztliches Gutachten einholen. Eine negative Gesundheitsprognose liege nicht vor, da die Erkrankungen alle ausgeheilt seien. Hinsichtlich der aktuellen Erkrankung liege eine günstige Gesundheitsprognose vor (Dr. …*). Eine Lohnfortzahlungspflicht bestehe auf Grund der länger andauernden Erkrankung nicht mehr. Auf Grund der langjährigen Tätigkeit der Beigeladenen und der hohen Fachkenntnisse sei keine lange Einarbeitungszeit zu erwarten. Beigefügt wurde ein Schreiben der Klägerin an die Beigeladene vom 29. September 2022, in welchem ausgeführt wurde, dass der dringende Verdacht der vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit seit 16. Dezember 2021 bestünde. Die Arbeitsunfähigkeitszeiten seien im Jahr 2022 durch drei Urlaubsphasen unterbrochen worden, welche aber schon im Jahr 2021 geplant worden seien. Man behalte sich vor, das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund zu kündigen.

5
Die Betriebsratsvorsitzende der Klägerin erklärte mit E-Mail vom 23. November 2022 (Behördenakte Blatt 174), dass seit Beginn des Jahres 2022 versucht worden sei, ein betriebliches Eingliederungsmanagement

durchzuführen. Dazu sei es aber auf Grund der durchgehenden Erkrankung der Beigeladenen (seit Dezember 2021) nicht gekommen.

6
Der Beklagte holte Stellungnahmen der Ärzte ein.

7
Dr. … behandelte die Klägerin seit 14. Januar 2020, letztmalig am 17. Januar 2022 (Eingang am 1. Dezember 2022 beim ZBFS): Es sei in Zukunft mit Fehlzeiten zu rechnen, es sei eine psychosomatische Reha durchzuführen, es sei dann davon auszugehen, dass sich die Fehlzeiten verbessern würden. Eine stufenweise Wiedereingliederung sei nach einer Rehabilitation möglich. Das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen einer Rente müsse nach einer psychosomatischen Rehabilitation geprüft werden.

8
Frau …: im Wesentlichen keine Beurteilung möglich.

9
Dr. med. …: nur zwei Visiten, zum aktuellen Gesundheitszustand keine Angabe möglich.

10
Dr. med. … (Behandlung seit 2018, letzte Behandlung 18. Oktober 2022): geht grundsätzlich von der Arbeitsfähigkeit aus, kann allerdings nicht beurteilen, ob in Zukunft mit Fehlzeiten im Umfang der letzten Jahre zu rechnen ist.

11
Dr. med. … (Behandlung vom 14. Februar 2022 bis 31. Oktober 2022): Es lägen keine Untersuchungsergebnisse von mitbehandelnden Ärzten vor, sie habe keine Kenntnisse über frühere Fehlzeiten, über aktuelle Fehlzeiten sei sie nicht informiert, Frage der stufenweisen Eingliederung bzw. Herstellung der vollen Arbeitsfähigkeit: könne nicht beurteilt werden, da von der Ärztin keine aktuelle Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei.

12
Dr. …: Es sei nicht abzusehen, ob mit Fehlzeiten in Zukunft zu rechnen sei (wird näher ausgeführt). Derzeit liege keine AU vor, daher sofort (als Antwort auf die Frage, wann ohne weitere medizinische Maßnahmen mit einer vollen Arbeitsfähigkeit zu rechnen sei).

13
Dr. med. … (Behandlung seit 14. März 2022 bis 25. Oktober 2022): künftige Fehlzeiten seien nicht beurteilbar.

14
Dr. … (Behandlung vom 27. Oktober 2020 bis 24. Oktober 2022): künftige Fehlzeiten: nicht bekannt.

15
Dr. med. … (Behandlung 12. September 2022 bis 28. November 2022): Es sei eine aktuelle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt worden. Sie sei in der Lage, den Beruf auf Dauer auszuüben, sobald medikamentöse Optimierung und dauerhafter Zustand erreicht worden sei. Die Prognose sei insgesamt günstig, jedoch derzeit keine Absehbarkeit des Zeitpunkts für Wiederaufnahme der Tätigkeit. Es sei in Zukunft nicht mit Fehlzeiten zu rechnen. Derzeit seien noch keine Rehabilitationsmaßnahmen erforderlich. Ab wann eine stufenweise Wiedereingliederung möglich sei, sei derzeit nicht absehbar. Die medizinischen Voraussetzungen für eine Rente lägen nicht vor.

16
Dr. med. … (Behandlung August 2010 bis 27. Oktober 2022): keine aktuelle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt. Er könne nicht beurteilen, ob sie ihre Tätigkeit in vollem Umfang und auf Dauer ausüben könne, ob mit Fehlzeiten in der Zukunft zu rechnen sei, könne er nicht beurteilen. Ebenso nicht die Frage der stufenweisen Wiedereingliederung, da die letzten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht von seiner Praxis ausgestellt worden seien. Hinsichtlich der Frage, ob die medizinischen Voraussetzungen einer Rente vorliegen würden, wurde angegeben, dass der aktuelle Gesundheitszustand nicht bekannt sei.

17
Mit Schreiben vom 29. November 2022 führte die Bevollmächtigte der Klägerin aus, dass ein Zusammenhang zur Schwerbehinderung nicht bestehe. Selbst wenn dies der Fall wäre, sei eine Zustimmung zu erteilen, wenn die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber völlig unzumutbar sei (BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24/93). Dies sei hier wegen der hohen Krankheitsquote mit sehr hohem Entgeltfortzahlungsanteil und geringer Vorhersehbarkeit der Fall. Die Nichtdurchführbarkeit der BEM sei nicht auf die Klägerin zurückzuführen (E-Mail-Korrespondenz als Anlage 6). Der Kündigungsgrund des Vortäuschens von Arbeitsunfähigkeit sei wieder fallengelassen worden. Es sei nicht ersichtlich, welche Maßnahmen die Arbeitsgeberin hätte im Hinblick auf § 167 SGB IX ergreifen sollen, um den Gesundheitszustand der Beigeladenen positiv zu beeinflussen. Auf die Entscheidung des BAG vom 7.12.2006 – 2 AZR 182/07 – werde hingewiesen. Als Alternative käme zwar Mobile Arbeit in Frage, es seien nur vier Teamtage pro Monat als Präsenz zu gewährleisten. Da ein BEM-Gespräch nicht habe durchgeführt werden können, sei diese Möglichkeit aber nicht erörtert worden. Zudem nutze das nichts, wenn der Arbeitnehmer krank sei und er überhaupt nicht arbeiten könne. Die Beigeladene habe eine Nebentätigkeitsgenehmigung für das Erstellen sozialmedizinischer Gutachten und habe somit ein zweites Standbein, was die sozialen Folgen der Kündigung abfedern könne.

18
Mit Bescheid vom 30. November 2022 lehnte das ZBFS den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist ab. Eine Zustimmung werde nicht erteilt. Die Begründung erfolgte im Schreiben vom 19. Dezember 2022: Ein Zusammenhang zwischen der Behinderung und dem vorgetragenen Kündigungsgrund sei gegeben. Die Kündigung solle wegen häufiger Arbeitsunfähigkeit erfolgen, die auf Erkrankungen zurückzuführen sei, die teilweise als Behinderung anerkannt worden seien. Aus diesem Grund sei über die Kündigung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Zumutbarkeitsgrenze sei überschritten, wenn die Weiterbeschäftigung nicht mehr in einem sinnvollen Austausch von Leistung und Gegenleistung bestehe und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses allen Gesetzen der wirtschaftlichen Vernunft widerspreche. Dabei sei schon allein bei einer ordentlichen Kündigung ein strenger Maßstab anzulegen, nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem kranken Arbeitsnehmer für den Arbeitgeber unzumutbar. Zugunsten des Arbeitgebers spreche, dass der Entgeltfortzahlungszeitraum in den Jahren 2019 bis 2022 zum Teil deutlich überschritten worden sei. Der Arbeitgeber habe erhebliche organisatorische Einschränkungen durch die häufigen, oftmals kurzfristig bekanntgegebenen und in Bezug auf die Dauer nicht absehbaren Arbeitsunfähigkeitszeiten gehabt, da die Arbeit kurzfristig auf die Kollegen habe umverteilt werden müssen. Es bestehe eine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Der Arbeitgeber könne sein Direktionsrecht nicht ausüben, es fehle in der Regel das schutzwürdige Interesse des Arbeitsnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. Dagegen stehe, dass die Beigeladenen 58 Jahre alt sei und dem Betrieb seit 14 Jahren angehöre, was zu einem Bestandsinteresse an ihrem Arbeitsverhältnis führe. Auf Grund des Alters und der Schwerbehinderung bestünden Schwierigkeiten, ein Folgearbeitsverhältnis einzugehen. Die Indizwirkung der negativen Zukunftsprognose sei durch die Einschätzung der behandelnden Ärzte erschüttert worden. Es sei nach Ausheilung der Erkrankung nicht mehr zu erwarten, dass Ausfallzeiten über das zumutbare Maß von 6 Wochen hinausgehen würden. Viele Umstände, welche die Fehlzeiten im Jahr 2021 und 2022 mitverursacht hätten, seien nach den behandelnden Ärzten in der Zwischenzeit entfallen. Die Kündigung sei unverhältnismäßig und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar.

19
Mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 erhob die Klägerin durch ihre Bevollmächtigte Widerspruch. Die Voraussetzungen der Ermessenslenkung nach § 174 Abs. 4 SGB IX seien gegeben. Es werde bestritten, dass ein Zusammenhang zur Schwerbehinderung bestehe. Es müsse geprüft werden, welchen Anteil die Fehlzeiten hätten, die in Zusammenhang mit der Schwerbehinderung stünden. Es sei aus den vorhandenen Anschreiben an die Ärzte nicht erkennbar, dass der Zusammenhang zur Schwerbehinderung überhaupt abgefragt worden sei. Ein Arzt habe sich auf das Auskunftsbegehren nicht gemeldet, von den anderen neun hätten nur fünf Aussagen zur zukünftigen Arbeitsfähigkeit gemacht. Soweit fünf Ärzte eine positive Gesundheitsprognose vorgetragen hätten, so sei davon auszugehen, dass die behandelten Krankheiten nicht mit einer Schwerbehinderung in Zusammenhang stünden, da durch den Fortbestand der Behinderung anzunehmen sei, dass die Krankheiten dann auch dauerhaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigten. Der Sachverhalt sei von der Behörde entweder nicht ausreichend ermittelt worden oder in der Begründung des

Bescheids nicht so wiedergegeben worden, dass eine Überprüfung des Bescheids möglich gewesen wäre. Bei einer Ermessensentscheidung sei zu berücksichtigen, dass die Beigeladene auf eine Arbeit im Angestelltenverhältnis nicht angewiesen sei, der Arztberuf zudem ein Mangelberuf sei. Die Klägerin könne ab dem 60. Lebensjahr nach der Satzung der Ärzteversorgung vorgezogenes Altersruhegeld in Anspruch nehmen. Vom Beklagten sei zu ermitteln, in welchem Maße die Beigeladene ihrer Nebentätigkeit als Gutachterin nachgehe. Es sei der Klägerin nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres der Klägerin fortzusetzen. Die Beigeladene sei aktuell arbeitsunfähig erkrankt (aktuelle Krankschreibung umfasse einen Zeitraum von 7 Wochen und laufe noch bis zum 5. Februar 2023).

20
Mit Schreiben vom 13. Februar 2023 teilte die Klägerin mit, dass eine neue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von sechs Wochen vorgelegt worden sei bis zum 19. März 2023.

21
Die Bevollmächtigte der Beigeladenen führte mit Schreiben vom 15. Februar 2023 aus, dass die Beigeladene keine vorgezogene Altersrente beantragen werde, da keine soziale Absicherung bestehe. Sie sei seit Jahren nicht mehr im klassischen ärztlichen Beruf tätig gewesen und könne zum Ärztemangel nichts beitragen. Sie habe nach 14 Jahren Tätigkeit bei der Klägerin ein Bestandsinteresse. Es ergebe sich eine positive Gesundheitsprognose. Vorgelegt wurde ein Schreiben von Dr. med. … vom 16. Februar 2023, dass eine Reha-Maßnahme mit der Beigeladenen vereinbart worden sei.

22
Mit Schreiben vom 2. März 2023 führte die Klägerbevollmächtigte aus, dass § 174 Abs. 4 SGB IX auf außerordentliche Kündigungen mit sozialer Auslauffrist anwendbar sei (BAG vom 22.10.2015 – 2 AZR 381/14). Sollte § 174 Abs. 4 SGB IX nicht anwendbar sein, so sei jedenfalls zu berücksichtigen, welchen Anteil die im Zusammenhang mit der Schwerbehinderung stehenden Fehlzeiten an den Gesamtfehlzeiten und an der Gesundheitsprognose hätten. Je geringer der Anteil sei, desto höher sei das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen (Gutzeit in BeckOK, Sozialrecht, § 168 SGB IX Rn. 5 unter Berufung auf BVerwG NZA-RR 1996, 288) Die von den Ärzten abgegebene Gesundheitsprognose relativiere sich dadurch, dass die Beigeladene nach positiver Gesundheitsprognose von einem Arzt eines anderen Fachgebiets wieder krankgeschrieben worden sei.

23
In der Akte befindet sich eine Übersicht der Leistungszeiten durch die … Krankenkasse vom 2. März 2023 (Blatt 388).

24
Mit Schreiben vom 22. März 2023 wurde mitgeteilt, dass die aktuelle Arbeitsunfähigkeit bis zum 24. April 2023 verlängert worden sei. Somit seien folgende Krankheitstage gegeben: 2019: 58 Tage

2020: 63 Tage

2021: 113 Tage

2022: 224 Tage (dies entspreche sämtlichen Arbeitstagen im Jahr mit Ausnahme der drei Urlaube)

2023: sämtliche Arbeitstage bis zum 24. April 2023.

25
In der versorgungsrechtlichen Stellungnahme vom 28. März 2023 führt Dr. … aus, dass die Fehlzeiten vor allem auf festgestellten psychischen Gesundheitsstörungen beruhen würden, welche der Behinderung zu Grunde liegen würden. Einige Fehlzeiten seien durch körperliche Erkrankungen zurückzuführen, die nach kurzer Zeit wieder abklangen. Auf Grund einer vorgesehenen Intensivierung der Behandlung mit einer psychosomatischen Reha-Maßnahme sei in Zukunft mit der Reduzierung der Fehlzeiten zu rechnen. Eine andauernde Arbeitsunfähigkeit sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht nachgewiesen. Nach den vorliegenden Unterlagen sei nicht mit weiteren Erkrankungen zu rechnen. Nach Durchführung der Reha-Maßnahme sei mit einer wesentlichen Verbesserung zu rechnen und eine stufenweise Wiedereingliederung zu empfehlen.

26

Der Bevollmächtigte der Beigeladenen wies mit Schreiben vom 2. Mai 2023 darauf hin, dass die Reha-Maßnahme am 3. Mai 2023 beginnen werde und voraussichtlich 6 Wochen dauern werde. Eine soziale Absicherung bestehe nicht, auch nicht durch die Nebentätigkeit.

27
Mit Widerspruchsbescheid vom 3. Mai 2023 (zugstellt am 8. Mai 2023) wurde der Widerspruch der Klägerin zurückgewiesen. Ein Zusammenhang zu der Schwerbehinderung liege vor. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten würden zum wesentlichen Anteil aus den anerkannten Gesundheitsstörungen der Arbeitnehmerin resultieren, was sich aus den ärztlichen Stellungnahmen und der Auskunft der Krankenkasse ergebe. § 174 Abs. 4 SGB IX komme nicht zur Anwendung und über den Zustimmungsantrag sei nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Derzeit befinde sich die Beigeladene außerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums, sodass die Arbeitsunfähigkeit aktuell keine Belastungen durch die Lohnfortzahlung mit sich bringe, sodass neben einer unzumutbaren Belastung durch Urlaubsansprüche allenfalls noch Störungen im Betriebsablauf berücksichtigt werden könnten, welchen bei einer längeren Erkrankung in der Regel besser begegnet werden könne als bei häufigen Kurzzeiterkrankungen. Zugunsten der Arbeitnehmerin spreche ihr Alter, der Zusammenhang zur Behinderung, die Betriebszugehörigkeit seit 1. Oktober 2008 mit einer störungsfreien Zeit von 10 Jahren. Wegen der Schwerbehinderung und dem Alter der Beigeladenen bestünden Schwierigkeiten, einen adäquaten Ersatzarbeitsplatz zu finden. Aus der ärztlichen Stellungnahme ergebe sich, dass die Beigeladene in Zukunft wieder ihren arbeitsvertraglichen Pflichten in erheblich größerem Umfang nachkommen könne. Maßgeblich sei die Stellungnahme des Arztes 1, Arzt 3 sei zwar nur von einer bedingten Einsatzfähigkeit als Gesellschaftsärztin ausgegangen, die Wahl der medikamentösen Therapie sei aber noch nicht abgeschlossen gewesen. Auch Arzt 2 stütze die positive Prognose. Auch der Arzt des ZBFS sei zu einer guten Gesundheitsprognose gekommen. Deutlich zu Ungunsten der Klägerin spreche, dass sie kein Präventionsverfahren unter Beteiligung des Inklusionsamts initiiert habe. § 167 Abs. 1 SGB IX gebe vor, dass ein Präventionsverfahren möglichst frühzeitig stattfinden solle, gerade um Schwierigkeiten zu beseitigen, bevor sich diese in Kündigungsgründen auswachsen würden. Erhöhte krankheitsbedingte Fehlzeiten seien bereits seit 2019 angefallen. Die Klägerin habe zugewartet, bis die personenbedingten Schwierigkeiten zu einem Ausmaß angewachsen seien, welche einen Kündigungsgrund darstellen könnten. Hätte die Klägerin in der Anfangszeit der vermehrten Fehlzeiten und somit frühzeitig das Präventionsverfahren durchgeführt, hätten unter zu Hilfenahme von Integrationsfachdienst und Reha-Berater und unter zu Hilfenahme aller zumutbaren Hilfen (Gespräche, ärztliche Gutachten, Hinzuziehung externer und interner Berater, Reha-Maßnahmen unter Begleitung und Betreuung des Arbeitsverhältnisses durch den Fachdienst) erfolgsversprechende Maßnahmen zur Reduzierung oder Vermeidung von krankheitsbedingten Fehlzeiten unternommen werden können. Auch wenn die Durchführung der Prävention keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung sei, wirke sich ihr Fehlen bei der anzustellenden Ermessensabwägung zu Ungunsten der Klägerin aus. Dem komme schon Bedeutung bei der ordentlichen Kündigung zu, für eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist würden höhere Anforderungen gelten, da die Arbeitnehmerin ansonsten ihren tariflich gewährten Schutz verlieren würde. Es sei von einer gesteigerten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin auszugehen.

28
Der Klägerin werde empfohlen, das bisher unterbliebene Präventionsverfahren unter Beteiligung des Inklusionsamts durchzuführen.

29
Mit Schreiben vom 7. Juni 2023, eingegangen beim Verwaltungsgericht Bayreuth am selben Tage, erhob die Klägerin durch ihre Bevollmächtigte Klage.

30
Mit Beschluss vom 19. Juni 2023 wurde Frau … zum Verfahren beigeladen.

31
Mit Schreiben vom 31. August 2023 ließ die Klägerin durch ihre Bevollmächtigte beantragen,

Das beklagte Land wird unter Aufhebung des Bescheids des Inklusionsamts vom 30.11.2022 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.05.2023 verpflichtet, die beantragte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist des Arbeitsverhältnisses mit Frau … zu erteilen.

32
Das Inklusionsamt habe den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt (§ 20 SGB X). Es seien nicht alle Ärzte kontaktiert worden. Hinsichtlich der uneindeutigen und widersprüchlichen Rückantworten sei keine Aufklärung versucht worden. Es sei nicht ermittelt worden, inwieweit mit der Nebentätigkeitsgenehmigung eine soziale Absicherung bestehe und ob sie anderweitige Einkünfte erziele. Trotz des Hinweises auf die Möglichkeit der vorgezogenen Altersrente sei das Inklusionsamt nicht darauf eingegangen, ob überhaupt eine Verschlechterung zu erwarten sei und in welcher Höhe. Es sei nicht auf das reguläre Nettogehalt abzustellen, sondern darauf, dass sich die Beigeladene im Krankengeldbezug befinde, der laut Online-Rechner 3.491,40 EUR betrage. Deshalb sei die Ermessensentscheidung fehlerhaft, da nicht alle Umstände eingestellt worden seien. Das ärztliche Gutachten und das Präventionsverfahren nach § 167 SGB IX seien zu stark gewichtet worden. Die Beigeladene sei seit dem 16. Dezember 2021 ununterbrochen im Jahr 2022 arbeitsunfähig krank gewesen (mit Ausnahme der drei Urlaube). Die Beigeladene habe vor dem 12. September 2022 20 verschiedene Arztpraxen aufgesucht, wobei sie von 19 Krankschreibungen erhalten habe. Seit 12. September 2022 läge eine AU-Bescheinigung der gleichen Praxis (Dr. …Dr. …Dr. …*) vor. Das Inklusionsamt habe 10 von 20 behandelnden Ärzten angeschrieben. Von drei weiteren Ärzten habe die Beigeladene selbst Atteste beigebracht. Die Ärzte, die nicht angeschrieben worden seien und von denen auch die Beigeladene kein Attest vorgelegt habe, seien alleine für Arbeitsunfähigkeitszeiten im Umfang von 70 Tagen verantwortlich. Die Aufklärung durch das Inklusionsamt sei mangelhaft gewesen. Der Fragebogen sei an folgende Ärzte bzw. Kliniken nicht versandt worden: Dr. …; … Krankenhaus … bzw. …-Institut für Psychiatrie …; Dr. …Dr. …; Dr. … und Dr. … Die Entscheidung des Inklusionsamts beziehungsweise des Widerspruchsausschusses stütze sich mithin auf ein sehr unvollständiges Bild der gesundheitlichen Situation der Mitarbeiterin. Der überwiegende Teil der Ärzte habe angegeben, dass auf Grund der kurzen Dauer der Behandlung und dem begrenzten Ausschnitt des Krankheitsbildes keine belastbare Prognose abgegeben werden könne, ob die Beigeladene dauerhaft in der Lage wäre, ihre bisherige Tätigkeit weiter auszuüben. Die versorgungsärztliche Stellungnahme des ärztlichen Dienstes sei deshalb als nicht ausreichend zu betrachten.

33
In der Rechtsprechung werde eine weitergehende Nachforschungspflicht dann bejaht, wenn sich die Aussagen eines Gutachters widersprechen (vgl. VG München, U.v. 22.10.2009 – 15 K 08.4343). Dieser Gedanke lasse sich ohne Weiteres auf zwei sich widersprechende Gutachter übertragen, da das Ergebnis der widersprüchlichen Tatsachenbasis, auf der entschieden werde, dasselbe sei.

34
Die aktuell behandelnde Ärztin habe geäußert (Blatt 243 ff der Verwaltungsakte), dass die Beigeladene in Zukunft in der Lage sei, ihre Tätigkeit uneingeschränkt wieder auszuüben. Dr. … habe geäußert, Zweifel daran gehabt zu haben, ob und dass die Mitarbeiterin ihre Tätigkeit dauerhaft wird wieder und weiter erbringen können. Er sehe diese Möglichkeit nur unter der Bedingung als erfüllbar an, dass die Arbeitszeit reduziert, der Arbeitsplatz angepasst, Zeitdruck vermieden und das ärztliche Behandlungsrepertoire einschließlich Reha-Maßnahmen ausgeschöpft werde (Blatt 185 ff. der Verwaltungsakte). Unzureichend sei insofern die erfolgte Sachverhaltsaufklärung durch den ärztlichen Dienst des Inklusionsamts (vgl. Verwaltungsakte Blatt 398). Dieser habe allein auf Grundlage der Akten seine Bewertung erstellt, ohne die betroffene Arbeitnehmerin persönlich zu untersuchen und ohne sich fachlich mit Dr. … (vermutlich Arzt 1) und Dr. … (vermutlich Arzt 3) auszutauschen, die beide aus hiesiger Sicht maßgebliche, aber widersprüchliche Stellungnahmen zur Gesundheitsprognose abgegeben hätten. Damit setze sich der Fehler der Sachverhaltsaufklärung auch in der Stellungnahme des ärztlichen Dienstes fort. Der Widerspruchsausschuss habe nur drei ärztliche Stellungnahmen herausgegriffen, ohne auf die restlichen Gutachten einzugehen: „Maßgeblich für die positive Prognose ist in erster Linie die Stellungnahme des Arztes 1. Dieser behandelt die Erkrankung, die der aktuellen Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegt. Zwar hat auch der Arzt 3 die Arbeitnehmerin wegen dieser Erkrankung behandelt und ging eher von einer nur bedingten Einsatzfähigkeit als Gesellschaftsärztin aus. Allerdings war zum Zeitpunkt dieser zeitlich früheren Behandlung die Wahl der medikamentösen Therapie auch aufgrund von Unverträglichkeiten noch nicht gesichert und die Behandlung befand sich noch im Anfangsstadium. Nachdem in der Stellungnahme von Arzt 2 eine gute Therapietreue bestätigt wird, stützt diese Stellungnahme in dieser Hinsicht die anzunehmende positive Prognose.“ (vgl. Widerspruchszurückweisung, Verwaltungsakte Blatt 407 f.). Dabei verliere die positive Gesundheitsprognose von Arzt 1 an Gewicht, wenn man sich mit den weiteren Aussagen des Arztes beschäftigt, die sich mit dem Zeitpunkt der Wiederherstellung der Arbeitsunfähigkeit

befassten und einer positiver Gesundheitsprognose entgegenstünden oder diese zumindest deutlich einschränkten: „5. Ist Frau … aufgrund des Gesundheitszustandes noch in der Lage, die bisherige Tätigkeit als Gesellschaftsärztin in vollem Umfang und auf Dauer auszuüben? (…) Ja, sie ist in vollem Umfang dazu in der Lage, sobald medikamentöse Optimierung und dauerhaft stabiler Zustand erreicht wurde. […] 7. Wenn die Frage 5. Bejaht wird: Ab wann ist ohne weitere medizinische Maßnahmen voraussichtlich wieder mit der Herstellung der vollen Arbeitsfähigkeit im Beruf als Gesellschaftsärztin zu rechnen? Prognose ist insgesamt günstig, jedoch derzeit keine Absehbarkeit des Zeitpunkts für die Wiederaufnahme der Tätigkeit. […] 12. Ab wann ist, gegebenenfalls nach einer stufenweisen Wiedereingliederung, voraussichtlich mit der Herstellung der vollen Arbeitsfähigkeit zu rechnen? Derzeit nicht absehbar.“ (vgl. Ärztliche Stellungnahme, Verwaltungsakte Blätter 244-245) Mit diesen Einschränkungen der ärztlichen Stellungnahme von Arzt 1 habe sich der Widerspruchsausschuss des Inklusionsamts nicht auseinandergesetzt.

35
Wie aus einer Aktennotiz einer Sachbearbeiterin des Inklusionsamts hervorgehe, habe die Beigeladene angegeben, ihre Medikamente abgesetzt zu haben (Blatt 23 der Verwaltungsakte), was auf mangelnde Therapietreue schließen lasse. Der Beklagte habe nicht berücksichtigt, dass sich die Beigeladene trotz laufender Therapie in einem akut krisenhaften Zustand befunden habe. Der Widerspruchsausschuss beim Inklusionsamt habe seine positive Gesundheitsprognose auf die maßgeblich gute Therapietreue (Stellungnahme des Arztes 2 – Blätter 407 bis 408) gestützt. Die Aktennotiz der Sachbearbeiterin über das Telefonat mit der Beigeladenen stehe im Widerspruch zum ärztlichen Gutachten des Arztes 2. In diese Richtung lese sich auch der Arztbrief des …-Instituts für Psychiatrie … bezüglich des dortigen Aufenthalts der Mitarbeiterin vom 16. Juni 2021 bis zum 18. Juni 2021 (vgl. Verwaltungsakte Blatt 124). Dort werde von einer „ambivalenten Therapiemotivation“ der Mitarbeiterin gesprochen: „Eine Medikation mit Quetiapin 50mg/d zur Unterstützung des Schlafes lehnte die Patientin ab. Schon am Aufnahmeabend zeigte sich die Patientin hinsichtlich ihrer Therapiemotivation auf Station ambivalent.“ Ohne weitere Aufklärung hätte nicht auf die Therapietreue abgestellt werden dürfen.

36
Die Klägerin müsse bei einer Weiterbeschäftigung in unzumutbarem Umfang Rücksicht nehmen, da die Vorgesetzten stets befürchten müssten, bei einem von der Klägerin falsch empfundenen Wort massive gesundheitliche Folgen bei dieser auszulösen bis hin zum Suizid. Es ergebe sich eine negative Zukunftsprognose. Es sei mit erheblichen weiteren krankheitsbedingten Ausfällen zu rechnen. Selbst wenn die Mitarbeiterin seit dem 12. September 2022 durchgängig wegen der gleichen Diagnose von der gleichen Ärztin krankgeschrieben sei, überwiegend mit langen Laufzeiten von mehreren Wochen, bedeute das nicht, dass die Klägerin nicht zugleich auch wegen einer ihrer zahlreichen anderen Leiden arbeitsunfähig sei und bleibe. Es schütze die Klägerin insbesondere auch nicht davor, dass die Mitarbeiterin in Zukunft, wenn die aktuell der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegende Erkrankung gebessert oder ausgeheilt sein sollte, nicht wieder wegen einer ihrer sehr zahlreichen anderen gesundheitlichen Probleme arbeitsunfähig werden würde und sich dies von einem ihrer vielen anderen Ärzte attestieren lassen würde. Es seien erhebliche Betriebslaufstörungen durch die mangelnde Planbarkeit des Einsatzes der Beigeladenen und die nötige Umverteilung der Arbeit auf andere Mitarbeiter eingetreten. Die Planungsunsicherheit zeige sich darin, dass die geplante Reha-Maßnahme nicht wie geplant am 3. Mai 2023 stattgefunden habe, sondern von der Beigeladenen wegen eines Infektes abgesagt worden sei. Die Klägerin melde sich zudem erst am Tag nach Ablauf der letzten AU mit der Information über die Verlängerung. Es seien daher vergebens Maßnahmen für einen vermeintlich ersten Arbeitstag vorbereitet worden. Die Kosten der Lohnfortzahlung und tariflichen Zusatzleistungen habe im Jahr 2022 114.631,15 EUR betragen. Die Klägerin schulde nicht nur die gesetzliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, sondern darüber hinaus aufgrund tariflicher Regelung nach Ende der Entgeltfortzahlung einen Zuschuss zum Krankengeld (§ 21 Ziffer 2 MTV Privates Versicherungsgewerbe). Dieser werde so berechnet, dass er zusammen mit dem Krankengeld den Nettobetrag aus 90% der Durchschnittsbezüge der letzten 12 Monate (höchstens des Betrages der jeweiligen monatlichen Krankenversicherungspflichtgrenze) ergebe. Aufgrund der Dauer der Betriebszugehörigkeit bestehe der Anspruch für die Dauer von insgesamt 33 Wochen. Allein hierfür habe die Klägerin nach Ablauf der Entgeltfortzahlung monatlich 803,63 EUR aufgewendet. Des Weiteren zahle die Klägerin trotz des Endes der Entgeltfortzahlung wegen der tariflichen Regelung in § 3 Abs. 4 MTV privates Versicherungsgewerbe weiterhin einen monatlichen Zuschuss zur privaten Rentenversicherung. Hierfür fielen monatlich 678,90 EUR an. Außerdem leiste die Klägerin wegen § 1a Abs. 1a BetrAVG einen Arbeitgeberzuschuss zur betrieblichen Altersversorgung (AKV) in Form der Entgeltumwandlung in Höhe von

48,85 EUR monatlich. Insgesamt beliefen sich die monatlichen Zuschüsse nach Ablauf der Entgeltfortzahlung bis zum Ablauf der 39. Woche nach Beginn der AU auf 1.525.38 EUR monatlich (jener Betrag sei in den Angaben der Gesamtkosten für 2022 bereits enthalten, sei aber in 2023 bis über den hier maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt 3. Mai 2023 hinaus monatlich weiter angefallen). Mit dem Märzgehalt sei eine Inflationsausgleichsprämie von 1.000 EUR gewährt worden. Die Behörde irre daher, wenn sie davon ausgehe, dass die Klägerin nur noch mit den Kosten für den weiterlaufenden Urlaub belastet werde.

37
Die Klägerin sei erst am 11. Oktober 2021 über die kurz zuvor festgestellte Schwerbehinderung der Beigeladenen informiert worden. Zu diesem Zeitpunkt hätten noch keine Schwierigkeiten bestanden, die ein Präventionsverfahren erfordert hätten. Ca. einen Monat später sei die Beigeladene dauerhaft erkrankt. Rein faktisch hätte kein Präventionsverfahren durchgeführt werden können. Der Widerspruchsausschuss habe zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin ihren Pflichten nach § 167 SGB IX nicht nachgekommen sei. Wenn ein Arbeitnehmer, wie hier, länger als sechs Wochen innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig ist, sei das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX vorrangig und lex specialis zum Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX (vgl. BeckOK SozR/Gutzeit, 69. Ed. 1.3.2022, § 167 SGB IX Rn. 3). Der Widerspruchsausschuss beim Inklusionsamt hätte damit berücksichtigen müssen, dass die Arbeitgeberin spätestens seit Beginn des Jahres 2022 versucht habe, ein betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) durchzuführen (Stellungnahme des Betriebsrats, Blatt 174 der Verwaltungsakte). Im Übrigen hätte ein Präventionsverfahren auch deshalb nicht durchgeführt werden können, weil die Feststellung der Schwerbehinderung der Klägerin erst ca. einen Monat vor der dauerhaften Erkrankung der Beigeladenen bekannt geworden sei. Zuvor habe es mangels Schwerbehinderteneigenschaft keine rechtliche Verpflichtung für ein Präventionsverfahren gegeben und überdies auch keinen genügenden Anlass. Danach wäre die Durchführung des Präventionsverfahrens mangels Mitwirkungsfähigkeit der Mitarbeiterin nicht mehr möglich gewesen. Es sei nicht klar, wie der Gesundheitszustand seitens der Klägerin hätte beeinflusst werden können, da diese wegen 32 unterschiedlicher ICD-Codes arbeitsunfähig geschrieben worden sei.

38
Die Klägerin müsse damit rechnen, bis zum Renteneintritt 2029 Entgelt- und Entgeltfortzahlungsleistungen erbringen zu müssen, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstehe, wodurch ein völlig sinnentleertes Arbeitsverhältnis drohe.

39
Mit Schreiben vom 16. Oktober 2023 beantragte der Beklagte

Klageabweisung.

40
Die Ermessensentscheidung des Beklagten unterliege nach § 114 S. 1 VwGO nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Überprüfbar sei der Bescheid folglich nur auf Ermessensfehler, wobei maßgeblicher Zeitpunkt nicht die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung, sondern allenfalls der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung sei (vgl. BVerwG, B.v.10.11.2008 – 5 B 79.08).

41
Die Gesundheitsstörungen auf neurologisch-psychiatrischem Gebiet hätten wesentlich zur festgestellten Behinderung beigetragen, welche auch eine Somatisierungsstörung beinhalten, so dass der Kündigungsgrund mit der Behinderung im Zusammenhang stehe, was zugunsten der Arbeitnehmerin ein hohes Schutzniveau nach sich ziehe. Aus den Unterlagen der Krankenkasse und der eingeholten versorgungsärztlichen Stellungnahme vom 28. März 2023 ergebe sich, dass die längsten Zeiten von Arbeitsunfähigkeit durch die psychische Symptomatik bedingt gewesen seien.

42
Das meiste Gewicht sei der ärztlichen Stellungnahme von Frau Dr. … (Bl. 243 ff. der Behördenakte) beigemessen worden, da es sich hierbei um eine Psychiaterin handele, die die Arbeitnehmerin seit September 2022 und zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidungen behandelt habe. Von dieser Ärztin sei eine neue medikamentöse Therapie begonnen worden, nachdem die von Dr. … verschriebenen Medikamente nicht vertragen worden seien. Daher könne aus dem Absetzen von Medikamenten nicht auf eine fehlende Compliance geschlossen werden.

43
Nachdem auch Herr Dr. …, der als Hausarzt einen Überblick über den Gesamtzustand der Arbeitnehmerin haben sollte, bei Ausschöpfung der medizinischen unter therapeutischen Möglichkeiten von einer Reduzierung der Fehlzeiten ausgegangen sei und von diesem Arzt eine gute Therapietreue bezüglich der medikamentösen Therapie bestätigt worden sei (vgl. Bl. 250 ff. der Behördenakte.), sei Herr Dr. …, der Leitende Arzt des ZBFS (und Facharzt für Neurologie und Psychiatrie), in der Gesamtschau der ärztlichen Unterlagen zum Ergebnis gekommen, dass besonders unter der vorgesehenen Intensivierung der Therapie im Rahmen einer psychosomatischen Reha-Maßnahme mit einer Reduzierung der Fehlzeiten zu rechnen sei (vgl. Bl. 398 f. der Behördenakte). Aus Sicht von Dr. … sei nach Durchführung der Reha-Maßnahme mit einer wesentlichen Besserung zu rechnen.

44
Aus einer Befragung des behandelnden Arztes des …-Instituts für Psychiatrie in … (dreitätige stationäre Behandlung vom Juni 2021; vgl. Bl. 122 ff. der Behördenakte) seien aus Sicht der Verwaltung im Vergleich zu den aktuelleren Behandlungen keine entscheidungsrelevanten Erkenntnisse zu erwarten.

45
Klarzustellen sei, dass ein Präventionsverfahren gerade nicht nur Maßnahmen, die von Seiten der Arbeitgeberin veranlasst werden können, beinhalten könne. Bei frühzeitigem Präventionsverfahren unter Beteiligung des Inklusionsamtes und ggf. weiterer Stellen (z. B. Integrationsfachdienst) hätten Möglichkeiten bestanden, die Hintergründe der krankheitsbedingten Fehlzeiten näher zu beleuchten, so dass eine effektive Behandlung früher angeregt und erfolgen hätte können. Darüber hinaus sei zu erwähnen, dass ein Präventionsverfahren gegenüber einem BEM im Rahmen einer entsprechenden Arbeitsunfähigkeit nicht nachrangig sei. Nach § 167 Abs. 1 SGB IX sei bei personenbedingten Schwierigkeiten im Arbeitsleben, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, ein Präventionsverfahren vorgesehen, um unter Hinzuziehung der dort genannten Stellen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung zu erörtern, wie die Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis zur möglichst dauerhaften Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beseitigt werden können. Im Gegensatz zum BEM, welches bei allen Beschäftigten mit einer mehr als sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit pro Jahr durchgeführt werde, könne das Präventionsverfahren bei schwerbehinderten Menschen durch die Beteiligung weiterer Stellen Möglichkeiten bieten, die über die eines BEM hinausgehen.

46
Hilfsweise werde ausgeführt, dass allenfalls ein Anspruch auf Neuverbescheidung bestehe, eine Ermessensreduktion auf Null sei nicht erkennbar.

47
Der Bevollmächtigte der Beigeladenen führte mit Schreiben vom 2. November 2023 aus, dass die Klage abzuweisen sei, da der Widerspruchsbescheid vom 3. Mai 2023 rechtmäßig ergangen sei. Die Kündigung aus personenbedingten krankheitsbedingten Gründen stehe mit der Behinderung der Beigeladenen in Zusammenhang. Eine negative Gesundheitsprognose sei nicht gegeben. Die Kurzzeiterkrankungen seien ausgeheilt, die Beigeladene sei seit dem 12. September 2022 durchgehend bei derselben Praxis in Behandlung (Dr. …*). Eine Lohnfortzahlungspflicht der Klägerin bestehe aufgrund der Dauer der Erkrankung der Beigeladenen nicht mehr. Die erweiterte Entgeltfortzahlung sei ebenfalls schon abgelaufen. Zudem sei die Klägerin nicht erheblich belastet. Es sei nur mit einer kurzen Einarbeitungszeit der Klägerin zu rechnen, mobile Arbeit sei ihr zu 100% möglich. Ein BEM sei angenommen worden, aber auf Grund der Erkrankung nicht möglich gewesen. Ein Präventionsverfahren nach § 167 SGB IX hätte durchgeführt werden müssen. Ein vorzeitiger Renteneintritt sei der Beigeladenen nicht möglich, eine ausreichende finanzielle Absicherung durch selbständige Tätigkeit bestehe nicht. Zur Sachverhaltsermittlung sei auszuführen, dass es ausreichend gewesen sei, die 10 relevanten Ärzte zu befragen. Der Leitende Arzt des ZBFS habe die Beigeladene nicht selbst untersuchen müssen, sondern habe aus den Berichten der Ärzte seine Schlüsse ziehen können. Der nur einmalige Eindruck einer fehlenden Therapietreue durch das …-Institut sei nicht aussagekräftig, da sich die Beigeladene seit Monaten therapietreu verhalte. Ermessensfehler lägen nicht vor: Das Inklusionsamt habe alles Erforderliche zur Sachverhaltsaufklärung unternommen. Es sei ausreichend gewesen, die von der Beklagten angefragten Ärzte zu befragen. Eine Stellungnahme des …-Instituts in … sei nicht erforderlich gewesen, da die Behandlung nur über drei Tage erfolgt und über zwei Jahre her sei, die Aussage zur mangelnden Therapietreue sei nicht aktuell und daher

nicht heranzuziehen. Das Inklusionsamt habe alle ärztlichen Stellungnahmen hinreichend gewichtet. Das Präventionsverfahren hätte erfolgsversprechende Lösungen aufgezeigt.

48
Die Klägerin vertrat mit Schreiben vom 24. November 2023 die Ansicht, dass bei widersprechenden ärztlichen Prognosen der Sachverhalt unklar und zweifelhaft zu werten sei. Der Beklagte wäre deshalb zu weiterer Sachverhaltsermittlung verpflichtet gewesen. Die Befragung aller Ärzte sei die offensichtlichste Ermittlungsmöglichkeit. Von allen weiteren behandelnden Ärzten hätte somit eine Prognose eingeholt werden müssen. Eine Ausheilung der anderen Leiden der Klägerin sei nicht geprüft worden. Die versorgungsärztliche Stellungnahme durch Dr. … sei erst vier Monate nach den Stellungnahmen durch die behandelnden Ärzte erfolgt. Aufgrund der zahlreichen neuen Erstbescheinigungen hätten somit wieder neue Krankheiten auftreten können. Es wäre eine Untersuchung der Klägerin erforderlich gewesen, da sich die Therapie durch Dr. … zum Zeitpunkt ihrer Stellungnahme erst in einem frühen Stadium befunden habe. Dr. … hätte sich vom Therapieverlauf einen Eindruck verschaffen können. Der Beklage habe zudem keine Rückfragen bei den Ärzten angestellt, die Antworten wie „nicht beurteilbar“ abgegeben hätten. Der Beklagte habe nicht berücksichtigt, dass Frau Dr. … die positive Prognose unter der Optimierung der medikamentösen Therapie und der Herstellung eines stabilen Zustands gestellt habe. Die Behandlung habe erst im September 2022 begonnen. Komplikationen seien dabei nicht in Betracht gezogen worden, weswegen der Stellungnahme von Frau Dr. … ein zu hohes Gewicht beigemessen worden sei. Hingegen habe der Beklagte bei der Prognose von Dr. … argumentiert, die Behandlung habe sich in einem Anfangsstadium befunden. Dieser habe die Beigeladene von Januar 2020 bis Januar 2022 behandelt und somit wesentlich länger als Frau Dr. … (September 2022 bis November 2022). Dr. … habe eine fundierte Prognose geben können. Die Argumentation bezüglich der Nichtberücksichtigung der Stellungnahme des …-Instituts entziehe sich jeder Logik. Der Beklagte bestimme willkürlich die Verwertung von ärztlichen Prognosen. Die Therapietreue sei vom Beklagten unterstellt worden, obwohl sich etwas Gegenteiliges aus dem Aktenvermerk des Inklusionsamts vom 18. November 2022 und aus dem Arztbrief des …-Instituts ergebe. Soweit sich der Beklagte bezüglich der Therapietreue auf den Hausarzt Dr. … stütze, so habe dieser geschrieben „Ja, und zwar meines Wissens auf Duloxin und Sertralin. Die Einnahme erfolgt zuverlässig und selbständig.“ Bei diesen Medikamenten handele es sich jedoch weder um die Präparate, die Herr Dr. … der Klägerin verordnet bzw. empfohlen habe (Amitriptylin/Trazodon vgl. Angaben auf Blatt 186 der Verwaltungsakte), noch um die, mit denen Frau Dr. … ihre Behandlung gestartet habe (Ruoxetin, vgl. Blatt 244 der Verwaltungsakte). Dass der Hausarzt zu Frage 13 schreibe, der aktuelle Gesundheitszustand der Beigeladenen sei ihm nicht bekannt, widerspreche zudem vehement der Argumentation des Beklagten, der Hausarzt sollte einen Überblick über den Gesamtzustand der Beigeladenen haben. Die hohe Anzahl und Unterschiedlichkeit der Diagnosen sei von dem Beklagten vollkommen ausgeklammert worden. Hinsichtlich der Gewichtung des Präventionsverfahrens werde verkannt, dass der Status der Schwerbehinderung erst einen Monat vor der Dauerarbeitsunfähigkeit erlangt worden sei. Eine mobile Arbeit zu 100% sei nicht möglich, zumindest an einzelnen Tagen müsse eine Arbeit vor Ort erbracht werden. Es wäre Aufgabe des Beklagten gewesen, zumindest die Höhe der Altersrente zu ergründen. Die wirtschaftliche Belastung der Beigeladenen sei nicht ausreichend ermittelt worden.

49
Die Parteien wurden mit gerichtlichem Schreiben vom 31. März 2025 zu einer Entscheidung mittels Gerichtsbescheid angehört.

50
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird gemäß § 84 Abs. 1 Satz 3, § 117 Abs. 3 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Behördenakten verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

51
Über die Klagen kann ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid, der als Urteil wirkt, entschieden werden, weil die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist (§ 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Halbsatz 1 VwGO). Die Beteiligten wurden gemäß § 84 Abs. 1 Satz 2 VwGO zur Entscheidung durch Gerichtsbescheid gehört.

II.

52
Die zulässige Klage ist überwiegend begründet.

53
Die Versagung der Zustimmung zur Kündigung der Beigeladenen durch das Zentrum Bayern Familie und Soziales Region … – Inklusionsamt vom 30. November 2022 in der Fassung des Widerspruchsbescheides des bei diesem Amt angesiedelten Widerspruchsausschusses vom 3. Mai 2023 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die angefochtenen Bescheide sind daher aufzuheben. Der Beklagte ist gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts eine neue Entscheidung zu treffen. Im Übrigen war die Klage abzuweisen, da eine Ermessensreduktion auf Null nicht anzunehmen ist. Auch wenn eine Bescheidungsklage nicht ausdrücklich erhoben wurde, so ist der Bescheidungsantrag als Minus im Vornahmeantrag enthalten (Riese in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, § 113 VwGO Rn. 210).

54
1. Rechtsgrundlage für die erteilte Zustimmung ist § 174 Abs. 1 i.V.m. § 168 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX). Danach bedarf die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Die Beigeladene ist mit einem GdB von 50 ein schwerbehinderter Mensch im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX und genießt damit den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 168 ff. SGB IX.

55
2. Die formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung sind gegeben.

56
Der Beklagte ist das für den Sitz der Dienststelle zuständige Integrationsamt, § 174 Abs. 1 i.V.m. § 170 Abs. 1 SGB IX.

57
Vom Beklagten – als Integrationsamt – sind gemäß § 174 Abs. 1 i.V.m. § 170 Abs. 2 SGB IX eine Stellungnahme des Personalrates und der Schwerbehindertenvertretung eingeholt und die Beigeladene angehört worden.

58
Die Klägerin als Arbeitgeberin hat die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Beigeladenen auch innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 174 Abs. 2 SGB IX beantragt. Es wird insoweit Bezug genommen auf die Begründung des Bescheids durch das ZBSF vom 19. Dezember 2022, in welcher ausgeführt wird, dass durch die überwiegende Arbeitsunfähigkeit der Beigeladenen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit im Sinne eines Dauertatbestands auszugehen war, welcher in den letzten beiden Wochen vor der Kündigung angehalten hatte (vgl. zum Ganzen auch VG Gelsenkirchen, U.v. 22.1.2025 – 11 K 2880/20 – juris Rn. 37 ff.).

59
3. Über die Erteilung der Zustimmung zur Kündigung oder deren Versagung hat das Integrationsamt nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (§ 174 Abs. 1 i.V.m. §§ 171 ff. SGB IX) und dabei das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Fortbestand seines Arbeitsplatzes mit dem Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – juris Rn. 13; BayVGH, B.v. 12.8.2008 – 12 ZB 07.3029 – juris Rn. 8).

60
a) Die ermessenslenkende Norm des § 174 Abs. 4 SGB IX war vorliegend nicht einschlägig, sodass der Beklagte sein Ermessen frei auszuüben hatte. Der Beklagte hat vorliegend zu Recht angenommen, dass ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen war. Zahlreiche der von der Beigeladenen vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen standen in Zusammenhang mit der Behinderung der Beigeladenen. Auf die Stellungnahme des Leitenden Arztes des ZBFS vom 28. März 2023 wird diesbezüglich Bezug genommen. Der Zusammenhang wird von der Klägerseite auch nicht mehr in Frage gestellt.

61
b) Die Ermessensentscheidung unterliegt nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (§ 114 Satz 1 VwGO). Dem Gericht ist es versagt, die behördlichen Ermessenserwägungen durch eigene zu ersetzen. Es kann die Entscheidung nur auf Ermessensfehler hin überprüfen (vgl. zum Ganzen BayVGH, U.v. 31.1.2013 – 12 B 12.860 – juris Rn. 27 ff.), wobei maßgeblicher Zeitpunkt nicht die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung, sondern allenfalls der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ist (vgl. BVerwG, B.v. 10.11.2008 – 5 B 79.08 – juris Rn. 5). Die Prüfung erstreckt sich insbesondere auch darauf, ob die Behörde von einem ausreichend ermittelten und zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – juris Rn. 15), ob sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens beachtet (§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO) und von der ihr eingeräumten Entscheidungsbefugnis in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO).

62
Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Sonderkündigungsschutz den Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile schwerbehinderter Arbeitnehmer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt und mutet insoweit dem Arbeitgeber Einschränkungen in seiner Gestaltungsfreiheit zu (BayVGH, B.v. 12.8.2008 – 12 ZB 07.3029 – juris Rn. 8). Nach der Zwecksetzung des Sonderkündigungsschutzes gewinnt der Schwerbehindertenschutz gegenüber der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers an Gewicht, wenn die beabsichtigte Kündigung auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben, sodass insofern an die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen zu stellen sind (BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – juris Rn. 16). Entsprechend ist der Schutz umso geringer, je weniger ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Schwerbehinderung feststellbar ist (BayVGH, B.v. 12.8.2008 – 12 ZB 07.3029 – juris Rn. 8; U.v. 28.9.2010 – 12 B 10.1088 – juris Rn. 30).

63
Die Grenze des Zumutbaren ist für den Arbeitgeber jedenfalls dann erreicht, wenn eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten allen Grenzen wirtschaftlicher Vernunft widerspricht, insbesondere dem Arbeitgeber einseitig die Lohnzahlungspflicht auferlegt würde (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – juris Rn. 16). Demnach kommt auch die Zustimmung des Integrationsamtes regelmäßig nur dann in Betracht, wenn alle anderen Möglichkeiten für den Erhalt des Arbeitsplatzes zuvor untersucht und ausgeschöpft wurden (vgl. BayVGH, U.v. 31.1.2013 – 12 B 12.860 – juris Rn. 29 f.).

64
Sinn und Zweck des Zustimmungsverfahrens ist es nicht, eine zusätzliche, zweite Kontrolle der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der Kündigung zu schaffen (vgl. BayVGH, U.v. 28.9.2010 – 12 B 10.1088 – juris Rn. 30). Die §§ 168 ff. SGB IX sollen nach ihrer Regelungskonzeption erkennbar keinen umfassenden Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bieten (vgl. BVerwG, B.v. 11.5.2006 – 5 B 24.06 – juris Rn. 10). Bei der Entscheidung des Integrationsamtes, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen oder zu versagen, können vielmehr nur Erwägungen eine Rolle spielen, die sich speziell aus der Schwerbehindertenfürsorge herleiten. Rechtfertigen solche Erwägungen eine Versagung der Zustimmung nicht, so hat die behördliche Zustimmung dem Kündigenden diejenige Rechtsstellung zurückzugeben, die er hätte, wenn es keinen besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte gäbe (vgl. BVerwG, B.v. 19.8.2004 – 5 B 90.03 – juris Rn. 3, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – juris Rn. 18; B.v. 20.10.1994 – 5 B 19.94 – juris Rn. 2). Allerdings darf das Integrationsamt an einer offensichtlich unwirksamen Kündigung in dem Sinne, dass die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegt und sich dem Kündigenden geradezu aufdrängt, nicht mitwirken (vgl. BayVGH, B.v. 22.5.2012 – 12 ZB 11.1063 – juris Rn. 11 m.w.N.).

65
Die dem Integrationsamt in § 20 SGB X auferlegte Aufklärungspflicht gewinnt ihre Konturen und Reichweite aus dem materiellen Recht. Soweit ein Umstand materiell-rechtlich für die gebotene Interessenabwägung Bedeutung hat, unterliegt er der Aufklärungspflicht (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 – 5 C 24.93 – BVerwGE 99,336). Beruft sich der Arbeitgeber in seinem Antrag – wie hier – auf krankheitsbedingte Fehlzeiten, so hat das Integrationsamt die Richtigkeit dieser Angaben zu überprüfen und in seine Abwägung auch die Prognose über zukünftige Fehlzeiten mit einzubeziehen. Die Aufklärungspflicht wird verletzt, wenn das Integrationsamt sich lediglich damit begnügt, das Vorbringen des Arbeitgebers auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Bei krankheitsbedingten Kündigungen ist das Integrationsamt verpflichtet, Ursachen und

Folgen der Erkrankung aufzuklären. Dabei ist regelmäßig die Einholung eines ärztlichen Gutachtens erforderlich, weil weder der Schwerbehinderte noch das Integrationsamt selbst über die zur Beurteilung des eingeschränkten Leistungsvermögens erforderlichen medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen (VG München, U.v. 18.12.2014 – M 15 K 12.1048 – juris Rn. 39).

66
Die Verweigerung der Zustimmung des Beklagten zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses erweist sich als ermessensfehlerhaft, wenn sie nicht auf einer vollständigen Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts beruht. In einem solchen Fall ist die Verpflichtung des Gerichts, den Streitgegenstand spruchreif zu machen regelmäßig beschränkt (BayVGH, U.v. 31.1.2013 – 12 B 12.860 – juris Rn. 33). Bei einer personenbedingten Kündigung aus Krankheitsgründen hat das Integrationsamt u. a. zu prüfen, welche Fehlzeiten voraussichtlich in Zukunft auftreten werden, ob die zu erwartenden Fehlzeiten eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen bedeuten und ob dieses Beeinträchtigung dem Arbeitgeber zugemutet werden kann (VG München, U.v. 22.10.2009 – M 15 K 08.4343 – juris Rn. 32 unter Berufung auf BayVGH vom 12.6.1996, Az. 12 B 95.3309; Trenk-Hinterberger in Lachwitz/Schellhorn/Welti, Handkommentar zum SGB IX, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 17 zu § 88).

67
Die Schwerbehinderteneigenschaft sowie eine auf ihr beruhende Minderleistung stellt wegen des besonderen Schutzauftrags des Schwerbehindertenrechts in der Regel keinen wichtigen personenbedingten Kündigungsgrund dar. Krankheit ist als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB allerdings nicht grundsätzlich ungeeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt vor allem in den Fällen einer krankheitsbedingten dauernden Unfähigkeit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (BAG U.v. 27. 11. 2003 – 2 AZR 601/02 – juris Rn. 50 f.; BAG U.v. 12.4.2002 – 2 AZR 148/01 – BAGE 101, 39). Eine auf dauerhafte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit gestützte Kündigung verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung nach § 7 Abs. 1 AGG (BAG, U.v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13 – juris Rn. 60). Die Rechtsprechung ist bei der Bejahung eines entsprechenden Kündigungsgrundes allerdings zu Recht äußerst zurückhaltend und hat angenommen, dass eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit erst dann angenommen werden kann, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer Genesung nicht gerechnet werden kann. Einen Zeitraum von bis zu 24 Monaten kann der Arbeitgeber dagegen typischerweise ohne Schwierigkeiten durch Einstellung einer Ersatzkraft mit einem zeitbefristeten Arbeitsverhältnis überbrücken (BAG U.v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14 – juris Rz 18; BAG U.v. 29.4.1999 – 2 AZR 431/98 – BAGE 91, 271 – juris Rz 36). Fristlose Kündigungen kommen in entsprechenden Fällen allerdings nicht in Betracht. Es ist dem Arbeitgeber regelmäßig zuzumuten, die Kündigungsfristen einzuhalten. Eine außerordentliche Kündigung ist nur möglich, wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist (vgl. BAG U.v. 20.3.2014 – 2 AZR 288/13 – juris Rz 17). Dann hat der Arbeitgeber jedoch eine der ordentlichen Kündigung entsprechende Auslauffrist einzuhalten (BAG U.v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18 – BAG 162, 327 – juris Rz 16). (Tobias Mushoff in: Hauck/Noftz SGB IX, 1. EL 2025, § 174 SGB IX 2018, Rn. 20).

68
c) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Beklagte die streitgegenständliche Entscheidung, die Zustimmung zur Kündigung nicht zu erteilen, nicht ermessensfehlerfrei ausgeübt.

69
Vorliegend ist die Beigeladene unstreitig nach dem einschlägigen Tarifvertrag nicht ordentlich kündbar – eine außerordentliche Kündigung aus Krankheitsgründen ist somit unter strengen Voraussetzungen möglich.

70
aa) Der Beklagte ist seiner Aufklärungspflicht aus § 20 SGB X hinsichtlich des Gesundheitszustandes der Beigeladenen und deren künftiger Krankheitszeiten nicht ausreichend nachgekommen, weshalb das Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt worden ist. Nach oben genannter Rechtsprechung kann die Kammer die Sache nicht spruchreif machen, weshalb eine Ermessensreduktion auf Null nicht anzunehmen ist.

71
Das Ermittlungsdefizit ergibt sich aus Folgendem:

72
Laut Aufstellung der …krankenkasse vom 2. März 2023 haben folgende Ärzte eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt, die nicht von der Behörde angeschrieben wurden:

Dr. …: AU seit 12. September 2022 rezidivierende depressive Störung;

Dr. …: AU vom 31. Januar 2022 bis 11. Februar 2022 Bronchitis und vom 4. November 2021 bis 5. November 2021 Migräne;

…-Institut für Psychiatrie: vom 16. Juni bis 18. Juni 2021 schwere depressive Episode (jedoch Vorlage des Entlassberichts vom 23. Juni 2021, Blatt 122 der Behördenakte);

… Klinik …: 12. Januar 2021 vollstationär Tendinitis calcarea;

…: AU 12. August 2019 bis 14. August 2019, 7. August 2019 bis 8. August 2019 Migräne.

73
Der Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht, die im Rahmen des Widerspruchsverfahren eingeholt wurde (Blatt 320 ff. der Behördenakte), sind zudem noch folgende Ärzte zu entnehmen:

Dr. … (Allgemeinmedizin)

… Krankenhaus … (Orthopädisches Gelenkzentrum)

Dr. …Dr. … (Angiologie)

Dr. … (Anästhesiologie)

Dr. … (Gynäkologie)

Dr. … (Psychiatrie).

74
Hinsichtlich der Behandlung durch letztere legte die Beigeladene ein Ärztliches Attest vom 16. Februar 2023 vor, wonach mit der Beigeladenen die Möglichkeit einer Reha-Maßnahme besprochen worden sei.

75
In der Versorgungsärztlichen Stellungnahme vom 28. März 2023 wird ausgeführt, dass die Fehlzeiten vor allem auf psychischen Gesundheitsstörungen beruhen würden. Auf Grund der Intensivierung der Behandlung mit einer psychosomatischen Reha-Maßnahme in einer entsprechenden Fachklinik sei in Zukunft mit einer Reduzierung der Fehlzeiten zu rechnen. Auf welcher Grundlage diese Einschätzung beruht, kann anhand des nur knappen Attests von Frau Dr. … nicht beurteilt werden, eine Nachfrage bei der Ärztin unterblieb. Insbesondere wurde nicht abgefragt, wie hoch die Therapiebereitschaft der Beigeladenen tatsächlich eingestuft werden muss. Eine ähnliche Nachfrage unterblieb auch hinsichtlich der behandelnden Ärztin … (Blatt 243 der Behördenakte, wohl als Arzt 1 im Widerspruchsbescheid bezeichnet). Diese ging davon aus, dass eine Tätigkeit als Gesellschaftsärztin möglich sei, „sobald medikamentöse Optimierung und dauerhafter stabiler Zustand erreicht wurde“ – eine Nachfrage, wann damit zu rechnen ist und ob eine Therapietreue anzunehmen ist, unterblieb. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des Aktenvermerks vom 18. November 2022 (Blatt 23 der Behördenakte) problematisch, wonach die Beigeladene gegenüber dem ZBFS erklärt hatte, dass sie aktuell ihre Antidepressiva nicht einnehme. Soweit der Widerspruchsbescheid darauf Bezug nimmt, dass „Arzt 2“ eine gute Therapietreue bestätigt habe, kann zum einen nicht erkannt werden, um welchen Arzt und welche Stellungnahme es sich hierbei handeln soll. Soweit damit die Stellungnahme von Dr. med. … gemeint sein soll, dass Duloxetin und Sertralin zuverlässig und selbständig eingenommen werden, ist auszuführen, dass diesem nach seiner Stellungnahme der aktuelle Gesundheitszustand nicht bekannt war und er nicht beurteilen konnte, inwieweit in Zukunft mit Fehlzeiten zu rechnen ist. Zudem steht die Bestätigung der zuverlässigen Einnahme gerade in Kontrast zum Aktenvermerk des ZBFS und dem Schreiben des Arztes der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie des …-Instituts für Psychiatrie vom 23. Juni 2021 (Blatt 122 der Behördenakte), wonach sich die Beigeladene hinsichtlich der Therapiemotivation auf Station ambivalent gezeigt habe (es findet sich auch der Hinweis, dass die Beigeladene weiterhin behandlungsbedürftig sei und gegen ärztlichen Rat in die ambulante Behandlung entlassen wurde, was zudem die Frage der Therapietreue im Hinblick auf die Durchführung einer Reha-Maßnahme aufwirft). Bis wann mit einer Wiederaufnahme der Tätigkeit gerechnet

werden kann, war der Stellungnahme von Dr. … nicht zu entnehmen (Wortlaut: „keine Absehbarkeit des Zeitpunkts der Wiederaufnahme“, „derzeit nicht absehbar“). Worauf sich die Erkenntnis der sich allein auf die Akten stützende versorgungsärztlichen Stellungnahme stützt, dass eine „Reduzierung der Fehlzeiten sehr wahrscheinlich“ ist, kann nicht nachvollzogen werden.

76
Die versorgungsärztliche Stellungnahme ist auch insofern zu beanstanden, als von „einzelnen Fehlzeiten“ gesprochen wird, die nach kurzer Zeit wieder abklangen und dass „Auf Grund der vorliegenden Unterlagen nicht mit weiteren Erkrankungen zu rechnen ist“. Dies berücksichtigt nicht, dass die „einzelnen Fehlzeiten“ vorliegend erheblich waren. Laut Bescheinigung der … Krankenkasse vom 2. März 2023 betraf dies folgende Fehlzeiten:

- 2. August 2022 bis 26. August 2022 – 25. Juli 2022 bis 29. Juli 2022 – 18. Juli bis 22. Juli 2022 – 13. Juni bis 15. Juli 2022 – 30. Mai 2022 bis 10. Juni 2022 – 16. Mai 2022 bis 20. Mai 2022 – 19. April 2022 bis 29. April 2022 – 13. März 2022 bis 28. März 2022 – 31. Januar 2022 bis 11. Februar 2022 – 24. Januar 2022 bis 18. Januar 2022 – 10. Januar 202 bis 14. Januar 2022 (um nur die Erkrankungen im Jahr 2022 zu nennen).

77
Die Argumentation, dass eine positive Prognose anzunehmen sei, da es sich hinsichtlich einiger Erkrankungen um Infekte handelte, die nach kurzer Zeit wieder abklangen, erschließt sich ebenfalls nicht, nachdem immer wieder ähnliche Infekte auftraten. Worauf sich die Annahme stützt, dass eine Wiederholung nicht zu befürchten sei, erschließt sich nicht. Den ärztlichen Stellungnahmen, die seitens des ZBFS eingeholt wurden, ist größtenteils zu entnehmen, dass nicht beurteilbar sei, ob die Beigeladene in der Lage ist, die Tätigkeit ohne erhebliche Fehlzeiten zu erbringen:

78
Dr. … behandelte die Klägerin seit 14. Januar 2020, letztmalig am 17. Januar 2022 (Eingang am 1. Dezember 2022 beim ZBFS). Es sei in Zukunft mit Fehlzeiten zu rechnen, es sei eine psychosomatische Reha durchzuführen, es sei dann davon auszugehen, dass sich die Fehlzeiten verbessern würden. Eine stufenweise Wiedereingliederung sei nach einer Rehabilitation möglich. Das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen einer Rente müsse nach einer psychosomatischen Rehabilitation geprüft werden.

79
Frau …: im Wesentlichen keine Beurteilung möglich.

80
Dr. med. …: nur zwei Visiten, zum aktuellen Gesundheitszustand keine Angabe möglich.

81
Dr. med. … (Behandlung seit 2018, letzte Behandlung 18. Oktober 2022): geht grundsätzlich von der Arbeitsfähigkeit aus, kann allerdings nicht beurteilen, ob es in Zukunft mit Fehlzeiten im Umfang der letzten Jahre zu rechnen ist.

82
Dr. med. … (Behandlung vom 14. Februar 2022 bis 31. Oktober 2022): es lägen keine Untersuchungsergebnisse von mitbehandelnden Ärzten vor, sie habe keine Kenntnisse über frühere Fehlzeiten, über aktuellen Fehlzeiten sei sie nicht informiert, Frage der stufenweisen Eingliederung bzw. Herstellung der vollen Arbeitsfähigkeit könne nicht beurteilt werden, da von der Ärztin keine aktuelle Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei.

83
Dr. …: Es sei nicht abzusehen, ob mit Fehlzeiten in Zukunft zu rechnen sei. Derzeit liege keine AU vor, daher sofort (eine Antwort auf Frage, wann ohne weitere medizinische Maßnahmen mit einer vollen Arbeitsfähigkeit zu rechnen sei).

84
Dr. med. … (Behandlung seit 14. März 2022 bis 25. Oktober 2022): künftige Fehlzeiten: nicht beurteilbar.

85
Dr. … (Behandlung vom 27. Oktober 2020 bis 24. Oktober 2022): künftige Fehlzeiten: nicht bekannt.

86
bb) Außerdem lässt die angefochtene Entscheidung des Beklagten die erforderliche Abwägung der Interessen der Klägerin als Arbeitgeberin der Beigeladenen vermissen.

87
Die Kammer nimmt Bezug auf folgende Erwägungen des VG München (U.v. 22.10.2009 – M 15 K 08.4343 – juris Rn 57 ff.):

„Zwar sind die Grenzen dessen, was einem Arbeitgeber zuzumuten ist, dann besonders hoch, wenn die Kündigung aus Gründen erfolgen soll, die – wie hier – in der Behinderung selbst ihre Ursache haben. Danach kann der Arbeitgeber ausnahmsweise sogar verpflichtet sein, den schwerbehinderten Arbeitnehmer „durchzuschleppen“. Allerdings findet das seine Grenze dort, wo eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten allen Grenzen wirtschaftlicher Vernunft widersprechen würde. Dies wäre beispielsweise anzunehmen, wenn die Gesundheitsprognose negativ wäre. Ob dies der Fall ist, wird der Beklagte noch zu ermitteln haben (vgl. 2.1).

Aber selbst ausgehend vom Standpunkt des Beklagten, die Krankheitszeiten des Beigeladenen könnten sich künftig reduzieren, hätte der Beklagte die Interessen des Beigeladenen am Erhalt seines Arbeitsplatzes mit den unternehmerischen Interessen des Klägers abwägen müssen.

Der Kläger hat eine Störung des Betriebsfriedens durch die hohen Krankheitszeiten des Beigeladenen geltend gemacht (…).

Ferner hat sich der Kläger darauf berufen, dass die Lohnfortzahlung ein unzumutbares Ausmaß erreicht habe und hierzu substantiierte Angaben gemacht. Deshalb wäre zu prüfen gewesen, ob eine Weiterbeschäftigung des Beigeladenen dem Kläger wirtschaftlich noch zumutbar ist, obwohl dem Beigeladenen bereits 2002 auf seinen Wunsch hin ein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wurde und er im Jahr 2004 einen ihm angebotenen Arbeitsplatz in der Zentralsterilisation abgelehnt hat.“

88
Ähnliche Erwägungen finden sich in dem Urteil des VG München vom 22.9.2011 – M 15 K 10.4594 – juris.

89
Weder im Ausgangs- noch im Widerspruchsbescheid wurde darauf eingegangen, dass die Beigeladene einer Nebentätigkeit als Gutachterin nachgeht und inwieweit sich ein Antrag auf Frühpensionierung nach § 35 Nr. 2 der Satzung der Ärzteversorgung (Vollendung des 60. Lebensjahres und Antrag auf vorgezogenes Altersruhegeld) auswirken würde. Hier hat sich der Beklagte mit der Stellungnahme der Bevollmächtigten der Beigeladenen im Schreiben vom 15. Februar 2023 begnügt, dass „eine ausreichende soziale Absicherung“ nicht besteht. Im Widerspruchsbescheid finden sich weder konkrete Ausführungen hinsichtlich der Höhe des Verlusts für die Beigeladene noch wurde der Frage nachgegangen, inwieweit darüber hinaus eine soziale Absicherung der Beigeladenen erforderlich ist.

90
Weiter ist der Beklagte der Frage nicht nachgegangen, inwieweit Belastungen auf Arbeitgeberseite bestehen, die über die Lohnfortzahlung hinausgehen. Hier sollen nach Ausführungen im Widerspruchsbescheid nur Urlaubsansprüche im Raum stehen. Tatsächlich hat die Klägerin aber – das wurde durch den Beklagten nicht ausdrücklich in Abrede gestellt – ausgeführt, dass sie nicht nur die gesetzliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall schulde, sondern darüber hinaus aufgrund tariflicher Regelung nach Ende der Entgeltfortzahlung einen Zuschuss zum Krankengeld (§ 21 Ziffer 2 MTV Privates Versicherungsgewerbe). Dieser werde so berechnet, dass er zusammen mit dem Krankengeld den Nettobetrag aus 90% der Durchschnittsbezüge der letzten 12 Monate (höchstens des Betrages der jeweiligen monatlichen Krankenversicherungspflichtgrenze) ergibt. Aufgrund der Dauer der Betriebszugehörigkeit bestehe der Anspruch für die Dauer von insgesamt 33 Wochen. Allein hierfür habe die Klägerin nach Ablauf der Entgeltfortzahlung monatlich 803,63 EUR aufgewendet. Des Weiteren zahle die Klägerin trotz des Endes der Entgeltfortzahlung wegen der tariflichen Regelung in § 3 Abs. 4 MTV privates Versicherungsgewerbe weiterhin einen monatlichen Zuschuss zur privaten Rentenversicherung. Hierfür fielen monatlich 678,90 EUR an. Außerdem leiste die Klägerin wegen § 1a Abs. 1a BetrAVG einen Arbeitgeberzuschuss zur betrieblichen Altersversorgung (AKV) in Form der Entgeltumwandlung in Höhe von 48,85 EUR monatlich. Insgesamt beliefen sich die monatlichen Zuschüsse nach Ablauf der Entgeltfortzahlung bis zum Ablauf der 39. Woche nach Beginn der AU auf 1.525.38 EUR monatlich (der

Betrag ist in den Angaben der Gesamtkosten für 2022 bereits enthalten, fiel aber in 2023 bis über den hier maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt 3.5.23 hinaus monatlich weiter an).

91
cc) Auch die Frage der Durchführung einer Präventionsmaßnahme nach § 167 Abs. 1 SGB IX wurde unzutreffend durch den Beklagten gewürdigt. Es wird auf folgende Ausführungen des Saarländischen OVG im Beschluss vom 15.7.2021 – 2 A 42/21 – juris Rn. 16 Bezug genommen:

„Der Kläger macht geltend, die Nichtdurchführung einer Präventionsmaßnahme (§ 167 Abs. 1 SGB IX) hätte im Rahmen der Entscheidung Berücksichtigung finden müssen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Durchführung eines solchen Verfahrens keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungserklärung zur Kündigung. Vielmehr „kann“ das Inklusionsamt diesen Umstand bei seiner Ermessensentscheidung zu Lasten des Arbeitgebers berücksichtigen. Das setzt aber voraus, dass zum einen die Voraussetzungen nach § 171 Abs. 1 SGB IX hier gegeben waren und dass zum anderen absehbar war, dass bei Durchführung des Präventionsverfahrens eine Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden. Das Unterlassen von Präventionsmaßnahmen kann das Ergebnis der Entscheidung über die Zustimmung daher nur dann durchgreifend in Frage stellen, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass das Ergreifen der Maßnahmen im konkreten Fall die Kündigung als „ultima ratio“ hätte verhindern können, was insbesondere mit Blick auf den § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO im Berufungszulassungsverfahren eine substantiierte Darlegung der im konkreten Fall gebotenen und zumutbaren einzelnen Präventionsmaßnahmen und ihrer Auswirkungen auf die Aufrechterhaltung der Beschäftigung des Schwerbehinderten im jeweiligen Betrieb erfordert.“

92
Inwiefern vorliegend eine Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung durch ein Präventionsverfahren zu vermeiden, ist nicht ersichtlich. Die Beigeladene war seit dem 16. Dezember 2021 mit Ausnahme der drei Urlaube ununterbrochen im Jahr 2022 arbeitsunfähig krank gewesen. Die Schwerbehinderung wurde der Klägerin nach deren unwidersprochenem Vortrag erst am 11. Oktober 2021 mitgeteilt. Die Klägerin konnte zu diesem Zeitpunkt nicht wissen, dass ab dem 16. Dezember 2021 eine nur durch Urlaube unterbrochene dauerhafte Arbeitsunfähigkeit der Beigeladenen bestehen würde. Die Klägerin hat zumindest versucht, ein BEM durchzuführen. Laut Angabe des Betriebsratsvorsitzenden der Klägerin (E-Mail vom 23. November 2022 (Behördenakte Blatt 174)) wurde seit Beginn des Jahres 2022 versucht, ein BEM durchzuführen. Dazu sei es aber auf Grund der durchgehenden Erkrankung der Beigeladenen (seit Dezember 2021) nicht gekommen. Inwiefern, ohne die krankheitsabwesende Beigeladene, Maßnahmen eines Präventionsverfahrens über ein BEM hinaus im konkreten Fall erfolgsversprechende Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt hätten, wurde weder im streitgegenständlichen Bescheid noch im Widerspruchsbescheid ausgeführt. Die im Widerspruchsbescheid aufgelisteten Maßnahmen wie „medizinische oder berufliche Rehabilitation, Selbsthilfegruppe oder Sozialberatung“ bedürfen ebenfalls einer Mitwirkung durch die Beigeladene. Diese Mitwirkung war der Beigeladenen aber auf Grund von Krankheiten nicht möglich.

III.

93
Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Das Gericht bewertet das Unterliegen, da nur ein Bescheidungsurteil ergeht, mit 1/5 (vgl. Wöckel in Eyermann, VwGO, 16. Auflage 2022, § 155 Rn. 3: ein Unterliegen, wenn nur ein Bescheidungsurteil ergeht, wird in der Praxis mit 1/3 bis 1/10 bewertet). Die Entscheidung über die Kosten der Beigeladenen folgt aus § 162 Abs. 3 VwGO. Ein eigener Antrag wurde nicht gestellt, im Schreiben vom 2. November 2023 wurde nur die Ansicht vertreten, die Klage sei abzuweisen, ohne aber einen ausdrücklichen Antrag zu stellen. Die Gerichtskostenfreiheit ergibt sich aus § 188 Satz 2 VwGO.

94
Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO, §§ 708 ff. ZPO.