
Datum: 21.02.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 Sa 897/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0221.17SA897.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 3 Ca 40/10
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 9 AZR 276/12
Schlagworte: Dienstordnungsangestellter – Begrenzung der regelmäßigen Arbeitszeit auf 50 % wegen begrenzter Dienstfähigkeit des Angestellten – Beteiligungsrechte des Personalrats

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 15.04.2011 – 3 Ca 40/10 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 16.12.2009 mit Wirkung ab dem 01.01.2010 angeordnete Kürzung der Arbeitszeit auf die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit und die entsprechende Kürzung der Vergütung unwirksam sind.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte im Hinblick auf eine begrenzte Dienstfähigkeit des Klägers zu Recht seine Arbeitszeit auf die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit herabsetzte.

2

3

Der am 20.10.1960 geborene, verheiratete Kläger war bei der Beklagten mit einer anrechenbaren Dienstzeit seit dem 19.07.1984 beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis liegen Dienstverträge vom 24.09.1984 und 01.02.1988 (Bl. 4, 5 d.A.) zugrunde. Gemäß § 1 des Dienstvertrags vom 24.09.1984 wurde der Kläger der Dienstordnung für die Angestellten der Allgemeinen Ortskrankenkasse M1 – L1 – unterstellt. Mit der Vereinbarung vom 01.02.1988 wurde der Kläger in ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit übernommen.

Die Arbeitsverhältnisse der Dienstordnungsangestellten bestimmen sich nach der Dienstordnung der Beklagten vom 23.03.2000 (Bl. 147 bis 163 d.A.). Nach § 15 der Dienstordnung stehen Angestellte auf Lebenszeit in einem Dienstverhältnis, das dem eines Landesbeamten auf Lebenszeit entspricht. 4

§ 18 der Dienstordnung lautet auszugsweise wie folgt: 5

(1) Soweit nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift oder in dieser Dienstordnung etwas anderes bestimmt ist, gelten für die Angestellten und die Versorgungsempfänger entsprechend oder sinngemäß die jeweiligen Vorschriften für Landesbeamte über ... 6

b) Eintritt und Versetzung in den Ruhestand und in den einstweiligen Ruhestand sowie die erneute Berufung in das Beamtenverhältnis, ... 7

(2) Bei der entsprechenden oder sinngemäßen Anwendung beamtenrechtlicher, besoldungsrechtlicher oder versorgungsrechtlicher Vorschriften steht die Tätigkeit bei einer Betriebskrankenkasse der Tätigkeit im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn gleich. 8

Nach § 23 der Dienstordnung ist der Vorstand zuständig, soweit in beamtenrechtlichen Vorschriften, auf die die Dienstordnung verweist, die Zuständigkeit für dienstrechtliche Entscheidungen besonders geregelt ist. 9

Nach § 24 c der Dienstordnung endet der Arbeitsverhältnis durch Eintritt oder Versetzung in den Ruhestand. 10

Der Kläger war seit dem 29.09.2008 durchgehend dienstunfähig. 11

Mit Schreiben vom 07.07.2009 (Bl. 7, 8 d.A.) empfahl die Amtsärztin D1. L2 den Einsatz des Klägers nach Ende der Dienstunfähigkeit mit 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit wegen seiner begrenzten Dienstfähigkeit, sollte es nicht in absehbarer Zeit zu einer Wiedereingliederung kommen. 12

Mit Schreiben vom 21.10.2009 (Bl. 9 d.A.) führte sie aus: 13

Aufgrund der aktuellen Untersuchungen kann zusammenfassend festgestellt werden, dass bei der vorliegenden Erkrankung Einschränkungen in der Leistungsfähigkeit bestehen. Da es sich um eine langjährige chronische Erkrankung handelt und Risikofaktoren zwischenzeitlich erfolgreich minimiert wurden, ist davon auszugehen, dass nach meiner Einschätzung weiterhin Teildienstfähigkeit erhalten ist. Ich beurteile die Dienstfähigkeit für 50 % der regulären Arbeitszeit mit der Gewährung einer verlängerten Erholungspause von 30 min. bis 60 min. während dieser Zeit als gegeben. Des Weiteren schätze ich die Leistungsfähigkeit weiterhin so ein, dass eine kurzfristige Wiederaufnahme der Tätigkeit im Rahmen einer Wiedereingliederungsmaßnahme wie vorbeschrieben durchgeführt werden kann. Sollte aus Ihrer Sicht aufgrund des Verlaufes eine Nachuntersuchung erforderlich sein, kann diese jederzeit kurzfristig durchgeführt werden, ansonsten bitte ich bei Fragen um Rücksprache. 14

Im November 2009 teilte die Beklagte dem Kläger ihre Absicht mit, seine regelmäßige Arbeitszeit im Hinblick auf eine begrenzte Dienstfähigkeit auf 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit zu begrenzen.

Der Kläger erhob daraufhin Einwendungen, die die Beklagte mit Schreiben vom 16.12.2009 (Bl. 10, 11 d.A.) beantwortete, indem sie ausführte, sie gehe von einer begrenzten Dienstfähigkeit im Umfange von 50 % aus und werde mit Wirkung zum 01.01.2010 die begrenzte Dienstfähigkeit feststellen und seine Arbeitszeit auf die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit herabsetzen. 16

Mit weiterem Schreiben vom 16.12.2009 stellte die Beklagte die auf 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit begrenzte Dienstfähigkeit des Klägers mit Wirkung zum 01.01.2010 fest. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird auf das im Kammertermin von dem Kläger vorgelegte Original (Bl. 199 d.A.) Bezug genommen. 17

Mit Schreiben vom 28.12.2009 (Bl. 198 d.A.) teilte die Beklagte dem Kläger zu Händen seines Prozessbevollmächtigten mit, dass ihr Vorstand mit Verfügung vom 16.12.2009 seine begrenzte Dienstfähigkeit festgestellt habe. Die Regionaldirektion H2 werde dem Kläger eine entsprechende Mitteilung zeitgerecht überreichen. 18

Im Oktober 2009 erzielte der Kläger ausweislich der Abrechnung vom 23.09.2009 (Bl. 197 d.A.) eine Bruttomonatsvergütung von 3.514,83 € bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 41 Wochenstunden. Im Juni 2010 betrug seine Vergütung ausweislich der Abrechnung vom 20.05.2010 (Bl. 196 d.A.) bei einer Arbeitszeit von 20,5 Wochenstunden 2.050,95 €. 19

In der Zeit vom 30.11.2010 bis zum 12.01.2011 befand sich der Kläger in klinischer Behandlung insbesondere wegen eines zunehmenden Ohrendrucks und eines beiderseitigen Tinnitus. 20

Auf Antrag der Beklagten vom 13.09.2011 wurde der Kläger am 07.10.2011 amtsärztlich auf seine Dienstfähigkeit untersucht. Mit Schreiben vom 25.10.2011 (Bl. 182 bis 184 d.A.) teilte die Amtsärztin D1. T1 der Beklagten mit, der Kläger sei derzeit nicht in der Lage, in seinem Aufgabenbereich uneingeschränkt Dienst zu verrichten; mit einer Wiederherstellung der uneingeschränkten Dienstfähigkeit innerhalb der nächsten sechs Monate sei nicht zu rechnen; die Wiederherstellung sei auch innerhalb eines längeren Zeitraumes nicht wahrscheinlich. Sie hielt den Kläger für auf Dauer nicht mehr in der Lage, die Dienstpflichten in seinem Aufgabenbereich zu erfüllen. 21

Mit Schreiben vom 02.12.2011 (Bl. 203 d.A.) versetzte die Beklagte den Kläger aufgrund seines Antrags vom 10.08.2011 wegen dauernder Dienstunfähigkeit mit Ablauf des 31.12.2011 in den einstweiligen Ruhestand. 22

Mit seiner am 11.01.2010 bei dem Arbeitsgericht Minden eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Herabsetzung seiner Arbeitszeit auf 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit. 23

Nachdem er zunächst die Auffassung vertreten hatte, mit einer Wiederherstellung seiner vollen Arbeitsfähigkeit könne gerechnet werden, hat er zuletzt vorgetragen, es bestehe seit dem 01.01.2010 eine völlige Dienstunfähigkeit. 24

Er sei lediglich bereit, medizinische Unterlagen wie den Entlassungsbericht der H3-Klinik vom 13.01.2011 einem medizinischen Sachverständigen vorzulegen. 25

Der Kläger hat die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des bei der Beklagten unstreitig bestehen Personalrats gerügt.

Er hat beantragt 27

festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 16.12.2009 mit Wirkung ab dem 01.01.2010 angeordnete Kürzung der Arbeitszeit und die Kürzung der Vergütung auf die Hälfte unwirksam ist; 28

hilfsweise, 29

den Bescheid der Beklagten vom 16.12.2009, wonach angeordnet worden ist, mit Wirkung ab dem 01.01.2010 die Arbeitszeit und die Vergütung auf die Hälfte zu verkürzen, aufzuheben. 30

Die Beklagte hat beantragt, 31

die Klage abzuweisen. 32

Sie hat die Auffassung vertreten, die Herabsetzung der Arbeitszeit und der Vergütung zum 01.01.2010 rechtfertige sich aus § 18 Abs. 1 der Dienstordnung in Verbindung mit § 27 BeamStG. 33

Wenn der Kläger selbst eine hundertprozentige Dienstfähigkeit einräume, so sei ihre Entscheidung, von einer fünfzigprozentigen Dienstfähigkeit auszugehen, jedenfalls zutreffend gewesen. 34

Mit Urteil vom 15.04.2011 hat das Arbeitsgericht Minden die Klage abgewiesen. 35

Es hat ausgeführt: 36

Die angeordnete Kürzung der Arbeitszeit und der klägerischen Vergütung sei gemäß § 27 BeamStG wirksam erfolgt. 37

Die Vorschrift finde auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. 38

Bei dem Kläger liege eine begrenzte Dienstfähigkeit vor. Er könne die ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nach den Stellungnahmen der Amtsärztin D1. L2 vom 07.07.2009, 21.10.2009 und 12.08.2010 nicht mehr vollständig erfüllen. 39

Bezüglich einer hundertprozentigen Dienstfähigkeit sei der Kläger als beweisbelastete Partei beweisfällig geblieben. Die Kammer habe ein Sachverständigengutachten nicht einholen müssen, da sich der Kläger geweigert habe, die nach seinem Vortrag entscheidenden ärztlichen Unterlagen zu seiner Dienstfähigkeit dem Gericht vorzulegen. Die Zurverfügungstellung von Unterlagen nur einem medizinischen Sachverständigen ermögliche weder der Beklagten noch dem Gericht die Nachvollziehbarkeit des klägerischen Vortrags. 40

Im Hinblick auf die der Beklagten nach § 27 BeamStG eingeräumte rechtliche Befugnis sei der Ausspruch einer Änderungskündigung nicht erforderlich. 41

Nach Überzeugung der Kammer bestünden Bedenken bezüglich der Wirksamkeit der Maßnahme auch nicht im Hinblick auf Beteiligungsrechte des Personalrats. 42

43

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Blatt 99 bis 105 d.A. Bezug genommen.

Gegen das ihm am 06.05.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 01.06.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese am 06.07.2011 eingehend begründet. 44

Er rügt das erstinstanzliche Urteil als fehlerhaft und führt aus: 45

Zu Unrecht habe ihm das erstinstanzliche Gericht die Vorlage des Entlassungsberichtes der H4 sowie des Attestes D1. W2-M2 abverlangt. Das erstinstanzliche Gericht hätte seinen Beweisanträgen zu seiner Behauptung, er sei ab dem 01.01.2010 in vollem Umfang dienstunfähig gewesen, auch ohne Vorlage der ärztlichen Unterlagen nachgehen müssen. 46

Das erstinstanzliche Gericht habe auch verkannt, dass die Beklagte gemäß § 73 Nr. 2 LPVG NRW und § 74 LPVG NRW den Personalrat hätte beteiligen müssen. Zur Mitwirkung des Personalrates habe die Beklagte nichts vorgetragen. 47

Das Arbeitsgericht habe auch verkannt, dass nach § 106 LBG NRW Verfügungen oder Entscheidungen, die dem Beamten nach dem LBG NRW mitzuteilen seien, zuzustellen seien, wenn durch sie eine Frist in Lauf gesetzt oder Rechte des Beamten berührt würden. Eine förmliche Zustellung des Schreibens der Beklagten vom 16.12.2009 sei nicht erfolgt. 48

Die Zustellungsmängel seien auch nicht nach § 8 LZG NRW geheilt. Die Beklagte habe nämlich ausweislich ihres Schreibens vom 28.12.2009 hinsichtlich ihres Schreibens vom 16.12.2009 keinen Zustellungswillen gehabt. 49

Das an ihn persönlich adressierte Schreiben der Beklagten vom 16.12.2009 habe er wohl am 29.12.2009 in seinem Briefkasten vorgefunden. Am 21.12.2009 habe er das an seinen Prozessbevollmächtigten gerichtete Schreiben der Beklagten vom 16.12.2009 empfangen. 50

Aufgrund der ärztlichen Stellungnahme der Amtsärztin D1. T1 vom 25.10.2011 stehe inzwischen fest, dass er dauerhaft dienstunfähig sei. Die Amtsärztin beziehe sich auf Unterlagen aus dem Jahre 2009. Daraus folge, dass im streitgegenständlichen Zeitraum Ende 2009/Anfang 2010 eine vollständige Dienstunfähigkeit bestanden habe. 51

Der Kläger beantragt, 52

unter Abänderung des am 15.04.2011 verkündeten und am 06.05.2011 zugestellten Urteils des Arbeitsgerichts Minden (Az.: 3 Ca 40/10) festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 16.12.2009 mit Wirkung ab dem 01.01.2010 angeordnete Kürzung der Arbeitszeit und die Kürzung der Vergütung auf die Hälfte unwirksam ist, 53

hilfsweise, 54

unter Abänderung des am 15.04.2011 verkündeten und am 06.05.2011 zugestellten Urteils des Arbeitsgerichts Minden (Az.: 3 Ca 40/10) den Bescheid der Beklagten vom 16.12.2009 aufzuheben, wonach angeordnet worden ist, mit Wirkung ab dem 01.01.2010 die Arbeitszeit und die Vergütung auf die Hälfte zu kürzen. 55

Die Beklagte beantragt, 56

die Berufung zurückzuweisen. 57

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt aus:	58
Ihr Schreiben vom 16.12.2009 sei dem Kläger am 29.12.2009 per Boten durch Einwurf in seinen Briefkasten übermittelt worden. Unabhängig von der Frage, ob § 106 LBG NRW auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finde, müsse der Kläger die Zustellung durch die Behörde selbst gegen sich gelten lassen.	59
Der Kläger sei im streitgegenständlichen Zeitraum begrenzt dienstunfähig gewesen. Maßgeblich seien die ihm im Entscheidungszeitpunkt vorliegenden ärztlichen Gutachten. Dabei hätten die amtsärztlichen Feststellungen Vorrang.	60
Der Personalrat sei nicht zu beteiligen gewesen. § 74 Abs. 3 LPVG NRW setze einen Antrag des Beamten voraus. Einen solchen Antrag habe der Kläger nicht gestellt.	61
Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 16.01.2012 hat die Beklagte ihren Rechtsstandpunkt zur Beteiligung des Personalrates nach § 73 Nr. 2 LPVG NRW vertieft.	62
Am 06.02.2012 hat die Kammer über die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beraten und beschlossen, sie nicht wiederzueröffnen.	63
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.	64
Entscheidungsgründe	65
A.	66
Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO an sich statthafte und form- sowie fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden ist begründet.	67
I.	68
1. Der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Herabsetzung der Arbeitszeit und der Vergütung ab dem 01.01.2010 gerichtete Hauptantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Die Feststellungsklage kann auf einzelne Beziehungen oder Rechtsfolgen aus dem Rechtsverhältnis beschränkt werden. Streiten die Parteien darüber, ob der Arbeitgeber hier aufgrund gesetzlicher Vorschriften eine Änderung der Arbeitsbedingungen herbeiführen kann, kann der Arbeitnehmer dies im Wege der Feststellungsklage klären lassen (BAG 12.01.2005 – 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140).	69
Dem Feststellungsinteresse des Klägers steht nicht entgegen, dass er selbst behauptet, bereits im Dezember 2009 zu 100 % dienstunfähig gewesen zu sein. In diesem Fall hätte die Beklagte ihn gemäß §§ 15, 18 der Dienstordnung in Verbindung mit § 34 LBG NRW wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzen müssen.	70
Sein Feststellungsinteresse ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil ihn die Beklagte mit Wirkung zum 01.01.2012 auf seinen Antrag in den Ruhestand versetzt hat und er in dem streitgegenständlichen Zeitraum arbeitsunfähig krank war. Auch während der Arbeitsunfähigkeit hat der Kläger unter Anwendung beamtenrechtlicher Grundsätze Anspruch auf uneingeschränkte Fortzahlung seiner Vergütung. Insoweit besteht zwischen den Parteien	71

kein Streit.

2. Der Antrag ist begründet. 72
- a. Die Herabsetzung der Arbeitszeit des Klägers auf 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit verstößt gegen § 73 Nr. 2 LPVG NRW in der vom 17.10.2007 bis zum 04.07.2011 gültigen Fassung. 73
- Danach wirkt der Personalrat mit bei wesentlichen Änderungen des Arbeitsvertrags, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. 74
- aa. Das Mitwirkungsrecht erfasst nur Arbeitnehmer. Nur diese werden auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags beschäftigt. Auf Beamte ist die Vorschrift dagegen nicht anwendbar. 75
- Der Kläger ist auf arbeitsvertraglicher Basis bei der Beklagten tätig gewesen. Die Parteien haben in § 1 des Dienstvertrags vom 24.09.1984 vereinbart, dass das Dienstverhältnis des Klägers der Dienstordnung für Angestellte der Beklagten unterstellt ist. Nach § 1 des Vertrags vom 01.02.1988 war er auf Lebenszeit beschäftigt. 76
- Dienstordnungen von Sozialversicherungsträgern sind nach § 144 SGB VII dem öffentlichen Recht angehöriges gesetzesvollziehendes autonomes Satzungsrecht, das kraft seiner Normwirkung zwingend das Arbeitsverhältnis der von der Dienstordnung erfassten Angestellten gestaltet, ohne dass es dazu übereinstimmender Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien bedarf. Der Anstellungsvertrag hat nur die Wirkung, den Angestellten der Dienstordnung zu unterstellen. Ist die Unterstellung erfolgt, wirkt die Dienstordnung in ihrer jeweiligen Fassung gesetzesgleich auf das Dienstverhältnis ein (BAG 22.07.2010 – 6 AZR 82/09, ZTR 2010, 606; 29.09.2004 – 10 AZR 88/04, ZTR 2005, 216; LAG Düsseldorf 21.12.2010 – 11 Sa 615/10, ZTR 2011, 383). Gleichwohl bleibt der nach einer Dienstordnung beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne des LPVG NRW Arbeitnehmer, § 5 Abs. 3 Satz 1 LPVG NRW. 77
- bb. Mitwirkungspflichtig im Sinne des § 73 Nr. 2 LPVG NRW sind nur wesentliche Änderungen des Arbeitsvertrags. Nicht erfasst werden Änderungen des Arbeitsverhältnisses als solches. Die Änderung kann auf einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beruhen oder aber auch aufgrund des Direktionsrechtes des Arbeitgebers erfolgen. Jede Arbeitsvertragsänderung setzt eine entsprechende Maßnahme des Arbeitgebers voraus (Cecior/Vallender/Lechter-mann/Klein, Das Personalvertretungsrecht in NRW, § 73 LPVG Rn. 26 a, 27). Als Maßnahme, die der Mitbestimmung bzw. der Mitwirkung des Personalrats bedarf, wird jede Entscheidung oder Handlung des Leiters der Dienststelle angesehen, mit der dieser in eigener Zuständigkeit eine Angelegenheit der Dienststelle regelt, sofern hierdurch der Rechtsstand der Beschäftigten oder einzelner Arbeitnehmer berührt wird (OVG für das Land NRW 25.08.2004 – 1 A 1758/02.PVL, PersV 2005, 146). 78
- Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt die Änderung des Dienstvertrags nicht bereits durch Vollzug einer bestehenden gesetzlichen Regelung. Nach §§ 15, 18 der Dienstordnung ist die beamtenrechtliche Vorschrift des § 34 LBG NRW auf das Arbeitsverhältnis anwendbar. Danach kann die Dienstvorgesetzte Stelle, hält sie den Beamten für dienstunfähig, die Versetzung in den Ruhestand verfügen. Es bedarf demnach zum Vollzug eines Ausführungsaktes. Der Sachverhalt ist in der Norm nicht vollständig, erschöpfend und umfassend geregelt. Die Ausgestaltung der Einzelmaßnahme ist der Dienststellenleitung überlassen. 79

- Gemäß § 27 Abs. 1 BeamStG soll jedoch von der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit abgesehen werden, wenn der Beamte unter Beibehaltung des übertragenen Amtes die Dienstpflichten noch während mindestens der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllen kann. Gemäß § 27 Abs. 2 BeamStG ist die Arbeitszeit entsprechend der begrenzten Dienstfähigkeit herabzusetzen. 80
- Nach der Ausgestaltung der Vorschrift bedarf es auch zur Herabsetzung der Arbeitszeit einer Maßnahme des Dienstherrn. § 27 BeamStG regelt die Rechtsfolge der begrenzten Dienstfähigkeit nicht abschließend und zwingend. Der Dienstherr hat sich nach Einholung eines amtsärztlichen Gutachtens eine Überzeugung von der Dienstfähigkeit bzw. Dienstunfähigkeit zu verschaffen. Er hat das amtsärztliche Gutachten zu bewerten und die Entscheidung zu treffen, ob eine Versetzung in den Ruhestand oder eine Herabsetzung der Arbeitszeit im Hinblick auf die begrenzte Dienstfähigkeit zu erfolgen hat. Er muss, da § 27 Abs. 1 Satz 1 BeamStG als Sollvorschrift ausgestaltet ist, sein pflichtgemäßes Ermessen ausüben. Der äußeren Form nach muss er seine Entscheidung in eine dienstliche Verfügung umsetzen. Diese hat Auswirkungen sowohl auf den Beamten als auch auf den Geschäftsbereich der Dienststelle. 81
- Vor diesem Hintergrund ist entsprechend dem Sinn und Zweck der Mitwirkung des Personalrats, ihm die Möglichkeit der Erörterung und der Einflussnahme durch Darstellung von Bedenken im Sinne der Richtigkeitskontrolle zu geben, ein Mitwirkungsrecht bei der Herabsetzung der Arbeitszeit im Falle begrenzter Dienstfähigkeit zu bejahen. Dass es sich bei der Reduzierung der Arbeitszeit um fünfzig Prozent um eine wesentliche Änderung des Dienstvertrags handelt, steht außer Frage. 82
- cc. § 73 Nr. 2 LPVG NRW ist auch nicht deshalb auf den gegebenen Sachverhalt nicht anwendbar, weil nach § 74 Abs. 3 LPVG NRW der Personalrat bei der vorzeitigen Versetzung eines Beamten in den Ruhestand nur auf Antrag mitwirkt. Wie ausgeführt, ist der Kläger kein Beamter im Sinne des § 5 Abs. 2 LPVG NRW, sondern als Beschäftigter nach einer für die Dienststelle geltenden Dienstordnung Arbeitnehmer. 83
- Im Übrigen erfassen § 73 Nr. 1 LPVG NRW und § 74 Abs. 3 LPVG NRW unterschiedliche Sachverhalte. Die Mitwirkungstatbestände schließen sich nicht aus. In dem Fall der Herabsetzung der Arbeitszeit im Hinblick auf die begrenzte Dienstfähigkeit geht es um die Änderung des Dienstvertrags durch positives Tun der Dienststelle, im Fall des § 74 Abs. 3 LPVG NRW um die Beendigung des Beamtenverhältnisses – hier des Dienstordnungs-Dienstverhältnisses – infolge der Dienstunfähigkeit. Die Mitwirkungstatbestände konkurrieren nicht miteinander, sondern ergänzen sich. 84
- dd. Der bei der Beklagten bestehender Personalrat ist unstreitig nicht vor der Herabsetzung der klägerischen Arbeitszeit mit Schreiben vom 16.12.2009 beteiligt worden. 85
- Kann sich der Arbeitnehmer auf die fehlerhafte Durchführung des Mitwirkungsverfahrens z.B. aufgrund unzureichender Unterrichtung des Personalrats nur dann berufen, wenn auch der Personalrat die mangelhafte Information gerügt hat (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen 03.11.2010 – 6 B 1249/10, NVwZ – RR 2011, 73; BAG 31.03.1983 – 2 AZR 384/81, BAGE 44, 37), gilt dies nicht, wenn das Mitwirkungsverfahren entgegen § 69 Abs. 1 LPVG NRW schon nicht durch Unterrichtung des Personalrats eingeleitet, er gar nicht befasst wurde. Die Maßnahme ist unwirksam. 86
- ee. Die Kammer hat das ihr nach § 156 Abs. 1 ZPO eingeräumte pflichtgemäße Ermessen nach Beratung am 06.02.2012 dahin ausgeübt, die mündliche Verhandlung auf den nach 87

Schluss der mündlichen Verhandlung am 16.01.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz der Beklagten nicht wiederzueröffnen. Der Schriftsatz wiederholt und vertieft lediglich den Rechtsstandpunkt der Beklagten zur Beteiligung des Personalrats. Die entscheidungserheblichen Argumente waren bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung, wie die Beklagte selbst ausführt.

b. Der Hauptantrag ist dagegen nicht deshalb begründet, weil die Beklagte den Kläger unter Zugrundelegung einer vollständigen Dienstunfähigkeit gemäß §§ 15, 18 b der Dienstordnung in Verbindung mit § 34 LBG NRW zwingend in den Ruhestand hätte versetzen müssen. Der Kläger hat eine Dienstunfähigkeit zu 100 % nicht dargetan. 88

Dienstunfähig ist derjenige, der infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen der Schwäche seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten dauernd unfähig ist, seine Dienstpflichten zu erfüllen (BAG 20.10.1977 – 2 AZR 688/76, DB 1978, 990). 89

Aus den bis zum 31.12.2009 vorliegenden amtsärztlichen Stellungnahmen folgt lediglich eine begrenzte Dienstfähigkeit. Keinen anderen Schluss lässt das amtsärztliche Gutachten vom 25.10.2011 zu, das unter Berücksichtigung der Ergebnisse einer medizinischen Untersuchung vom 07.10.2011 erstellt wurde. Die zuständige Ärztin D1. T1 hat zwar Berichte der den Kläger stationär behandelnden Habichtswaldeklinik K2 vom 03.12.2008 und 22.12.2009 sowie der HNO-Klinik der Universität M3 vom 11.05.2009 und 17.08.2009 hinzugezogen, ihre Beurteilung aber auf eine zusammenfassende ärztliche Auswertung weiterer ärztlicher Berichte aus den Jahren 2010 und 2011 gestützt. Allein eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers seit dem 29.09.2008 begründet noch keine vollständige Dienstunfähigkeit. 90

Die Feststellung des erstinstanzlichen Gerichts, es habe bei dem Kläger jedenfalls eine begrenzte Dienstunfähigkeit von 50 % bestanden, ist von ihm in der Berufungsinstanz nicht mehr angegriffen worden. 91

c. Die Festsetzung einer Arbeitszeit von 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte dem Kläger das Schreiben vom 16.12.2009 nicht förmlich zugestellt hat. Dabei geht die Kammer zugunsten des Klägers davon aus, dass § 106 LBG NRW auch auf sein Dienstverhältnis anwendbar ist. Danach sind Verfügungen und Entscheidungen, die den Beamten nach dem LBG NRW mitzuteilen sind, zuzustellen, wenn durch sie eine Frist in Lauf gesetzt oder Rechte des Beamten berührt werden. 92

In § 5 Abs. 1, Abs. 2 LZG NRW ist die Zustellung durch Behörden geregelt. Hier ist dem Kläger das Schreiben der Beklagten vom 16.12.2009 am 29.12.2009 durch Einwurf in seinen Briefkasten zugegangen. Ein Empfangsbekenntnis hat er unstreitig nicht erteilt, ist ihm nach seinem Vorbringen auch nicht abgefordert worden. 93

Gemäß § 8 LZG NRW sind Zustellungsmängel jedoch heilbar. Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist es unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, gilt es als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es der Empfänger nachweislich erhalten hat. Das ist hier spätestens der 29.12.2009. 94

Ein Fall des § 5 Abs. 5 LZG NRW liegt nicht vor. 95

Die Rüge des Klägers, die Beklagte habe überhaupt keinen Zustellungswillen gehabt, ist angesichts ihrer Bitte im Schreiben vom 16.12.2009, er möge den Empfang des Schreibens auf der Rückseite der beigelegten Ausfertigung bestätigen, nicht nachvollziehbar. 96

II.	97
Der Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen.	98
B.	99
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Zulassung der Revision aus § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.	100
