

1 B 326/17
15 L 2998/16 Köln

EINGANG
Beglaubigte Abschrift
07. Juni 2017
RA KOCH

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte rkb-recht.de Rechtsanwälte,
Hohenzollernstraße 25, 30161 Hannover,

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen
Telekom AG,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

Beigeladener: Herr

Prozessbevollmächtigte:

wegen vorläufiger Untersagung der Besetzung einer Beförderungsstelle;
hier: Beschwerde im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat der 1. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 7. Juni 2017

- 2 -

durch
den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht

auf die Beschwerde des Beigeladenen gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 28. Februar 2016

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Beigeladene trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf die Wertstufe bis 16.000 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde des Beigeladenen hat keinen Erfolg.

Die vom Rechtsmittelführer fristgerecht dargelegten Beschwerdegründe (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) rechtfertigen nicht die Abänderung des angegriffenen Beschlusses. Sie genügen zu einem großen Teil bereits nicht den formalen Anforderungen an die Darlegung, welche u. a. eine hinreichend substantiierte inhaltliche Auseinandersetzung mit den entscheidungstragenden Argumenten des Verwaltungsgerichts verlangen (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO). Davon abgesehen überzeugen die Ausführungen in der Beschwerdebegründungsschrift auch in der Sache nicht.

Das Verwaltungsgericht hat auf entsprechenden Antrag des Antragstellers der Antragsgegnerin untersagt, den Beigeladenen im Rahmen der Beförderungsrunde auf der Beförderungsliste „XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX“ nach A 12 BBesO zu befördern, solange nicht über die Beförderung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Es hat dabei (u. a.) einen Anordnungsanspruch bejaht, weil die streitbefangene Auswahlentscheidung, den

- 3 -

Antragsteller, dessen berufliche Leistungen besser beurteilt seien als die des Beigeladenen, wegen angeblich fehlender gesundheitlicher Eignung aus dem Kreis der zu befördernden Beamten auszunehmen, dessen Bewerbungsverfahrensanspruch verletze. Denn es habe hier keine hinreichende, namentlich keine individuelle und differenzierte Prüfung der gesundheitlichen Eignung stattgefunden. Eine bloße Orientierung an der Häufigkeit und Dauer in der Vergangenheit aufgetretener Fehlzeiten genüge in diesem Zusammenhang im Regelfall nicht.

Dem tritt die Beschwerde nicht mit Argumenten von Substanz und Überzeugungskraft entgegen. Im Einzelnen:

a) Die auf Seite 2 der Beschwerdebegründungsschrift angesprochene Frage, ob – wie der Beigeladene meint – im Falle des Durchgreifens der von der Antragsgegnerin angenommenen gesundheitlichen Eignungszweifel der Antragsteller richtigerweise schon gar nicht in das Ranking für die Beförderungsstellen hätte einbezogen werden dürfen, verfährt nicht. Eine andere Bewertung wäre allenfalls dann angezeigt, wenn der Antragsteller wegen gesundheitlicher Bedenken gar nicht in den Leistungsvergleich hätte einbezogen werden dürfen. Dafür zeigt die Beschwerde keine stichhaltigen Gründe auf. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht (vgl. die nachstehenden Ausführungen) zutreffend darauf abgestellt, dass der Antragsteller auf der Basis der von der Antragsgegnerin angeführten Tatsachen nicht von einer Beförderung auszuschließen war.

b) Die Beschwerde macht weiter geltend (Seite 3 oben), das Verwaltungsgericht habe die Anforderungen an die Überprüfung der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers für das angestrebte Beförderungsamt überspannt, indem es eine Mitbetrachtung der Ursachen für aufgetretene Fehlzeiten sowie (darauf aufbauend) eine Prognose der künftigen gesundheitlichen Entwicklung mittels individueller und ggf. differenzierter Würdigung verlangt habe. Dem stellt der Beigeladene seine abweichende Rechtsauffassung lediglich entgegen, ohne Argumente von Substanz zu benennen, die zur eventuellen Entkräftung der Auffassung des Verwaltungsgerichts taugen würden. Es reicht in diesem Zusammenhang etwa nicht, sich schlicht und ergebnishaft auf erstinstanzlichen Parteivortrag der Antragsgegnerin zu beziehen, wonach diese eine (ausreichende) Prognoseentscheidung getroffen habe.

- 4 -

c) Der Beigeladene meint ferner, das Verwaltungsgericht habe die einschlägige Rechtsprechung nicht zutreffend gewürdigt (Seite 3 Mitte bis 4 Mitte der Beschwerdebegründung). Das gelte namentlich für das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juli 2013 – 2 C 12.11 – (BVerwGE 147, 244 = NVwZ 2014, 300 = juris), welches in dem angegriffenen Beschluss allerdings gar nicht zitiert wird. Die genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beziehe sich auf Fragen der gesundheitlichen Eignung bei der Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Probe. Auf Beförderungsentscheidungen seien die dort aufgestellten Grundsätze wegen rechtlicher und tatsächlicher Unterschiede nicht übertragbar. So sei etwa vor einer Beförderung keine (regelmäßige) amtsärztliche Untersuchung vorgesehen. Das Abverlangen eines entsprechenden Gesundheitszeugnisses wäre in dieser Situation völlig widersinnig. Bei Beamten, die sich bereits im Dienst befänden, sei die gesundheitliche Eignung vielmehr anhand der Erkenntnisse zu prüfen, die sich aus der Personalakte ergäben. Dazu zählten insbesondere auch längere Fehlzeiten, wie sie hier beim Antragsteller mit einer Quote von knapp 60 Prozent vorgelegen hätten. Die fehlende gesundheitliche Eignung dränge sich in einem solchen Fall quasi auf.

Dieser Argumentation ist in wesentlichen Teilen und namentlich auch im Ergebnis nicht zu folgen. Sowohl vor der Einstellung eines Beamten als auch vor seiner Beförderung bedarf es im Rahmen der Prüfung des dem Grundsatz der Bestenauswahl (Art. 33 Abs. 2 GG) zugehörigen Merkmals der Eignung einer Betrachtung auch der gesundheitlichen Eignung. Denn geeignet ist nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher – und damit zugleich auch in gesundheitlicher – Hinsicht gewachsen ist.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 – 2 C 12.11 –, BVerwGE 147, 244 = NVwZ 2014, 300 = juris, Rn. 10, sowie OVG NRW, Beschluss vom 1. Februar 2013 – 6 B 1196/12 –, juris, Rn. 2, jeweils m. w. N.

Bezüglich der Beförderungseignung besteht in diesem Zusammenhang lediglich die Besonderheit, dass der Bewerber gesundheitlich in der Lage sein muss, nicht nur allgemein den Anforderungen seiner Laufbahn, sondern gerade auch den im Verhältnis zum innegehabten Statusamt in der Regel gesteigerten Anforderungen der

- 5 -

Aufgaben des angestrebten Beförderungsamtes zu genügen. Das ändert aber insbesondere nichts daran, dass es auch für die Prüfung der Beförderungseignung einer zukunftsgerichteten Prognoseentscheidung bedarf, also nicht allein auf den gegenwärtigen Stand der gesundheitlichen Verhältnisse oder sogar nur auf in der Vergangenheit aufgetretene gesundheitliche Probleme abgehoben werden darf.

Diese Prognoseentscheidung muss ihrerseits auf einer hinreichend fundierten Tatsachenbasis gründen, wobei die Beurteilung in aller Regel besonderen medizinischen Sachverstand voraussetzt, über den grundsätzlich nur ein Arzt verfügt.

Vgl. allgemein BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013
– 2 C 12.11 –, BVerwGE 147, 244 = NVwZ 2014,
300 = juris, Rn. 11 und 21 ff.

Wie der vorliegende Fall zeigt, kann nämlich die Beurteilung der Frage der gesundheitlichen Eignung ausschlaggebende Bedeutung dafür haben, ob ein bestimmter Bewerber von vornherein, also ohne Rücksicht auf seine sonstige Qualifikation wie namentlich seine Leistungsbeurteilung, aus dem Kreis der aussichtsreichen Beförderungsbewerber auszuschneiden ist (siehe die negative Konkurrentenmitteilung an den Antragsteller vom 28. November 2016). Das berührt in wesentlicher Hinsicht das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG, den sog. Bewerbungsverfahrensanspruch.

Dass vor diesem Hintergrund allein die Betrachtung der bei einem Beamten in der Vergangenheit aufgetretenen, nach der Genese nicht spezifizierten krankheitsbedingten Ausfallzeiten pauschal nach der Häufigkeit des Anfalls (Anzahl der Fehltag) als belastbare Tatsachenbasis für die Prognose, ob der Beamte den gesundheitsbezogenen Anforderungen des angestrebten Beförderungsamtes genügen wird, regelmäßig nicht ausreicht, leuchtet unmittelbar ein. Denn eine solche rein numerische Betrachtung vermag das für die gesundheitsbezogene Eignungsprognose benötigte individuelle und dabei gegebenenfalls differenzierte Bild in aller Regel noch nicht (hinreichend) zu vermitteln. So lassen auch längere, ununterbrochene Fehlzeiten insbesondere dann, wenn ihre medizinische Ursache dem Dienstherrn nicht bekannt ist, aus sich heraus nicht ohne Weiteres darauf schließen, dass der Betroffene nicht in der Lage sein wird, den Anforderungen des Beförderungsamtes in gesundheitli-

- 6 -

cher Hinsicht zu genügen. Solche Fehlzeiten können zwar ein Indiz für eine insgesamt labile oder dauerhaft stark angegriffene gesundheitliche Konstitution bzw. für chronische Krankheitssymptome sein. Sie müssen es aber nicht. Denn das Zustandekommen ins Gewicht fallender krankheitsbedingter Ausfallzeiten kann im Einzelfall auch auf anderen Umständen beruhen, nämlich etwa auf singulären Krankheits- oder Unfallereignissen (z.B. schweren Infektionskrankheiten oder Verletzungen) oder auch auf einer medizinisch indizierten Operationen mit anschließender Rehabilitation. In einem solchen oder vergleichbaren Fall wäre eine Prognose dahin, dass Fehlzeiten des angefallenen Umfangs bei dem Betroffenen auch in Zukunft (immer wieder) auftreten werden, gerade nicht gerechtfertigt. Noch aus einem anderen Grunde greift der schlichte Blick auf die Summe der in einem bestimmten Zeitraum angefallenen Fehlzeiten zu kurz. In die Prognose über die Bewältigung der gesundheitlichen Anforderungen des Beförderungsamtes muss nämlich auch einfließen, ob und ggf. inwiefern innerhalb des in Bezug auf die Fehlzeiten betrachteten Zeitraums eine möglicherweise Tendenzen der Besserung bzw. Stabilisierung aufzeigende Entwicklung stattgefunden hat, wie sie hier nach den insoweit einschlägigen Ausführungen des Verwaltungsgerichts (Beschlussabdruck, Seite 5) und auch der im Verwaltungsvorgang enthaltenen Aufstellung im konkreten Fall zu verzeichnen ist, was die pauschalen Angaben zu den Fehlzeiten in der Konkurrentenmitteilung allerdings in keiner Weise aufgreifen.

Auf all dies geht das Beschwerdevorbringen nicht im Ansatz näher ein. Auch mit der vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang zitierten Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg und des VG Berlin setzt es sich nicht inhaltlich auseinander.

d) Mit der Beschwerde macht der Beigeladene weiter geltend, der Prognosemaßstab des Bundesverwaltungsgerichts in dem schon angesprochenen Urteil vom 25. Juni 2013 – 2 C 12.11 – beziehe sich auf Einstellungsbewerber, die aktuell dienstfähig seien; der Antragsteller sei dagegen „aktuell für die Beförderung nicht gesundheitlich geeignet“ (Seite 4 unten der Beschwerdebegründung). Abgesehen davon, dass die letztgenannte Einschätzung (über die an anderer Stelle in Bezug genommenen Fehlzeiten hinaus) nicht näher begründet wird, vermengt der Antragsteller hier in einer so nicht angängigen Weise die Maßstäbe einerseits der Dienstfähigkeit und anderer-

- 7 -

seits der gesundheitlichen Eignung. Dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Beförderungsauswahlentscheidung (November 2016) für die Tätigkeit in seinem Amt, von welcher sich die Tätigkeit im angestrebten Beförderungsamt mangels Dienstpostenwechsels im Übrigen hier wohl nicht unterscheidet (vgl. die Beschwerdeerwiderung des Antragstellers vom 29. März 2017, Seite 3), aktuell nicht dienstfähig gewesen wäre, macht die Beschwerde gerade nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich.

e) Ferner wendet sich der Beigeladene dagegen, dass das Verwaltungsgericht in der Begründung des angegriffenen Beschlusses mit auf die betriebsärztliche Untersuchung aus April 2016 abgehoben habe (Seite 4 unten und 5 oben der Beschwerdebegründung). Jene Untersuchung sei aus Anlass einer mit einem Ortswechsel verbundenen Versetzung erfolgt. Sie habe sich an den insoweit maßgeblichen Untersuchungsparametern (z. B. Einschränkungen hinsichtlich der Arbeit in Schichten oder der Mobilität bzw. Umzugsfähigkeit) orientiert. Jene seien aber nicht aussagekräftig in Bezug auf die gesundheitliche Eignung für eine Beförderung.

Abgesehen davon, dass das Beschwerdevorbringen, soweit es sinngemäß jegliche Aussagekraft dieser betriebsärztlichen Untersuchung für die Wahrnehmung eines Beförderungsamtes verneint, dafür keine substantiierte Begründung enthält, ist insoweit Folgendes zu berücksichtigen: Die Erwähnung der in Rede stehenden Untersuchung durch das Verwaltungsgericht (Beschlussabdruck, Seite 5) ist nicht isoliert zu sehen, sondern in dem dortigen Gesamtzusammenhang zu würdigen. Jener betrifft den aus einer konkreten Betrachtung sowie Würdigung der Entwicklung der krankheitsbedingten Ausfallzeiten gezogenen Schluss des Verwaltungsgerichts, dass sich die gesundheitliche Situation des Antragstellers schon nach Oktober 2015 und erst recht ab April 2016 wieder deutlich gebessert hatte. Lediglich zur Bestätigung dieser ohnehin feststellbaren Entwicklung hat das Verwaltungsgericht mit auf das Ergebnis der betriebsärztlichen Untersuchung aus April 2016 abgehoben, demzufolge keine gesundheitlichen Bedenken gegen den Einsatz des Antragstellers als Referent [REDACTED] in [REDACTED] bestanden.

f) Schließlich trägt der Beigeladene noch vor, dass wegen üblicherweise und auch hier fehlender Angabe einer Diagnose in der AU-Bescheinigung der Dienstherr schon

- 8 -

„begriffslogisch“ den konkreten Gesundheits-/Krankheitszustand des Beamten und dessen Ursachen gar nicht würdigen könne (Seite 5 der Beschwerdebegründung). Das überzeugt nicht. Denn abgesehen von der Möglichkeit, gegebenenfalls eine Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht durch den betroffenen Beamten zu erreichen, bleibt dem Dienstherrn jedenfalls die Alternative, eine (amts-)ärztliche bzw. betriebsärztliche Untersuchung und/oder Begutachtung der gesundheitlichen Eignung in eigener Zuständigkeit herbeizuführen. Zu einem solchen Vorgehen ist der Dienstherr grundsätzlich befugt, wenn der Betroffene seine Einbeziehung in den für eine Beförderung aussichtsreichen Bewerberkreis für richtig hält, ihn betreffend aber ein begründeter Anhalt für ein Fehlen der gesundheitlichen Eignung (etwa wegen zahlreicher und vom Umfang her bedeutsamer Fehlzeiten) besteht, andererseits aber nach der Aktenlage kein so klarer Fall vorliegt, dass die Frage der gesundheitlichen Eignung ohne weiter gehende Sachaufklärung abschließend beurteilt werden kann. Zwar wird durch die etwaige Anordnung einer ärztlichen Untersuchung in die Grundrechtssphäre des betroffenen Beamten eingegriffen. Das dürfte in der in Rede stehenden Situation aber jedenfalls nicht von vornherein unverhältnismäßig sein, zumal auf diese Weise ein möglicherweise rechtswidriger Eingriff in ein anderes grundrechtsgleiches Recht, nämlich ein ohne hinreichend gesicherte Grundlage erfolgender Ausschluss aus dem aussichtsreichen Bewerberkreis eines Beförderungsverfahrens, gerade vermieden werden soll.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 und 3 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus den §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG sowie § 52 Abs. 1 i. V. m. Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 GKG. Anzusetzen ist danach im Ergebnis ein Viertel (Reduzierung des Jahresbetrages i. S. v. § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG wegen § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG und wegen des im Eilverfahren lediglich verfolgten vorläufigen Sicherungszwecks) der der Antragstellerin nach Maßgabe des im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung im März 2017 geltenden Besoldungsrechts fiktiv für das angestrebte Amt der Besoldungsgruppe (hier: A 12 BBesO) im Kalenderjahr 2017 an Beamte der Postnachfolgeunternehmen zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen und ohne Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsverpflichtungen abhängig sind. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich die Besoldung ab dem 1. Feb-

- 9 -

ruar 2017 erhöht hat. Daraus errechnet sich ein Streitwert, welcher innerhalb der festgesetzten Wertstufe liegt.

Dieser Beschluss ist hinsichtlich der Streitwertfestsetzung nach den §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG und im Übrigen gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.

