



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 2 B 281/18**

(VG: 6 V 1190/18)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

des Oberbrandmeisters

Antragsteller und Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigte:

**g e g e n**

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Feuerwehr Bremen, diese vertreten durch den Amtsleiter Ltd. Branddirektor Knorr, Am Wandrahm 24, 28195 Bremen,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

**b e i g e l a d e n :**

Oberbrandmeister

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die Richterinnen Meyer, Dr. Jörgensen und Dr. Steinfatt am 28.12.2018 beschlossen:

**Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 26.09.2018 wird zurückgewiesen.**

**Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.**

**Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 10.596,60 Euro festgesetzt.**

### G r ü n d e

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen die ihr durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 26.09.2018 auferlegte Verpflichtung, einen der am 22.05.2017 ausgeschriebenen Dienstposten der Besoldungsgruppe A 9 S – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt – bei der Feuerwehr Bremen vorläufig freizuhalten und nicht mit dem Beigeladenen zu besetzen.

Mit Bekanntmachung vom 22.05.2017 schrieb die Feuerwehr Bremen neun Dienstposten der Besoldungsgruppe A 9 S – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt – Fachrichtung Feuerwehr aus. Als Aufgabenbereiche waren aufgeführt:

- Truppführer/-in im Lösch- und Hilfeleistungsdienst
- Führer/-in von Löschfahrzeugen
- Fahrer/-in und/oder Führer/-in näher bestimmter Sonderfahrzeuge
- Rettungsassistent/-in auf Rettungswagen und Notarzt-Einsatzfahrzeugen
- Disponent/-in der Feuerwehr- und Rettungsleitstelle

Laut Anforderungsprofil sei „mindestens die Einsatzdiensttauglichkeit gemäß G 26.2“ zwingend erforderlich.

Der Antragsteller steht seit 1998 im Dienst der Antragsgegnerin, seit 2004 als Beamter auf Lebenszeit. Zuletzt wurde er mit Wirkung vom 01.10.2007 zum Oberbrandmeister (Bes.Gr. A 8) befördert. Im Februar 2015 wurde bei ihm ein insulinpflichtiger Diabetes mellitus Typ I diagnostiziert. Auf seine Bewerbung teilte ihm die Feuerwehr Bremen mit Schreiben vom 03.07.2017 mit, dass er nicht die Beförderungsvoraussetzungen für einen der mit Bekanntmachung vom 22.05.2017 ausgeschriebenen Dienstposten erfülle. Er besitze nicht die uneingeschränkte Einsatztauglichkeit. Seine Bewerbung könne daher nicht berücksichtigt werden.

Hiergegen erhob der Antragsteller am 02.08.2017 Widerspruch. Etwaige Tätigkeitseinschränkungen ergäben sich aus seiner Erkrankung nicht.

Mit Schreiben vom 20.09.2017 wies der Senator für Inneres als zuständige Widerspruchsbehörde die Feuerwehr Bremen darauf hin, dass die bis zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Erkenntnisse zur Beurteilung der Feuerwehrdiensttauglichkeit des Antragstellers nicht ausreichen. Es sei erforderlich, eine aktuelle amtsärztliche Untersuchung durch das Gesundheitsamt Bremen zu veranlassen, das allein die dauernde Dienstunfähigkeit für den Feuerwehrdienst feststellen könne.

Dem Antragsteller teilte die Feuerwehr Bremen mit Schreiben vom 05.02.2018 mit, die amtsärztlichen Stellungnahmen des Gesundheitsamts Bremen vom 13.10.2016 und 18.11.2017 (richtig: 18.11.2016) sowie die arbeitsmedizinische Untersuchung der Fachdienste für Arbeitsschutz ermöglichten dem Dienstvorgesetzten die Entscheidung, ob der Antragsteller die in der Ausschreibung genannten Anforderungen erfüllen könne. Gemäß der vorliegenden amtsärztlichen Stellungnahmen bestünden beim Antragsteller „dauernde gesundheitliche Bedenken“, so dass dieser die Ausschreibungskriterien nicht erfülle.

Am 08.03.2018 hat der Antragsteller Klage erhoben und am 08.05.2018 um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Mit Beschluss vom 26.09.2018 hat das Verwaltungsgericht das Verfahren eingestellt, soweit der Antragsteller den ursprünglich neun Dienstposten betreffenden Antrag auf den letzten noch nicht besetzten Dienstposten durch entsprechende Antragsrücknahme beschränkt hat; im Übrigen hat es der Antragsgegnerin aufgegeben, den mit der Besoldungsgruppe A 9 S bewerteten Dienstposten der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsmantel bei der Feuerwehr Bremen sowie die zugeordnete Planstelle vorläufig bis zum Ablauf eines Monats nach einer Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers vom 31.07.2017 oder einer sonstigen Erledigung des Widerspruchsverfahrens freizuhalten und nicht mit dem Beigeladenen zu besetzen. Ob der Antragsteller vollständig feuerwehrdiensttauglich sei, sei offen; die vorliegenden ärztlichen Stellungnahmen enthielten unterschiedliche Einschätzungen. Es könne dahinstehen, ob bereits aus diesem Umstand ein Anordnungsanspruch folge. Selbst wenn davon auszugehen sei, dass der Antragsteller nur eingeschränkt feuerwehrdiensttauglich sei, habe er nicht aus dem Beförderungsverfahren ausgeschlossen werden dürfen. Die im Anforderungsprofil geforderte volle Feuerwehrdiensttauglichkeit missachte die grundrechtlichen Vorgaben der Artikel 33 Abs. 2 und Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Sie stehe im Widerspruch zu den in § 109 i. V. m.

§ 113 Abs. 1 BremBG getroffenen gesetzgeberischen Wertungen, wonach ein Feuerwehrmann dienstunfähig sei, wenn er den besonderen gesundheitlichen Anforderungen des Feuerwehrdienstes nicht mehr genüge und nicht zu erwarten sei, dass er seine volle Verwendungsfähigkeit innerhalb von zwei Jahren wiedererlange (Feuerwehrdienstunfähigkeit), es sei denn, die auszuübende Funktion erfordere bei Beamten auf Lebenszeit diese besonderen gesundheitlichen Anforderungen auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt. Gehe somit der Gesetzgeber davon aus, dass eine nur eingeschränkte Feuerwehrdienstfähigkeit einer Verwendung bei der Feuerwehr nicht zwingend entgegen stehe, so dürfe ein teilweise feuerwehrdienstfähiger Beamter nicht allein wegen der fehlenden vollen Dienstfähigkeit vom Beförderungsverfahren ausgeschlossen werden. Gegebenenfalls sei der Dienstherr verpflichtet, nach einer Funktion zu suchen, die der Antragsteller nach erfolgter Beförderung voraussichtlich bis zum Erreichen der Altersgrenze bewältigen könne.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde. Die Ausschreibung wende sich an Beamte im feuerwehrtechnischen Dienst mit den konkret benannten Aufgabenbereichen Truppführer im Lösch- und Hilfeleistungsdienst, Führer von Löschfahrzeugen, Fahrer oder Führer von Sonderfahrzeugen, Rettungsassistent auf Rettungswagen und Notarzt-Einsatzfahrzeugen und Disponent der Feuerwehr- und Rettungsleitstelle. Auf diesen Funktionen, die im Einsatzdienst wahrzunehmen seien, seien die besonderen gesundheitlichen Anforderungen uneingeschränkt zu erfüllen. Der Antragsteller erfülle diese Voraussetzungen nach dem Ergebnis der arbeitsmedizinischen Untersuchung 2017 und der vorliegenden amtsärztlichen Untersuchungen nicht.

Die fehlende gesundheitliche Eignung des Antragstellers sei auch hinreichend belegt. Selbst auf der Grundlage der vorliegenden amtsärztlichen Stellungnahmen lägen mindestens belegte durchgreifende Zweifel an der gesundheitlichen Eignung vor. In diesen Stellungnahmen werde ausgeführt, dass das berufliche Leistungsvermögen dann nicht herabgesetzt sei, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt würden. Belegt werde damit nicht, dass die in der Ausschreibung genannten gesundheitlichen Anforderungen uneingeschränkt erfüllt würden, sondern dass dies nur unter bestimmten Bedingungen der Fall sei. Diese unter anderem als „befristeter Arbeitsversuch“ beschriebenen Ausgestaltungen seien mit dem konkreten Einsatzgeschehen nicht zu vereinbaren.

Das Verwaltungsgericht verknüpfe fehlerhaft den Aspekt der gesundheitlichen Eignung mit Fragestellungen zu einer anderweitigen Verwendung zur Vermeidung einer vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand. Der arbeitsmedizinische Dienst habe für den Antrag-

steller neben dem Einsatz unter Atemschutz auch Fahrtätigkeiten mit Sondersignal ausgeschlossen. Der Antragsteller werde seitdem im Tagesdienst und nicht im Einsatzdienst verwendet. Alle ausgeschriebenen Beförderungsstellen würden dagegen ausschließlich im Einsatzdienst wahrgenommen. Es sei darüber hinaus nach dem nunmehr abgeschlossenen Einigungsstellenverfahren beabsichtigt, den Antragsteller nach entsprechenden Umschulungsmaßnahmen in den allgemeinen Verwaltungsdienst zu überführen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin bleibt ohne Erfolg. Die von der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führen nicht zur Änderung des angegriffenen Beschlusses.

Mit dem Verwaltungsgericht ist ein Anordnungsanspruch zu bejahen. Zwar ist zweifelhaft, ob, wie das Verwaltungsgericht meint, die Antragsgegnerin verpflichtet wäre, den Antragsteller auch dann in ein Auswahlverfahren einzubeziehen, wenn feststünde, dass er infolge seiner Erkrankung nicht mehr voll einsatzdiensttauglich ist. Es ist fraglich, kann aber offen bleiben, ob insoweit die vom Verwaltungsgericht zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den vorliegenden Fall übertragbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hatte in der vom Verwaltungsgericht zitierten Entscheidung (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2008 – 2 BvR 2571/07 – juris) eine Verkennung des Gehalts von Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG durch die Fachgerichte festgestellt, da die Beamtin im zugrunde liegenden Fall als Schwerbehinderte anerkannt war. Die Verfassungsbeschwerde betraf „die Frage, ob eine schwerbehinderte Polizeivollzugsbeamtin auf Lebenszeit, die trotz ihrer gesundheitlichen Einschränkungen weiterhin im Polizeivollzugsdienst verwendet wird, ohne Rücksicht auf die Erfordernisse des angestrebten Amtes allein wegen ihrer eingeschränkten Polizeidienstfähigkeit vom Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden kann“ (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2008 – 2 BvR 2571/07 –, Rn. 1, juris). Es ist jedenfalls denkbar, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts daher nur für diejenigen Konstellationen eine Aussage trifft, in denen das besondere Benachteiligungsverbot des Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG eingreift. Dass dies vorliegend der Fall wäre, ist nicht ersichtlich; eine anerkannte Schwerbehinderung des Antragstellers ist der Akte nicht zu entnehmen.

Vorliegend erweist sich aber der Beschluss des Verwaltungsgerichts jedenfalls aus anderen Gründen als richtig. Die Antragsgegnerin durfte nicht aus den bisher vorliegenden

medizinischen Gutachten und Stellungnahmen auf die Feuerwehrdienstunfähigkeit des Antragstellers schließen. Gemäß § 26 BeamStG i. V. m. § 41 Abs. 3, § 44 BremBG wird die Feststellung der Dienstunfähigkeit auf der Grundlage eines ärztlichen Gutachtens getroffen. Bei der Erstellung des ärztlichen Gutachtens sind die Vorgaben des § 44 BremBG zu beachten. Für die Erstellung des ärztlichen Gutachtens ist das Gesundheitsamt Bremen zuständig; an dieses oder an den Ärztlichen Dienst bei der Polizei Bremen ist der Untersuchungsauftrag nach Ziff. 7 der 2014 vom Senat der Freien Hansestadt Bremen gebilligten Verfahrenshinweise zur Anwendung der §§ 26 ff. BeamStG i. V. m. §§ 41 ff. BremBG zur Untersuchung der Dienstunfähigkeit von bremischen Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richtern – Verfahrenshinweise Dienstunfähigkeit – zu richten. Nur die Ärztinnen und Ärzte des Gesundheitsamts und des Ärztlichen Dienstes der Polizei Bremen sind folglich nach § 44 Abs. 1 BremBG von der obersten Dienstbehörde zur Durchführung der ärztlichen Untersuchung bestimmt.

Die vorliegend von der Antragsgegnerin herangezogenen Stellungnahmen des arbeitsmedizinischen Dienstes können bereits deshalb nicht als Grundlage für die Annahme der Feuerwehrdienstunfähigkeit des Antragstellers dienen, weil diese den vorgenannten Anforderungen nicht entsprechen. Die Ärztinnen und Ärzte des arbeitsmedizinischen Dienstes sind nicht im Sinne des § 44 Abs. 1 BremBG zur Durchführung der für die Feststellung der Dienstunfähigkeit erforderlichen ärztlichen Untersuchung bestimmt. Überdies dienen Untersuchungen durch den arbeitsmedizinischen Dienst der Vorsorge und dem Schutz der Beschäftigten. Für den betroffenen Beamten ist daher entgegen der zwingenden Vorschrift des § 44 Abs. 3 Satz 1 BremBG zu Beginn einer solchen arbeitsmedizinischen Untersuchung nicht erkennbar, dass deren Ergebnis der Beurteilung seiner Dienstfähigkeit dienen soll.

Auch erfolgen Stellungnahmen durch einen Arbeitsmediziner nicht mit Blick auf die Beurteilung der Dienstfähigkeit der zu untersuchenden Person, sondern mit Blick auf den Arbeitsschutz zum Zweck der Unfallverhütung und der Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten. Zwar ist nach der Feuerwehr-Dienstvorschrift FwDV 7 „Atemschutz“ die körperliche Eignung der Einsatzkräfte, die unter Atemschutz eingesetzt werden, nach den berufsgenossenschaftlichen Grundsätzen für arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, Grundsatz G 26 „Atemschutzgeräte“, in regelmäßigen Abständen festzustellen. Auch die hiernach vorgesehene Eignungsuntersuchung dient aber der Unfallverhütung, indem sie sicherstellen soll, dass nur körperlich geeignete Personen unter Atemschutz eingesetzt werden.

Die Zielrichtung der vorliegenden Untersuchungen des arbeitsmedizinischen Dienstes, die als arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen bezeichnet sind, ist zweifelhaft. Nach § 3 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV), die auch auf Beamte Anwendung findet (vgl. § 1 Abs. 2 ArbMedVV i. V. m. §§ 1, 2 ArbSchG), soll die arbeitsmedizinische Vorsorge nicht zusammen mit Untersuchungen, die dem Nachweis der gesundheitlichen Eignung für berufliche Anforderungen dienen, durchgeführt werden, es sei denn, betriebliche Gründe erfordern dies; in diesem Fall hat der Arbeitgeber den Arzt oder die Ärztin zu verpflichten, die unterschiedlichen Zwecke von arbeitsmedizinischer Vorsorge und Eignungsuntersuchung gegenüber dem oder der Beschäftigten offenzulegen. Wie und mit welcher Zielrichtung (Vorsorge oder / und Eignungsfeststellung) vorliegend die entsprechenden Untersuchungen durchgeführt wurden und ob hierbei die Offenlegungspflicht nach § 3 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz ArbMedVV beachtet wurde, lässt sich der Akte nicht zweifelsfrei entnehmen. Dass sämtliche in der Akte befindlichen Bescheinigungen und Stellungnahmen des arbeitsmedizinischen Dienstes entweder mit „Arbeitsmedizinische Vorsorge“ überschrieben sind oder die Einsatzmöglichkeiten des Antragstellers „aufgrund einer arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung“ aufführen, spricht eher dagegen, diese als Überprüfung der gesundheitlichen Eignung für berufliche Anforderungen anzusehen.

Ist danach für die Erstellung eines ärztlichen Gutachtens zur Beurteilung der Feuerwehrdienstfähigkeit allein das Gesundheitsamt zuständig, so fehlte es für die Entscheidung, den Antragsteller mangels gesundheitlicher Eignung aus dem Auswahlverfahren auszuschließen, an einem tragfähigen medizinischen Gutachten. Die vorliegenden Gutachten des Gesundheitsamts Bremen vom 13.10.2016 und 18.11.2016 waren im Juli 2017 mit Blick darauf, dass die Erkrankung des Antragstellers erst im Februar 2015 diagnostiziert worden war und daraufhin zunächst die Insulingabe eingestellt und der Antragsteller entsprechend geschult werden musste, möglicherweise schon nicht mehr aktuell genug. Jedenfalls aber hatte sich die Amtsärztin nach Einbeziehung des diabetologischen Zusatzgutachtens der Einschätzung des begutachtenden Facharztes angeschlossen, wonach aktuell kein objektiver Grund bestehe, die Feuerwehrdiensttauglichkeit des Antragstellers aufgrund des Typ I-Diabetes in Frage zu stellen, lediglich die konkrete Gefahr einer Hypoglykämie sowie die Fähigkeit des Antragstellers, deren Symptome rechtzeitig zu erkennen, beobachtet werden müssten. Auf dieser Grundlage hätte die Antragsgegnerin daher zunächst von der Feuerwehrdienstfähigkeit des Antragstellers ausgehen müssen. Bei fortbestehenden Zweifeln hätte sie ein aktuelles Gutachten des Gesundheitsamts Bremen einholen müssen; in diesem Rahmen hätte das Gesundheitsamt die bereits

vorliegenden medizinischen Erkenntnisse und Stellungnahmen – unter anderem auch die des arbeitsmedizinischen Dienstes – berücksichtigen und bewerten können.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Dem Beigeladenen sind keine Kosten aufzuerlegen, weil er keinen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 47 Abs. 1, § 40, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG.

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

gez. Meyer

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt