



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 306/21

VG: 6 V 1022/21

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

– Antragsteller und Beschwerdeführer –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Senatorin für Justiz und Verfassung,
Richtweg 16 - 22, 28195 Bremen,

– Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Stybel und den Richter am Verwaltungsgericht Bogner am 18. Oktober 2021 beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen - 6. Kammer - vom 24. Juli 2021 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 17.234,88 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Der Antragsteller begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe.

Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes wurde der Antragsteller zum 01.09.2016 von der Antragsgegnerin mit dem Statusamt eines ... (...) in das Beamtenverhältnis auf Probe eingestellt und bei der Landeshauptkasse eingesetzt. Aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten leistete der Antragsteller von September 2016 an insgesamt rund 10 Monate tatsächlich Dienst. Vom 09.10.2017 bis zum 29.03.2021 war er ununterbrochen krankgeschrieben. In der zur Hälfte der regulären Probezeit erstellten Beurteilung vom 12.04.2018 heißt es, dass die Leistungen des Antragstellers wegen der erheblichen Fehlzeiten nicht beurteilbar seien. Ein amtsärztliches Gutachten vom 13.04.2018 kam zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller aktuell dienstunfähig sei, eine Besserung aber nach Durchführung einer Kiefer-OP und einer postoperativen Phase von sechs bis neun Monaten möglich erscheine. Es wurde eine neue amtsärztliche Untersuchung nach 12 Monaten empfohlen. Eine mit Bescheid vom 03.05.2018 ausgesprochene Entlassung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung wurde vom Verwaltungsgericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes als rechtswidrig angesehen, weil das Gutachten die Annahme dauerhafter Dienstunfähigkeit bzw. der Wahrscheinlichkeit einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht stütze. Das Gutachten sehe Besserungschancen; bei Verlängerung der Probezeit auf die Höchstdauer von fünf Jahren könne der Antragsteller möglicherweise auch noch seine fachliche Bewährung zeigen. Am 12.08.2019 verlängerte die Antragsgegnerin die Probezeit um ein Jahr bis zum 31.08.2020. Mit Schreiben vom 02.07.2020 bat sie den Antragsteller um Zustimmung zur Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens im Hinblick auf eine erneute amtsärztliche Untersuchung. Einen Antrag auf Verlängerung der Probezeit vom 24.07.2020 lehnte sie unter Hinweis auf das noch einzuholende Gutachten ab. Am 30.07.2020 stimmte der Antragsteller der Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens zu; am 03.08.2020 beauftragte die Antragsgegnerin das Gesundheitsamt mit der Untersuchung. Das amtsärztliche Gutachten vom 04.02.2021 kam zu dem Ergebnis, dass keine Leistungsbeeinträchtigungen mehr vorlägen. Aufgrund von Spannungen mit dem früheren Vorgesetzten bestehe bei einer Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz jedoch das Risiko einer erneuten Verschlechterung des Gesundheitszustandes. Daraufhin bat der Antragsteller die Antragsgegnerin am 02.03.2021, ihn für die restliche Probezeit „außerhalb seines bisherigen Arbeitsplatzes und den bisherigen Vorgesetzten“ zu verwenden, zum Beispiel beim Mit Schreiben vom 03.03.2021 hörte die Antragsgegnerin den Antragsteller zur beabsichtigten Entlassung an und stellte ihn unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen

vom Dienst frei. Mit Bescheid vom 26.03.2021 verfügte sie die Entlassung des Antragstellers zum Ablauf des 30.06.2021. Es stehe bereits zum jetzigen Zeitpunkt fest, dass am Ende der Probezeit die fachliche Eignung des Antragstellers für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht positiv festgestellt werden könne. Anhand der zehn Monate, die der Antragsteller in 2016 und 2017 effektiv Dienst geleistet habe, habe die Bewährung noch nicht festgestellt werden können. Die nun noch verbleibende restliche Probezeit von circa fünf Monaten sei zu kurz für eine positive Bewährungsfeststellung. Es sei zudem nicht möglich, den Antragsteller während der restlichen Probezeit beim ... zu verwenden, weil die Probezeit in derselben Fachrichtung wie die Ausbildung durchlaufen werden müsse. Die sofortige Vollziehung wurde angeordnet.

Der Antragsteller hat gegen die Entlassung Widerspruch erhoben und beim Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Zudem hat er beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Freistellung aufzuheben. Das Verwaltungsgericht hat die Anträge mit Beschluss vom 24.06.2021 abgelehnt. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Probezeit stillschweigend bis zum 31.08.2021 verlängert worden sei, überschreite die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum nicht, wenn sie der Auffassung ist, in dem bis dahin verbleibenden Zeitraum die Bewährung nicht mehr positiv feststellen zu können. Eine Dienstausbübung von zusammen genommen zehn Monaten in 2016 und 2017 sowie eine maximal fünfmonatige Dienstausbübung vom 30.03.2021 bis zum 31.08.2021 sei keine tragfähige Grundlage für eine Eignungsfeststellung. Die Tätigkeitszeiträume könnten auch nicht einfach addiert werden, weil aufgrund der langen Unterbrechungen keine konstanten Leistungen beurteilbar seien. Hinzu komme, dass nach dem amtsärztlichen Gutachten die restliche Probezeit in einem anderen Einsatzgebiet absolviert werden müsse. Unerheblich sei die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Suchpflicht durch den Dienstherrn, denn der Antragsteller sei nicht wegen mangelnder gesundheitlicher, sondern wegen Nichtfeststellbarkeit der fachlichen Eignung entlassen worden. Dass die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit erst wenige Monate vor dem Ende der Probezeit festgestellt wurde, sei nicht ausschließlich der Antragsgegnerin anzulasten. Sie habe aufgrund des Verhaltens des Antragstellers keinen Anlass gehabt, die amtsärztliche Begutachtung früher einzuleiten. Überdies sei der Antragsteller nach den von ihm vorgelegten AU-Bescheinigungen bis zum 29.03.2021 arbeitsunfähig gewesen. Es bestehe ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse. Insofern würden zwar rein fiskalische Erwägungen nicht ausreichen. Hier komme aber hinzu, dass die Antragsgegnerin für den Antragsteller für wenige Monate einen neuen Dienstposten suchen müsste. Für den Antrag auf Aufhebung

der Freistellung fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Denn selbst wenn die Freistellung aufgehoben würde, verbliebe nicht mehr genug Zeit für eine erfolgreiche Bewährung.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

II. Die Beschwerde, bei deren Prüfung der Senat auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 VwGO), hat keinen Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung des Antragstellers hat die Antragsgegnerin den ihr bei der Feststellung der Bewährung eines Beamten auf Probe zukommenden Beurteilungsspielraum nicht dadurch überschritten, dass sie der Auffassung ist, die Zeiten tatsächlicher Dienstleistung wären selbst dann, wenn man dem Antragsteller eine Dienstausbildung bis zum Ende der Probezeit ermöglicht hätte, zu kurz gewesen, um die Bewährung beurteilen zu können.

Der Antragsteller hat nach den von der Beschwerde nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts vom 01.09.2016 bis zum 09.10.2017 nur rund 10 Monate Dienst geleistet. Das ist weniger als ein Drittel der regelmäßigen Probezeit von drei Jahren (vgl. 19 Abs. 2 Satz 1 BremBeamtG). Es ist daher nachvollziehbar, wenn die Antragsgegnerin meint, aufgrund der in dieser Zeit gezeigten Leistungen keine endgültige positive Bewährungsfeststellung treffen zu können. Ebenso nachvollziehbar ist die Auffassung der Antragsgegnerin, eine weitere Dienstausbildung von maximal fünf Monaten (30.03. bis 31.08.2021) nach dem Ende der Krankschreibungen hätte daran nichts mehr zu ändern vermocht. Der Antragsteller war unter Hinweis auf das amtsärztliche Gutachten zu einer Wiederaufnahme des Dienstes nur bereit, wenn er nicht mehr in der ..., sondern in einer anderen Behörde – vorzugsweise dem ... – eingesetzt würde. Nach allgemeiner Lebenserfahrung bedarf es stets einer gewissen Einarbeitungszeit, wenn ein Bediensteter in einer Behörde eingesetzt wird, in der er noch nicht tätig war. In der Probezeit soll die Beamtin oder der Beamte zeigen, dass sie oder er nach Einarbeitung die übertragenen Aufgaben erfüllen kann (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BremLVO). Bei einer nur fünfmonatigen Verwendung in einer neuen Behörde wäre der Antragsteller kaum über die Einarbeitungsphase hinausgekommen. Leistungen während einer Einarbeitungsphase können nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 2 BremLVO eine positive Bewährungsfeststellung nicht entscheidend tragen. Selbst wenn man die rund zehn Monate tatsächlich geleisteten Dienstes vom Anfang der Probezeit hinzurechnet, hätte der Antragsteller mit insgesamt 15 Monaten weniger als die Hälfte einer regulären dreijährigen Probezeit tatsächlich gearbeitet.

Unschädlich ist, dass die Antragsgegnerin nicht abstrakt benannt hat, was ihrer Ansicht nach die Mindestdauer tatsächlicher Dienstausbübung ist, um die Bewährung einer Beamtin oder eines Beamten auf Probe feststellen zu können. Eine solche abstrakte Festlegung dürfte kaum möglich sein, da es stets auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Jedenfalls erscheint es dem Senat einleuchtend, dass eine Tätigkeit von zusammengenommen circa 15 Monaten über einen Zeitraum von fünf Jahren mit einer über dreijährigen Unterbrechung, wobei die letzten fünf Monate in einer anderen Behörde abgeleistet wurden als die ersten zehn Monate, keine ausreichende Bewertungsgrundlage wäre.

2. Der Antragsteller kann nicht einwenden, die Antragsgegnerin habe es zu vertreten, dass er während der Probezeit nicht länger tatsächlich Dienst verrichtet hat. Dabei kann dahinstehen, aus welchen Gründen die Antragsgegnerin der amtsärztlichen Empfehlung aus April 2018, nach einem Jahr (also circa im April 2019) eine neue amtsärztliche Untersuchung durchführen zu lassen, nicht gefolgt ist, sondern eine neue Begutachtung erst im Juli 2020 in Angriff nahm. Ein dienstunfähig erkrankter Beamter ist verpflichtet, dies unverzüglich unter Angabe der voraussichtlichen Dauer der Dienstunfähigkeit anzuzeigen und auf Verlangen nachzuweisen (§ 67 Abs. 2 Satz 1 BremBG). Die Beschwerde wendet sich nicht gegen die Feststellung des angefochtenen Beschlusses, wonach der Antragsteller „seit dem 09.10.2017 [...] ununterbrochen bis zum 29.03.2021 arbeitsunfähig erkrankt“ war. Der Senat versteht dies dahingehend, dass der Antragsteller für diese Zeiträume privatärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hatte. In der Akte befindet sich eine solche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Zeitraum vom 12.02.2018 bis zum 29.03.2021. Ein Beamter, der sich selbst für einen bestimmten Zeitraum krankmeldet, kann nicht einwenden, der Dienstherr hätte ihn vor Ablauf dieses Zeitraums amtsärztlich untersuchen lassen müssen, weil dadurch früher festgestellt worden wäre, dass er – entgegen seiner eigenen Angaben – doch dienstfähig ist. Dies verstößt gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Hauptursächlich dafür, dass der Antragsteller von Oktober 2017 bis März 2021 keinen Dienst geleistet hat, war der Umstand, dass er sich krankgemeldet hatte. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass der Antragsteller während dieses Zeitraums gegenüber seiner Dienstherrin geltend gemacht hätte, dass er aus gesundheitlichen Gründen lediglich nicht in der Lage ist, auf seinem bisherigen Dienstposten Dienst zu leisten.

3. Darauf, ob die Antragsgegnerin die Möglichkeit anderer Verwendungen ausreichend geprüft bzw. einer „Suchpflicht“ bezüglich geeigneter Dienstposten in anderen Behörden nachgekommen ist, kommt es nicht an. § 26 Abs. 2 BeamtStG, der die anderweitige Verwendung körperlich bzw. gesundheitlich eingeschränkter Beamter regelt, ist im

Rahmen der Entlassung von Beamten auf Probe bei allein mangelnder gesundheitlicher Eignung entsprechend anzuwenden (§ 23 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG). Der Antragsteller wurde aber nicht wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung, sondern wegen Nichtfeststellbarkeit der fachlichen Eignung entlassen. Dafür, dass auch in solchen Fällen eine Pflicht zur Prüfung einer anderweitigen Verwendung besteht, wenn die Nichtfeststellbarkeit der fachlichen Eignung auf krankheitsbedingter Abwesenheit beruht, enthält das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Auch eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG kommt in solchen Fällen nicht in Betracht. Es fehlt bereits an einer Regelungslücke. Wie zu reagieren ist, wenn krankheitsbedingte Abwesenheiten einer Feststellung der Bewährung entgegenstehen, ist in § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BremLVO geregelt. Demnach kann in solchen Fällen die Probezeit bis zu einer Höchstdauer von fünf Jahren verlängert werden. Dies dürfte vorliegend stillschweigend geschehen sein; jedenfalls hat kein Beteiligter im Beschwerdeverfahren die entsprechende Annahme des Verwaltungsgerichts angegriffen. Überdies ist die Interessenlage in Fällen, in denen ein Beamter allein in gesundheitlicher Hinsicht ungeeignet ist, nicht vergleichbar mit Fällen, in denen die fachliche Eignung wegen krankheitsbedingter Abwesenheit nicht festgestellt werden kann. Im erstgenannten Fall steht die fachliche Eignung nämlich fest (ansonsten würde die Entlassung nicht allein wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung erfolgen), während sie dies im letztgenannten Fall gerade nicht tut.

4. Nicht zum Erfolg der Beschwerde führt die Behauptung des Antragstellers, die Gründe für seine Erkrankung lägen in der Sphäre der Antragsgegnerin. Dabei kann dahinstehen, ob dies in tatsächlicher Hinsicht zutrifft. Die Beschwerde legt jedenfalls nicht dar, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt dies für die Rechtmäßigkeit der Entlassung relevant wäre. Dies liegt auch nicht auf der Hand. § 10 Satz 1, § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamtStG stellen allein auf die Nichtfeststellbarkeit einer Bewährung in der Probezeit ab. Dass insoweit Verschuldens- oder Zurechnungsgesichtspunkte von Relevanz sein könnten, kommt jedenfalls im Wortlaut der Vorschriften nicht zum Ausdruck.

5. Das Verwaltungsgericht war nicht gehindert, das besondere Vollzugsinteresse mit den organisatorischen Schwierigkeiten zu begründen, die die Eingliederung des Antragstellers in eine neue Behörde mit sich bringen würde. Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung nur fiskalische Erwägungen geltend gemacht hatte. Die Begründung des Interesses an der sofortigen Vollziehung durch die Behörde (§ 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO) ist ein formelles Erfordernis für die Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Ist diese formelle Voraussetzung gewahrt, hat das Verwaltungsgericht bei der weiteren Prüfung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene Abwägung zwischen Vollzugs- und

Suspensivinteresse vorzunehmen (vgl. *Buchheister*, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 45, 49). Demnach war das Verwaltungsgericht nicht gehindert, das besondere Interesse der sofortigen Vollziehung (auch) mit Erwägungen zu begründen, auf die die Antragsgegnerin sich nicht berufen hatte. In der Sache leuchtet es ohne weiteres ein, dass es für einen Dienstherrn eine erhebliche Belastung darstellt, einen Beamten, der mehr als drei Jahre lang ununterbrochen dienstunfähig erkrankt war, der eine Wiederaufnahme des Dienstes in seiner bisherigen Beschäftigungsbehörde ablehnt und gegen den eine Entlassungsverfügung ergangen ist, für die Dauer des Widerspruchs- bzw. Klageverfahrens gegen die Entlassung in den Dienstbetrieb einer neuen Behörde einzugliedern und ihn dort einzuarbeiten.

6. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Verwaltungsgerichts, für den Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Aufhebung der Freistellung fehle ein Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsteller trägt hiergegen vor, dass er sich in der Zeit vom 30.03.2021 bis zum 31.08.2021 für die Ernennung auf Lebenszeit hätte bewähren können, wenn er nicht vom Dienst freigestellt gewesen wäre. Dies trifft indes nicht zu (s.o. Ziff. 1).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 2, § 40 GKG. Wegen der Einzelheiten wird auf die Begründung der Streitwertfestsetzung für den ersten Rechtszug im angefochtenen Beschluss verwiesen, gegen die die Beteiligten keine Einwände erhoben haben.

Dr. Maierhöfer

Stybel

Bogner