



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 40/21

VG: 6 V 986/20

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

– Antragsteller und Beschwerdegegner –

Prozessbevollmächtigte:

gegen

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

– Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, den Richter am Oberverwaltungsgericht Traub und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Stybel am 4. Mai 2021 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 12. Januar 2021 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 11.914,23 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Der Antragsteller begeht die Freihaltung des Dienstpostens eines Sachbearbeiters in der Abteilung vorbeugender Brand- und Gefahrenschutz der Feuerwehr der Antragsgegnerin (OKZ 20-1, BesGr. A 9 S + Z BremBesG).

Der 1977 geborene Antragsteller ist Feuerwehrbeamter der Antragsgegnerin. Er hat seit dem Jahr 2007 das Statusamt eines Oberbrandmeisters (BesGr. A 8) inne. Wegen eines 2015 diagnostizierten Diabetes mellitus Typ I wurde er im Jahr 2016 als Schwerbehinderter mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. Seit dem Jahr 2015 ist er im Tagesdienst eingesetzt und nimmt keine Einsatzdiensttätigkeiten war. Nach einem amtsärztlichen Gutachten vom 26.11.2019 kann er Tätigkeiten mit schwerem Atemschutz nicht ausüben, ist aber davon abgesehen für andere Tätigkeiten bei der Feuerwehr einsatzfähig. Vorteilhaft seien Arbeitsbereiche ohne Notwendigkeit von Nacht- und Schichtdiensttätigkeiten.

Am 13.06.2019 schrieb die Feuerwehr der Antragsgegnerin den Dienstposten eines Sachbearbeiters in der Abteilung vorbeugender Brand- und Gefahrenschutz (OKZ 20-1, BesGr. A 9 S + Z BremBesG) aus. Aufgabenbereiche sind laut der Ausschreibung die Mitarbeit in den Bereichen vorbeugender Brand- und Gefahrenschutz und objektbezogene Einsatzplanung, die Brandschutzunterweisung von Betriebsangehörigen und die Ausbildung des Einsatzpersonals im vorbeugenden Brand- und Gefahrenschutz, die Bearbeitung von Verkehrsanordnungen, die Aktenverwaltung sowie „Einsatzdienst nach Dienstplan und Ausrückeordnung“. Im Anforderungsprofil der Ausschreibung heißt es, zwingend erforderlich sei u.a. „mindestens die Feuerwehrdienstfähigkeit nach G 26.2.“. Nach den von der Beschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts soll die für den Dienstposten ausgewählte Person nach erfolgter Bewährung ohne weitere Auswahlentscheidung in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 9 S + Z befördert werden. Die Bewerbung des Antragstellers wurde mit der Begründung abgelehnt, dass er wegen der Einschränkungen beim Tragen von Atemschutz nicht die uneingeschränkte Feuerwehrdiensttauglichkeit besitze und daher das zwingende Anforderungsprofil nicht erfülle. Der Widerspruch des Antragstellers wurde zurückgewiesen; seine Klage ist derzeit beim Verwaltungsgericht anhängig. Die Antragsgegnerin hat bislang noch keine Auswahlentscheidung zugunsten eines anderen Bewerbers getroffen.

Das Verwaltungsgericht hat die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 12.01.2021 im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den streitgegenständlichen Dienstposten und die

ihm zugeordnete Planstelle bis zum Ablauf eines Monats nach einer Entscheidung über die Klage des Antragstellers oder einer sonstigen Erledigung des Klageverfahrens freizuhalten. Wegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX dürfe ein schwerbehinderter Beamter nur dann aus einem Beförderungsverfahren ausgeschlossen werden, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Statusamt zwingend ausschließen. Dies sei beim Antragsteller, bei dem Schwerbehinderung und (möglicherweise) fehlende Atemschutztauglichkeit auf derselben Erkrankung beruhten, in Bezug auf die Tauglichkeit zum Tragen von Atemschutz nicht der Fall. Daher könne die zwischen den Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht umstrittene Frage, ob der Antragsteller atemschutztauglich sei, offenbleiben. §§ 109, 113 Abs. 1 BremBG sei zu entnehmen, dass eine eingeschränkte Feuerwehrdiensttauglichkeit der Verwendung eines Beamten bei der Feuerwehr nicht zwingend entgegenstehe. Daher müssten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für Beförderungsentscheidungen ähnliche Maßstäbe gelten wie für die Entscheidung über eine Weiterverwendung. Ausreichend für einen Anspruch des Antragstellers auf weitere Teilnahme am Bewerbungsverfahren sei es, wenn er die Aufgaben des angestrebten Amtes „im Wesentlichen“ erfüllen könne; die auf der Schwerbehinderung beruhende Unfähigkeit zur Erfüllung lediglich einzelner Aufgaben sei dagegen unschädlich. Maßstab für diese Prognose sei nicht der konkret ausgeschriebene Dienstposten, sondern das angestrebte Statusamt. Die Antragsgegnerin treffe mithin entsprechend der zu § 26 BeamtStG entwickelten Grundsätze eine Pflicht zur Suche nach Dienstposten, die nach der Besoldungsgruppe A 9 S + Z bewertet sind und deren Aufgaben der Antragsteller im Wesentlichen erfüllen könnte, im Bereich ihrer Feuerwehr. Nur wenn es keinen derartigen Dienstposten geben würde, könnte der Ausschluss des Antragstellers aus dem Bewerbungsverfahren gerechtfertigt sein. Dafür, dass eine solche Suche stattgefunden hat, gebe es indes keine Hinweise.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II. Die zulässige Beschwerde, bei deren Prüfung der Senat auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), ist unbegründet. Aus dem Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin ergibt sich nicht, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht angenommen hat, der Ausschluss des Antragstellers aus dem weiteren Beförderungsverfahren verletze dessen Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG.

1. Bei der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Eignungsbeurteilung hat der Dienstherr immer auch eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der einzelne Bewerber den Anforderungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht entspricht. Denn geeignet im Sinne des

Art. 33 Abs. 2 GG ist nur, wer dem angestrebten Amt auch in körperlicher und psychischer Hinsicht gewachsen ist. Im Rahmen dieser gesundheitlichen Eignungsbeurteilung hat der Dienstherr auch dem Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Rechnung zu tragen. Ein Bewerber darf daher wegen seiner Behinderung nur dann von dem Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen (BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07, juris Rn. 11). Der bremische Gesetzgeber selbst geht in § 113 Abs. 1, § 109 Halbsatz 2 BremBG davon aus, dass eine nur eingeschränkte Feuerwehrdienstfähigkeit einer Verwendung im Feuerwehrdienst nicht zwingend entgegensteht. Vielmehr hat er eine weitere Verwendung nur eingeschränkt feuerwehrdienstfähiger Lebenszeitbeamter für den Fall zugelassen, dass die auszuübende Funktion die besonderen gesundheitlichen Anforderungen des Feuerwehrdienstes auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt erfordert. Die hiermit bewirkte Öffnung des Feuerwehrdienstes für nicht vollumfänglich feuerwehrdienstfähige Beamte kann nicht ohne Rückwirkung auf die Auslegung des Eignungsbegriffs im Sinne des Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bleiben. Vielmehr müssen für das nach Art. 33 Abs. 2 GG zu treffende gesundheitliche Eignungsurteil des Dienstherrn ähnliche Maßstäbe gelten wie für Weiterverwendungsentscheidungen gemäß § 113 Abs. 1, § 109 BremBG. Einem nach § 113 Abs. 1, § 109 Halbsatz 2 BremBG weiter verwendeten Bewerber darf die gesundheitliche Eignung für ein Beförderungsamt daher nur abgesprochen werden, wenn aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen eine ordnungsgemäße und dauerhafte Wahrnehmung der mit dem angestrebten Amt verbundenen Aufgaben nicht gewährleistet ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07, juris Rn. 13 f. zu einer § 113 Abs. 1, § 109 BremBG entsprechenden Regelung des sächsischen Beamten gesetzes für Polizeivollzugsbeamte). Der schwerbehinderte Beamte muss bereits dann im Bewerbungsverfahren verbleiben, wenn er die mit dem angestrebten Amt verbundenen Aufgaben im Wesentlichen ordnungsgemäß und dauerhaft wahrnehmen kann. Dass er bezüglich einer einzelnen Anforderung, die das angestrebte Amt grundsätzlich stellt, die ordnungsgemäße Erfüllung nicht gewährleisten kann, ist unschädlich, sofern er das Aufgabenspektrum des Amtes im Übrigen abdeckt und daher sinnvoll in diesem Amt eingesetzt werden kann (vgl. VGH B-W, Beschl. v. 20.02.2020 – 4 S 3299/19, juris Rn. 7).

2. Wie schon das Verwaltungsgericht, kann auch der Senat dahinstehen lassen, ob der Antragsteller atemschutzauglich ist. Denn selbst wenn er dies nicht sein sollte, war sein Ausschluss vom weiteren Bewerbungsverfahren nach den vorgenannten Maßstäben rechtswidrig. Hierfür bedarf es auch keiner Entscheidung, ob die Auffassung des Verwaltungsgerichts zutrifft, dass die Antragsgegnerin nach anderen Dienstposten im

Bereich der Feuerwehr mit derselben Wertigkeit wie der streitgegenständliche Dienstposten hätte suchen müssen, auf denen der Antragsteller verwendet werden kann. Selbst wenn die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgehensweise, einen konkreten Beförderungsdienstposten auszuschreiben und den erfolgreichen Bewerber nach Bewährung auf diesem Dienstposten ohne weiteres Auswahlverfahren zu befördern, zur Folge haben sollte, dass bei der gesundheitlichen Eignungsprognose nicht auf das Statusamt, sondern auf diesen Dienstposten (also das Amt im konkret-funktionellen Sinne) abzustellen ist, würde dies der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Die Beschwerde legt nämlich nicht dar, dass der Antragsteller die mit dem Dienstposten „Sachbearbeiter in der Abteilung vorbeugender Brand- und Gefahrenschutz (OKZ 20-1)“ verbundenen Aufgaben nicht zumindest im Wesentlichen dauerhaft und ordnungsgemäß wahrnehmen könnte. Der Dienstposten ist nach dem Geschäftsverteilungsplan der Feuerwehr dem administrativen und nicht dem operativen Bereich zugeordnet (vgl. <https://www.feuerwehr-bremen.org/ueber-uns/aufgaben-struktur-organisation>). Vier der fünf in der Ausschreibung genannten Aufgabenfelder betreffen Schulungs- und Verwaltungsaufgaben. Die Beschwerde macht nicht geltend, dass für die Wahrnehmung dieser Tätigkeiten Atemschutzauglichkeit erforderlich sei. Der Einsatzdienst, der Atemschutzauglichkeit erfordert, macht nach dem Beschwerdevorbringen lediglich ca. 20 % der Jahresdienstzeit des Dienstposteninhabers aus. Die Antragsgegnerin trägt in ihrer Beschwerde selbst vor, dass sie nur noch eingeschränkt feuerwehrdiensttaugliche Beamte, die das fünfzigste Lebensjahr vollendet haben, auf Dienstposten des Tagesdienstes umsetzt. Wieso mit dem 43 Jahre alten schwerbehinderten Antragsteller auf dem streitgegenständlichen Dienstposten nicht ebenso verfahren werden könnte, legt die Antragsgegnerin nicht dar. Allein der Hinweis der Beschwerdebegründung auf die den über fünfzigjährigen Feuerwehrbeamten „wenigen verbleibenden Dienstjahre“ und „versorgungsrechtliche Aspekte“ rechtfertigt eine solche Ungleichbehandlung unter Berücksichtigung der Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht.

3. Ohne Erfolg wendet die Antragsgegnerin ein, sie habe den Antragsteller nicht wegen seiner Schwerbehinderung aus dem weiteren Bewerbungsverfahren ausgeschlossen. Unstreitig ist der Diabetes, der nach Auffassung der Antragsgegnerin die Atemschutzauglichkeit des Antragstellers aufhebt und deshalb zum Ausschluss aus dem Bewerbungsverfahren geführt hat, auch der Grund, aus dem ihm die Schwerbehinderteneigenschaft zuerkannt wurde. Dass die Antragsgegnerin andere schwerbehinderte Feuerwehrbeamte in anderen Bewerbungsverfahren für andere Dienstposten nicht ausgeschlossen hat oder ausschließt, ändert nichts daran, dass sie den Antragsteller aus dem vorliegend streitgegenständlichen Bewerbungsverfahren wegen des Umstandes, der seine Schwerbehinderung begründet, ausgeschlossen hat.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs. 1, 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 4, § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG.

Dr. Maierhöfer

Traub

Stybel