

Abschrift



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 91/19

(VG: 6 V 2982/18)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

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 :

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richterin Dr. Steinfatt und Richterin Dr. Koch am 8. August 2019 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 13.03.2019 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 10.921,29 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen die ihr durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 13.03.2019 auferlegte Verpflichtung, einen der am 24.09.2018 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 24.09.2018 schrieb die Feuerwehr Bremen mehrere 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 27.10.2018 mit, dass er nicht die Beförderungsvoraussetzungen für einen der mit Bekanntmachung vom 24.09.2018 ausgeschriebenen Dienstposten erfülle. Er besitze nicht die uneingeschränkte Einsatztauglichkeit. Seine Bewerbung könne daher nicht berücksichtigt werden.

Hiergegen erhob der Antragsteller am 26.11.2018 Widerspruch. Am 11.12.2018 hat der Antragsteller um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Mit Beschluss vom 13.03.2019 hat das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin aufgegeben, den mit der Besoldungsgruppe A 9 S bewerteten Dienstposten der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt bei der Feuerwehr Bremen sowie die zugeordnete Planstelle vorläufig bis zum Ablauf eines Monats nach einer Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers vom 26.11.2018 oder einer sonstigen Erledigung des Widerspruchsverfahrens freizuhalten und nicht mit dem Beigeladenen zu besetzen.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde.

Das Kriterium der Eignung im Sinne von Artikel 33 Abs. 2 GG umfasse auch die körperlichen, psychischen und charakterlichen Voraussetzungen, die nach der Beurteilung des Dienstherrn für die Wahrnehmung des angestrebten Amtes erforderlich seien. Die Ausschreibung enthalte ausdrücklich die Anforderung, dass mindestens die Einsatzdiensttauglichkeit gemäß G 26.2 erfüllt sein müsse. Die arbeitsmedizinische Prüfung der Atemschutztauglichkeit nach G 26 am 08.05.2017 sei zu dem Ergebnis gelangt, dass die uneingeschränkte Einsatzdiensttauglichkeit des Antragstellers nicht mehr gegeben sei. Das Gesundheitsamt habe in seiner Stellungnahme auf das Ergebnis der arbeitsmedizinischen Untersuchung ausdrücklich verwiesen. In der Gesamtschau beider medizinischer Untersuchungen ergäben sich also zumindest ganz erhebliche Eignungszweifel.

Die Zielrichtung der Untersuchungen des arbeitsmedizinischen Dienstes sei keineswegs zweifelhaft. Für den Bereich der Feuerwehr gelte die Feuerwehrdienstvorschrift 7 (FwDV 7), die eine gesundheitliche Eignung fordere. Bei den Untersuchungen nach schwerem Atemschutz erhielten die Feuerwehrbeamten daher eine Bescheinigung nach der Arbeitsmedizinischen Vorsorgeverordnung und eine solche nach FwDV 7.

Alle Beamtinnen und Beamten der Feuerwehr Bremen, die die in der streitgegenständlichen Ausschreibung genannten Funktionen wahrnehmen, müssten jederzeit im 24h-Lösch- und Hilfeleistungsdienst eingesetzt werden können und die sich daraus ergebenden gesundheitlichen Anforderungen erfüllen. Dies sei beim Antragsteller nicht der Fall. Auch das vom Gesundheitsamt beauftragte Zusatzgutachten habe das erfolgreiche Absolvieren der Untersuchung nach G 26.3 beim arbeitsmedizinischen Dienst als Grundvoraussetzung für das Aussprechen einer so bezeichneten „befristeten Feuerwehrdiensttauglichkeit“ mit den dazu angeführten weiteren Auflagen benannt. Die amtsärztlichen

Untersuchungen enthielten sich jeglicher Aussage zu dem für die Verwendung im Einsatzdienst ausschlaggebenden Aspekt der Untersuchung nach G 26 und verwiesen insoweit auf die arbeitsmedizinischen Feststellungen. Die Feststellungen des arbeitsmedizinischen Dienstes der Fachdienste für Arbeitsschutz seien von besonderer Bedeutung, da darin die besonderen dienstlichen Anforderungen bezüglich der Sicherheit während des Einsatzgeschehens berücksichtigt würden.

Die Ermittlung des geeignetsten Bewerbers habe stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen. Dass Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt sei, habe auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur für einen Teil des Entscheidungsprozesses uneingeschränkte Geltung. Bezugspunkt der Auswahl sei das Amt im konkret-funktionellen Sinne, soweit der Dienstherr in einem gestuften Verfahren anhand eines – ausnahmsweise – in zulässiger Weise erstellten konstitutiven Anforderungsprofils Bewerber vom weiteren Leistungsvergleich ausschließe. Bewerber, die aus Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kämen oder zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllten, könnten in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und müssten nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden.

In der Gesamtschau und insbesondere nach dem Ergebnis der letzten arbeitsmedizinischen Untersuchung der Fachdienste für Arbeitsschutz vom 08.05.2017 erfülle der Antragsteller nicht die gesundheitlichen Anforderungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich und aus sachlichem Grund benannt seien. Seine Bewerbung sei daher mangels gesundheitlicher Eignung nicht zu berücksichtigen gewesen.

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.

Selbst unter der Annahme, dass die Antragsgegnerin vorliegend vom Amt im konkret-funktionellen Sinne als Bezugspunkt der Auswahl ausgehen durfte, hätte sie nicht aus den bisher vorliegenden medizinischen Gutachten und Stellungnahmen auf die Einsatzdienstunfähigkeit des Antragstellers schließen dürfen.

Für eine „Gesamtschau“ medizinischer Untersuchungen lässt die gesetzliche Regelung dem Dienstherrn keinen Raum. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 28.12.2018 (2 B 281/18), der ein anderes Auswahlverfahren betraf, in dem die Antragsgegnerin die Bewerbung des Antragstellers ebenfalls nicht berücksichtigt hatte, ausgeführt hat, wird gemäß § 26 BeamtStG i. V. m. § 41 Abs. 3, § 44 BremBG 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. BeamtStG 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 Einsatzdienstunfähigkeit oder 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.

Das Gesundheitsamt hat auch nicht – wie die Antragsgegnerin meint – in seiner Stellungnahme auf das Ergebnis der arbeitsmedizinischen Untersuchung ausdrücklich verwiesen. Eine Bezugnahme auf arbeitsmedizinische Untersuchungen findet sich in der amtsärztlichen Stellungnahme nur insoweit, als erwähnt wird, dass bei der Untersuchung die arbeitsmedizinischen Stellungnahmen vom 03.11.2015 und vom 15.03.2016 als Fremdbefunde vorlagen. Inhaltlich stützt sich die amtsärztliche Stellungnahme zur Beurteilung des beruflichen Leistungsvermögens des Antragstellers ausschließlich auf das

diabetologische Zusatzgutachten vom 10.11.2016 (vgl. die Verweisungen unter den Punkten 5., 6., 7. und 8. der amtsärztlichen Stellungnahme).

Der Senat hält auch daran fest, dass die Zielrichtung der vorliegenden Untersuchungen des arbeitsmedizinischen Dienstes, die als arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen bezeichnet sind, eine andere ist als diejenige amtsärztlicher Untersuchungen zum Zweck der Überprüfung der Dienstfähigkeit. Die Antragsgegnerin hat zwar dargelegt, dass bei der Untersuchung eine Bescheinigung nach der Arbeitsmedizinischen Vorsorgeverordnung und eine solche nach der Feuerwehr-Dienstvorschrift FwDV 7 „Atemschutz“ (FwDV 7) erteilt wird. Auch die Zielsetzung der FwDV 7 ist allerdings die Unfallverhütung, wie sich aus Punkt 1 („Allgemeines“) der FwDV 7 ergibt. Danach soll diese Dienstvorschrift die Voraussetzungen für eine erfolgreiche und unfallsichere Verwendung von Atemschutzgeräten schaffen. Unter diesem Blickwinkel der Unfallverhütung enthält sie die Anforderungen, die an Atemschutzgeräteträger zu stellen sind, nämlich die Feststellung der körperlichen Eignung nach den berufsgenossenschaftlichen Grundsätzen für arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, Grundsatz G 26 „Atemschutzgeräte“ (vgl. Punkt 3 „Anforderungen an Atemschutzgeräteträger“ der FwDV 7). Wie vom Senat bereits im Beschluss vom 28.12.2018 dargelegt, erfolgen Stellungnahmen durch einen Arbeitsmediziner daher 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.

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 Oktober 2018 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, nicht mehr aktuell genug. Zudem 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 und Einsatzdienstfähigkeit des Antragstellers ausgehen müssen. Bei fort-

bestehenden 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 können und bewerten müssen.

Der Senat weist darauf hin, dass auch nach den von der Antragsgegnerin vorgelegten Grundsätzen für arbeitsmedizinische Untersuchungen der DGUV Stoffwechselkrankheiten, insbesondere Zuckerkrankheit, im Rahmen der Untersuchung nach G 26 nur dann ein Ausschlussgrund sind, „soweit sie die Belastbarkeit stärker einschränken“. Dass die Belastbarkeit des Antragstellers durch seine Krankheit in diesem Sinne stärker eingeschränkt ist, trägt die Antragsgegnerin nicht vor. Gegen eine derartige Einschränkung sprechen die vom Antragsteller vorgelegten Untersuchungsergebnisse. Die bloße Eintragung „dauernde gesundheitliche Bedenken“ in der Bescheinigung des Fachdienstes für Arbeitsschutz / Arbeitsmedizinischer Dienst vom 08.05.2017 über die arbeitsmedizinische Untersuchung vom 27.04.2017 lässt ebenfalls derartige Einschränkungen nicht erkennen. Auch bereits deshalb wäre eine Inbezugnahme dieser Bescheinigung in einer amtsärztlichen Stellungnahme nicht ausreichend, um die Schlussfolgerung, der Antragsteller erfülle die gesundheitlichen Anforderungen nicht, nachvollziehbar zu begründen.

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. Dr. Maierhöfer

gez. Dr. Steinfatt

gez. Dr. Koch