



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LA 110/19
(VG: 6 K 3611/17)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Klägerin und Zulassungsantragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Kinder und Bildung,
Rembertiring 8 - 12, 28195 Bremen,

Beklagte und Zulassungsantragstellerin,

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter
Dr. Maierhöfer, Richterin Stybel und Richterin Dr. Koch am 9. September 2019
beschlossen:

**Der Antrag der Beklagten, die Berufung gegen das
Urteil des Verwaltungsgerichts Bremen - 6. Kammer -
vom 26.02.2019 zuzulassen, wird abgelehnt.**

**Die Beklagte trägt die Kosten des
Berufungszulassungsverfahrens.**

**Der Streitwert wird für das Zulassungsverfahren auf
2500,00 Euro festgesetzt.**

Gründe

L Gegenstand des Rechtsstreits ist im Berufungszulassungsverfahren nur noch die Rechtmäßigkeit eines Bescheides, mit dem die Beklagte eine „Hemmung“ der Erprobungszeit der Klägerin als Jahrgangsheiterin an einer Oberschule festgestellt hat, weil sie diese Funktion aufgrund eines individuellen Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG nicht mehr wahrnehmen könne.

Die Klägerin ist Lebenszeitbeamtin bei der Beklagten und hatte im streitgegenständlichen Zeitraum das Amt einer Lehrerin (Bes.Gr. A 12) inne. Nach einem erfolgreichen Auswahlverfahren wurde ihr zum 1. Juni 2015 der Dienstposten einer Jahrgangsheiterin (Bes.Gr. A 14) zur Erprobung nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 BremBG, § 8 BremLVO übertragen. Vom 1. Februar bis zum 31. Juli 2016 befand sie sich in der Freistellungsphase eines „Sabbatical“. Am 1. August 2016 nahm sie ihre Tätigkeit als Jahrgangsheiterin wieder auf. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Erprobungszeit damit neu zu laufen begann. In der Folgezeit wurde die Klägerin schwanger. Ab dem 24. Januar 2017 bestand für sie aufgrund eines ärztlichen Attestes ein individuelles Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002 (BGBl. I S. 2318) (im Folgenden: MuSchG 2002). Diese Vorschrift entsprach im Wesentlichen dem § 16 Abs. 1 des heute geltenden Mutterschutzgesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228) (im Folgenden: MuSchG 2017). Nach dem ärztlichen Attest durfte die Arbeitszeit der Klägerin 13 Unterrichtsstunden vormittags nicht überschreiten.

Mit Bescheid vom 1. Juni 2017 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihre Erprobungszeit ab dem 24. Januar 2017 analog § 6 Abs. 3 BremLVO gehemmt sei. Aufgrund des Beschäftigungsverbotes könne die Klägerin die Funktion als Jahrgangsheiterin seit diesem Zeitpunkt nicht mehr wahrnehmen. Der Vortrag der Klägerin, dass sie diese Funktion zum größten Teil weiterhin wahrnehme, und die diesbezüglich vorgelegten Nachweise änderten daran nichts, denn das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot stehe nicht zur Disposition des Dienstherrn oder der Beamtin. Der Widerspruch der Klägerin wurde mit Widerspruchsbescheid vom 25. Oktober 2017 als unbegründet zurückgewiesen.

Vom 28. Juni 2017 bis zum 4. Oktober 2017 befand sich die Klägerin im Mutterschutz, anschließend war sie bis zum 31. Juli 2018 in Elternzeit. Seit dem 1. August 2018 ist sie in anderer Funktion an einer anderen Schule tätig.

Die Klägerin hat am 27. November 2017 beim Verwaltungsgericht Klage erhoben. Sie hat die Aufhebung des Bescheides vom 1. Juni 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides

vom 25. Oktober 2017 sowie die Feststellung, dass die Erprobungszeit am 31. Juli 2017 geendet hat, begehrt.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 29. Februar 2019 hinsichtlich des Feststellungsantrags als unzulässig abgewiesen, da der Ablauf der Erprobungszeit kein nach § 43 VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis sei. Dagegen hat es dem Anfechtungsantrag stattgegeben und die angefochtenen Bescheide aufgehoben. Eine Hemmung der Erprobungszeit sei nicht eingetreten. § 6 Abs. 3 BremLVO, der die Hemmung der Probezeit von Beamten auf Probe während einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge und einer Elternzeit ohne Bezüge vorsieht, könne nicht analog auf die Erprobungszeit zur Feststellung der Eignung für ein höheres Amt angewandt werden. Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke, denn § 8 Satz 3 i.V.m. § 7 Abs. 3 BremLVO sehe vor, dass die Erprobungszeit bei längeren Abwesenheitszeiten verlängert werden kann.

Das Urteil ist rechtskräftig geworden, soweit die Klage abgewiesen wurde. Soweit der Klage stattgegeben wurde, hat die Beklagte Zulassung der Berufung beantragt.

II. Der auf den Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO gestützte Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache verlangt, dass eine konkrete Tatsachen- oder Rechtsfrage formuliert und aufgezeigt wird, weshalb die Frage im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortentwicklung des Rechts klärungsbedürftig und entscheidungserheblich ist. Ferner muss dargelegt werden, worin die allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Frage besteht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 01.07.2009 – 1 WNB 1.09 –, juris Rn. 2; Beschl. v. 30.06.2006 – 5 B 99.05 –, juris Rn. 4; Beschl. v. 19.08.1997 – 7 B 261.97 –, juris). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn sich die aufgeworfene Frage im Berufungsverfahren nicht stellen würde, wenn sie bereits geklärt ist bzw. aufgrund des Gesetzeswortlauts mithilfe der Auslegung und auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung ohne Durchführung eines Berufungsverfahrens beantwortet werden kann oder wenn sie einer abstrakten Klärung nicht zugänglich ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.4.2018 – 1 B 6.18 –, juris Rn. 2).

Die Beklagte bezeichnet als grundsätzlich bedeutsam die Rechtsfrage, *„ob die gemäß § 8 Satz 1 BremLVO vorgesehene Erprobungszeit – vorliegend im Umfang von 12 Monaten – in einem höherwertigen Amt ohne weitere Einzelfallprüfung in jedem Fall ununterbrochen wahrzunehmen ist oder ob bei längeren Abwesenheitszeiten innerhalb des Zeitraums von zwölf Monaten eine Einzelfallprüfung und –entscheidung über das erfolgreiche Absolvieren der Erprobungszeit zu treffen ist“*.

1. Diese Rechtsfrage würde sich in einem Berufungsverfahren nicht stellen.

Gegenstand eines Berufungsverfahrens wäre nicht, ob die Klägerin die Erprobungszeit erfolgreich absolviert hat. Das Verwaltungsgericht hat das diesbezügliche Feststellungsbegehren der Klägerin als unzulässig abgewiesen. Insoweit ist das Urteil rechtskräftig. In einem Berufungsverfahren wäre nur zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht den Bescheid vom 15. März 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Oktober 2017 zu Recht aufgehoben hat. Prüfungsgegenstand des Berufungsverfahrens wäre mithin nur die Rechtmäßigkeit der im Bescheid vom 15. März 2017 getroffenen Feststellung, dass die Erprobungszeit seit dem 24. Januar 2017 analog § 6 Abs. 3 BremLVO ruht. Daher könnte in einem Berufungsverfahren nicht geklärt werden, „*ob bei längeren Abwesenheitszeiten innerhalb des Zeitraums von zwölf Monaten eine Einzelfallprüfung und –entscheidung über das erfolgreiche Absolvieren der Erprobungszeit zu treffen ist*“. Die allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage, die in einem Berufungsverfahren zu beantworten wäre, wäre lediglich, ob eine Hemmung der Erprobungszeit eintritt, wenn die Beamtin den höherwertigen Dienstposten wegen eines individuellen Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG nicht mehr wahrnehmen kann.

2. Ob eine Hemmung der Erprobungszeit eintritt, wenn die Beamtin den höherwertigen Dienstposten wegen eines individuellen Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG nicht mehr wahrnehmen kann, ist nicht klärungsbedürftig, weil diese Frage aufgrund des Wortlauts der BremLVO anhand der üblichen Auslegungsmethoden und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts ohne Durchführung eines Berufungsverfahrens beantwortet werden kann.

a) § 8 Satz 3 BremLVO i.V.m. § 7 Abs. 3 Nr. 3 BremLVO sieht vor, dass die Erprobungszeit bis zu einer Höchstdauer von einem Jahr und sechs Monaten verlängert werden kann, wenn die Bewährung wegen Krankheit bis zum Ablauf der Erprobungszeit noch nicht festgestellt werden kann. Eine Beamtin, die aufgrund eines individuellen ärztlichen Beschäftigungsverbots aus gesundheitlichen Gründen (§ 16 Abs. 1 MuSchG 2017 bzw. § 3 Abs. 1 MuSchG 2002) ihren Dienst auf dem höher bewerteten Dienstposten zeitweise nicht leisten kann, darf nicht schlechter behandelt werden als eine kranke Beamtin oder ein kranker Beamter.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im arbeits- und sozialrechtlichen Sinne begründet. Dies schließt es jedoch nicht aus, Zeiten eines ärztlichen Beschäftigungsverbot in anderen Zusammenhängen wie Zeiten einer

Erkrankung zu behandeln. Die arbeits- und sozialrechtliche Differenzierung zwischen beiden Sachverhalten hat ihre Gründe in spezifisch arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsfolgen, die für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung sind, insbesondere in der zeitlichen Begrenzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG im Vergleich zum unbefristeten Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG 2017 bzw. § 11 MuSchG 2002 (vgl. Pepping, in: Rancke, Mutterschutz – Elterngelt – Elternzeit – Betreuungsgeld, 5. Aufl. 2018 Rn. 19 ff.; Fohrmann/ Groß, in: Grobys/ Panzer-Heemeier, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2019, „Mutterschutz“ Rn. 18). In Regelungszusammenhängen außerhalb des Arbeits- und Sozialrechts hat die Rechtsprechung dagegen ein ärztliches Beschäftigungsverbot einer Arbeitsunfähigkeit wegen Erkrankung gleichgestellt, wo dies sachgerecht erschien (vgl. z.B. OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2016 – 3 RBs 383/15 – juris Rn. 21 für die Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 Abs. 1 StPO).

Der Senat sieht keinen Grund, im Rahmen des § 8 Satz 3, § 7 Abs. 3 Nr. 3 BremLVO eine Beamtin, die die den höherwertigen Dienstposten wegen eines ärztlichen Beschäftigungsverbots zeitweise nicht wahrnehmen konnte, schlechter zu behandeln als eine Beamtin oder einen Beamten, die oder der dies wegen Krankheit nicht konnte. Beiden Sachverhalten ist gemeinsam, dass die Wahrnehmung des Dienstpostens zeitweise nicht möglich ist, weil sie aufgrund der individuellen physischen oder psychischen Verfassung des Beamten oder der Beamtin seine oder ihre Gesundheit (bzw. diejenige des Kindes) gefährden würde.

An die durch Schwangerschaft - einen Zustand in dem sich nur Frauen befinden können - verursachte gesundheitliche Unmöglichkeit der Wahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens nachteiligere Rechtsfolgen zu knüpfen als an die durch eine Krankheit verursachte gesundheitliche Unmöglichkeit der Wahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens, wäre eine Diskriminierung wegen des Geschlechts (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.4.2011 – 1 BvR 1409/10 -, juris Rn. 54). Dies wäre mit Art. 3 Abs. 3 GG sowie Art. 2 Abs. 2 BremLVerf nur vereinbar, wenn es zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich oder durch überwiegendes kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt wäre (BVerfG, Beschl. v. 28.4.2011 – 1 BvR 1409/10 -, juris Rn. 53 f.). Für eine solche Rechtfertigung ist nichts ersichtlich. Das Problem, dass ein Beamter oder eine Beamtin die höherwertige Tätigkeit im Erprobungszeitraum aus gesundheitlichen Gründen zeitweise nicht ausüben kann, kann sowohl bei Männern (im Krankheitsfall) als auch bei Frauen (bei Krankheit oder einem ärztlichen Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG) auftreten. Wenn die krankheitsbedingte zeitweise Nichtwahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens nach § 8 Satz 3 i.V.m. § 7 Abs. 3 Nr. 3 BremLVO zu einer einzelfallbezogenen Entscheidung

darüber führt, ob der Beamte bzw. die Beamtin sich schon durch die bisherige Erprobungszeit ausreichend bewährt hat oder diese (auf maximal 18 Monate) verlängert werden muss, kann die durch ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG bedingte zeitweise Nichtwahrnehmung nicht zur Folge haben, dass die „versäumte“ Zeit unabhängig vom Einzelfall zwingend in voller Länge nachzuholen ist.

Ob es aus verfassungs- oder europarechtlichen Gründen darüber hinaus sogar geboten ist, dass sich Zeiten eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots überhaupt nicht negativ auf die Länge der Erprobungszeit auswirken, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden.

b) § 6 Abs. 3 BremLVO kann vorliegend nicht analog angewandt werden. Die zeitweise Nichtwahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens aufgrund eines ärztlichen Beschäftigungsverbots ist mit dem dort geregelten Fall einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge oder einer Elternzeit ohne Dienstbezüge in der Probezeit nicht vergleichbar.

Beiden Tatbeständen, die nach § 6 Abs. 3 BremLVO zu einer Hemmung der Probezeit führen, ist nach dem Wortlaut der Vorschrift gemeinsam, dass keine Dienstbezüge gewährt werden. Beamtinnen, die einem ärztlichen Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG unterliegen, erhalten ihre Dienstbezüge hingegen unverändert weiter (vgl. § 1 Abs. 1 BremMuSchEltZV i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 2 MuSchEltZV-Bund).

Auch in ihrer Zielrichtung können Elternzeit bzw. Beurlaubung ohne Dienstbezüge nicht mit Zeiten eines ärztlichen Beschäftigungsverbots verglichen werden: Während sich die Beamtin bzw. der Beamte, die oder der Elternzeit oder Urlaub ohne Dienstbezüge in Anspruch nimmt, aus familiären oder persönlichen Gründen freiwillig entscheidet, keinen Dienst zu tun, ist die Beamtin, die einem ärztlichen Beschäftigungsverbot unterliegt, dazu zum Schutz ihrer Gesundheit oder der Gesundheit ihres Kindes gezwungen.

Das ärztliche Beschäftigungsverbot ist daher jedenfalls nicht mit Elternzeit oder Beurlaubung ohne Dienstbezüge, sondern allenfalls mit Krankheitszeiten zu vergleichen (s.a. oben a).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, 3, § 52 Abs. 1 GKG. Dabei geht der Senat – wie das Verwaltungsgericht – davon aus, dass sich der Streitwert der auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide und auf Feststellung der Beendigung der Erprobungszeit gerichteten Klage in erster Instanz auf insgesamt 5.000 Euro belief, wobei das Anfechtungsbegehren und das Feststellungsbegehren in ihrer Bedeutung gleichwertig sind. Da nur das Anfechtungsbegehren, dem das Verwaltungsgericht

stattgegeben hatte, Gegenstand des Berufungszulassungsverfahrens geworden ist, war der Streitwert für das Zulassungsverfahren auf die Hälfte des Streitwerts des erstinstanzlichen Verfahrens, mithin 2.500 Euro, festzusetzen.

gez. Dr. Maierhöfer

gez. Stybel

gez. Dr. Koch