

# Untersuchungsaufforderung im Zurrubesetzungsverfahren – klärende Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts

Prof. Dr. Stefan Stehle und Prof. Dr. Gabi Meissner

*Einen Beamten gegen dessen Willen in den Ruhestand zu versetzen, ist für Personalverantwortliche oft ein langer und steiniger Weg. Weil die Zurrubesetzung zudem nicht zum Alltagsgeschäft der Personaler gehört, sind nicht wenige Zurrubesetzungsverfahren fehlerbehaftet – mangelnde Erfahrung und Routine fördern die Fehleranfälligkeit. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit einem der wichtigsten Schritte im Zurrubesetzungsverfahren, nämlich der Untersuchungsaufforderung – also der Weisung an den Beamten, sich (amts-)ärztlich untersuchen zu lassen. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 14.03.2019<sup>1</sup> einige klärende Vorgaben gemacht.*

## I. Anlass für die Untersuchungsanordnung: Zweifel an der Dienstfähigkeit

Für die Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung müssen – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>2</sup> – hinreichend konkrete tatsächliche Umstände vorliegen, aus denen sich Zweifel an der Dienstfähigkeit ergeben; dies sei der Fall, wenn die tatsächlichen Umstände bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstunfähig.

### 1. Zweifel infolge Ausfallerscheinungen

Solche Zweifel können sich insbesondere aus konkreten krankheitsbedingten Ausfallerscheinungen<sup>3</sup> ergeben – namentlich, wenn der Dienstvorgesetzte die Krankheit (ausnahmsweise) kennt und die Ausfallerscheinungen daher mit ausreichender Sicherheit auf die Krankheit zurückführen kann.

### 2. Zweifel infolge erfolglosen BEMs

Die Zweifel können sich auch aus einem ordnungsgemäß, jedoch erfolglos durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ergeben. Die Pflicht zur Durchführung eines BEMs (§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) besteht auch bei Beamten<sup>4</sup> – und zwar richtigerweise sowohl bei schwerbehinderten als auch bei nicht-schwerbehinderten Beamten<sup>5</sup>: Wird ein Beamter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen (ununterbrochen oder wiederholt, aber aufgrund derselben Krankheit) arbeitsunfähig krank, so muss<sup>6</sup> der Dienstherr zusammen mit dem Personalrat (bei schwerbehinderten Beamten zusätzlich auch mit der Schwerbehindertenvertretung) Möglichkeiten klären, wie diese Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden kann und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Dienstunfähigkeit vorgebeugt und das aktive Dienstverhältnis erhalten werden kann (vorausgesetzt, der Beamte stimmt der Durchführung des BEM zu). Würde ein BEM (ordnungsgemäß, aber) erfolglos durchgeführt, so liegen regelmäßig ausreichend begründete Zweifel an der Dienstfähigkeit vor<sup>7</sup>. Würde kein BEM durchgeführt, muss der Dienstvorgesetzte seine Zweifel auf andere, ausreichende Tatsachenfeststellungen stützen<sup>8</sup>. Festzustellen, ob diese Zweifel an der Dienstfähigkeit berechtigt sind oder nicht, ist dann gerade Gegenstand der späteren (amts-)ärztlichen Untersuchung<sup>9</sup>.

### 3. Zweifel infolge Krankheits-Fehlzeiten

Schließlich können sich Zweifel an der Dienstfähigkeit auch allein aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten in der Vergangenheit ergeben. Insoweit ist an das Institut der „vermuteten Dienstunfähigkeit“ zu erinnern. Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG gilt bekanntlich: „Als dienstunfähig kann auch angesehen werden, wer infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst getan hat und keine Aussicht besteht, dass innerhalb einer Frist, deren Bestimmung dem Landesrecht vorbehalten bleibt, die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt ist.“ Für alle Beamten in den Ländern beträgt diese Frist sechs Monate<sup>10</sup>; Gleiches gilt für die Bundesbeamten<sup>11</sup>. Die Norm des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG wird dogmatisch oft als eine „gesetzliche Vermutung“ für die Dienstunfähigkeit eingeordnet<sup>12</sup>. Bei genauerer Betrachtung liegt die primäre Wirkung der Norm aber darin, das Zurrubesetzungsverfahren zu beschleunigen<sup>13</sup>: Denn

- 1) BVerwG, Beschluss vom 14.3.2019 – 2 VR 5/18, IÖD 2019, 122.
- 2) Vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 14.3.2019 – 2 VR 5/18, IÖD 2019, 122; Urteil vom 30.5.2013 – 2 C 68/11, BVerwGE 146, 347 = ZBR 2013, 348. So etwa auch die baden-württembergische BeamtVwV Baden-Württemberg Nr. 29.1.
- 3) Nach Auffassung des BVerwG, Beschluss vom 10.4.2014 – 2 B 80/13, ZBR 2014, 254, sind jedoch „Minderleistungen, die in Arbeitsrückständen deutlich werden, für sich allein in der Regel nicht geeignet (...), eine amtsärztliche Untersuchung zu rechtfertigen“.
- 4) Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 22.5.2018 – 5 Bs 80/18, ZBR 2018, 158.
- 5) Ausführlich BVerwG, Urteil vom 5.6.2014 – 2 C 22/13, IÖD 2014, 196; v. Roetteken/Rothländer, Beamtenstatusgesetz, Loseblatt, § 26, Rn. 123 m. w. N.
- 6) Die Durchführung eines BEM ist aber keine formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen späteren Zurrubesetzungsbescheid. Insbesondere ist das BEM kein zwingender Verfahrensschritt im Zurrubesetzungsverfahren, vgl. näher BVerwG, Urteil vom 5.6.2014 – 2 C 22/13, IÖD 2014, 196, – in klar gelagerten Fällen kann die Dienstunfähigkeit auch ohne Durchführung eines BEM feststehen.
- 7) Sächsisches OVG, Beschluss vom 28.7.2015 – 2 B 240/14, NVwZ-RR 2016, 271.
- 8) BVerwG, Urteil vom 5.6.2014 – 2 C 22/13, IÖD 2014, 196.
- 9) VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 3.2.2005 – 4 S 2398/04, DÖD 2005.
- 10) Beamte in Baden-Württemberg: § 43 Abs. 1 LBG BW; Beamte in Bayern: Art. 65 Abs. 1 BayBG; Beamte in Berlin: § 39 Abs. 1 S. 1 LBG Bln; Beamte in Brandenburg: § 37 Abs. 2 LBG Bra; Beamte in Bremen: § 41 Abs. 2 BremBG; Beamte in Hamburg: § 41 Abs. 2 HmbBG; Beamte in Hessen: § 36 Abs. 2 HBG; Beamte in Mecklenburg-Vorpommern: § 41 Abs. 2 LBG M-V; Beamte in Niedersachsen: § 43 Abs. 2 NBG; Beamte in Nordrhein-Westfalen: § 33 Abs. 1 S. 3 LBG NRW; Beamte in Rheinland-Pfalz: § 44 Abs. 3 LBG RhPF; Beamte im Saarland: § 45 Abs. 1 S. 1 SBG; Beamte in Sachsen: § 49 SächsBG; Beamte in Sachsen-Anhalt: § 45 Abs. 2 LBG LSA; Beamte in Schleswig-Holstein: § 41 Abs. 2 LBG SchlH; Beamte in Thüringen: § 31 Abs. 2 ThürBG.
- 11) Vgl. § 44 Abs. 1 S. 2 BBG.
- 12) So auch die Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 16/4027, 28); Battis, BBG, 5. Aufl. 2009, § 44, Rn. 11; zumindest ähnlich Reich, BeamtStG, 3. Aufl. 2018, § 26, Rn. 12, der von einem „Regelbeispiel“ der Dienstunfähigkeit spricht.
- 13) Richtig daher Battis (Fn. 12), § 44, Rn. 11: „Der Zweck von Abs. 1 S. 2 ist darin zu sehen, dem Dienstherrn die vielfach schwierige Feststellung der Dienstunfähigkeit eines Beamten zu erleichtern und das Zurrubesetzungsverfahren zu beschleunigen.“ (Hervorhebung nicht im Original.)