



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 105.12
VGH 3 B 09.1843

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 3. Juni 2014
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden und
Dr. Hartung

beschlossen:

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom
23. August 2012 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und
Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückver-
wiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung
vorbehalten.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf
56 505 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde des Klägers hat mit der Maßgabe Erfolg, dass der Rechtsstreit gemäß § 133 Abs. 6 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen ist. Die Beschwerdebegründung rechtfertigt zwar nicht die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO; jedoch liegt ein Verfahrensmangel vor, auf dem das Berufungsurteil beruhen kann (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).
- 2 Der 1946 geborene Kläger war Gymnasiallehrer (Besoldungsgruppe A 14) im Dienst des Beklagten. Nach verschiedenen Vorkommnissen, aus denen sich Zweifel an seiner Dienstfähigkeit ergaben, wurde der Kläger 2002 fachärztlich untersucht. 2003 leitete die Beklagte ein Zwangspensionierungsverfahren ein und im Februar 2006 versetzte sie ihn wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand. Die dagegen gerichtete Klage hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg. Während des Berufungsverfahrens erreichte der Kläger die gesetzliche Altersgrenze für die Versetzung in den Ruhestand.

- 3 Der Verwaltungsgerichtshof hat im Wesentlichen auf Folgendes abgestellt:
Der Senat habe über die Berufung des Klägers entscheiden können, ohne über den zuvor schriftsätzlich gestellten Antrag, alle drei Mitglieder des Senats wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, entscheiden zu müssen. Denn dieser Schriftsatz sei nicht von einem Rechtsanwalt erarbeitet worden und genüge deshalb nicht dem Erfordernis des § 67 Abs. 4 VwGO. Das Klagebegehren habe sich nicht mit dem Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erledigt. Weder gebe es übereinstimmende Erledigungserklärungen der Hauptbeteiligten noch eine Erledigung in der Sache, denn der angefochtene Bescheid habe finanzielle Auswirkungen für den Kläger hinsichtlich seiner Dienst- und Ruhestandsbezüge. Es stehe zur Überzeugung des Gerichts aufgrund des psychiatrischen Gutachtens des gerichtlich bestellten Sachverständigen fest, dass der Kläger im Zeitpunkt der Versetzung in den Ruhestand im Februar 2006 dienstunfähig war. Dabei sei es unerheblich, dass der Sachverständige den Kläger nicht persönlich untersucht habe. Der Sachverständige habe in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar erläutert, warum er hierauf verzichtet habe: Der Kläger habe seiner Bitte, die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden, zweimal nicht entsprochen; zudem sei es um die Beurteilung des Zeitraums bis 2006 und die sich hieraus ergebenden Befunde gegangen. Für diesen Zeitraum habe es ärztliche Stellungnahmen und Befunde gegeben, die sich auf die Ergebnisse persönlicher Untersuchungen des Klägers stützten.
- 4 1. Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).
- 5 Der Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt voraus, dass die Rechtssache eine konkrete, in dem zu entscheidenden Fall erhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die bislang höchstrichterlich nicht geklärt ist und im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Rechtsfortbildung der Klärung in einem Revisionsverfahren bedarf (Beschlüsse vom 2. Oktober 1961 - BVerwG 8 B 78.61 -

BVerwGE 13, 90 <91> und vom 2. Februar 2011 - BVerwG 6 B 3.10 - NVwZ 2011, 507; stRspr).

6 Die von der Beschwerde für grundsätzlich klärungsbedürftig gehaltene Frage,

ob ein Verwaltungsgericht über die Anfechtungsklage eines Beamten gegen dessen Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit entscheiden darf, wenn der Beamte zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts zwischenzeitlich aus Altersgründen in den Ruhestand getreten ist,

rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision. Die damit angesprochene Frage der Erledigung einer Zurruesetzungsverfügung wegen Dienstunfähigkeit infolge Erreichens der gesetzlichen Altersgrenze ist in der Rechtsprechung im Sinne des Berufungsurteils geklärt.

7 Erledigt ist ein Verwaltungsakt nur dann, wenn von ihm keinerlei Rechtswirkungen mehr ausgehen; ein Verwaltungsakt verliert seine Rechtswirkungen u.a. dann, wenn er aufgrund einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage seinen Regelungszweck nicht mehr erreichen kann (stRspr; vgl. zuletzt Urteil vom 27. Februar 2014 - BVerwG 2 C 1.13 - ZBR 2014, 195 Rn. 14 <zur Veröffentlichung in den Entscheidungssammlungen BVerwGE und Buchholz vorgesehen>). Eine Zurruesetzungsverfügung erledigt sich nicht, wenn der betreffende Beamte während des gerichtlichen Verfahrens mit Erreichen der für ihn geltenden gesetzlichen Altersgrenze in den Ruhestand tritt. Denn sie entfaltet weiterhin Rechtswirkungen. So bleibt der Zeitraum bis zum Erreichen der Altersgrenze für die Bemessung des Ruhegehalts außer Betracht. Auch ist die Zurruesetzungsverfügung Grundlage für die Einbehaltung eines Teils der Dienstbezüge (Urteil vom 30. Mai 2013 - BVerwG 2 C 68.11 - BVerwGE 146, 347 Rn. 10). Das von der Beschwerde herangezogene Urteil des VGH Kassel vom 22. Mai 1996 (1 UE 2558/93 - IÖD 1996, 245) betrifft einen anderen Fall, nämlich einen Beamten, der die gesetzliche Altersgrenze erreicht, ohne dass zuvor eine Zurruesetzungsverfügung ergangen ist.

- 8 2. Die Revision ist nicht wegen Divergenz zuzulassen (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO).
- 9 Eine Divergenz im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO setzt voraus, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts auf einem abstrakten Rechtssatz beruht, der im Widerspruch zu einem Rechtssatz steht, den das Bundesverwaltungsgericht in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellt hat. Zwischen den beiden Gerichten muss ein prinzipieller Auffassungsunterschied über den Bedeutungsgehalt einer bestimmten Rechtsvorschrift oder eines bestimmten Rechtsgrundsatzes bestehen. Eine Divergenz liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht den Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts, ohne ihm inhaltlich zu widersprechen, in dem zu entscheidenden Fall rechtsfehlerhaft angewandt oder daraus nicht die Folgerungen gezogen hat, die für die Sachverhalts- und Beweiswürdigung geboten sind (stRspr, vgl. nur Beschlüsse vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14 und vom 25. Mai 2012 - BVerwG 2 B 133.11 - NVwZ-RR 2012, 607 Rn. 5).
- 10 Der Kläger sieht eine Abweichung des Berufungsurteils von dem abstrakten Rechtssatz im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 1997 (BVerwG 2 C 7.97 - BVerwGE 53, 267 <269>), wonach es bei der Beurteilung der Dienstunfähigkeit nicht allein auf Art und Ausmaß der einzelnen Gebrechen des Beamten, den objektiven ärztlichen Befund und dessen medizinische Qualifikation als solche ankommt, sondern auch auf die Auswirkungen dieser Einschränkungen auf die Fähigkeit des Beamten, die ihm in seinem konkreten Amt obliegenden Dienstpflichten zu erfüllen, und damit auch auf die Auswirkungen auf den Dienstbetrieb. Von diesem Rechtssatz weiche der Verwaltungsgerichtshof zwar nicht ausdrücklich, wohl aber konkludent ab, wenn er ausführe, dass die Dienstunfähigkeit nach seiner Überzeugung aufgrund des psychiatrischen Gutachtens von Prof. D. feststehe.
- 11 Hierin liegt jedoch keine - versteckte - Divergenz. Der Verwaltungsgerichtshof hat nicht unausgesprochen den Rechtssatz aufgestellt, dass die Dienstunfähigkeit eines Beamten losgelöst von den Anforderungen seines - abstrakt-funk-

tionellen - Amtes zu beurteilen ist. Er hat zwar die gesundheitlichen Anforderungen an das Amt eines als Gymnasiallehrers tätigen Oberstudienrats nicht definiert, wohl aber in Bezug genommen („... dass der Kläger dauerhaft gehindert ist, die Anforderungen, die an einen Lehrer am Gymnasium gestellt werden, zu erfüllen“, Rn. 36 a.E. des Berufungsurteils). Der Verwaltungsgerichtshof ist davon ausgegangen, dass die vom Sachverständigen angenommene schwere psychische Störung einer Tätigkeit als Gymnasiallehrer entgegengestanden. Damit hat er gerade nicht den Rechtssatz aufgestellt, dass die Dienst-(un)fähigkeit eines Beamten ohne Bezug auf sein abstrakt-funktionelles Amt zu beurteilen ist.

- 12 3. Auch die geltend gemachten Verfahrensfehler (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) liegen mit einer Ausnahme (dazu unter 4.) nicht vor.
- 13 a) Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs verletzt nicht den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (§ 108 Abs. 2, § 138 Nr. 3 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG).
- 14 aa) Soweit der Kläger einen solchen Gehörsverstoß in der Nichtberücksichtigung des Schriftsatzes vom 30. April 2012 wegen des vom Verwaltungsgerichtshof angenommenen Verstoßes gegen den Vertretungszwang nach § 67 Abs. 4 VwGO sieht, kann er damit nicht durchdringen.
- 15 Der Vertretungszwang nach § 67 Abs. 4 VwGO soll die Sachlichkeit des Verfahrens und die sachkundige Erörterung des Streitfalls, insbesondere der entscheidungserheblichen Rechtsfragen, gewährleisten. Das setzt voraus, dass der Prozessbevollmächtigte bei Zuarbeiten Dritter auch selbst den Streitstoff durchdringt und die Verantwortung für die Ausführungen gegenüber dem Gericht übernimmt (Beschluss vom 13. Juli 1989 - BVerwG 4 B 140.88 - Buchholz 406.11 § 236 BauGB Nr. 1).
- 16 Zwar ist fraglich, ob der Verwaltungsgerichtshof diesen Schriftsatz als nicht vom damaligen Bevollmächtigten des Klägers verfasst und damit wegen Verstoßes gegen § 67 Abs. 4 VwGO als unbeachtlich ansehen durfte. Das kann aber letzt-

lich dahinstehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich mit Verfügung vom 31. Mai 2012 dem damaligen Bevollmächtigten des Klägers unter Schilderung der aus seiner Sicht hierfür maßgeblichen Gründe mitgeteilt, dass er den Schriftsatz vom 30. April 2012 als nicht von einem Rechtsanwalt erarbeitet ansehe und dass deshalb dem Vertretungserfordernis des § 67 Abs. 4 VwGO nicht genügt sei. Dem ist der damalige Bevollmächtigte des Klägers in der Folgezeit nicht entgegengetreten und er hat auch in der mündlichen Verhandlung dreieinhalb Monate später den Inhalt dieses Schriftsatzes nur teilweise aufgenommen. Damit hat der Kläger das Rügerecht gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 556 und 295 Abs. 1 ZPO verloren. Gemäß § 556 ZPO kann ein Beteiligter die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift in der Revisionsinstanz nicht mehr rügen, wenn er das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz nach der Vorschrift des § 295 ZPO verloren hat. Nach § 295 Abs. 1 ZPO verliert ein Beteiligter das Rügerecht, wenn er auf die Befolgung der Verfahrensvorschrift verzichtet oder den Verfahrensmangel in der mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat, obgleich er zu dieser Verhandlung erschienen war und ihm der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste (Beschluss vom 24. Juli 2007 - BVerwG 2 B 65.07 - Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 4 Rn. 4 f. m.w.N.).

- 17 bb) Auch die Gehörsrüge im Hinblick auf eine aus Sicht des Klägers zu kurz bemessene Äußerungsfrist zum Sachverständigengutachten greift nicht durch. Nach dem Beschwerdevortrag hatte der damalige Bevollmächtigte des Klägers unter Berücksichtigung der ihm vom Verwaltungsgerichtshof gewährten Fristverlängerungen fünf Monate Zeit zur Äußerung, hinzu kamen noch weitere dreieinhalb Monate bis zur mündlichen Verhandlung. Bei einer Äußerungsmöglichkeit über einen Zeitraum von achteinhalb Monaten ist ein Gehörsverstoß wegen zu kurz bemessener Äußerungsmöglichkeit ersichtlich nicht gegeben. Dass der Sachverständige für die Erstellung des Gutachtens noch mehr Zeit benötigte, ist hierbei ohne Belang.
- 18 cc) Auch in der Ablehnung der Vertagungsanträge in der mündlichen Verhandlung lag kein Gehörsverstoß.

- 19 Ausweislich des Sitzungsprotokolls hat der damalige Bevollmächtigte des Klägers den ersten Vertagungsantrag damit begründet, dass er davon ausgegangen sei, in der mündlichen Verhandlung an diesem Tag werde nur der Sachverständige befragt; das Ergebnis der Beweisaufnahme sei zu bedenken und zu kommentieren. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesen Vertagungsantrag unter Hinweis auf § 227 Abs. 1 Nr. 2 ZPO abgelehnt; es seien keine grundlegend neuen Gesichtspunkte aufgetaucht, die eine Vertagung rechtfertigten könnten.
- 20 In der Ablehnung dieses Vertagungsantrags lag kein Gehörsverstoß. Der damalige Bevollmächtigte des Klägers war in der Ladung zur mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen worden, dass auch der Sachverständige zur Erläuterung seines Gutachtens geladen worden war. Er musste davon ausgehen, dass die Äußerungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung und nicht erst in einem etwaigen weiteren, späteren Verhandlungstermin erörtert werden.
- 21 Der zweite Vertagungsantrag ist vom damaligen Bevollmächtigten des Klägers nach der per Fax erfolgten Kündigung seines Mandats durch den in der mündlichen Verhandlung nicht anwesenden Kläger gestellt und damit begründet worden, ein neuer Anwalt müsse sich erst einarbeiten. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesen Vertagungsantrag abgelehnt, weil der Kläger keine Gründe für den Mandatsentzug und das Vertagungsbegehren angegeben habe und der Vertagungsantrag rechtsmissbräuchlich sei.
- 22 Auch hiergegen ist unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs nichts zu erinnern. Insbesondere durfte der Verwaltungsgerichtshof den auf den während der mündlichen Verhandlung erfolgten Mandatsentzug gestützten Vertagungsantrag im Kontext mit zahlreichen weiteren Vertagungsanträgen im vorherigen Verlauf des gerichtlichen Verfahrens als rechtsmissbräuchlich, weil auf die Verzögerung des Verfahrens zielend, ansehen. Der Beschwerdevortrag, wonach der Mandatsentzug ein „Akt der Verzweiflung“ des Klägers gewesen sei, nachdem sich abgezeichnet habe, dass der Verwaltungsgerichtshof ohne weitere Anhörung des Klägers sein Urteil verkünden wollte, belegt, dass der Mandatsentzug nicht wegen eines erschütterten Vertrauens zu dem früheren Verfah-

rensbevollmächtigten, sondern zu dem verfahrensfremden Zweck erfolgt ist, nach der Ablehnung des ersten Vertagungsantrages einen Grund für einen weiteren Vertagungsantrag zu schaffen.

- 23 dd) Schließlich lag auch in der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung trotz Kündigung des Mandatsverhältnisses des Klägers zu seinem früheren Bevollmächtigten während der mündlichen Verhandlung kein Gehörsverstoß. Der Verwaltungsgerichtshof hat ausweislich des Sitzungsprotokolls auf § 87 Abs. 1 ZPO hingewiesen, wonach in Anwaltsprozessen die Kündigung des Vollmachtsvertrags erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit erlangt. Die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts ist hier erst nach Beendigung der mündlichen Verhandlung bei Gericht eingegangen (Eingang per Fax um 14:36 Uhr, Schluss der mündlichen Verhandlung um 12:30 Uhr). Der Verwaltungsgerichtshof durfte mithin in der mündlichen Verhandlung gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 87 Abs. 1 ZPO von der Fortdauer der Bevollmächtigung des früheren Prozessbevollmächtigten ausgehen.
- 24 b) Der Verwaltungsgerichtshof hat auch seine Amtsermittlungspflicht (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO) nicht verletzt (mit Ausnahme der Rüge unter 4.).
- 25 aa) Ohne Erfolg rügt die Beschwerde insoweit zunächst, dass der Verwaltungsgerichtshof ein Sachverständigengutachten beauftragt und nicht stattdessen vorrangig Personen befragt hat, die den Kläger bereits ärztlich untersucht hatten oder die sich in sonstiger Weise über die Dienstunfähigkeit des Klägers zum Zeitpunkt seiner Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand im Jahre 2006 hätten äußern können. Das betrifft die Vernehmung sämtlicher in der Beschwerdeschrift genannten Personen.
- 26 Nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO muss ein Verfahrensmangel sowohl in den ihn (vermeintlich) begründenden Tatsachen als auch in seiner rechtlichen Würdigung substantiiert dargetan werden (vgl. Beschlüsse vom 10. November 1992 - BVerwG 3 B 52.92 - Buchholz 303 § 314 ZPO Nr. 5 S. 2 und vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14).

Bei einem behaupteten Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) muss dementsprechend nicht nur substantiiert dargelegt werden, hinsichtlich welcher tatsächlicher Umstände Aufklärungsbedarf bestanden hat, sondern auch, welche für geeignet und erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht gekommen wären und welche tatsächlichen Feststellungen bei Durchführung der unterbliebenen Sachverhaltsaufklärung voraussichtlich getroffen worden wären; weiterhin muss entweder dargelegt werden, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder dass sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken von sich aus hätten aufdrängen müssen (Beschluss vom 13. Oktober 2008 - BVerwG 2 B 119.07 - Buchholz 235.1 § 69 BDG Nr. 5 Rn. 4 m.w.N.). An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.

- 27 Nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. Es hat den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln. In diesem Rahmen entscheidet das Gericht über die Art der heranzuziehenden Beweismittel und den Umfang der Beweisaufnahme nach Ermessen. Fehlt dem Gericht die für die Sachverhaltsermittlung erforderliche Sachkunde, muss es sachverständige Hilfe in Anspruch nehmen. Kommt es maßgeblich auf den Gesundheitszustand eines Menschen an, ist daher regelmäßig die Inanspruchnahme ärztlicher Fachkunde erforderlich (stRspr; vgl. Beschlüsse vom 24. Mai 2006 - BVerwG 1 B 118.05 - Buchholz 402.242 § 60 Abs. 2 ff. AufenthG Nr. 16 Rn. 3 = NVwZ 2007, 345 m.w.N. und vom 20. März 2014 - BVerwG 2 B 59.12 - juris Rn. 9).
- 28 Die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ist eine schwerwiegende, tief in die Rechtsstellung des Beamten eingreifende Maßnahme. Die Beurteilung der Dienstunfähigkeit setzt in der Regel medizinische Kenntnisse voraus, die das Gericht nicht hat. Deshalb ist im Regelfall ein ärztliches Gutachten erforderlich, dessen Erstellung auch nicht die Befragung von Personen vorgeschaltet werden muss, die ärztliche Diagnosen gestellt haben oder sich in sonstiger Weise über die Dienstunfähigkeit des Beamten zum Zeitpunkt der

Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand äußern können, wie hier Personalverantwortliche, Ärzte, Personalratsmitglieder und Nachbarn, deren Befragung der Kläger vermisst. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Senat im Rahmen seiner Amtsaufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO eine sachverständige medizinische Bewertung der vorliegenden ärztlichen Befunde für erforderlich gehalten hat.

- 29 bb) Nicht zu beanstanden ist auch, dass der Verwaltungsgerichtshof den Sachverständigen beauftragt hat, das Gutachten auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu erstatten, nachdem der Kläger die erbetene Schweigepflichtentbindung nicht abgegeben hatte.
- 30 Mit Schreiben vom 1. März 2011 an den damaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers hat der Sachverständige ausgeführt, er halte es vor einem noch anzuberaumenden persönlichen Untersuchungstermin mit dem Kläger für geboten, die vollständigen Aufzeichnungen und Unterlagen von mehreren, im Einzelnen aufgeführten Ärzten und Therapeuten einzusehen. Da der Kläger eine frühere, ca. acht Jahren zuvor erteilte Schweigepflichtentbindungserklärung zwei Jahre später widerrufen hatte, bat er um die erneute Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht. Nachdem der Kläger dieser Bitte in der vom Verwaltungsgerichtshof gesetzten Frist nicht nachgekommen war, beauftragte der Verwaltungsgerichtshof den Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens auf der Grundlage der sonstigen ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel.
- 31 Wenn - wie hier - ein gerichtlich bestellter ärztlicher Sachverständiger zur Erfüllung seines Gutachtensauftrags die Einsichtnahme in bestimmte, früher erstellte und im Einzelnen benannte ärztliche Unterlagen für erforderlich hält, dann ist eine Aufforderung an den Beamten, insoweit eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben, regelmäßig nicht als unverhältnismäßig anzusehen. Gibt der Beamte die erbetene Erklärung nicht ab, dann kann und muss der Sachverständige sein Gutachten auf der Basis der sonstigen - ihm zugänglichen - Informationen erstatten. Hiervon zu unterscheiden ist, ob es für eine im Verfahren zur Überprüfung einer Zurruesetzung wegen Dienstunfähigkeit ergehende ge-

richtliche Anordnung an den Beamten, seine bisher behandelnden und begutachtenden Ärzte von ihrer Schweigepflicht zu entbinden, einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Beschluss vom 21. Februar 2014 - BVerwG 2 B 24.12 - IÖD 2014, 100 Rn. 7), ob und inwieweit bei einer unberechtigten Nichtbefolgung einer angeordneten ärztlichen Untersuchung oder einer zu Unrecht verweigerten Schweigepflichtentbindung nach den Grundsätzen zur Beweisvereitelung von einer Dienstunfähigkeit ausgegangen werden kann (vgl. Urteile vom 26. April 2012 - BVerwG 2 C 17.10 - Buchholz 237.6 § 226 NdsLGB Nr. 1 Rn. 12 und vom 30. Mai 2013 - BVerwG 2 C 68.11 - BVerwGE 146, 347 Rn. 14 sowie Beschlüsse vom 5. November 2013 - BVerwG 2 B 60.13 - NVwZ 2014, 530 Rn. 5 und vom 26. Mai 2014 - BVerwG 2 B 69.12 - Rn. 14 und ob der Sachverständige vor der Erstellung des Gutachtens den betreffenden Beamten befragen und untersuchen muss (dazu sogleich unter 4.).

- 32 cc) Auch soweit die Beschwerde in der vom Verwaltungsgerichtshof veranlassenen Übersendung der Personalakten trotz Widerspruchs gegen die Übersendung einzelner Bestandteile (Vorgänge aus der Zeit vor Erlass der Zuruhesetzungsverfügung vom 22. Juni 2006) eine Verletzung der Amtsaufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO) sieht, weil der Gutachter damit Kenntnis von den Kläger stark belastenden Aussagen und Sachverhalten erhalten hätte, sodass er das Gutachten nicht mehr unvoreingenommen habe anfertigen können, kann sie damit nicht durchdringen.
- 33 Nach Art. 100e Abs. 1 Satz 3 Bayerisches Beamtengesetz in der im Zeitpunkt der Zuruhesetzungsverfügung im Februar 2006 geltenden Fassung vom 27. August 1998 (GVBl S. 702; vgl. auch § 111 Abs. 1 Satz 3 BBG) konnte schon im behördlichen Verfahren einem begutachtenden Arzt die Personalakte ohne Einwilligung des Beamten vorgelegt werden, soweit dies für die Erstellung eines medizinischen Gutachtens erforderlich war. Dies gilt erst recht in einem gerichtlichen Verfahren. Die Beschwerde legt in keiner Weise dar, woraus sich die Unzulässigkeit der Übermittlung der beanstandeten Unterlagen ergeben soll.

- 34 dd) Die Ablehnung der Befangenheitsanträge gegen den Sachverständigen begründet ebenfalls keinen Verfahrensmangel.
- 35 Ein Sachverständiger kann nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus denselben Gründen wie ein Richter abgelehnt werden. Die Besorgnis der Befangenheit (§ 54 Abs. 1 VwGO und § 42 Abs. 2 ZPO) ist bereits gegeben, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu zweifeln. Tatsächliche Befangenheit oder Voreingenommenheit ist nicht erforderlich; es genügt schon der „böse Schein“, d.h. der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität. Entscheidend ist, ob der beanstandete Umstand für einen verständigen Verfahrensbeteiligten Anlass sein kann, an der persönlichen Unvoreingenommenheit zu zweifeln (stRspr; vgl. zuletzt Beschluss vom 11. Februar 2013 - BVerwG 2 B 58.12 - Rn. 16 unter Hinweis auf BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 25. Juli 2012 - 2 BvR 615/11 - NJW 2012, 3228 Rn. 12 f. und vom 12. Dezember 2012 - 2 BvR 1750/12 - MDR 2013, 294 Rn. 14 m.w.N.).
- 36 Soweit der damalige Bevollmächtigte des Klägers ausweislich der Sitzungsniederschrift den Ablehnungsantrag darauf gestützt hat, dass die auf die Feststellung der Dienstfähigkeit statt auf gesundheitsbezogene Leistungseinschränkungen und dienstliche Anforderungen gerichtete Zielstellung des Gutachtauftrags die Besorgnis der Befangenheit rechtfertige, hat der Verwaltungsgerichtshof zu Recht darauf hingewiesen, dass ein aus der Sicht eines Beteiligten fehlerhafter Beweisbeschluss nicht die Annahme der Befangenheit des solchermaßen beauftragten Sachverständigen begründen kann; ob der Ablehnungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 406 Abs. 2 ZPO gestellt war, bedarf deshalb keiner Entscheidung. Soweit der damalige Bevollmächtigte des Klägers auf seinen Schriftsatz vom 30. April 2012 Bezug genommen hat, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass dieser Schriftsatz nicht dem Vertretungserfordernis des § 67 Abs. 4 VwGO genüge und der damalige Bevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung diesen Gesichtspunkt auch nicht als eigenen Antrag formuliert habe. Dieser in der Niederschrift protokollierten Begründung des Gerichts ist der damalige Bevollmächtigte des Klägers nicht entgegengetreten, insbesondere hat er keinen neuen,

auf andere Gesichtspunkte gestützten Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen gestellt. Im Übrigen sind sämtliche Gesichtspunkte, die in der Beschwerdeschrift als Belege für die Voreingenommenheit des Sachverständigen angeführt werden, Ausdruck dessen, dass der Kläger die Bewertungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen für falsch hält, zeigen aber keine Voreingenommenheit des Sachverständigen auf, die sein Gutachten und seine Erläuterungen des Gutachtens unverwertbar machen würden. Dies gilt insbesondere für die Einschätzung des Sachverständigen zu Einwendungen des Klägers als Ausdruck von Querulantentum und zu seiner Annahme, der Kläger habe seine psychische Störung bewusst „dissimuliert“ und somit einen Teil seiner Ärzte und Therapeuten getäuscht.

37 ee) Dass der Verwaltungsgerichtshof den Antrag auf Einholung eines weiteren, von einem anderen Sachverständigen zu erstattendes Gutachtens abgelehnt hat, ist verfahrensrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

38 Über die Einholung eines weiteren Gutachtens entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (§ 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO). Die unterlassene Einholung zusätzlicher Gutachten kann deshalb nur dann verfahrensfehlerhaft sein, wenn die vorliegenden Gutachten ihren Zweck nicht zu erfüllen vermögen, dem Gericht die zur Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts erforderliche Sachkunde zu vermitteln und ihm dadurch die Bildung der für die Entscheidung notwendigen Überzeugung zu ermöglichen. Ein weiteres Gutachten ist hiernach einzuholen, wenn sich dem Gericht eine weitere Beweiserhebung aufdrängen musste, weil bereits vorliegende Gutachten nicht den ihnen obliegenden Zweck erfüllen konnten. In diesem Sinne kann ein Sachverständigengutachten für die Überzeugungsbildung des Gerichts ungeeignet oder jedenfalls unzureichend sein, wenn es grobe, offen erkennbare Mängel oder unlösbare Widersprüche aufweist, wenn es von unzutreffenden sachlichen Voraussetzungen ausgeht oder Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder der Unparteilichkeit des Gutachters besteht. Einwendungen eines Verfahrensbeteiligten, der das bereits vorliegende Gutachten als Erkenntnisquelle für unzureichend hält, verpflichten das Tatsachengericht für sich genommen nicht, einen anderen Sachverständigen zu beauftragen (stRspr; vgl. Beschlüsse vom

14. April 2011 - BVerwG 2 B 80.10 - juris Rn. 7, vom 31. Oktober 2012
- BVerwG 2 B 33.12 - juris Rn. 34 m.w.N. und vom 25. Februar 2013 - BVerwG
2 B 57.12 - juris Rn. 5 m.w.N.).

- 39 Der Verwaltungsgerichtshof musste kein weiteres Gutachten einholen. Da die Gesichtspunkte, mit denen der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens in der mündlichen Verhandlung begründet wurde, im Kern dieselben waren wie diejenigen, aus denen die Befangenheit des Sachverständigen hergeleitet wurde - die Notwendigkeit der Erstattung eines Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen wurde gerade in der vermeintlichen Befangenheit des bisherigen Sachverständigen gesehen -, kann auf die obigen Ausführungen hierzu (Rn. 36) Bezug genommen werden.
- 40 c) Dass der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick darauf, dass der Kläger während des Berufungsverfahrens die für ihn geltende Altersgrenze erreicht hatte, die angegriffene Zurrhesetzungsverfügung nicht als erledigt angesehen hat, stellt keinen Verfahrensfehler dar. Zum einen hat sich die Zurrhesetzungsverfügung nicht dadurch erledigt, dass der Kläger die Altersgrenze erreichte (vgl. oben unter 1.). Zum anderen hat der Kläger selbst seinen Klageantrag nicht umgestellt, sei es, dass er das Verfahren für erledigt oder - im Falle der Nichtzustimmung des Beklagten - die Feststellung der Erledigung beantragt hat.
- 41 4. Begründet ist dagegen die Rüge, die Sachaufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO) sei dadurch verletzt, dass der Sachverständige den Kläger nicht persönlich befragt und untersucht hat, ggfs. nach erneuter Aufforderung.
- 42 Ein Sachverständigengutachten kann seine Aufgabe, dem Gericht die zur Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts erforderliche Sachkunde zu vermitteln, nicht erfüllen, wenn es - wie bereits ausgeführt (vgl. Rn. 40) - grobe, offen erkennbare Mängel oder unlösbare Widersprüche aufweist, von unzutreffenden sachlichen Voraussetzungen ausgeht oder wenn Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder der Unparteilichkeit des Gutachters besteht (stRspr; vgl. Urteil vom 30. Oktober 2013 - BVerwG 2 C 16.12 - NVwZ 2014, 372 Rn. 35 und Beschluss vom 31. Oktober 2012 - BVerwG 2 B 33.12 -

NVwZ-RR 2013, 115 Rn. 34). Gleiches gilt, wenn das Gutachten auf einer erkennbar unzureichenden tatsächlichen Grundlage beruht (Urteil vom 30. Oktober 2013 a.a.O. Rn. 36).

- 43 Welche Untersuchungen erforderlich sind, um eine hinreichende Tatsachengrundlage für die Erstattung eines ärztlichen Gutachtens zu schaffen, ist eine vom Sachverständigen zu beurteilende medizinische Frage. Im Regelfall dürfte eine persönliche Befragung und Untersuchung des Beamten im Rahmen eines Zurruheungsverfahrens wegen Dienstunfähigkeit insbesondere dann unabdingbar sein, wenn - wie hier - psychische Krankheiten im Raum stehen. Ob auch für die Beurteilung eines Krankheitsbildes zu einem länger zurückliegenden Zeitraum eine persönliche Untersuchung des Beamten angezeigt ist, ist ebenfalls eine vom Sachverständigen zu beurteilende medizinische Frage. Vielfach wird nicht von vornherein auszuschließen sein, dass die persönliche Befragung Rückschlüsse auch für den ärztlichen Befund zu einem früheren Zeitpunkt ermöglicht. Der Sachverständige muss deshalb plausibel begründen, warum er gleichwohl von einer persönlichen Befragung und Untersuchung des Betroffenen absieht.
- 44 Im vorliegenden Fall ist das Absehen von der persönlichen Befragung des Klägers nicht plausibel begründet. Der vom Verwaltungsgerichtshof in der mündlichen Verhandlung hierzu befragte Sachverständige hat ausweislich der Sitzungsniederschrift ausgeführt, er habe den Kläger zum Inhalt der Unterlagen befragen wollen, deren Zugänglichmachung er mittels der Schweigepflichtentbindungserklärung erbeten hatte. Nach deren Verweigerung habe er auf die persönliche Untersuchung insbesondere deshalb verzichtet, weil es für den maßgeblichen Zeitraum von 2002 bis 2006 Befunde gegeben habe, die er ohne persönliche Einvernahme habe bewerten und begutachten können. Eine Untersuchung im Jahre 2011 hätte nicht „automatisch“ Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand im Jahre 2006 zugelassen.
- 45 Diese Begründung verkennt zum einen den Maßstab für das Absehen von einer grundsätzlich angezeigten persönlichen Untersuchung. Es genügt nicht, dass eine Untersuchung nicht „automatisch“ Rückschlüsse auf den Gesundheitszu-

stand zu dem maßgeblichen früheren Zeitpunkt zulässt; vielmehr muss von vornherein ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich sein, dass solche Rückschlüsse gezogen werden können.

- 46 Unabhängig davon ist diese Begründung auch deshalb nicht plausibel, weil der Sachverständige mit dieser Begründung von vornherein von einer persönlichen Befragung und Untersuchung des Klägers hätte absehen können. Seine vorstehend wiedergegebene Begründung steht im Widerspruch dazu, dass der Sachverständige mit Schreiben vom 1. März 2011 den damaligen Bevollmächtigten des Klägers um die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zu einzelnen medizinischen Unterlagen gebeten hat mit Blick auf einen „noch anzuberaumenden persönlichen Untersuchungstermin“ mit dem Kläger. Demnach hielt der Sachverständige also zu diesem Zeitpunkt eine persönliche Untersuchung des Klägers noch für erforderlich. Dass der Kläger die erbetene Erklärung zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zwecks Einsichtnahme in die früheren ärztlichen Unterlagen nicht abgegeben hat, war kein plausibler Grund für das spätere Absehen von einer persönlichen Untersuchung des Klägers.
- 47 In seinem an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Schreiben vom 27. Juni 2011 hat der Gutachter zudem selbst ausgeführt, ohne Entbindung von der Schweigepflicht - und damit Kenntnis der Unterlagen dieser Ärzte - werde es sehr schwierig sein, das geforderte Gutachten zu erstatten. Zu diesem Zeitpunkt ging der Gutachter noch davon aus, dass er den Kläger auf der Grundlage dieser ärztlichen Unterlagen untersuchen und befragen werde. Dann ist es ohne nähere - bislang nicht vorliegende - Begründung nicht plausibel, weshalb der Gutachter später angenommen hat, er könne das vom Gericht erbetene Gutachten mit einem geringeren Stand von Informationen erstatten, nämlich ohne die ihm nicht zugänglichen ärztlichen Berichte und zudem ohne persönliche Untersuchung und Befragung des Klägers.
- 48 Auch die spätere Bitte des Verwaltungsgerichtshofs an den Sachverständigen, nachdem der Kläger die erbetene Schweigepflichtentbindung verweigert hatte, das Gutachten nunmehr auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden

Erkenntnismittel zu erstatten, war nur so zu verstehen, dass der Sachverständige sich durch die Nichtverfügbarkeit der früheren Unterlagen nicht an der Erstattung des Gutachtens gehindert sehen solle. Es besagte nicht - und hätte auch nicht besagen dürfen -, dass der Sachverständige auch auf die ihm mögliche, wenn auch wegen ihm nicht zugänglicher Unterlagen möglicherweise weniger ertragreiche persönliche Untersuchung des Klägers verzichten durfte.

- 49 Das vorhandene Gutachten ist also nach Durchführung einer ärztlichen Untersuchung des Klägers zu ergänzen und ggfs. zu überarbeiten. Sollte sich der Kläger einer solchen Untersuchung verweigern, könnten hieraus ggfs. Rückschlüsse für die Beurteilung der Dienstunfähigkeit gezogen werden (Urteil vom 30. Mai 2013 - BVerwG 2 C 68.11 - BVerwGE 146, 347 Rn. 14).
- 50 Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47, 40 und § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GKG a.F.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung