



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 37.13
OVG 2 LB 27/12

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 13. Dezember 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Kenntner

beschlossen:

Das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. Januar 2013 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 51 477,66 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde der Klägerin hat mit der Maßgabe Erfolg, dass der Rechtsstreit gemäß § 133 Abs. 6 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen ist. Die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegen vor, weil das Berufungsurteil auf dem von der Klägerin geltend gemachten Verstoß gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 VwGO) beruhen kann.

- 2 1. Nach Bestehen der Zweiten Staatsprüfung für die Laufbahn der Realschullehrerin im Dezember 1997 war die 1967 geborene Klägerin bis Ende August 2005 als angestellte Lehrkraft tätig. Aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens, wonach mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, dass sie gesundheitlich in der Lage sein werde, die Tätigkeit als Lehrkraft dauernd auszuüben, ernannte das Land Schleswig-Holstein die Klägerin mit Wirkung vom 1. September 2005 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Lehrerin zur Anstellung. Im Hinblick auf ihre noch zweifelhafte gesundheitliche Eignung wurde ihre Probezeit mehrfach verlängert, zuletzt bis Ende Februar 2010. Im Juli 2010 entließ der Beklagte die Klägerin mit Ablauf des Monats September 2010 wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe. Auch die erneute amtsärztliche Untersuchung vom März 2010 bescheinige ein erhebliches Übergewicht. Damit könnten eine vorzeitige Dienstunfähigkeit oder vermehrte Dienstausschfallzeiten nicht mit

hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. In der Entlassungsverfügung bot der Beklagte der Klägerin zugleich zum Oktober 2010 ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis an. Das Verwaltungsgericht hat den Ausgangs- sowie den Widerspruchsbescheid aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, über die Ernennung der Klägerin zur Beamtin auf Lebenszeit erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Die Klage auf Verpflichtung des Beklagten, die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu berufen, hat es dagegen abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

- 3 Die gesundheitliche Eignung könne schon dann nicht festgestellt werden, wenn die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne. Insoweit sei dem Dienstherrn eine Beurteilungsermächtigung eingeräumt, sodass die Prognose nur eingeschränkt nachprüfbar sei. In Bezug auf die Überprüfung der Prognoseentscheidung sei grundsätzlich von der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung auszugehen. Nach diesen Grundsätzen sei die Prognose des Beklagten, die Möglichkeit des Eintritts der dauernden Dienstunfähigkeit der Klägerin könne nicht mit dem dafür erforderlichen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, nicht zu beanstanden. Aufgrund des erheblichen Übergewichts (Body-Mass-Index $\text{BMI}> 37,5 \text{ kg/m}^2$) und besonders des stammbetonten Fettverteilungsmusters sei von einem deutlich erhöhten Risiko bezüglich der Entwicklung von Herz-, Kreislauf- und Stoffwechselerkrankungen, Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates sowie Krebserkrankungen auszugehen.
- 4 2. Der Rechtssache kommt nicht die grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zu, die ihr die Beschwerde beimisst.
- 5 Die Klägerin sieht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache in den Fragen:

„Ist die Adipositas mit einem bestimmten BMI-Wert als ‚Indikator‘ für die gesundheitliche Eignung von Bewerbern für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit geeignet?“

„Ist es zulässig, bei der Klärung der gesundheitlichen Eignung von Bewerbern für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, die eine körperliche Veranlagung haben wie Adipositas, auf allgemeine wissenschaftliche Erfahrungswerte abzustellen, obwohl das Ausmaß der gesundheitlichen Risiken sich nach Alter, Geschlecht und anderen Merkmalen wesentlich unterscheidet?“

„Ist eine körperliche Anlage (wie die Adipositas), die aktuell zwar keine Beeinträchtigung bei der Berufsausübung zur Folge hat, wohl aber Risiken im Hinblick auf die dauerhafte gesundheitliche Eignung, als Behinderung jedenfalls im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG anzusehen?“

„Unter welchen Voraussetzungen darf, sofern Adipositas als Behinderung anzusehen ist, bei einer solchen Behinderung die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit abgelehnt werden?“

„Ist es, ggf. unter welchen Voraussetzungen, zulässig, einem behinderten Bewerber wegen fehlender gesundheitlicher Eignung die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu versagen?“

- 6 Grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) hat eine Rechtssache nur dann, wenn sie eine - vom Beschwerdeführer zu bezeichnende - grundsätzliche, bisher höchstrichterlich nicht beantwortete Rechtsfrage aufwirft, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder einer Weiterentwicklung des Rechts revisionsgerichtlicher Klärung bedarf und die für die Entscheidung des Revisionsgerichts erheblich sein wird (stRspr; u.a. Beschluss vom 2. Oktober 1961 - BVerwG 8 B 78.61 - BVerwGE 13, 90 <91 f.> = Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 18 S. 21 f.). Die Grundsatzrügen der Klägerin erfüllen diese Voraussetzungen nicht.
- 7 Die erste Frage kann die Zulassung der Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache nicht rechtfertigen, weil sie keine Rechtsfrage, sondern eine Tatsachenfrage betrifft. Ihr Gegenstand sind die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen die im Obersatz des Oberverwaltungsgerichts genannten Anforderungen für die Annahme der mangelnden gesundheitlichen

Eignung einer Beamtin auf Probe als erfüllt anzusehen sind. Aufgabe der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist es aber lediglich, im Interesse der Fortbildung des Rechts oder seiner einheitlichen Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage zum revisiblen Recht zu klären (Urteil vom 31. Juli 1984 - BVerwG 9 C 46.84 - BVerwGE 70, 24 <25 f.> = Buchholz 402.25 § 32 AsylVfG Nr. 4 S. 7 f.).

- 8 Die zweite Frage hat keine grundsätzliche Bedeutung, weil sie nicht entscheidungserheblich ist. Die gesundheitliche Eignung einer Beamtenbewerberin ist nicht aufgrund eines Vergleichs verschiedener Personengruppen oder verschiedener gesundheitlicher Risiken zu beurteilen. Vielmehr kommt es darauf an, ob für die jeweilige Bewerberin die Prognose gestellt werden kann, sie werde vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt oder sie werde bis dahin über Jahre hinweg regelmäßig krankheitsbedingt ausfallen und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweisen. Dies kommt insbesondere bei Angehörigen einer Risikogruppe in Betracht, die an einer Krankheit leiden, aufgrund derer das Risiko, wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt zu werden oder regelmäßig krankheitsbedingt auszufallen, deutlich erhöht ist. Eine im Einzelfall negative Prognose kann nicht durch den Verweis in Frage gestellt werden, eine andere Personengruppe, wie etwa Männer mit einem gegenüber einer adipösen Frau um nahezu 50 % höheren Sterberisiko, sei ungerechtfertigt besser gestellt als die Gruppe von adipösen Frauen (Beschluss vom 4. April 2013 - BVerwG 2 B 87.12 - juris Rn. 9).
- 9 Auch wenn die Verwaltungspraxis bei der beamtenrechtlichen Eignungsprüfung bestimmte Risiken entgegen den wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht berücksichtigen oder unterschätzen sollte, kann dies nicht dazu führen, dass auch andere Risiken außer Acht gelassen werden müssen. Die Klägerin fordert die Gleichbehandlung mit einer aus ihrer Sicht zu Unrecht bevorzugten Personengruppe. Nach allgemeiner Ansicht kann aber eine sachlich nicht gerechtfertigte Verwaltungspraxis keine Ansprüche auf Gleichheit im Unrecht begründen (BVerfG, Beschlüsse vom 17. März 1959 - 1 BvR 53/56 - BVerfGE 9, 213 <223> und vom 17. Januar 1979 - 1 BvL 25/77 - BVerfGE 50, 142 <166>; Urteil

vom 27. Juni 1991 - 2 BvR 1493/89 - BVerfGE 84, 239 <284>; BVerwG, Urteil vom 26. Februar 1993 - BVerwG 8 C 20.92 - BVerwGE 92, 153 <157> = Buchholz 448.0 § 21 WPfIG Nr. 47 S. 15).

- 10 Die Fragen drei bis fünf rechtfertigen die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung nicht, weil sie nicht entscheidungserheblich sind. Sie würden sich in dem angestrebten Revisionsverfahren nicht stellen. Im Übrigen sind diese Fragen in der neueren Rechtsprechung des Senats für Personen, die, wie die Klägerin, weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind, auch geklärt (Urteil vom 25. Juli 2013 - BVerwG 2 C 12.11 - juris Rn. 41 ff. = IÖD 2014, 2).
- 11 Das Oberverwaltungsgericht ist durch den Verweis auf das Urteil des OVG Lüneburg vom 31. Juli 2012 - 5 LB 33/11 - (ZBR 2012, 414 Rn. 68 ff.) von der Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ausgegangen. Danach schließt der Begriff „Behinderung“ einen Zustand ein, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist (EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006 - Rs. C-13/05, Navas - Slg. 2006, I-6467 Rn. 41, vgl. auch EuGH, Urteil vom 11. April 2013 - Rs. C-335/11 und C-337/11 - juris Rn. 41).
- 12 Ausgehend von diesem Begriffsverständnis ist das Oberverwaltungsgericht bei Würdigung der konkreten Umstände des Falles zu dem Ergebnis gekommen, dass die bei der Klägerin festgestellte Adipositas 2. Grades keine Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und des § 1 AGG darstellt, der die Richtlinie 2000/78/EG in nationales Recht umsetzt. Da die Klägerin insoweit keine Verfahrensrügen erhoben hat, müsste im Revisionsverfahren davon ausgegan-

gen werden, dass die Klägerin nicht im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG behindert ist.

- 13 3. Auch die Divergenzrüge (§ 127 Nr. 1 BRRG, § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG) ist unbegründet.
- 14 Eine die Revision eröffnende Divergenz ist nur dann im Sinne des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO hinreichend bezeichnet, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Bezugsentscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen, seine Entscheidung tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Vorschrift widersprochen hat. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.
- 15 Zunächst betreffen das Berufungsurteil und die von der Beschwerde angeführte Bezugsentscheidung unterschiedliche Fallgestaltungen. Gegenstand des angegriffenen Urteils ist die auf § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamtStG gestützte Entlassung einer Beamtin auf Probe wegen mangelnder Bewährung in der Probezeit. Dagegen ist Gegenstand des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim vom 31. Mai 2011 - 4 S 187/10 - die von der dortigen Klägerin beanspruchte Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe. Ferner bezieht sich die von der Beschwerde gerügte - angebliche - Abweichung nicht auf einen abstrakten, die Entscheidung tragenden richterrechtlichen Rechtssatz. Sie betrifft vielmehr die tatsächliche Frage, welche Bedeutung der Body-Mass-Index eines Bewerbers für seine Bewährung in gesundheitlicher Hinsicht im Sinne von § 10 Satz 1 und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamtStG hat und ab welchem BMI-Wert der Bewerber wegen seines Unter- oder Übergewichts als gesundheitlich ungeeignet anzusehen ist. Dass es auch bei der Zulassung der Revision wegen Divergenz nach § 127 Nr. 1 BRRG um Rechtsfragen geht, kommt im Wortlaut der Norm zum Ausdruck („in der Rechtsfrage“).
- 16 Ohnehin sind die beiden Entscheidungen in tatsächlicher Hinsicht nicht miteinander vergleichbar. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb nach § 137 Abs. 2 VwGO bindenden tatsächlichen Feststellungen des

Oberverwaltungsgerichts hatte die Klägerin zum Ende der Probezeit einen BMI von $37,5 \text{ kg/m}^2$ und war deshalb der Gruppe Adipositas 2. Grades zuzurechnen. Demgegenüber bezieht sich die von der Beschwerde herangezogene Aussage des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim in seinem Urteil vom 31. Mai 2011 zum Zusammenhang zwischen dem Body-Mass-Index und einem erhöhten kardiovaskulären Risiko auf einen BMI von knapp über 30 kg/m^2 (Adipositas 1. Grades).

- 17 4. Begründet ist aber die Verfahrensrüge, das Oberverwaltungsgericht habe bei der Ablehnung des Hilfsbeweisanspruchs der Klägerin auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Klärung der Bedeutung der Verteilung des Körperfetts eines an Adipositas leidenden Menschen für seine zukünftige gesundheitliche Entwicklung gegen die ihm nach § 86 Abs. 1 VwGO obliegende Pflicht zur Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts verstoßen.
- 18 Das Oberverwaltungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, dem hilfsweise gestellten Beweisantrag müsse nicht nachgegangen werden, weil es auf die Frage der Tauglichkeit der Verteilung des Körperfetts als alleiniges Ausschlusskriterium nicht ankomme. Das amtsärztliche Gutachten vom März 2010, auf das der Beklagte seine negative Prognose gestützt habe, beruhe auf der Zusammenschau der bei der Klägerin festgestellten Adipositas 2. Grades mit einem BMI von $37,5 \text{ kg/m}^2$ einerseits sowie dem stammbetonten Fettverteilungsmuster andererseits.
- 19 Auch wenn zwei Aspekte in ihrer Zusammenschau zur Begründung einer Schlussfolgerung herangezogen werden, muss die Aussagekraft jede der beiden Gesichtspunkte wissenschaftlich belegt sein. Mit dem Beweisantrag wurde jedoch gerade geltend gemacht, für die als problematisch bewertete Verteilung des Körperfetts gebe es noch kein allgemein anerkanntes Messverfahren, so dass die vom Beklagten hinsichtlich der Klägerin angenommene ungünstige Fettverteilung tatsächlich zweifelhaft sei.
- 20 Zudem beruht die Begründung des Oberverwaltungsgerichts auf rechtlichen Annahmen, die nach der neueren Rechtsprechung des Senats überholt sind

(Urteile vom 25. Juli 2013 - BVerwG 2 C 12.11 - juris und vom 30. Oktober 2013 - BVerwG 2 C 16.12 -, jeweils zur Veröffentlichung in den Entscheidungssammlungen BVerwGE und Buchholz vorgesehen).

- 21 Zunächst steht der Behörde bei der Bewertung der gesundheitlichen Eignung einer Probebeamtin zum Ablauf ihrer Probezeit kein Beurteilungsspielraum zu. Einer Beamtin auf Probe fehlt die gesundheitliche Eignung für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, sie werde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen dauernder Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt. Die gesundheitliche Eignung fehlt auch, wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze über Jahre hinweg regelmäßig krankheitsbedingt ausfallen und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweisen wird. Ferner ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Probebeamtin der Ablauf der Probezeit, nicht der Zeitpunkt des Erlasses der letzten Verwaltungsentscheidung.
- 22 Für die vom Gericht in vollem Umfang zu überprüfende Prognose über die voraussichtliche Entwicklung des Gesundheitszustandes einer Bewerberin muss in aller Regel ein Mediziner eine fundierte medizinische Tatsachenbasis auf der Grundlage allgemeiner medizinischer Erkenntnisse und seiner Verfassung erstellen. Der Arzt muss das Ausmaß der Einschränkungen feststellen und deren voraussichtliche Bedeutung für die Leistungsfähigkeit sowie für die Erfüllung der dienstlichen Anforderungen medizinisch fundiert einschätzen. Er muss in seiner Stellungnahme Anknüpfungs- und Befundtatsachen darstellen, seine Untersuchungsmethoden erläutern und seine Hypothesen sowie deren Grundlage offen legen. Auf dieser Grundlage hat er unter Ausschöpfung der vorhandenen Erkenntnisse zum Gesundheitszustand der Bewerberin eine Aussage über die voraussichtliche Entwicklung des Leistungsvermögens zu treffen, die den Dienstherrn in die Lage versetzt, die Rechtsfrage der gesundheitlichen Eignung eigenverantwortlich zu beantworten.

- 23 Als Grundlage für die vom Dienstherrn oder vom Gericht zu treffende Entscheidung über die gesundheitliche Eignung einer Bewerberin reicht die nicht näher belegte Einschätzung eines Mediziners über den voraussichtlichen Verlauf der bei einer Bewerberin bestehenden Erkrankung nicht aus. Sofern statistische Erkenntnisse über die gewöhnlich zu erwartende Entwicklung einer Erkrankung herangezogen werden sollen, sind diese nur verwertbar, wenn sie auf einer belastbaren Basis beruhen. Dafür muss über einen längeren Zeitraum hinweg eine signifikante Anzahl von Personen beobachtet worden sein. Zudem ist es bei der medizinischen Bewertung zu berücksichtigen, wenn der individuelle Krankheitsverlauf der Betroffenen Besonderheiten gegenüber den statistischen Erkenntnissen aufweist.
- 24 Beim erneuten Berufungsverfahren hat das Oberverwaltungsgericht nicht nur die vorstehend dargelegten neuen Grundsätze der Urteile des Senats vom 25. Juli und vom 30. Oktober 2013 zu beachten. Es wird auch zu berücksichtigen haben, dass der Dienstherr bei unveränderter Sachlage an seine Bewertung der gesundheitlichen Eignung vor Begründung des Probebeamtenverhältnisses gebunden ist. War die Erkrankung einer Probebeamtin bereits vor der Begründung dieses Beamtenverhältnisses bekannt, so darf der Dienstherr die gesundheitliche Eignung der Beamtin bei der anstehenden Ernennung zur Beamtin auf Lebenszeit nur dann im Hinblick auf diese Erkrankung verneinen, wenn sich die Grundlagen ihrer Bewertung inzwischen geändert haben (Urteil vom 30. Oktober 2013 - BVerwG 2 C 16.12 -). Das ärztliche Gutachten vom 8. August 2005, aufgrund dessen die Klägerin zur Beamtin auf Probe ernannt wurde, war von einem Amtsarzt erstellt worden, der dem Bereich des Beklagten zuzurechnen ist.
- 25 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 40, 71 Abs. 1 und § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 sowie § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GKG a.F.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dr. Kenntner