

Beamten, teils mit Soldaten besetzt wurden. Die grundsätzliche Eignung eines Beamten zur Ausübung des streitbefangenen Dienstpostens ist damit gerade durch den Dienstherrn selbst testiert. Zusammenfassend lässt sich deshalb resümieren, dass das Urteil des BayVGH¹⁰¹ sowie der Beschluss des BVerwG nicht überzeugen.

4. Konkurrenzlagen zwischen Soldaten und Beamten im Bereich des BND

Konkurrenzlagen zwischen Beamten und Soldaten können auch außerhalb der Bundeswehr auftreten. Der BND setzt – gestützt auf eine Ressortvereinbarung mit dem BMVg – auch Soldatinnen und Soldaten zur Auftragsbefreiung gemäß § 1 Abs. 2 BNDG ein. Im Rahmen einer Konkurrenz um einen Beförderungsdienstposten im Bereich des BND könnte gegenüber der Entscheidung zugunsten eines Soldaten nunmehr der Einwand erhoben werden, dass dessen Auswahl Rechtsgründe entgegenstehen, ihm damit die erforderliche Eignung i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG fehle. Eine fehlerfreie Entscheidung über eine solche Auswahlentscheidung erfordert somit die inzidente Prüfung der Einhaltung objektiver Rechtsnormen, soweit diese vorgreiflich für die Auswahlentscheidung ist¹⁰².

Das BVerwG¹⁰³ hat auf dieser Grundlage die Vereinbarkeit einer Verwendung von Soldaten im BND am Maßstab des Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG geprüft und bejaht. Maßgeblich hierfür ist der Umstand, dass die beim BND verwendeten Soldaten nicht mehr der Befehlsgewalt der Bundesministerin der Verteidigung unterstehen, sondern aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte i. S. d. Art. 87a GG herausgelöst sind. Auswahlentscheidungen zwischen Soldaten und Beamten unterliegen somit den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GG. Der verbleibende Statusunterschied ist hierfür ohne Relevanz.

V. Fazit

Statusübergreifende Auswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst nehmen in der Wechselbetrachtung aller Statusgruppen

zu. Insgesamt lässt sich der Rechtsprechung eine Tendenz entnehmen, mit Blick auf das vorbehaltlos geltende Verfassungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG Einschränkungen nur in besonders begründeten Einzelfällen anzuerkennen. Der systematischen Stellung des Leistungsprinzips entspricht es, dass funktionelle Einschränkungen ihrerseits nur durch verfassungsrechtliche Schutzgüter legitimiert werden können. Hierzu ist es erforderlich, zunächst nach einem schonenden Ausgleich beider Prinzipien zu suchen, die *beide* verfassungsrechtlichen Ziele zur bestmöglichen Entfaltung kommen lassen. Dies gilt in besonderer Weise für das Organisationsermessen des Dienstherrn. Die bloße Berufung hierauf vermag das Leistungsprinzip in seinem verfassungsrechtlichen Anspruch nicht zu deaktivieren.

Verwaltungen müssen sich auf diesen Trend einstellen und leistungsbezogene Auswahlgrundlagen in stärkerer Weise als bisher statusübergreifend und kompatibel gestalten. Dies gilt für das Instrument der dienstlichen Beurteilung und das Arbeitszeugnis in gleicher Weise. Langfristig wird es hierbei darum gehen, modulare Kriterien zu entwickeln, die als Teil von dienstlichen Beurteilungen und Aussagen in Arbeitszeugnissen einen Basisvergleich zulassen. Soweit spezifische Anforderungen Gegenstand einer Vergleichsbetrachtung sind, die sich nicht aus beiden Leistungssurrogaten (Beurteilung und Arbeitszeugnis) gewinnen lassen, wird der rechtsförmigen und transparenten Ausgestaltung von simulierten Anforderungssituationen im Rahmen von Assessment-Verfahren – mit stillschweigender Billigung der Rechtsprechung – eine gesteigerte Bedeutung zukommen.

101) A.A. offenbar *Kretschmer*, BWV 2015, S. 271 f. (271).

102) BVerfG, ZBR 2008, 164 ff. (166).

103) BVerwG, ZBR 2009, 199 ff. (202).

Probezeitverlängerung und gesundheitliche Eignung

Zugleich Anmerkung zum Urteil des VGH Mannheim vom 21. Januar 2016 – 4 S 1082/14

Dr. Maximilian Baßlsperger

Im Rahmen der laufbahnrechtlichen Probezeit ist eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Beamte allen für seine Laufbahn vorausgesetzten Anforderungen eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit dauerhaft genügt. Für die Prüfung der Voraussetzungen ist nach § 11 Abs. 1 Satz 2 BBG und dem entsprechenden Landesrecht ein strenger Maßstab anzulegen. Dabei bestehen bei den gesundheitlichen Anforderungen aufgrund der neueren Rechtsprechung einige Besonderheiten.

I. Neue Rechtsprechung zur gesundheitlichen Eignung

Mit dem vorliegenden Urteil vom 21. Januar 2016¹ ergänzt und konkretisiert der VGH Mannheim die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts² zur gesundheitlichen Bewäh-

rung während der Probezeit. Nach § 11 BBG und § 10 BeamStG darf nur zum Beamten auf Lebenszeit ernannt werden, wer sich in einer Probezeit in vollem Umfang bewährt hat. Zur Bewährung rechnet dabei auch die gesundheitliche Tauglichkeit, bezogen auf die spätere Übernahme in das Beamtenverhältnis einer bestimmten Laufbahn.³ Die Probezeit dauert nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BBG bei Bundesbeamten in der Regel drei Jahre. Da die Länder nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG das Recht besitzen, das Laufbahnrecht selbst zu gestalten, kön-

1) VGH Mannheim, Urteil vom 21.1.2016 – 4 S 1082/14, ZBR, 264.

2) Urteile vom 25.7.2013, ZBR 2014, 89 ff. und vom 30.10.2013, ZBR 2014, 162 ff.

3) Zur Feuerwehrtauglichkeit s. OVG Bautzen vom 1.12.2015; zur Polizeidienstunfähigkeit vgl. *Baßlsperger*, PersV 2013, S. 164 ff.

nen landesrechtliche Abweichungen bestehen. So dauert die regelmäßige Probezeit in Bayern etwa nur zwei Jahre.⁴ Die Höchstdauer beträgt nach § 11 BBG und § 10 BeamtStG sowohl bei Bundes- als auch bei Landesbeamten fünf Jahre. Ein Beamtenverhältnis auf Probe ist in ein solches auf Lebenszeit nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 BBG bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG umzuwandeln, wenn die beamtenrechtlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Die Feststellung der Bewährung beinhaltet nicht nur ein Urteil über die Leistungen und das Verhalten während der Probezeit, sondern sie ist gleichzeitig eine Prognose für die Zukunft. Es geht darum, ob der Beamte auf Grund der während der Probezeit bekannt gewordenen Umstände voraussichtlich auf Dauer den an einen Beamten der Laufbahn zu stellenden persönlichen und fachlichen Anforderungen gewachsen sein wird. Dies gilt auch für die gesundheitlichen Anforderungen der jeweiligen Laufbahn.

Während sich ein Beamter auf Probe nach der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Übernahme auf Lebenszeit in gesundheitlicher Hinsicht nur eignete, wenn der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze oder häufigere künftige Erkrankungen während des Beamtenverhältnisses mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden konnten⁵ gilt jetzt aufgrund der oben zitierten geänderten Rechtsprechung dieses Gerichts: Bei einem Beamten auf Probe ist nur dann von einer gesundheitlichen Nichteignung auszugehen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit oder mit häufigeren Erkrankungen jeweils vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist. Die Rechtsstellung der Probezeitbeamten wurde damit wesentlich gestärkt.⁶ Dies hängt auch damit zusammen, dass die Verwaltungsgerichte die Entscheidung des Dienstherrn über die fehlende gesundheitliche Befähigung zur Übernahme in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis in vollem Umfang zu überprüfen haben, was letztendlich dazu führt, dass der Dienstherr die gesundheitliche Ungeeignetheit des Beamten auf Probe im Prozess nachweisen muss.⁷

II. Der Fall des „non liquet“

Hat der Dienstherr alle ihm „zugänglichen Beweisquellen ausgeschöpft“, den medizinischen Sachverhalt also ausermittelt, und verbleiben dennoch Zweifel an der gesundheitlichen Eignung des Beamten, so führt dieses – im Grunde medizinische – „non liquet“ dazu, dass der Dienstherr nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG davon ausgehen muss, der Beamte habe sich nach § 11 BBG bzw. § 10 BeamtStG in gesundheitlicher Hinsicht bewährt. Hierzu bietet die Entscheidung des VGH Mannheim vom 21. Januar 2016 einen neuen Ansatzpunkt in Hinblick auf die Verlängerung der Probezeit

Eine Verlängerung ist nur dann rechtmäßig, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine abschließende Entscheidung

über die Bewährung oder Nichtbewährung noch nicht möglich ist, aber in einer verlängerten Probezeit nicht unwahrscheinlich erscheint.⁸ Wenn der Dienstherr am Ende der Probezeit also weiterhin begründete Zweifel an der gesundheitlichen Eignung des Beamten hat – etwa weil die bisherigen Ermittlungen kein eindeutiges Ergebnis erbracht haben – oder sind bis dahin noch nicht alle „zugänglichen Beweisquellen ausgeschöpft“, lassen sich eine vorzeitige dauernde Dienstunfähigkeit oder krankheitsbedingte erhebliche und regelmäßige Ausfallzeiten also weder feststellen noch ausschließen, so ist eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe ebenso wenig gerechtfertigt wie eine Verbeamtung auf Lebenszeit. Gerade an diesem Punkt setzt die erste wichtige Aussage der vorliegenden Entscheidung des VGH Mannheim an: Nach den Vorschriften der §§ 11 und 28 Abs. 5 BBG bzw. § 10 BeamtStG kann die Probezeit bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren verlängert werden, wenn die Bewährung wegen besonderer Umstände des Einzelfalls zum Ablauf der regelmäßigen Probezeit nicht abschließend festgestellt werden konnte. Für die Verlängerung der Probezeit ist dabei keine bestimmte Form vorgeschrieben, sie muss aber aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich erklärt werden.⁹ Es ist schon aus Beweisgründen zweckmäßig in jedem Einzelfall eine schriftliche Verfügung zu erlassen.

Nach dem vorliegenden Urteil des VGH Mannheim wird das Ermessen des Dienstherrn durch die Verpflichtung zur Probezeitverlängerung auf der einen Seite aus Gründen der Fürsorge eingeschränkt, wenn die gesundheitlichen Ermittlungen noch kein eindeutiges Ergebnis erbracht haben oder noch weitere Untersuchungen veranlasst sind. Auf der anderen Seite ist der Dienstherr aber auch nicht verpflichtet, bereits zu diesem Zeitpunkt von einer Bewährung des Beamten in gesundheitlicher Hinsicht auszugehen, wie man dies aus der oben zitierten neueren Rechtsprechung des BVerwG schließen könnte. Er ist vielmehr gehalten, die verbleibenden Ermittlungsmöglichkeiten zu nutzen und für diese Zwecke die Probezeit zu verlängern. Ein „non liquet“ liegt in diesen Fällen gerade nicht vor, weil der Sachverhalt hier eben noch nicht ausermittelt ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich der Beamte auf Probe lediglich „bisher“ noch nicht bewährt hat. Anderenfalls wäre – bei sonst vorliegender fachlicher und charakterlicher Bewährung – das Beamtenverhältnis auf Probe bereits jetzt in ein solches auf Lebenszeit umzuwandeln.

III. Problem: Amtsärztliche Gutachten

Wie immer in diesen Fällen hat der Dienstherr bei seiner Entscheidung auf die im amtsärztlichen Gutachten getroffenen Aussagen abzustellen und gerade hier zeigen sich die Schwierigkeiten der personalverwaltenden Stellen in der täglichen Praxis.¹⁰ Das Beamtenrecht geht zunächst zu Recht davon aus, dass auch der Amtsarzt im Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt¹¹. Die Schweigepflicht entfällt allerdings, wenn der Beamte mit der Weitergabe von Informationen durch den Amtsarzt einverstanden ist, denn gerade hierdurch verwirklicht sich das Selbstbestimmungsrecht des Beamten nach Art. 2 Abs. 1 GG.¹² Die beamtenrechtliche Entscheidung selbst wird nach den einschlägigen Bestimmungen des BBG und den entsprechenden Landesbeamtenengesetzen aber immer von der Behörde getroffen, die der Dienstherr dazu bestimmt. Die verantwortliche Feststellung der gesundheitlichen Bewährung des Beamten auf Probe trifft also stets die Behörde und nicht der Amtsarzt.¹³ Bei der Aussage des Arztes handelt es sich lediglich um eine fachliche Wertung und nicht um eine rechtsverbindliche

4) S. dazu Art. 12 Abs. 2 S. 2 LfBG.

5) S. noch BVerwG vom 18.7.2001, ZBR 2002, 184 ff.

6) Wittkowski, NVwZ 2014, S. 376 ff.

7) Rittig, DÖV 2014, S. 1054 ff.

8) Kurr, ZBR 2000, S. 158/162.

9) VGH Mannheim vom 11.9.1979, DÖD 1982, 61 ff.

10) Baßlsperger, PersV 2011, S. 404 ff.

11) Nokiell, DÖD 2009, S. 165 ff.; Baßlsperger, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Art. 67 BayBG, Rn. 3.

12) Hier gilt der Grundsatz „volenti non fit iniuria“.

13) So schon BVerwG vom 28.10.1964, BVerwGE 1964, DÖD 1965, 34 = ZBR 1965, 150.