

Az.: 2 B 4/21
3 L 568/20



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch die Generalzolldirektion
Krelingstraße 50, 90408 Nürnberg

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdeführerin -

wegen

Feststellung des Verlustes der Dienstbezüge; Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke

am 1. März 2021

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 16. Dezember 2020 - 3 L 568/20 - wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 11.467,93 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 2
 1. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Vollziehbarkeit der Feststellung des Verlusts ihrer Dienstbezüge. Die 1969 geborene Zollhauptsekretärin steht im Dienst der Antragsgegnerin. Sie wurde - nach vorheriger Abordnung - zum 1. April 2017 an das Hauptzollamt (HZA) E versetzt und dort im Bereich Finanzkontrolle Schwarzarbeit am Dienstort P im Innendienst verwendet. Mit Schreiben vom 20. Februar 2019 verfügte der Leiter des HZA ihre vorübergehende Umsetzung ab 1. März 2019 in ein anderes Sachgebiet der Dienststelle (Vollstreckungsangelegenheiten im Innendienst); zum 1. Juni 2019 erfolgte die endgültige Umsetzung. Die Antragstellerin, die gegen beide Verfügungen Widerspruch erhob, ist seit dem 21. Februar 2019 durchgehend dienstlich abwesend; sie legt seit diesem Zeitpunkt Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer Hausärztin vor. Im Verwaltungsvorgang finden sich weitere privatärztliche Atteste eines Orthopäden und eines Augenarztes. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zur Umsetzung wurde die Antragstellerin mehrfach um Mitwirkung bei der Aufklärung ihres Gesundheitszustands gebeten, was sie jeweils ablehnte. Einer Untersuchungsaufforderung vom 19. Februar 2020 leistete sie keine Folge; weitere anberaumte Termine im September und Oktober 2020 wurden ebenfalls nicht wahrgenommen. Bereits mit Schreiben vom 4. Mai 2020 forderte der Leiter des HZA E die Antragstellerin auf, ihre aktuelle und zukünftige

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen amtsärztlich bestätigen zu lassen. Die Antragstellerin kam dem nicht nach. Am 3. August 2020 lud der Leiter des HZA die Antragstellerin zur amtsärztlichen Untersuchung am 13. August 2020, was die Antragstellerin ablehnte. Mit Schreiben vom 17. August 2020 wurde sie aufgefordert, am 1. September 2020 ihren Dienst anzutreten oder im Falle der Dienstunfähigkeit eine amtsärztliche Bestätigung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Am 31. August 2020 begehrte die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Chemnitz, im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass sie bis zu einer erneuten, ordnungsgemäß veranlassten amtsärztlichen Untersuchung und nachfolgender Feststellung der Dienstfähigkeit nicht zur Dienstleistung verpflichtet sei. Über den Antrag (3 L 436/20) ist noch nicht entschieden. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2020 verlängerte der Leiter des HZA die Attest-Auflage bis 31. März 2021. Mit streitgegenständlichem Bescheid vom 20. Oktober 2020 stellte er für die Zeit ab dem 26. Mai 2020 bis auf Weiteres gemäß § 9 BBesG den Verlust der Bezüge der Antragstellerin fest und ordnete die sofortige Vollziehung an; eine Umsetzung des Bescheids werde indes bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Verfahren 3 L 436/20 nicht erfolgen. Die Antragstellerin legte gegen den Bescheid am 23. Oktober 2020 Widerspruch ein und beantragte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung bei der Antragsgegnerin; am selben Tag suchte sie beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz nach. Mit Bescheid vom 26. Oktober 2020 setzte der Leiter des HZA die sofortige Vollziehung seines Bescheides vom 20. Oktober 2020 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Verfahren 3 L 436/20 aus.

- 3 Mit Beschluss vom 16. Dezember 2020 - 3 L 568/20 - stellte das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung vom 20. Oktober 2020 wieder her. Zur Begründung wird ausgeführt, das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin entfalle nicht wegen der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Aussetzung der Vollziehung, denn diese sei nur befristet erfolgt und bleibe hinter den Rechtswirkungen des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses zurück. Bei der gebotenen Interessenabwägung überwiege das Interesse der Antragstellerin, weil sich der Bescheid vom 20. Oktober 2020 bei summarischer Prüfung als rechtswidrig erweise. Voraussetzung für die Feststellung des Verlusts der Dienstbezüge nach § 9 BBesG sei die Dienstfähigkeit des Beamten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, beweispflichtig hierfür sei die Antragsgegnerin. Dieser Nachweis sei ihr nicht

gelingen. Für die Antragstellerin stritten die von ihr vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer Hausärztin; eine Vorstellung beim Amtsarzt sei nicht erfolgt. Eine Beweislastumkehr folge nicht aus der Weigerung der Antragstellerin, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen. Es fehle schon an einer rechtmäßigen Untersuchungsanordnung, unabhängig davon, ob diese nach § 96 Abs. 1 BBG oder nach § 44 Abs. 6 BBG ergehe.

- 4 Hiergegen wendet die Antragsgegnerin mit der Beschwerde ein, der Antrag sei jedenfalls unbegründet. Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts genügten die der Antragstellerin erteilten Weisungen, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen bzw. amtsärztliche Atteste vorzulegen, den rechtlichen Anforderungen, weil hinreichende Anhaltspunkte für Zweifel an ihrer Dienstunfähigkeit bestünden. Für die Begründung der Anordnungen könnten keine höheren Anforderungen gelten als für eine Anordnung im Rahmen eines Ruhesetzungsverfahrens. Die permanente Verweigerung der Mitwirkung könne nach § 444 ZPO zu Lasten der Antragstellerin gewertet werden. Erfülle ein Beamter seine Mitwirkungspflicht hinsichtlich der Aufklärung seines Gesundheitszustands nicht, könne er rechtlich so behandelt werden, als wäre seine Dienstfähigkeit während des fraglichen Zeitraums festgestellt. Die Antragstellerin sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als dienstfähig einzustufen. Ihr Fernbleiben vom Dienst sei mindestens fahrlässig verschuldet.

- 5 Die Antragstellerin verteidigt den verwaltungsgerichtlichen Beschluss.

- 6 2. Die Einwendungen der Antragsgegnerin, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, rechtfertigen keine Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin, die sich gegen die Vollziehbarkeit des Verlusts ihrer Dienstbezüge wendet, zu Recht stattgegeben.

- 7 a) Der Senat muss offenlassen, ob das Verwaltungsgerichts Chemnitz für die Entscheidung nach § 52 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VwGO örtlich zuständig war. Für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis ist danach das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Kläger seinen dienstlichen Wohnsitz oder in Ermangelung dessen seinen Wohnsitz hat. Dienstlicher Wohnsitz ist der Sitz der

Behörde oder Dienststelle, der der Beamte angehört, nicht notwendig der Ort, an dem er tatsächlich tätig ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl., § 52 Rn. 17 m. w. N.). Die Antragstellerin ist bei dem Hauptzollamt E am Dienstort P tätig. Aus den Verwaltungsvorgängen ist für den Senat nicht ersichtlich, ob es sich bei P um eine Dienststelle i. S. von § 52 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VwGO handelt. Aus einem im Internet abrufbaren Organigramm des Hauptzollamts E ist allerdings erkennbar, dass sich in P weder ein Zollamt noch eine Abfertigungsstelle noch ein Zollservicepunkt befindet. Sollte mangels Dienststelleneigenschaft nicht auf den Dienstort der Antragstellerin in P, sondern auf den Behördensitz in E abzustellen sein, wäre eine örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Chemnitz zu verneinen. Letztlich bedarf dies vorliegend keiner Entscheidung, weil die örtliche Zuständigkeit in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr zu prüfen ist (vgl. Kopp/Schenke a. a. O., § 52 Rn. 2 m. w. N.).

- 8 Für den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs mangelt es nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis, weil die Antragsgegnerin selbst die Anordnung der sofortigen Vollziehung bis zum Ergehen einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Verfahren 3 L 436/20 ausgesetzt hat. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, ist die vom Leiter des HZA verfügte Aussetzung befristet und bleibt in ihrer rechtlichen Reichweite schon aus diesem Grund hinter der vom Verwaltungsgericht ausgesprochenen unbefristeten Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und einer möglicherweise nachfolgenden Klage zurück.
- 9 Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin ist auch im Übrigen zulässig. Er ist auch bei feststellenden und rechtsgestaltenden Verwaltungsakten möglich (vgl. § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Die gemäß § 9 Satz 3 BBesG erfolgte Feststellung des Verlusts der Dienstbezüge erschöpft sich nicht in dem Hinweis auf eine gesetzliche Folge. Vielmehr ist sie verfahrensrechtliche Voraussetzung, um den Anspruchsverlust durch Einbehaltung der Bezüge oder Rückforderung bereits ausgezahlter Bezüge zu tragen (vgl. Plog/Wiedow, BBG, § 9 BBesG Nr. 6). Eine Aussetzung des Vollzugs kann somit die Rechtsstellung der Antragstellerin verbessern (vgl. Senatsbeschl. v. 17. September 2010 - 2 B 168/10 -, juris Rn. 9).

b) Der Antrag ist auch begründet.

10

aa) Bei der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist für die Begründetheit grundsätzlich eine Interessenabwägung maßgeblich, wobei die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes mit in den Blick zu nehmen ist. Erweist sich dieser als rechtswidrig, überwiegt das Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, da an der sofortigen Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse bestehen kann. Ergibt hingegen die Prüfung, dass der Verwaltungsakt voraussichtlich rechtmäßig ist, ist im Falle der Anordnung des Sofortvollzuges weiter zu fragen, ob besondere, über das allgemeine Interesse an der Durchsetzung hoheitlicher Maßnahmen hinausgehende Gründe für eine sofortige Vollziehung sprechen. Sind solche Gründe gegeben, überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse. Lässt sich im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht eindeutig klären, ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.

12

bb) Nach diesen Maßstäben überwiegt das Interesse der Antragstellerin, von der sofortigen Vollziehbarkeit des Bescheides verschont zu werden, das Interesse der Antragsgegnerin an der Vollziehung des Bescheides, der sich bei summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist.

13

Die Antragsgegnerin stützt den angegriffen Bescheid auf § 9 Satz 1, 3 BBesG. Voraussetzung für das dort geforderte unerlaubte Fernbleiben vom Dienst ist, dass der Beamte im maßgeblichen Zeitraum dienstfähig war. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Solange ein Beamter dienstunfähig ist, ist er von der Dienstleistungspflicht befreit, weil er sie nicht erfüllen kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 31. Juli 2019 - 2 B 56.18 - juris Rn. 6 m.w.N.). Der Nachweis der Dienstfähigkeit liegt beim Dienstherrn - nicht etwa beim Beamten (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. Oktober 2006 - 1 D 2.05 -, juris, sowie bereits Urt. v. 27. November 1969, BVerwGE 43, 30, 33 zum Disziplinarrecht). Für die Feststellung von Fernbleiben und Schuld besteht auch keine Mitwirkungspflicht des Beamten (BVerwG, Urt. v. 27. November 1969 a. a. O.). Kann die Dienstfähigkeit der Antragstellerin und ihr Verschulden im maßgeblichen Zeitraum nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, geht dies somit zulasten der Antragsgegnerin, die sich hierauf

beruft und hierfür in vollem Umfang beweispflichtig ist. Ihr obliegt es, die Umstände darzutun, aus denen sich die Dienstfähigkeit der Antragstellerin und ihr Verschulden ergeben. Legt der Beamte zum Beleg seines Unvermögens, Dienst zu tun, Dienstunfähigkeitsbescheinigungen behandelnder Privatärzte vor, so kann der Nachweis seiner Dienstfähigkeit regelmäßig nur durch die Einschaltung des Amtsarztes geführt werden. Denn es bedarf medizinischer Sachkunde, um ärztliche Befunde zu überprüfen (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. Oktober 2006 - 1 D 2.05 - a. a. O. Rn. 33).

- 14 Ausgehend von diesen Maßstäben kann derzeit eine Dienstfähigkeit der Antragstellerin im maßgeblichen Zeitraum ab 26. Mai 2020 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Im Eilverfahren scheidet eine Zeugeneinvernahme oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens regelmäßig aus, vielmehr ergeht die Entscheidung im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit aufgrund der innerhalb angemessener Zeit verfügbaren präsenten Beweismittel, von glaubhaft gemachten Tatsachen und aufgrund überwiegender Wahrscheinlichkeiten (Senatsbeschl. v. 17. September 2010 - 2 B 168/10 - a. a. O. m. w. N.). Auch im Eilverfahren folgt die materielle Beweislast den allgemeinen Regeln (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 2. April 2009, SächsVBl. 2009, 188).
- 15 Legt man den Akteninhalt und den Vortrag der Beteiligten zugrunde, ist im Zeitraum ab dem 26. Mai 2020 die Dienstfähigkeit der Antragstellerin nicht überwiegend wahrscheinlich. Nachdem die Antragstellerin über den gesamten Zeitraum ihrer dienstlichen Abwesenheit Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer Hausärztin vorgelegt hat, könnte der Nachweis ihrer Dienstfähigkeit nur durch die Einschaltung des Amtsarztes geführt werden. Diesen Nachweis hat die Antragsgegnerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erbracht. Bis zu einer solchen Untersuchung kann nicht von einer Dienstfähigkeit der Antragstellerin ausgegangen werden.
- 16 Nicht zu folgen ist der Auffassung der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin wegen ihrer Weigerung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, so behandelt werden könne, als sei ihre Dienstfähigkeit festgestellt. Nach § 96 Abs. 1 Satz 2 BBG hat der Beamte die Dienstunfähigkeit infolge von Krankheit auf Verlangen nachzuweisen. Tatbestandlich setzt die Nachweisverpflichtung voraus, dass der Beamte nach eigener

Einschätzung infolge Krankheit dienstunfähig ist und dass der Dienstherr aufgrund konkreter Umstände Zweifel an dieser Einschätzung hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23. März 2006 - 2 A 12.04 -, juris Rn. 3 ff.). Der Dienstherr entscheidet bei Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben des Beamten nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. Spitzlei, in: Fürst, GKÖD, Stand Oktober 2020, § 96 BBG, Rn. 18). Die Nachweispflicht nach § 96 Abs. 1 Satz 2 statuiert indes keine gesetzliche Beweislastverteilung, sondern eine Mitwirkungspflicht. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht (durch eine verweigerte amtsärztliche Untersuchung) bei Prüfung der Dienstfähigkeit führt nicht dazu, dass der Beamte im Sinne einer möglichen Beweislastumkehr automatisch die Beweislast trägt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16. März 1984, BVerwGE 76, 142, 143). Sie kann zwar ein Indiz für ein unerlaubtes Fernbleiben darstellen (vgl. hierzu OVG Lüneburg, Beschl. v. 17. März 2003 - 1 NDH M 3/02 -, juris Rn. 40 m.w.N.). Ob und welche rechtlichen Folgen hieraus zu ziehen sind, bedarf hier indes keiner Entscheidung, weil einer Indizwirkung vorliegend bereits entgegensteht, dass die Antragstellerin für ihr Fernbleiben jeweils Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer Hausärztin vorgelegt hat.

- 17 Aus diesen Gründen kann der Senat offenlassen, ob die bisher ergangenen Aufforderungen der Antragsgegnerin an die Antragstellerin, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, den Anforderungen der einschlägigen Rechtsgrundlage § 96 Abs. 1 Satz BBG genügten. Denn auch eine unberechtigte Verweigerung der Antragstellerin, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, führt angesichts der entgegenstehenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht zur Annahme der Dienstfähigkeit. Die Antragsgegnerin wäre in diesem Fall darauf verwiesen, auf disziplinarischem Weg gegen die Antragstellerin vorzugehen oder ein Zerruhesetzungsverfahren einzuleiten.
- 18 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
- 19 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1, Abs. 3 GKG. Sie folgt der zutreffenden Festsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten Einwände nicht erhoben haben.

20 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke