

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 183/09

1 Ca 1354 d/08 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.01.2010

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.01.2010 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27.03.2009, Az.: 1 Ca 1354 d/08, abgeändert und der Bescheid der Beklagten vom 26.09.2008, dem Kläger zugegangen am 01.10.2008, mit welchem die Versetzung des Klägers in den vorzeitigen Ruhestand mit Wirkung vom 01.10.2008 angeordnet wurde, wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass das Dienstverhältnis zwischen den Parteien weiterhin zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.
2. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich mit der Klage gegen seine Versetzung in den Ruhestand vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze.

Der am1950 geborene, verheirate Kläger ist seit dem 01.10.1984 bei der Beklagten als DO-Angestellter in der Funktion eines arbeitsmedizinischen Assistenten beschäftigt. Der Kläger ist eingruppiert in die Besoldungsgruppe A8 BBesO, sodass sein derzeitiges Monatsgehalt rund € 2.626,00 brutto beträgt. Der Kläger ist mit einem GdB von 30 % schwerbehindert.

Seit 1988 arbeitet der Kläger im Zentrum des A. (ADM) in N.. Dort verrichtet er ganz überwiegend Innendienst. Für die Zeiten vom 21.01. bis zum 25.01.2008 und vom 04.02. bis 08.02.2008 war der Kläger für Einsätze in dem Temporären Untersuchungszentrum auf der Insel S. eingeplant. Nachdem der Kläger seinem Vorgesetzten Dr. B. gegenüber angegeben hatte, aus gesundheitlichen Gründen an den Einsätzen nicht teilnehmen zu können, ließ die Beklagte den Kläger am 16.01.2008 betriebsärztlich untersuchen. Nach dem Untersuchungsergebnis bestanden bei dem Kläger keine wesentlichen Einschränkungen seiner Einsatzfähigkeit als arbeitsmedizinischer Assistent. Dies gelte auch für die Tätigkeit an wechselnden Einsatzorten in Schleswig-Holstein inklusive S. (Bl. 27 d. A.). Der Kläger erklärte daraufhin, dass er sich krank melden werde, wenn die Beklagte an dem vorgesehenen Einsatz auf S. festhalte. In der Folgezeit reichte er fünf Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für den Zeitraum vom 17.01. bis 20.02.2008 ein. Vom 26.02. bis 29.02.2008 teilte die Beklagte den Kläger wiederum zum Außendienst auf S. ein. Diesen Einsatz konnte der Kläger auch nicht wahrnehmen und legte eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 26.02. bis 07.03.2008 vor. Die Beklagte leitete daraufhin ein Disziplinarverfahren ein und beauftragte parallel dazu den Sozialmedizinischen Dienst der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft B. S., die vertrauensärztliche Begutachtung zur Überprüfung der Dienstfähigkeit des Klägers durchzuführen. Wegen des Ergebnisses der am 01.04.2008 durchgeführten Untersuchung wird auf das ärztliche Gutachten für die gesetzliche Rentenversicherung vom 03.04.2008 (Bl. 43 - 47 d. A.), die Mitteilung des Ergebnisses der Begutachtung zur Überprüfung der Dienstfähigkeit

gemäß § 42 Abs. 1 BBG vom 08.04.2008 (Bl. 48 - 51 d. A.) und die zusammenfassende Stellungnahme vom 22.04.2008 (Bl. 52 - 54 d. A.) Bezug genommen. Dem Gutachten lag u. a. ein Befundbericht der Fachärztin für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, Frau Dr. F., vom 12.03.2008 zugrunde (Bl. 173 d. A.). Bei der Anamnese hatte der Kläger angegeben, sowohl beruflich durch ein erhöhtes Arbeitsaufkommen als auch privat durch die Betreuung seines behinderten Bruders und die Pflege seines kranken Vaters bis zu dessen Tod erheblich belastet gewesen zu sein. Seit Oktober 2007 sei er zunehmend antriebslos, leicht gereizt, sehr unruhig, müde und vergesslich. Wegen seiner psychischen Probleme traue er sich nicht, mehrere Tage von zu Hause fort zu sein. Er brauche die Nähe seiner Ehefrau, die ihn stabilisiere. Man habe ihm jetzt zur Aufnahme einer Psychotherapie geraten. In der Epikrise des Gutachtens vom 03.04.2008 heißt es u. a.:

„Im Vordergrund steht derzeit eine depressive Episode. Die eingeleitete medikamentöse Behandlung hat noch zu keiner wesentlichen Besserung geführt, eine psychotherapeutische Behandlung, evtl. auch eine medizinische Rehamasnahme in einer psychosomatischen Fachklinik sind noch vorgesehen.

Infolge der o. a. Erkrankungen ist die Dienstfähigkeit von Herrn S. beeinträchtigt. Er ist derzeit nicht in der Lage, in seinem jetzigen Aufgabenbereich uneingeschränkt Dienst zu verrichten. Dies wäre auch mit reduzierter Stundenzahl nicht möglich. Mit einer Wiederherstellung der uneingeschränkten Dienstfähigkeit ist innerhalb der nächsten 6 Monate nicht zu rechnen.

Medizinische Rehamasnahmen erscheinen grundsätzlich sinnvoll, es ist aber nicht zu erwarten, dass dadurch die uneingeschränkte Dienstfähigkeit innerhalb der nächsten sechs Monate wiederhergestellt werden kann.

Positives Leistungsbild: körperlich leichte Tätigkeit in wechselnder Körperhaltung ohne Zwangshaltungen und häufiges Bücken über 6 Stunden möglich. Die geistig psychische Belastbarkeit ist eingeschränkt, Tätigkeiten mit erhöhten Anforderungen an Konzentrations- und Reaktionsvermögen, Umstellungs- und Anpassungsvermögen sind nicht möglich. Außendiensttätigkeiten mit mehrtägiger Abwesenheit von zuhause würden zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes führen und sind daher ebenfalls nicht zumutbar.“

In der zusammenfassenden Stellungnahme vom 22.04.2008 begründete der Gutachter, warum er es für aussichtslos hielt, dass innerhalb der nächsten sechs Monate die volle Dienstfähigkeit wiederhergestellt werde, wie folgt:

„Die maßgeblichen Therapieoptionen sind ausgeschöpft, eine wesentliche Besserung konnte nicht erreicht werden und ist auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.“

Mit Schreiben vom 11.06.2008 erhielt die Beklagte für den Kläger einen Wiedereingliederungsplan der den Kläger behandelnden Fachärztin Dr. F., nach der die volle Arbeitsfähigkeit ab dem 11.08.2008 absehbar sei (Bl. 65 d. A.). Daraufhin teilte der Vorgesetzte des Klägers, Dr. B., diesem mit Schreiben vom 13.06.2008 mit, dass er am 16.06.2008 mit der Wiedereingliederung beginnen solle. Demgegenüber verweigerte der Regionalleiter Prof. Dr. H. sein Einverständnis mit der Wiedereingliederungsmaßnahme mit Schreiben vom 13.06.2008 (Bl. 66 d. A.), sodass der Kläger am 16.06.2008 sofort wieder nach Hause geschickt wurde. Am 31.07.2008 führten die Parteien ein Gespräch über die fehlende Einsetzbarkeit in der Region Hamburg und die Möglichkeiten zur Beendigung des aktiven Dienstes. Da der Kläger keinen eigenen Antrag auf Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand stellte, teilte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 11.08.2008 mit, dass sie beabsichtige, ihn wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand zu versetzen. Auf ausdrücklichen Antrag des Klägers vom 18.08.2008 (Bl. 78 d. A.) hörte die Beklagte den Personalrat gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG zur beabsichtigten Versetzung des Klägers in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit nach § 42 Abs. 1 BBG an. Wegen des Inhalts der Personalratsanhörung wird auf Bl. 81 - 82 d. A. verwiesen. Das Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts eines Dienstvergehens stellte die Beklagte mit Abschlussverfügung vom 05.09.2008 ein (Bl. 83 ff. d. A.). Mit Schreiben vom 29.09.2009 übersandte die Beklagte dem Kläger die Bescheide vom 26.06.2008 über die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand mit Ablauf des 30.09.2008 sowie über die Festsetzung des Ruhegehalts (Bl. 89, 90 ff. d. A.).

Hiergegen hat der Kläger am 21.10.2008 vor dem Arbeitsgericht Feststellungsklage erhoben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands, insbesondere des streitigen Parteivorbringens wie er in der ersten Instanz vorgelegen hat, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 27.08.2009 abgewiesen. Die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 BBG a. F. lägen vor. Die dauerhafte Dienstunfähigkeit

ergebe sich aus dem Untersuchungsbericht des sozialmedizinischen Dienstes der Deutschen Rentenversicherung vom 03.04.2008. In der zusammenfassenden Stellungnahme vom 22.04.2008 habe Dr. H.-J. u. a. angegeben, dass der Kläger nicht – auch nicht mit reduzierter Stundenzahl oder mit Einschränkungen im Aufgabengebiet – in der Lage sei, auf seinem Arbeitsplatz Dienst zu verrichten. Die Wiederherstellung der vollen Dienstfähigkeit innerhalb der nächsten sechs Monate sei aussichtslos, da keine Erfolg versprechenden Behandlungsmaßnahmen zur Verfügung stünden und die maßgeblichen Therapieoptionen ausgeschöpft seien. Dem stehe auch nicht der Wiedereingliederungsantrag der den Kläger behandelnden Ärztin entgegen. Zum einen habe die Wiedereingliederung unter erheblichen Einschränkungen gestanden und zum anderen sei sie tatsächlich nicht durchgeführt worden. Es sei auch unerheblich, dass der Kläger selbst wieder von seiner Dienstfähigkeit ausgehe. Der Kläger habe keine privatärztlichen Bescheinigungen über die Wiederherstellung seiner vollen Dienstfähigkeit vorgelegt. Er habe auch nichts dazu vorgetragen, in welcher Weise sich sein Zustand ggf. gebessert haben soll oder dass und mit welchem Erfolg Therapiemaßnahmen durchgeführt worden seien. Vielmehr erkläre er unverändert, zu mehrtägigen Dienstreisen nicht in der Lage zu sein, da er den Zuspruch seiner Ehefrau benötige. Es lägen auch keine Anhaltspunkte für eine Besserung des klägerischen Zustandes vor. Allein der Umstand, dass bis Februar 2008 keine mehrtägigen Außendienstesätze erforderlich gewesen seien, führe nicht zu einer Einschränkung des Direktionsrechts der Beklagten. Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die Beklagte keine Möglichkeit gesehen habe, den Kläger mit seinem Restleistungsvermögen im Rahmen von § 42 Abs. 3 BBG a. F. weiter zu beschäftigen. Eine diesbezügliche Anfrage im Bereich der Region Hamburg sei ohne Erfolg geblieben.

Gegen dieses ihm am 23.04.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 20.05.2009 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese sogleich begründet.

Der Kläger behauptet, mehrtägige Außendienstesätze zählten nicht zu seinem Aufgabenbereich. Allein auf diesen mehrtägigen Außeneinsätzen fuße das Gutachten vom 01.04.2008. Von

einer dauerhaften Dienstunfähigkeit habe die Beklagte mithin nicht ausgehen können. Er habe seine Dienstfähigkeit mit Schreiben vom 11.08.2008 auch angezeigt. Zudem habe die ihn behandelnde Ärztin in dem Wiedereingliederungsantrag eine Wiederherstellung der vollen Dienstfähigkeit für den 11.08.2008 prognostiziert. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe er auch nicht den Nachweis der vollständigen Wiederherstellung bringen müssen. Insbesondere sei er nicht verpflichtet, der Beklagten Auskunft zu erteilen, in welcher Weise sich sein Zustand verbessert habe und welche Therapien mit welchem Erfolg durchgeführt wurden. Bis zum Gutachten vom 01.04.2008 habe die Beklagte selbst zu keinem Zeitpunkt Zweifel an seiner Dienstfähigkeit gehegt, weder in Bezug auf Außeneinsätze, die eine abendliche Rückkehr ermöglichten, noch in Bezug auf andere Aufgaben. Aufgrund der Fürsorgepflicht sei die Beklagte verpflichtet gewesen, ihm eine Wiedereingliederungsmöglichkeit zu gewähren.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Bescheid der Beklagten vom 26.09.2008, ihm zugegangen am 01.10.2008, mit welchem seine Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand mit Wirkung ab dem 01.10.2008 angeordnet wurde, aufzuheben und festzustellen, dass das Dienstverhältnis zwischen den Parteien weiterhin zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Sie beruft sich auf das Gutachten vom 03.04.2008. Zu Unrecht unterstelle der Kläger, das Gutachten vom 03.04.2008 stelle lediglich auf mehrtägige Außeneinsätze des Klägers ab. Lediglich am Ende seiner Ausführungen habe der Gutachter darauf hingewiesen, dass Außendiensttätigkeiten mit mehrtägiger Abwesenheit von zu Hause zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes führen würden und daher ebenfalls nicht zumutbar seien. Es habe sich mithin nur um einen Teilaspekt der Erkrankung des Klägers gehandelt. Der Kläger sei ausweislich der Arbeitsplatzbeschreibung auch zu solchen Außendienstleistungen (Untersuchungsmobile und temporäre Untersuchungszentren) verpflichtet. Wenn der Kläger

demgegenüber der Auffassung gewesen sei, dass er ab dem 04.08.2008 wieder voll dienstfähig gewesen sei, hätte er angesichts der Feststellungen des Gutachters Dr. H.-J. seinerseits ein Gegengutachten beibringen müssen. Auch aus dem Wiedereingliederungsplan habe nicht auf eine volle Einsatzmöglichkeit des Klägers mit Wirkung ab dem 11.08.2008 geschlossen werden können. Denn die Wiedereingliederung habe unter wesentlichen Einschränkungen gestanden. Der Kläger sei auch nicht anderweitig einsetzbar gewesen. Ein leidensgerechter Arbeitsplatz habe nicht zur Verfügung gestanden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 19.01.2008 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c; 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

Die Berufung ist auch begründet und führt zum Erfolg.

Die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand war rechtswidrig, da die Voraussetzungen nach §§ 44 Abs. 2, 42 BBG a. F. nicht vorlagen. Das aktive Arbeitsverhältnis der Parteien besteht mithin fort. Eine Dienstunfähigkeit des Klägers i. S. v. § 42 Abs. 1 Satz 1 BBG a. F. liegt nicht vor, da sich eine dauernde Dienstunfähigkeit des Klägers weder einer der ärztlichen Stellungnahmen und Gutachten noch dem Sachvortrag der Beklagten entnehmen lässt.

1. Die rechtliche Überprüfung der Versetzungsanordnung richtet sich nach § 42 des Bundesbeamtengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.03.1999 (BGBl. I S. 675; im Folgenden: BBG a. F.). Zwar ist diese Rechtsnorm während des erstinstanzlichen Verfahrens durch § 44 des neuen Bundesbeamtengesetzes abge-

löst worden (Art. 1 des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes vom 05.02.2009, BGBl. I S. 160). Für die Rechtmäßigkeit kommt es aber im vorliegenden Zusammenhang auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, hier mithin des Bescheides vom 26.09.2008, an.

2. Die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 BBG a. F. liegen hier nicht vor.

a) Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 BBG a. F. ist ein Beamter auf Lebenszeit – und somit auch der Kläger als DO-Angestellter – in den Ruhestand zu versetzen, wenn er dauerhaft dienstunfähig ist. Nach § 42 Abs. 1 Satz 2 BBG a. F. kann der Beamte auch dann als dienstunfähig angesehen werden, wenn er infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst getan hat und keine Aussicht besteht, dass er innerhalb weiterer sechs Monate wieder voll dienstfähig wird. Hierbei handelt es sich um eine die Grundregel des Satzes 1 ergänzende Zusatzregelung, mit deren Hilfe die Feststellung der Dienstunfähigkeit im Einzelfall erleichtert werden kann. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Dienstfähigkeit ist die letzte Verwaltungsentscheidung, hier mithin der Bescheid über die vorzeitige Zuruhesetzung vom 26.09.2008.

Die materielle Rechtmäßigkeit der Versetzung des Beamten bzw. DO-Angestellten in den vorzeitigen Ruhestand hängt zwar regelmäßig davon ab, ob - bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt - die zuständige Behörde nach den ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnissen annehmen durfte, dass der Beamte dienstunfähig ist, sodass nur danach eingetretene wesentliche Veränderungen nicht zu berücksichtigen sind (BVerwG Urt. v. 16.10.1997 - 2 C 7.97 -, zit. n. Juris). Indessen ist dies nicht dahin zu verstehen, dass der Behörde etwa ein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zukäme. Einen solchen Spielraum räumt ihr nämlich das Gesetz nicht ein. So unterliegt es nicht nur der vollen gerichtlichen Kontrolle, ob ein rechtlich unbedenklicher Maßstab an einen sorgfältig ermittelten Sachverhalt angelegt worden ist, sondern (im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung) auch, ob dieser Sachverhalt die Feststellung der dauernden Dienstunfähigkeit rechtfertigt. Das schließt etwaige Feststellungen oder Schlussfolgerungen in ärztlichen Gutachten grundsätzlich mit ein. Auch diese sind vom Gericht - in den Grenzen erforderlicher Sachkenntnis - nicht ungeprüft zu über-

nehmen, sondern selbstverantwortlich zu überprüfen und nachzuvollziehen (OVG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 29.10.2009 – 1 A 3598/07 -, zit. n. Juris).

b) Dies zugrunde gelegt, steht hier zur Überzeugung der Berufungskammer fest, dass bezogen auf den Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides (26.09.2008) die Annahme der Beklagten, der Kläger sei dauerhaft dienstunfähig gewesen, nicht gerechtfertigt war. Die Entscheidung beruht auf keiner tragfähigen und in diese Richtung zu würdigenden Tatsachengrundlage. Insbesondere kann sich die Beklagte nicht auf das Gutachten vom 03.04.2008 berufen.

aa) Die Kammer hat bereits Zweifel daran, ob zum Zeitpunkt der Begutachtung des Klägers (01.04.2008) überhaupt die Voraussetzung für eine ärztliche Begutachtung zur Feststellung der Dienstfähigkeit bzw. Dienstunfähigkeit vorlagen. Rechtsgrundlage für die Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung ist § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG. Danach ist der Beamte verpflichtet, sich nach Weisung der Behörde amtsärztlich untersuchen zu lassen und, falls ein Amtsarzt dies für erforderlich hält, auch beobachten zu lassen, wenn Zweifel über die Dienstunfähigkeit des Beamten bestehen. Eine solche Weisung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, ist dann gerechtfertigt, wenn sich die Zweifel des Dienstherrn an der Dienstunfähigkeit des Beamten auf konkrete Umstände stützen und "nicht aus der Luft gegriffen" sind. Hierbei beschränkt sich der verwaltungsgerichtliche Kontrollumfang darauf, ob die Weisung ermessensfehlerhaft, insbesondere willkürlich ist (OVG Lüneburg Beschluss v. 06.11.2008 – 5 ME 331/08 -, zit. n. Juris).

Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt vom 21.01. bis 20.02.2008 und vom 26.02. bis 07.03.2008, mithin insgesamt erst sechseinhalb Wochen, arbeitsunfähig krank. Dass der Kläger vor diesem Zeitraum bereits in nennenswertem zeitlichem Umfang arbeitsunfähig war, hat die Beklagte nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass der Kläger seinen Innendienst nicht mehr ordnungsgemäß ausgeübt hat, sodass aufgrund dessen auf eine mögliche Dienstunfähigkeit des Klägers hätte geschlossen werden können. Vielmehr erschließt sich dem Akteninhalt lediglich, dass sich der Kläger wegen eines psychischen Defekts nicht in der Lage sah, mehrere Tage im temporären Untersuchungs-

zentrum (TUZ) auf S. Dienst zu leisten. Ursache für die Arbeitsunfähigkeit von Januar bis März 2008 war allein, dass die Beklagte darauf bestanden hatte, dass der Kläger - wie auch die anderen arbeitsmedizinischen Assistenten - TUZ-Aufgaben wahrnimmt. Die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 Satz 2 BBG a. F. lagen zu diesem frühen Zeitpunkt ersichtlich noch nicht vor. Die Beklagte selbst war zunächst auch nicht davon ausgegangen, dass der Kläger dienstunfähig war, denn anderenfalls ist es nicht erklärlich, dass sie zeitgleich ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger einleitete. Vor diesem zeitlichen Hintergrund hatte die Beklagte Ende März 2008 noch keinen berechtigten Anlass, an der Dienstfähigkeit des Klägers zu zweifeln, um den Kläger sodann gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 BBG a. F. zu einer amtsärztlichen Untersuchung auffordern zu können.

bb) Ungeachtet dessen hat sich der Kläger amtsärztlich untersuchen lassen. Das Untersuchungsergebnis, wie es sowohl im Gutachten vom 03.04.2008, in der Mitteilung der Begutachtung vom 08.04.2008 als auch in der zusammenfassenden Stellungnahme vom 22.04.2008 festgehalten ist, rechtfertigt indessen nicht die Annahme, der Kläger sei am 26.09.2008 dauerhaft dienstunfähig gewesen. Die Gutachten und Stellungnahmen sind in sich nicht schlüssig und widersprüchlich. Es ist insbesondere nicht ersichtlich und nachvollziehbar, aufgrund welcher erhobenen Befundtatsachen der Gutachter in der zusammenfassenden Stellungnahme vom 22.04.2008 unter Ziff. 6 zu dem Ergebnis gelangt, dass er es für aussichtslos hält, dass innerhalb der nächsten sechs Monate die volle Dienstfähigkeit des Klägers wiederhergestellt wird. Die Begründung hierzu, dass die maßgeblichen Therapieoptionen ausgeschöpft seien, eine wesentliche Besserung nicht habe erreicht werden können und auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten seien, steht überhaupt nicht in Einklang mit der epikritischen Zusammenfassung des Gutachtens vom 03.04.2008. Dort hat der Gutachter ausgeführt, dass im Vordergrund eine depressive Episode stehe und die eingeleitete medikamentöse Behandlung noch zu keiner wesentlichen Besserung geführt habe, eine psychotherapeutische Behandlung, evtl. auch eine medizinische Rehamationsmaßnahme in einer psychosomatischen Fachklinik noch vorgesehen seien. Also waren die maßgeblichen Therapieoptionen gerade noch nicht ausgeschöpft und schon gar nicht abgeschlossen. Hiervon konnte aufgrund der zeitlichen Abfolge auch noch gar nicht ausgegangen werden. Der Kläger befand sich für den Gutachter er-

sichtlich erst seit Anfang März 2008 in fachärztlicher Behandlung der Neurologin und Psychotherapeutin Dr. F.. Der Arztbericht der Neurologin und Psychotherapeutin Dr. F. vom 12.03.2008 lag dem Gutachter vor. Wie er gleichwohl vor diesem Hintergrund davon ausgehen konnte, dass weder die medikamentöse Behandlung noch die ebenfalls angedachte Psychotherapie zu keiner Wiederherstellung der uneingeschränkten Dienstfähigkeit des Klägers führen wird, ist nicht nachvollziehbar. Die psychotherapeutische Behandlung des Klägers hatte – zum Zeitpunkt der Begutachtung des Klägers – noch gar nicht begonnen und war erst recht noch nicht abgeschlossen. Es ist allgemein und damit auch gerichtsbekannt, dass gerade Depressionen und/oder Angstneurosen medikamentös und/oder psychotherapeutisch erfolgreich behandelt werden können, dass diese Behandlung indessen Zeit benötigt und in der Regel nicht innerhalb weniger Wochen abgeschlossen ist.

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die depressive Episode des Klägers letztlich ebenfalls erfolgreich behandelt werden kann. Denn die Beklagte konnte zumindest zum Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheids noch nicht davon ausgehen, dass der Kläger dauerhaft arbeitsunfähig sein wird. Sie stützt sich einzig und allein auf die Gutachten und Stellungnahmen des Gutachters Dr. H.-J. von April 2008. Ein neues ärztliches Gutachten, welches ggfs. etwaig für den Kläger eingeleitete und durchgeführte Behandlungen und Therapien berücksichtigt, hat die Beklagte trotz der Zeitspanne von fünf Monaten zwischen dem Gutachten und dem Erlass des Bescheides nicht mehr eingeholt. Hierzu hätte indessen schon deshalb Anlass bestanden, weil zum Zeitpunkt der Begutachtung des Klägers die medikamentösen und therapeutischen Maßnahmen erkennbar erst begonnen hatten und schon gar nicht abgeschlossen waren.

Die Beklagte verkennt auch, dass sie als Arbeitgeber darlegen und beweisen muss, dass zum Zeitpunkt der Zurruesetzung die Voraussetzungen nach § 42 Abs. 1 BBG a. F. auch vorlagen. Sie muss mithin die Dienstunfähigkeit des Klägers beweisen und nicht der Kläger seine Dienstfähigkeit. Es geht um ein Verfahren nach § 42 Abs. 1 BBG a. F. und nicht um ein vom Kläger angestregtes Reaktivierungsverfahren.

cc) Die Beklagte muss sich auch vorhalten lassen, dass sie einer von der den Kläger behandelnden Fachärztin empfohlenen Wiedereingliederungsmaßnahme nicht zugestimmt hat. Dies kann materiell-rechtlich in die Beurteilung einfließen, ob die Beklagte das ihr nach § 42 Abs. 2 Satz 2 BBG a. F. zustehende Ermessen zutreffend ausgeübt hat. Nach dieser Norm „kann“ unter bestimmten Prämissen von der Dienstunfähigkeit ausgegangen werden. Die Beklagte hat dem Kläger trotz des ärztlichen Anratens nicht einmal die Chance für eine Wiedereingliederung gegeben. Sie kann sich diesbezüglich auch nicht damit rechtfertigen, dass die Wiedereingliederung ohne Außendiensttätigkeit stattfinden sollte. Die Tätigkeit in den TUZ zählte ausweislich der Stellenbeschreibung nur bei „dringendem Erfordernis“ zu den klägerischen Aufgaben. Im Berufungstermin hat die Beklagte vorgetragen, dass sie natürlich auch noch andere arbeitsmedizinische Assistenten beschäftige, die ebenfalls regelmäßig TUZ-Aufgaben wahrnehmen. Die Beklagte hat indessen nicht dargelegt, warum ausgerechnet der psychisch erkrankte Kläger (und nicht ein anderer) den mehrtägigen Einsatz im TUZ S. ableisten sollte. Sofern es der Beklagten indessen möglich ist, durch Ausübung des Direktionsrechts die Weiterbeschäftigung des Klägers zu ermöglichen, muss sie hiervon Gebrauch machen. Dies ergibt sich bereits aus der Wertung des § 42 Abs. 3 BBG a. F. Nach dieser Vorschrift soll von der Versetzung des Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit abgesehen werden, wenn ihm ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn übertragen werden kann. Wenn der Arbeitgeber mithin zur Vermeidung der Zurruesetzung verpflichtet ist, den DO-Angestellten umzusetzen, so gilt dies erst recht in Bezug auf die Ausübung des Direktionsrechts. Es ist nicht ersichtlich, warum der Kläger nicht (vorübergehend, bis zum Abschluss einer erfolgreichen Therapie) von den mehrtägigen Außendienststeinsätzen entbunden werden kann.

Auch die vom Regionalleiter Prof. Dr. H. im Schreiben vom 13.06.2008 (Anlage 17 zur Klagerwiderung, Bl. 66 d. A.) abgegebene Stellungnahme überzeugt die Kammer nicht. Es ist unstrittig, dass der Kläger seinen Dienst im AMD N. vor der Begutachtung durch Dr. H.-J. ohne jegliche Einschränkung und Beanstandungen verrichtet hat. Leistungsdefizite sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insbesondere wies der Kläger keine erhöhten Arbeitsunfähigkeitszeiten auf. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Kläger aufgrund seiner depressiven Phase niemals nicht angemessen,

d. h. geduldig, freundlich, zugewandt etc., mit den Patienten umgegangen ist. Wegen der Rückenbeschwerden war der Kläger ebenfalls nicht in nennenswertem Umfang arbeitsunfähig krank. Rückenbeschwerden zählen zu den sog. Volkskrankheiten, ohne dass diese automatisch eine dauernde Dienstunfähigkeit bedingen.

3. Nach alledem war der Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht gegeben sind.

gez. ...

gez. ...

gez. ...