



**Diskussionsforum Teilhabe und Prävention**

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**  
Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**  
Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**PD Dr. Felix Welti**  
Christian-Albrechts-Universität zu  
Kiel / Hochschule Neubrandenburg

Mai 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
- Diskussionsbeitrag Nr. 10/2006 -

### **Betriebliches Eingliederungsmanagement und die Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG**

**- Anmerkung zu OVG Niedersachsen, Beschluss vom 29.1.2007 - 5 ME 61/07 -**

*von Marcus Schian*

Auch drei Jahre nach Einführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX sind noch zahlreiche Fragen offen. Wenn auch die Auslegung der Vorschriften selbst nunmehr als im Wesentlichen geklärt angesehen werden kann, bereitet das Verhältnis zu bereits bestehenden Vorschriften mitunter einiges Kopfzerbrechen. Ein für die praktische Umsetzung im öffentlichen Dienst besonders wichtiges Beispiel ist das **Verhältnis zu den die Dienstunfähigkeit und den Ruhestand betreffenden Vorschriften des Beamtenrechts**, insbesondere zur Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG bzw. den einschlägigen Regelungen des Landesrechts. Zu dieser Fragestellung ist jüngst ein Beschluss des OVG Niedersachsen ergangen, der im folgenden Beitrag besprochen wird. Dieser Beschluss behandelt das Verhältnis von **§ 84 Abs. 2 SGB IX** zu § 42 BBG. Wir stellen den Ansichten des Gerichts zum Verhältnis von § 84 Abs. 2 SGB IX zu § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG folgende **Thesen** gegenüber:

- 1. Die Verfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX und die Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG sind hinsichtlich ihres Zieles und ihrer Ausgestaltung so unterschiedlich und teils gegensätzlich, dass sie nicht beliebig kombiniert werden können.**
- 2. Zwischen beiden Verfahren besteht in der praktischen Anwendung ein Stufenverhältnis mit einem Vorrang des § 84 SGB IX.**
- 3. Eine Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG ist erst dann zulässig, wenn die Ergebnisse der Verfahren nach § 84 SGB IX erkennen lassen, dass Dienstunfähigkeit nicht abgewendet werden kann.**

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht Beschluss vom 29. Januar 2007 - 5 ME 61/07 -

### I. Wesentliche Aussagen des Beschlusses

1. § 84 SGB IX gilt auch für Beamte.
2. Eine Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ist nicht deshalb rechtswidrig, weil zuvor kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt wurde.
3. § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG setzt für die Weisung ausschließlich Zweifel des Dienstherrn über die Dienstunfähigkeit des Beamten voraus.
4. Die Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG indiziert nicht die Einleitung eines Zwangspensionierungsverfahrens und hat auf die Art und Weise seiner Durchführung und sein Ergebnis keinen Einfluss.
5. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX und das Verfahren zur Klärung der Dienstunfähigkeit nach § 43 BBG schließen einander nicht aus und es besteht kein Stufenverhältnis zwischen beiden Verfahren.
6. Im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung kann der Amtsarzt auch zu möglichen Maßnahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements Stellung nehmen

### II. Der Fall

Die im Verfahren des **einstweiligen Rechtsschutzes** getroffene Entscheidung betrifft eine gegenüber dem Antragsteller durch seinen Dienstherrn erteilte und für sofort vollziehbar erklärte **Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG** vom **10. August 2006**. Laut Weisung sollte der Amtsarzt auch zu Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements Stellung nehmen. Der Antragsteller, ein **schwerbehinderter Zollbeamter**, war **seit dem 14. Oktober 2004 dienstunfähig erkrankt** gewesen. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) wurde im Juli 2005 eingeleitet und dann laut Vorbringen des Antragstellers seitens des Hauptzollamtes (Antragsgegnerin) für gescheitert erklärt. Nach Darstellung des Antragstellers wurde im Rahmen des durchgeführten BEM das Integrationsamt nicht eingeschaltet, die einbezogene Bezirksschwerbehindertentrustperson war nicht zuständig. Ob und inwieweit das Hauptzollamt die sich aus § 81 Abs. 4 SGB IX und einer bestehenden Rahmenintegrationsvereinbarung ergebenden Pflichten erfüllt hat, wurde im Verfahren nicht aufgeklärt.

Mit seinem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wollte der Antragsteller erreichen, dass die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung wieder hergestellt wird. Die Weisung war seiner Ansicht nach rechtswidrig, weil zuvor kein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt wurde. Das Verwaltungsgericht lehnte diesen Antrag ab. Der Antragsteller legte Beschwerde vor dem OVG ein.

### III. Die Entscheidung

Das OVG hat dem Antrag nicht stattgegeben. Die **Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung**, deren Rechtsnatur in der Entscheidung offen gelassen wird, sei auch ohne vorheriges BEM rechtmäßig gewesen.

Es schließt sich dabei zunächst ausdrücklich den Erwägungen des Verwaltungsgerichts an. Dieses war dem vom Antragsteller vorgetragene Einwand, eine vor Abschluss eines betrieblichen Eingliederungsmanagements erfolgende amtsärztliche Untersuchung sei rechtswidrig, mit der Begründung nicht gefolgt, eine **Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG setze ausschließlich Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten voraus**. Maßnahmen des BEM seien **nur dann angezeigt, wenn keine dauernde Dienstunfähigkeit** gegeben sei. Zudem, so das Verwaltungsgericht und im Anschluss das OVG, solle die im vorliegenden Fall angeordnete **amtsärztliche Untersuchung gerade auch der Klärung dienen**, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen des BEM aus ärztlicher Sicht sinnvoll und geboten erscheinen.

Ergänzend führt das OVG aus, dass die **Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG an sich die Einleitung eines Zwangspensionierungsverfahrens noch nicht indiziere**. Die amtsärztliche Untersuchung diene allein der Feststellung der Dienstfähigkeit bzw. Dienstunfähigkeit des Beamten. Nur wenn letztere festgestellt werde, sei die Voraussetzung für die Einleitung eines Zwangspensionierungsverfahrens gegeben. Die durch die Weisung begründete Dienstpflicht hat zudem nach Ansicht des Gerichts **auf die Art und Weise der Durchführung und des Ausgangs eines Zwangspensionierungsverfahrens** keinen Einfluss. Das Ergebnis der Untersuchung solle der Antragsgegnerin vielmehr gerade als **Entscheidungsgrundlage** dafür dienen, ob der Antragsteller wieder auf seinem früheren Dienstposten eingesetzt werden könne, ob ein Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand (§ 42 Abs. 1 Satz 1 BBG) einzuleiten sei oder ob nach § 42 Abs. 3 BBG anderweitige Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung zu prüfen seien.

Die vom Antragsteller vorgetragene Verstöße gegen §§ 81 und 84 SGB IX sowie gegen die Rahmenintegrationsvereinbarung sah das OVG keinen Anlass weiter aufzuklären. Die **Antragsgegnerin könne diesen Pflichten auch noch nach dem Ergebnis der amtsärztlichen Untersuchung nachkommen**.

Dagegen spreche nicht die Entscheidung des OVG Mecklenburg-Vorpommern<sup>1</sup>, da die dort im Streit stehende **abschließende (negative) Beurteilung eines Probebeamten anders als eine Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung zwangsläufig die Beendigung des aktiven Beamtenverhältnisses** zur Folge gehabt habe, was im vorliegenden Fall gerade nicht der Fall sei. Mit ähnlicher Argumentation lehnt das Gericht eine Auseinandersetzung mit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur Auswirkung der Nichtdurchführung eines BEM auf die Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung ab.

Mangels direkter Konsequenzen der streitgegenständlichen Weisung für den Bestand des aktiven Beamtenverhältnisses ist es dem Dienstherrn nach Ansicht des OVG nicht verwehrt, die Frage der Dienstunfähigkeit nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG klären zu lassen. Es bestehe trotz der in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Sechs-Wochen-Frist **kein Stufenverhältnis** zwischen dem BEM und der nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG einzuleitenden amtsärztlichen Klärung der Frage der Dienstunfähigkeit. Denn **beide Verfahren schlossen sich nicht aus**. Dass sich der Dienstherr seiner Pflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX durch bloßes **Zuwarten auf die Voraussetzungen des Zwangspensionierungsverfahrens** entziehen kann, steht nach Auffassung des OVG wegen der Überwachung durch die Interessenvertretung nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX nicht zu befürchten.

Die Rechtswidrigkeit einer Weisung lässt sich nach Ansicht des OVG schließlich nicht damit begründen, dass laut ihr der **Amtsarzt auch zu möglichen Maßnahmen des BEM Stellung nehmen** soll. Auf seine Zuständigkeit nach § 84 Abs. 2 SGB IX komme es nicht an und das BEM diene dem Dienstherrn zugleich als Entscheidungsgrundlage für die Prüfung nach § 42 Abs. 3 BBG.

#### IV. Würdigung/Kritik

Der Beschluss beantwortet die entscheidende Frage nach dem Verhältnis der Vorschriften des § 84 Abs. 2 SGB IX zu denen des § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG teilweise **unvollständig bzw. unzutreffend** und bringt die insofern erforderliche Klärung daher kaum weiter.

<sup>1</sup> Vgl. dazu Faber, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention (www.iqpr.de), Beitrag B 7-2005.

## 1. Das Verhältnis des § 84 Abs. 2 SGB IX zu § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG<sup>2</sup>

Der Ausgangspunkt des Gerichts, dass § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG „nur“ **Zweifel an der Dienstunfähigkeit** des Beamten voraussetzt, ist bei alleiniger Betrachtung des Wortlauts zunächst richtig. Auch trifft zu, dass die Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nicht zwangsläufig zur Einleitung eines Zwangspensionierungsverfahrens führt. Dies trägt zur Klärung des Verhältnisses des BEM zu § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG jedoch letztlich wenig bei. **Der Ansicht des Gerichts, es bestehe kein Stufenverhältnis** zwischen den Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX und § 42 BBG, **kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.**

Beide Vorgehensweisen spielen sich vor dem Hintergrund einer **ähnlichen Situation ab** - gesundheitliche Probleme am Arbeitsplatz bzw. Dienstposten - sind jedoch in ihrem **Ansatz, den zugrunde liegenden Prinzipien und den einzelnen Verfahrensschritten sehr unterschiedlich** ausgestaltet. Bei der daher notwendigen Abgrenzung ist zu berücksichtigen, dass § 84 Abs. 2 SGB IX als jüngerem Gesetz im Kollisionsfalle grundsätzlich ein Vorrang einzuräumen ist.

Seit der Einführung des § 84 Abs. 2 SGB IX sollen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit **nicht mehr** wie früher **nur ein Ruhen** der gegenseitigen Pflichten bedeuten, sondern sollen zur **aktiven Arbeit an der Sicherung der Beschäftigung genutzt** werden<sup>3</sup>. Die §§ 42ff. BBG sind hingegen noch Ausdruck des nunmehr **überholten Verständnisses** der Arbeitsunfähigkeit als Phase der Passivität des Beschäftigungsverhältnisses, vor dessen Hintergrund ein Recht des Dienstherrn, bei Zweifeln genauer hinzusehen, nur logisch war.

Die Leitprinzipien des BEM sind zusammengefasst: **frühzeitiges Tätigwerden** nach insgesamt sechs Wochen AU, die **Freiwilligkeit** der Teilnahme, die **Einbindung der betrieblichen Gremien und Ressourcen** sowie die Einhaltung des **Datenschutzes** unter Nutzung möglichst vieler erreichbarer Informationen. Diese rechtlichen Anforderungen sind übrigens auch aus praktischer Sicht die unabdingbaren Voraussetzungen für eine gemeinsame Lösung vorhandener Probleme.

Demgegenüber sieht das Verfahren nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG ein ganz anderes Prozedere und Verhältnis der Beteiligten zueinander vor. Bestehen Zweifel an der Dienstunfähigkeit so ist der Beamte **verpflichtet**, sich auf entsprechende Weisung einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Die das BEM prägende Freiwilligkeit der Teilnahme ist also nicht gegeben. Das BBG sieht zudem vor, dass die durch die Untersuchungen nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG gewonnenen Erkenntnisse bezüglich der Dienst(un)fähigkeit **ohne weitere Zustimmung des Beamten** von der personalverwaltenden Stelle zur Vorbereitung der nach § 42ff. BBG zu treffenden Entscheidungen genutzt werden können (**§ 46a BBG**). Der betroffene Beamte bleibt also nicht, wie im BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX vorgesehen, Herr seiner Daten, sondern muss die weitere Speicherung und Verarbeitung seiner Daten dulden. Eine Beteiligung von Personalrat und ggf. der Schwerbehindertenvertretung ist anders als im BEM nicht vorgesehen. Insgesamt kann der Beamte so, anders als bei der selbstbestimmten Teilnahme am Klärungsverfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX, **im Verfahren nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG zum Objekt der Klärung** werden, die durch den Dienstherrn geführt wird. Die Entscheidungen nach den §§ 42ff. BBG werden zudem erst dann veranlasst, wenn bereits Zweifel an der Dienstunfähigkeit bestehen, während § 84 Abs. 2 SGB IX (im Unterschied zu § 84 Abs. 1 SGB IX) ein präventives Tätigwerden **unabhängig von einer unmittelbaren Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses** verlangt.

---

<sup>2</sup> Die hier ebenfalls deutlich aufgeworfenen rein verwaltungsrechtlichen Fragestellungen nach der Rechtsnatur der Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG und des Prüfungsmaßstabs im Rahmen eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs gegen eine für sofort vollziehbar erklärte Weisung betreffen nicht die Themen dieses Forums und bleiben daher im Folgenden unbehandelt.

<sup>3</sup> BEM als Chance, vgl. Gagel NZA 2004, S. 1359ff und Diskussionsforum Teilhabe und Prävention (www.iqpr.de), Beitrag B 2-2004.

Diese fundamentalen Unterschiede machen nach hier vertretener Auffassung eine Abgrenzung beider Vorgehensweisen erforderlich. Dabei kommt es nicht auf die nach einer amtsärztlichen Untersuchung überhaupt möglichen weiteren Schritte nach §§ 42ff. BBG an. Die diesbezügliche Argumentation des Gerichts **geht an dem eigentlichen Problem der fundamentalen Unterschiede** der beiden gesetzlich geregelten Vorgehensweisen **vorbei**. Für die Abgrenzung bietet sich sachlogisch ein vom Gericht abgelehntes Stufenverhältnis an. Dieses löst zwar nicht alle Probleme, wirft insbesondere in der Folge organisatorische Fragen auf, verdient aber mangels konsequenterer Alternativen den Vorzug:

Zunächst sollte im Rahmen des BEM ein Anlauf unternommen werden, **auf der Basis freiwilliger und vertrauensvoller Zusammenarbeit** nach Lösungen für bestehende Probleme zu suchen. Dabei ist insbesondere dem **Datenschutz** Rechnung zu tragen<sup>4</sup>. Wenn eine Lösung nicht gefunden werden kann, z.B. weil ein Beschäftigter nicht am BEM teilnehmen möchte, so kann bei Eintreten der Voraussetzungen der §§ 42ff. BBG wegen **Zweifeln an der Dienstfähigkeit des Beamten eine amtsärztliche Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG angeordnet werden**. Dieses Stufenverhältnis ließe sich auch mit dem Wortlaut des § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG im Wege einer den **systematischen Zusammenhang beider Vorschriften** berücksichtigenden **Auslegung** in Deckung bringen. „Zweifel an der Dienstfähigkeit“ im Sinne dieser Vorschrift wären demnach erst dann anzunehmen, wenn zuvor im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements keine Lösungen gefunden werden konnten. Als Argument für eine solche enge Auslegung ließe sich neben der gesetzesübergreifenden Systematik ins Feld führen, dass Vorschriften, die intensiv **in Grundrechte eingreifen** (im Falle des § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG: Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>5</sup>) **restriktiv zu handhaben** sind<sup>6</sup>.

Grundsätzlich gelten diese Überlegungen im übrigen auch bezüglich des dem BEM verwandten Präventionsverfahrens nach **§ 84 Abs. 1 SGB IX**. Zwar ist die Einleitung des Verfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX - anders als in § 84 Abs. 2 SGB IX - nicht von der Zustimmung des Betroffenen abhängig. Das **Selbstbestimmungsrecht über gesundheitliche Daten und Untersuchungen** besteht aber auch insoweit.

## 2. Konsequenzen

Ausgehend von diesem Verhältnis des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX zur Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG ergeben sich für die sonstigen im Beschluss aufgeworfenen Detailfragen folgende Schlussfolgerungen:

### a) Sind Maßnahmen des BEM nur angezeigt, wenn sicher ist, dass dauernde Dienstunfähigkeit nicht vorliegt?

Diese Interpretation findet schon im Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX keine Stütze und löst auch die oben dargelegten Unterschiede beider Verfahren nicht. Sie ist daher **abzulehnen**.

### b) Ist die Heilung von Verstößen gegen § 84 Abs. 2 SGB IX<sup>7</sup> möglich?

Angesichts des oben dargelegten Prinzips der Freiwilligkeit des BEM und der Selbstbestimmung über die im BEM erhobenen Daten ist diese Einschätzung des OVG nicht mit § 84 Abs. 2 SGB IX in Deckung zu bringen. Denn wenn die Untersuchung einmal verpflichtend vorgenommen wurde und Untersuchungsergebnisse bekannt sind, können diese tragenden Elemente des BEM nicht mehr hinreichend gewahrt werden.

### c) Kann das BEM als Grundlage für die Entscheidungen nach § 42ff BBG dienen?

Wenn der Beamte **einwilligt**, ist eine Nutzung der im Rahmen des BEM gewonnenen Informationen im Rahmen der Entscheidung nach §§ 42ff. BBG natürlich durchaus möglich und auch sinnvoll. Erteilt er diese Einwilligung nicht, so kann auf diese Erkenntnisse aus

<sup>4</sup> Vgl. dazu den Projektbericht des Forschungsprojekts EIBE (IQPR, 2007); Dalitz, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention (www.iqpr.de), Beitrag B 3-2006.

<sup>5</sup> BVerfG, Urteil vom Urteil vom 15.12.1983; Az.: 1 BvR 209/83; NJW 84, 419.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 9.8.1995, 1 BvR 2263/94 und 229, 534/95.

<sup>7</sup> Die behaupteten Verstöße gegen § 81 Abs. 4 und die Integrationsvereinbarung bleiben hier außer Betracht.

datenschutzrechtlichen Gründen nicht zurückgegriffen werden. Auch würde ansonsten das Freiwilligkeitsprinzip ad absurdum geführt.

#### d) Umgehungsproblem

Das OVG spricht selbst das Problem an, dass sich der Dienstherr seinen nach § 84 Abs. 2 SGB IX bestehenden Pflichten durch **bloßes Zuwarten auf das Eintreten der Voraussetzungen des § 42 BBG** entziehen könnte. Es scheint also **doch Schwierigkeiten** bei der zuvor noch als unproblematisch bezeichneten **Vermischung beider Verfahren** für möglich zu halten. Das Gericht versucht, dem durch den Hinweis auf die Überwachung durch die Interessenvertretung zu begegnen. Dass diese **Überwachung unzureichend** ist, zeigt sich jedoch **bereits am Fall selbst**. Insgesamt spricht auch diese Randfrage deutlich für ein Stufenverhältnis beider Verfahren mit einem Vorrang des BEM.

#### e) Klärung von möglichen Maßnahmen des BEM durch den Amtsarzt?

Willigt der Beamte in eine amtsärztliche Untersuchung und die Verwendung der gewonnenen Erkenntnisse ein, so kann der Amtsarzt natürlich auch Stellung zu möglichen Maßnahmen des BEM beziehen. Liegt eine solche Einwilligung nicht vor, darf er es jedoch aus Gründen des Daten- und Geheimnisschutzes nicht. Die erhobenen und dann ggf. an den Dienstherrn weitergegebenen Daten sind **besonders sensible Daten** nach §§ 3 Abs. 9, 13 Abs. 2 BDSG bzw. § 4 Abs. 2 des niedersächsischen Datenschutzgesetzes (NDSG). Diese dürfen im wesentlichen nur aufgrund von Einwilligung (Entbindung von der Schweigepflicht) oder aber auf gesetzlicher Grundlage erhoben bzw. verarbeitet (weitergegeben) werden. Bei **fehlender Einwilligung** bleiben als Erlaubnistatbestand für die Erhebung/Verarbeitung/Weitergabe dieser sensiblen Daten hier nur die §§ 42ff. BBG. Diese gesetzlichen Grundlagen erlauben es dem Amtsarzt jedoch nur, dem Dienstherrn eine **reine Ergebnisaussage** in Bezug auf die in den jeweiligen Vorschriften **konkretisierten Frage** (z.B. in § 42 Abs. 1 Satz 3: der Dienst(un)fähigkeit) zu übermitteln<sup>8</sup>, die teilweise durchaus deckungsgleich mit im BEM zu behandelnden Themen sein können. Stellungnahmen zu darüber hinausgehenden Fragen des BEM darf der Amtsarzt bei fehlender Einwilligung des Beamten aber nicht abgeben.

#### f) Rechtswidrigkeit einer Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG ohne vorheriges BEM?

Legt man das oben vorgeschlagene Verhältnis zwischen dem BEM und einer mit der Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG eingeleiteten Prüfung durch den Dienstherrn sowie dessen Konsequenzen für die hier aufgeworfenen Einzelfragen zu Grunde, ist unabhängig von der Rechtsnatur der Weisung<sup>9</sup> im Ergebnis von der Rechtswidrigkeit einer ohne vorheriges BEM getroffenen Weisung nach § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG auszugehen.

#### Fazit:

Die Entscheidung demonstriert eindrucksvoll, wie wenig das Betriebliche Eingliederungsmanagement auch drei Jahre nach seiner Einführung bisher rezipiert worden ist und zu welchen Schwierigkeiten die Einbettung dieses neuen Verfahrens in die bereits bestehende Rechtslandschaft mitunter führen kann. Für den Bereich des Beamtenrechts wäre eine höchststrichterliche – am besten gesetzgeberische – Klärung wünschenswert. Bis dahin ist grundsätzlich von einem Stufenverhältnis mit Vorrang des BEM auszugehen.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

<sup>8</sup> Ggf. noch die diese Aussagen stützenden wesentlichen Feststellungen, vgl. § 46a BBG.

<sup>9</sup> Gegen eine Einordnung als Verwaltungsakt: Bayerischer VGH, Beschluss v. 9.02.2006 – 3 CS 05.2955.