

**Gericht:** VGH  
**Aktenzeichen:** 3 BV 08.405  
**Sachgebietsschlüssel:** 1330

**Rechtsquellen:**

§ 11 Abs. 1 Nr. 3 BayBG in der bis 31. März 2009 geltenden Fassung,  
§ 8 Abs. 1 LbV in der bis 31. März 2009 geltenden Fassung

**Hauptpunkte:**

Beamtenrecht,  
Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit,  
gesundheitliche Eignung bei Vorliegen einer Adipositas Grad I

**Leitsätze:**

Allein das Vorliegen einer Adipositas Grad I (BMI 30 bis 34,9 kg/m<sup>2</sup>) rechtfertigt die Prognose mangelnder gesundheitlicher Eignung bei der Entscheidung über die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht.

---

**Beschluss des 3. Senats vom 13. April 2012**

(VG München, Entscheidung vom 6. November 2007, Az.: M 5 K 07.2856)



3 BV 08.405  
M 5 K 07.2856

*Großes  
Staatswappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof  
Im Namen des Volkes**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Verlängerung der Probezeit und Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit;

hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 6. November 2007,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 3. Senat,  
durch die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Burger-Veigl als Vorsitzende,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Weber,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Stadlöder

ohne mündliche Verhandlung am **13. April 2012**  
folgenden

### **Beschluss:**

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 6. November 2007 wird aufgehoben.
- II. Der Beklagte wird unter Aufhebung des insoweit entgegenstehenden Bescheids des Bayer. Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 25. Mai 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 22. August 2005 verpflichtet, die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übernehmen.
- III. Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen.
- IV. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe:**

#### **I.**

- 1 Die 1969 geborene Klägerin wurde nach dem zweiten Staatsexamen am 18. Februar 2002 als Studienrätin z.A. für das Gymnasium mit der Fächerverbindung Deutsch-Französisch in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen.
- 2 Mit Gesundheitszeugnis vom 29. September 1999 anlässlich ihrer Zulassung zum Vorbereitungsdienst war die Klägerin vom Gesundheitsamt des Landratsamts Bam-

berg als für die Zulassung zum Vorbereitungsdienst für das Lehramt am Gymnasium gesundheitlich uneingeschränkt geeignet angesehen worden. Zur Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe bzw. Lebenszeit war eine amtsärztliche Nachuntersuchung empfohlen worden.

- 3 Das Gesundheitsamt des Landratsamts Passau attestierte der Klägerin am 4. Februar 2002 eine Adipositas. Sie besitze die erforderliche Gesundheit mit ausreichendem Seh-, Hör- und Sprechvermögen für den Beruf des Erziehers. Vor der Verbeamtung auf Lebenszeit solle jedoch eine Nachuntersuchung erfolgen.
- 4 Mit Wirkung vom 18. Februar 2002 wurde die Klägerin unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Studienrätin z.A. ernannt. Die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe erfolgte ausweislich des Schreibens des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus (StMUK) vom 13. Februar 2002 mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit davon abhängen würde, dass während der Probezeit keine einschlägigen Erkrankungen betreffend der bei der amtsärztlichen Untersuchung am 4. Februar 2002 festgestellten Adipositas auftraten, eine am Ende der Probezeit vorzunehmende neuerliche amtsärztliche Untersuchung keine Zweifel an der gesundheitlichen Eignung für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ergebe und auch sonst kein Anhalt für einen vorzeitigen Eintritt dauernder Dienstunfähigkeit bestehe.
- 5 Eine weitere Untersuchung durch das Gesundheitsamt des Landratsamts Pfaffenhofen vom 24. Februar 2005 ergab, dass die Klägerin für die Tätigkeit als Lehrerin gesundheitlich geeignet sei. Da jedoch erhebliches Übergewicht vorliege, sei es zwingend notwendig, dass die Klägerin ihr Gewicht deutlich reduziere. Nach vierteljährlichen Gewichtskontrollen und ausreichender Gewichtsreduktion (BMI unter 30) sei es erforderlich, dieses Körpergewicht über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren zu halten. Im Anschluss daran werde eine erneute Nachuntersuchung empfohlen.
- 6 Mit Bescheid des StMUK vom 25. Mai 2005 wurde die Probezeit der Klägerin bis Februar 2007 verlängert und ihr aufgegeben, vierteljährliche Gewichtskontrollen beim Hausarzt oder Gesundheitsamt durchzuführen und das Ministerium davon entsprechend zu unterrichten.

7 Der Widerspruch der Klägerin gegen die Verlängerung der Probezeit vom 24. Juni 2005 wurde mit Widerspruchsbescheid des StMUK vom 22. August 2005 zurückgewiesen. Erhebliches Übergewicht stelle einen gewichtigen Risikofaktor für die Entwicklung zahlreicher Erkrankungen dar. Da es sich bei der Feststellung der Bewährung in der Probezeit um eine Zukunftsprognose handele, könne nur eine dauerhafte Gewichtsreduzierung zu einer positiven Gesundheitsprognose und einer Verbeamtung auf Lebenszeit führen. Nach dem Gesundheitszeugnis vom 24. Februar 2005 könne die gesundheitliche Eignung der Klägerin für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufgrund eines erheblichen Übergewichts nicht bestätigt werden. Der Nachweis der gesundheitlichen Bewährung zum Stichtag des Ablaufs der Probezeit sei nicht erbracht.

8 Die Klägerin erhob am 30. September 2005 Klage und beantragte zuletzt,

9 den Bescheid des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 25. Mai  
10 2005 i.d.F. des Widerspruchsbescheids vom 22. August 2005 aufzuheben und  
das Beamtenverhältnis auf Probe in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit umzuwandeln.

11 Der Klägerin sei erst am 8. April 2005, also fast zwei Monate nach Ablauf der Probezeit, die am 17. Februar 2005 geendet habe, die Absicht mitgeteilt worden, die Probezeit um zwei Jahre zu verlängern. Die Absicht zur Verlängerung der Probezeit sei auf Erkenntnisse aus einem Gesundheitszeugnis gestützt worden, das nach Ablauf der laufbahnrechtlichen Probezeit erstellt worden sei. Darüber hinaus könne auch das letztlich lediglich auf statistischen Erwägungen beruhende Eignungsurteil des Dienstherrn im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten. Während der Probezeit und auch danach seien bei der Klägerin keinerlei Umstände gesundheitlicher Art festgestellt worden, die geeignet seien, die Klägerin für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit als untauglich erscheinen zu lassen. In dem Gesundheitszeugnis vom 24. Februar 2005 sei zwar ein Übergewicht festgestellt worden, gleichzeitig sei die Klägerin für gesundheitlich geeignet gehalten worden. Gesundheitliche Beeinträchtigungen seien offensichtlich vom Gesundheitsamt nicht festgestellt worden. Wie sich aus den beigefügten ärztlichen Stellungnahmen ergebe, sei die Klägerin mehrfach untersucht worden, wobei sich bis auf ein Systolikum und eine Adipositas keine pathologischen Befunde ergeben hätten. Das Systolikum sei

von dem Internisten Dr. H. als harmloses Geräusch ohne Krankheitswert eingeordnet worden. Bezüglich der Adipositas seien von der behandelnden Ärztin Dr. Sch. Gewichtskontrollen durchgeführt worden, aus denen bereits eine erhebliche Gewichtsreduktion ersichtlich sei. Nach dem Gesundheitszeugnis dieser Ärztin könne eine negative Risikoprognose für Herz-Kreislauf-Erkrankungen nicht getroffen werden. Außerdem lägen die Blutwerte, der Blutzuckerwert und die Blutfettwerte im optimalen Bereich.

- 12 Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage.
- 13 Gemäß § 8 Abs. 5 LbV könne die Probezeit verlängert werden, wenn der Beamte nach dem Ergebnis der Beurteilung bis zum Ablauf der Probezeit noch nicht geeignet sei. Eine Bewährung könne insoweit schon dann nicht festgestellt werden, wenn die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder der Eintritt dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne. Die von der Klägerin vorgelegten privatärztlichen Stellungnahmen seien nicht geeignet, die amtsärztlichen Gutachten zu entkräften. Die Klägerin habe nicht darauf vertrauen können, nach Ablauf der Probezeit ins Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen zu werden. Sie sei bei ihrer Ernennung zur Beamtin auf Probe mit Schreiben vom 13. Februar 2002 ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit davon abhängen würde, dass sich aus einer am Ende der Probezeit vorzunehmenden amtsärztlichen Untersuchung keine Zweifel an der gesundheitlichen Eignung ergäben. Die amtsärztliche Untersuchung sei vor Ablauf der Probezeit, nämlich am 31. Januar 2005, erfolgt. Durch die Verlängerung der Probezeit gebe der Beklagte der Klägerin erneut die Möglichkeit, innerhalb von zwei Jahren ihr Gewicht zu reduzieren und so die Voraussetzungen für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu schaffen.
- 14 Das Verwaltungsgericht holte ein Sachverständigengutachten zu der Frage ein, ob trotz der bei der Klägerin festgestellten Adipositas mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, dass sie vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze im Jahre 2034 häufiger erkrankt als sonstige Beamte ihrer Altersgruppe oder dauernd dienstunfähig wird.
- 15 Prof. Dr. \*\*\*\*\*, Prof. Dr. \*\*\*\*\* (Universitätsklinik München Großhadern) stellten in ihrem Gutachten vom 1. Juli 2006 bei der Klägerin einen BMI von 34,05 kg/m<sup>2</sup>

(Adipositas Grad I) und einen Taille-Hüft-Quotienten von 0,95 fest. Es bestünden derzeit keine Hinweise auf das Vorliegen von Übergewicht-assoziierten Erkrankungen, insbesondere sei der Fett- und Cholesterinstoffwechsel innerhalb der Norm, es liege derzeit kein Hinweis auf einen Diabetes mellitus oder eine kardiovaskuläre Erkrankung vor. Die Klägerin liege hinsichtlich des BMI weit über dem Normwert und weit über dem Normwert des mittleren BMI für Frauen in Deutschland, der bei 26,2 kg/m<sup>2</sup> liege. Damit bestehe im Vergleich zur weiblichen Durchschnittsbevölkerung in Deutschland ein überdurchschnittlich erhöhtes Risiko für Übergewicht-assoziierte Erkrankungen. Zudem bestehe aufgrund einer positiven Familienanamnese ein erhöhtes Risiko für die Entwicklung von kardiovaskulären Erkrankungen sowie die Entwicklung eines Diabetes mellitus Typ II b. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze im Jahr 2034 häufiger erkrankte als sonstige Beamte ihrer Altersgruppe oder dauernd dienstunfähig werde.

- 16 In einer ergänzenden Stellungnahme vom 26. Juni 2007 hielt der Sachverständige seine Beurteilung auch angesichts der von der Klägerseite angesprochenen neueren wissenschaftlichen Studien aufrecht.
- 17 In der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2007 erläuterte der Sachverständige Prof. Dr. \*\*\*\*\* u.a., dass er auch ohne die Familienanamnese zu 95% zu demselben Ergebnis gekommen wäre. Die Anamnese sei ein zusätzlicher Risikofaktor.
- 18 Mit Beschluss vom 10. Juli 2007 stellte das Verwaltungsgericht das Verfahren ein, nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung die Klagerücknahme erklärt hatte (Az. M 5 K 05.3535).
- 19 Nachdem der Beklagte die Fortsetzung des Verfahrens beantragt hatte, weil das Verfahren durch die Klagerücknahme - mangels erfolgter Einwilligung des Beklagten (nachdem die Klageanträge bereits in der mündlichen Verhandlung vom 31.1.2006 gestellt worden waren) - nicht beendet worden sei, setzte das Verwaltungsgericht das Verfahren fort, verneinte die Wirksamkeit der Klagerücknahme und wies die Klage mit Urteil vom 6. November 2007 (Az. M 5 K 07.2856) ab.
- 20 Die Verlängerung der Probezeit bis Februar 2007 mit Bescheid des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 25. Mai 2005 habe sich durch Zeitablauf erledigt.



- 21 Mit der Klage gegen die Verlängerung der Probezeit begehre die Klägerin zusätzlich die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, denn ohne die Zweifel an ihrer gesundheitlichen Eignung wäre sie nach Ablauf der dreijährigen Probezeit in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen worden. Daher habe sich der Bescheid des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 25. Mai 2005 nicht vollständig erledigt, sondern es sei darüber zu entscheiden, ob die Klägerin einen Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit habe. Dieser Anspruch sei zu verneinen. Die vom Beklagten getroffene Entscheidung, bei der Einstellung im Rahmen der vorzunehmenden Risikoprognose den Faktor des erheblichen Übergewichts, der erst in der Zukunft zu einer Erkrankung und möglicherweise zur Dienstunfähigkeit führen könne, mitzuberücksichtigen, stelle sich nicht als ermessensfehlerhaft dar. Das Verwaltungsgericht stütze sich dabei auf das Gutachten vom 1. Juli 2006, das Ergänzungsgutachten vom 26. Februar 2007 und die Erläuterungen des Sachverständigen Prof. Dr. \*\*\*\*\* in der mündlichen Verhandlung. Die Prognose des Beklagten, die Klägerin sei für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gesundheitlich nicht geeignet, sei nicht zu beanstanden, weil das deutlich höhere Risiko, nach Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit einschlägig und nachhaltig zu erkranken, genüge.
- 22 Mit ihrer - vom Verwaltungsgericht zugelassenen - Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit weiter. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass hinsichtlich der mangelnden gesundheitlichen Eignung letztlich allein auf den BMI von über 30 abgestellt und nicht berücksichtigt worden sei, dass Folgeerkrankungen bisher bei ihr nicht aufgetreten seien. Der Dienstherr dürfe sich nicht auf statistische Erwägungen stützen; vielmehr müsse sich das gesundheitliche Risiko bereits in irgendeiner Art niedergeschlagen haben.
- 23 Der Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung beantragt.
- 24 Er wies außerdem darauf hin, dass das StMUK mit Bescheid vom 24. April 2007 die Entlassung der Klägerin aus dem Beamtenverhältnis auf Probe verfügt habe. (Das Verfahren der Klägerin wegen Entlassung ist beim Verwaltungsgericht München unter dem Az. M 5 K 07.4434 anhängig und ruht derzeit [Ruhensbeschluss vom 8.1.2009.]).
- 25 Mit Beweisbeschluss vom 3. November 2011 hat der Senat Prof. Dr. \*\*\*\*\* mit der Erstattung eines medizinischen Gutachtens zu der Frage beauftragt, ob bei der

Klägerin unter Zugrundelegung der zum Ablauf der Probezeit festgestellten gesundheitlichen Verfassung (Gutachten vom 1.7.2006, ergänzt durch das Gutachten vom 26.2.2007) im Hinblick auf die derzeit aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass die Klägerin vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze im Jahr 2034 dauernd dienstunfähig wird oder häufiger erkrankt als der Durchschnitt der (normalgewichtigen) Beamten ihrer Altersgruppe. Bei der Beantwortung der Gutachtensfrage waren Erkenntnisse aus der Familienanamnese nicht einzubeziehen.

- 26 In seinem Gutachten vom 8. Februar 2012 kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die publizierten Daten zu Adipositas und Erwerbsunfähigkeit sowie zu Adipositas und Krankheitshäufigkeit nicht den Schluss zulassen, dass eine Adipositas Grad I zu einer Erhöhung des Risikos führt, dass vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze eine dauernde Dienstunfähigkeit eintritt oder die Person häufiger erkrankt, als der Durchschnitt der Normalgewichtigen ihrer Altersgruppe. Im Hinblick auf die derzeit aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse könne daher mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass die Klägerin vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze im Jahr 2034 dienstunfähig werde oder häufiger erkrankte als der Durchschnitt der (normalgewichtigen) Beamten ihrer Altersgruppe.
- 27 Mit Schreiben vom 28. März 2012 hat der Senat die Beteiligten gemäß § 130a VwGO zu der Absicht gehört, der Berufung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung stattzugeben.
- 28 Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten und des Sachverhalts wird auf die vorgelegten Behörden- sowie die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

## II.

- 29 Der Senat kann gemäß § 130 a Satz 1 VwGO über die Berufung durch Beschluss entscheiden. Die Beteiligten wurden hierzu gemäß § 130 a Satz 2 i.V.m. § 125 Abs. 2 Satz 3 VwGO gehört.
- 30 Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Begehren der Klägerin, „das Beamtenverhältnis in ein Beamtenverhältnis

auf Lebenszeit umzuwandeln“, also das Begehren, den Beklagten zu einer Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu verpflichten. Dagegen hat sich, wie auch bereits das Verwaltungsgericht festgestellt hat, der Bescheid des StMUK vom 25. Mai 2005 i.d.F. des Widerspruchsbescheids vom 22. August 2005 durch Zeitablauf insoweit erledigt, als dort die Verlängerung der Probezeit bis Februar 2007 verfügt worden war.

- 31 Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3 BayBG i.V.m. § 8 Abs. 1 LbV (jeweils in der bis 31.3.2009 geltenden Fassung) - der die jetzt geltende Regelung in § 10 Satz 1 BeamtStG i.V.m. Art. 25 Satz 1 BayBG, Art. 12 Abs. 1 Satz 3 LbG entspricht - darf in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nur berufen werden, wer sich in einer Probezeit hinsichtlich seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bewährt hat. Zur Eignung des Beamten gehört auch seine gesundheitliche Eignung. Die Bewährung kann schon dann nicht festgestellt werden, wenn die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Dabei ist dem Dienstherrn eine Beurteilungsermächtigung eingeräumt, so dass die Prognose, wie andere Akte wertender Erkenntnis verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbar ist (vgl. Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, BayBG, Stand: Dezember 2002, Erl. 16 zu § 42 BayBG a.F.; BVerwG vom 25.2.1993, Az. 2 C 27/90 Rn. 10 <juris>). Die gerichtliche Nachprüfung ist darauf beschränkt, ob der Begriff der mangelnden Bewährung und die Grenze des Beurteilungsspielraums verkannt worden sind, ob der Beurteilung ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt und ob die allgemeinen Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt werden (vgl. Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, a.a.O.; BVerwG vom 19.3.1998, Az. 2 C 5/97, Rn. 20 <juris>). Der Feststellung der Bewährung während der Probezeit kommt als Voraussetzung für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit der Charakter einer Prognose zu, dahingehend, dass der Beamte aufgrund der während der Probezeit bekannt gewordenen Umstände voraussichtlich auf Dauer den an einen Beamten seiner Laufbahn zu stellenden persönlichen und fachlichen Anforderungen gewachsen sein wird. Mangelnde Bewährung liegt daher dann vor, wenn begründete Zweifel bestehen, ob der Beamte den an ihn zu stellenden Anforderungen persönlich und fachlich gewachsen sein wird (vgl. Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl a.a.O., RdNr. 16 e, m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 18.7.2001, Az. 2 A5/00, Rn. 16 <juris>) erfordert die Bewährung in gesundheitlicher Hinsicht, dass sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem hohen Grad von Wahr-

scheinlichkeit ausschließen lassen. Zum Wesen einer Prognose gehört es, dass aufgrund bereits eingetretener tatsächlicher Umstände auf eine künftige Entwicklung geschlossen wird. Danach liegt mangelnde Bewährung vor, wenn aufgrund eines bereits eingetretenen Tatumstands die Gefahr einer künftigen Entwicklung besteht, die den Beamten für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit als ungeeignet erscheinen lässt, weil z.B. die Besorgnis besteht, dass der Beamte den an ihn gestellten Anforderungen aus persönlichen (gesundheitlichen) Gründen nicht oder nur unzureichend genügt. Für eine Entlassung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung genügt es, wenn während der Probezeit Umstände gesundheitlicher Art festgestellt werden, die geeignet sind, den Beamten für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit untauglich erscheinen zu lassen. Das deutlich höhere Risiko, nach Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit einschlägig und nachhaltig zu erkranken, genügt (vgl. Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, a.a.O., Erl. 16 f zu Art. 42). Vorkommnisse, die nach Ablauf der Probezeit liegen, können grundsätzlich nicht mehr die Grundlage für die Feststellung oder Verneinung der Bewährung bilden (vgl. BayVGH vom 21.9.2007, Az. 3 B 05.1911, Rn. 19, <juris>).

- 32 Das Staatsministerium für Unterricht und Kultus hat mit dem Bescheid vom 25. Mai 2005 (i.d.F. des Widerspruchsbescheids vom 22.8.2005) wegen des in den amtsärztlichen Gesundheitszeugnissen vom 4. Februar 2002 und vom 24. Februar 2005 festgestellten „erheblichen Übergewichts“, das einen gewichtigen Risikofaktor für die Entwicklung zahlreicher Erkrankungen darstelle, den Nachweis der gesundheitlichen Eignung zum Ablauf der regulären Probezeit als nicht erbracht angesehen, deshalb die Probezeit gemäß § 8 Abs. 5 LbV (a.F.) verlängert und damit in der Sache -gleichzeitig - die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wegen fehlender gesundheitlicher Eignung abgelehnt.
- 33 Die Prognoseeinschätzung des Beklagten ist nach Auffassung des Senats nicht mehr vom Beurteilungsspielraum der Behörde gedeckt. Der Beklagte ist bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Klägerin insoweit von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, als er aufgrund des Übergewichts der Klägerin ein deutlich höheres Risiko bejaht hat, dass die Klägerin vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dauernd dienstunfähig wird oder häufiger erkrankt als andere Beamte ihrer Altersgruppe. Diese Prognoseentscheidung ist nach Auffassung des Senats unzutreffend.

- 34 Die Klägerin hatte im Jahr 2002 einen Body Mass Index (BMI) von 32,4 und am 31. Januar 2005 einen BMI von 34,44, wie die sachverständige Zeugin in der mündlichen Verhandlung vom 31. Januar 2006 (vgl. S. 2 d. Protokolls vom 31.1.2006) erläutert hat. Bei seiner Begutachtung stellte der vom Verwaltungsgericht beauftragte Sachverständige am 1. Juni 2006 einen BMI von 34,05 - und damit eine Adipositas Grad I - sowie einen Quotienten aus Taillen- und Hüftumfang von 0,95 fest (vgl. S. 30 d. Gutachtens von Prof. Dr. \*\*\*\*\*, Prof. Dr. \*\*\*\*\* vom 1.7.2006). Hinweise auf das Vorliegen Übergewicht - assoziierter Erkrankungen wurden in diesem Gutachten verneint.
- 35 Hinsichtlich der Prognose, die aufgrund einer festgestellten Adipositas Grad I von einer künftigen höheren Erkrankungshäufigkeit oder einer vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze eintretenden dauernden Dienstunfähigkeit ausgeht, folgt der Senat allerdings nicht dem Gutachten von Prof. Dr. \*\*\*\*\*/Prof. Dr. \*\*\*\*\* vom 1. Juli 2006, in dem die Auffassung vertreten wurde, dass die Möglichkeit häufiger Erkrankungen oder vorzeitiger dauernder Dienstunfähigkeit bei der Klägerin allein wegen der bestehenden Adipositas nicht ausgeschlossen werden könne. Vielmehr legt der Senat die Beurteilung von Prof. Dr. \*\*\*\*\* in seinem Gutachten vom 8. Februar 2012 zugrunde, das der Senat für nachvollziehbar, schlüssig und überzeugend erachtet. Prof. Dr. \*\*\*\*\* kommt in diesem Gutachten, in dem er sich intensiv mit einer Reihe von Studien, insbesondere auch aus jüngster Zeit, zur Frage des Übergewichts befasst, zu dem Ergebnis, dass im Hinblick auf die derzeit aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass die Klägerin (mit einer Adipositas Grad I) vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dauernd dienstunfähig wird oder häufiger erkrankt als der Durchschnitt der (normal gewichtigen) Beamten ihrer Altersgruppe.
- 36 Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Adipositas und vorzeitiger Dienstunfähigkeit kommt der Sachverständige nach Diskussion relevanter Studien (vor dem Hintergrund der von Hillebrecht, Die gesundheitliche Eignung für ein öffentliches Amt bei Übergewicht und Adipositas, ZBR 2011, 84 zusammengefassten neueren Daten) zu dem Resultat, dass auf der Grundlage der publizierten Literatur nicht die Schlussfolgerung gezogen werden kann, dass eine Adipositas Grad I einen Risikofaktor für eine vorzeitige Dienstunfähigkeit darstellt. Die von ihm herangezogenen Studien (die sich auf Männer und Frauen bezogen) zeigten zwar eine Erhöhung des Risikos für Erwerbsunfähigkeit bei Adipositas (BMI größer als 30), die Ergebnisse seien jedoch systematisch zu Ungunsten von Probanden mit Adipositas Grad I (BMI

30 bis 34,9 kg pro m<sup>2</sup>) verzerrt, weil eine Einteilung nach dem Schweregrad der Adipositas fehle, das Risiko für körpergewichtassoziierte Erkrankungen jedoch mit dem Grad der Adipositas deutlich ansteige. Wenige sehr schwere Patienten (BMI über 40) verzerrten damit das Ergebnis signifikant zu Ungunsten der Patienten mit Adipositas Grad I. Außerdem sei die Adjustierung dieser Studien häufig mangelhaft. Andere krankheitsfördernde Eigenschaften (wie Rauchen, Alkohol, niedriger Bildungsgrad, körperlich schwere Arbeit, Nachtschichten, wenig Schlaf, ungesunde Fertigkeit, geringere Wahrnehmung von Vorsorgemaßnahmen) wirkten dann als Variablen, die die Analyse verzerrten (sog. „Confounder“ [also Störfaktoren]). Um die Wirkung dieser Confounder abzumildern, müssten Studien zur Adipositas adjustiert werden, d.h. die Confounder müssten mit in die statistische Berechnung gebracht und damit kontrolliert werden. Ein insoweit ausreichendes Bemühen lasse sich nur bei zwei der Studien feststellen; in einer Studie vermindere sich das Erwerbsunfähigkeitsrisiko von 1,9 vor Adjustierung auf 1,35 nach Adjustierung. Ferner seien die Fallzahlen der meisten Studien sehr gering, was ihre „Power“ für statistisch erhebliche Aussagen erheblich einschränke. Hinzu komme, dass Studien mit negativen Ergebnissen (d.h. keine Beeinflussung des Risikos für Dienstunfähigkeit durch Adipositas) deutlich seltener veröffentlicht würden. Metaanalysen seien nicht verfügbar.

- 37 Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Adipositas und erhöhter Erkrankungshäufigkeit hat der Sachverständige dargelegt, dass sich in der Literatur ein uneinheitliches Bild ergebe. Einige Studien stellten einen Zusammenhang zwischen länger dauernden krankheitsbedingten Ausfällen zur Adipositas dar, andere nicht. Diejenigen, die einen Zusammenhang sähen, seien jedoch problematisch, weil in allen Studien oberhalb eines BMI von 30 keine weitere Unterteilung in Grad I, II oder III erfolgt sei. Aus Morbiditätsstudien sei jedoch bekannt, dass das Risiko für körpergewichtassoziierte Erkrankungen mit dem Grad der Adipositas deutlich ansteige, insbesondere bei einem BMI über 40 sei ein exponentieller Anstieg mit zunehmendem Körpergewicht darzustellen. Wenige sehr schwere Patienten verzerrten damit das Ergebnis signifikant zu Ungunsten der Menschen mit einer Adipositas Grad I. Auf der Grundlage der publizierten Studien könne daher keine valide Aussage zu krankheitsbedingten Fehltagen bei Personen mit Adipositas Grad I getroffen werden. Auch die Adjustierung dieser Studien sei häufig mangelhaft. Unter Zugrundelegung epidemiologischer Daten sei davon auszugehen, dass bei adipösen Menschen - verglichen mit normalgewichtigen Personen - häufiger Faktoren wie Rauchen, Alkoholenuss, niedriger Bildungsgrad, schwere körperliche Arbeit, Nachtschichten, weniger Schlaf, Essen ungesunder Fertigkeit und die geringere Wahrnehmung von Vorsorgemaß-

nahmen vorlägen. Das bedeute, dass eine Studie, die eine Erhöhung des Risikos von Fehltagen bei adipösen Personen darstelle, nicht automatisch zeige, dass diese Fehltag durch die Adipositas oder durch Adipositas hervorgerufene Erkrankungen bedingt seien. Vielmehr sei genauso plausibel, dass Adipositas bei diesen Studien nur ein „Marker“, nicht jedoch die Ursache für krankheitsfördernde Eigenschaften sei. Diese krankheitsfördernden Eigenschaften (Rauchen, Alkohol etc.) wirkten dann als Variablen, die die Analyse verzerrten (sog. „Confounder“). Außerdem seien die Fallzahlen der meisten Studien sehr gering, was ihre statistische Aussagekraft erheblich einschränke. Schließlich würden Allgemenstudien mit negativem Ergebnis (hier also: keine Beeinflussung der Erkrankungshäufigkeit durch Adipositas) deutlich seltener publiziert. Zudem sei bei geringer Fallzahl innerhalb der Studien eine zu geringe „Power“ der Studie ein valides Argument, um insbesondere negative Ergebnisse von der Publikation auszuschließen.

- 38 Der Sachverständige setzt sich mit der Veröffentlichung von Hillebrecht (ZBR 2011, 84) auseinander. Die prinzipiellen Schlussfolgerungen seien sehr gut durch die neuere internationale Literatur gedeckt und er stimme diesen zu. Einige Punkte seien im Hinblick auf die Fragestellung des Gutachtens nicht umfassend genug diskutiert. Unter anderem werde nur kurz angerissen, dass eine Adipositas Grad I im Vergleich zu normalgewichtigen Probanden das Mortalitätsrisiko nicht erhöhe. Erst bei ausgeprägter Adipositas Grad II (BMI 35 bis 39,9) und Grad III (BMI ab 40) wachse das Risiko exponentiell. Dieser Punkt müsse deutlich prominenter herausgestellt werden.
- 39 Der Sachverständige setzt sich schlüssig und nachvollziehbar auch mit dem im Auftrag des Verwaltungsgerichts erstellten Gutachten von Prof. Dr. \*\*\*\*\*/Prof. Dr. \*\*\*\*\* vom 1. Juli 2006 auseinander, das zu einem abweichenden Ergebnis gelangt war. Prof. Dr. \*\*\*\*\* erläutert, dass diese Gutachter sich bei ihrer Schlussfolgerung insbesondere auf die zu dieser Zeit vorliegenden Morbiditäts- und Mortalitätsdaten bei Adipositas gestützt hätten. Seitdem habe sich die internationale Fachliteratur in der Beurteilung von Adipositas Grad I deutlich gewandelt. Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Publikationen lasse sich daher die Schlussfolgerung des Gutachtens von Prof. Dr. \*\*\*\*\*/Prof. Dr. \*\*\*\*\* nicht halten.
- 40 Abschließend kommt Prof. Dr. \*\*\*\*\* zu dem Ergebnis, dass vor diesem Hintergrund und dem Hintergrund neuerer Daten zu Adipositas Grad I und Morbidität sowie Mortalität (ausführlich zusammengefasst bei Hillebrecht, Die gesundheitliche Eignung für ein öffentliches Amt bei Übergewicht und Adipositas, ZBR 2011, 84) auf der

Grundlage der publizierten Literatur nicht die Schlussfolgerung gezogen werden könne, dass eine Adipositas Grad I einen Risikofaktor für vermehrte Krankheitshäufigkeit darstellt.

- 41 Ein deutlich höheres Risiko der Klägerin, nach einer Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit häufiger zu erkranken als der Durchschnitt der normalgewichtigen Beamten der Altersgruppe der Klägerin oder vorzeitig dauernd dienstunfähig zu werden, lässt sich daher aufgrund des vom Senat eingeholten Gutachtens, das die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigt und insgesamt schlüssig und überzeugend ist, nicht feststellen. Für eine negative Prognose bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Klägerin, bei der außer einer Adipositas Grad I keinerlei gesundheitliche Beeinträchtigungen zum Ablauf der Probezeit festgestellt wurden, ist daher keine ausreichende Basis gegeben.
- 42 Auch wenn davon ausgegangen würde, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse hinsichtlich einer Adipositas Grad I derzeit als noch im Fluß befindlich und aus jetziger Sicht noch nicht als allgemein gesichert anzusehen sind, so darf diese Prognoseunsicherheit, die sich nicht auf den Zustand der Klägerin, sondern auf Entwicklungen der medizinischen Erkenntnisse bezieht, nicht zu Lasten der Klägerin gehen (vgl. Beschluss des Senats vom 21.9.2007, Az.: 3 B 05.1911, Rn. 23 <juris>).
- 43 Die Beklagte, die ihre Ablehnung der Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit allein auf die mit Adipositas Grad I begründete negative Gesundheitsprognose gestützt hat, war daher zu verpflichten, die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übernehmen. Nur insoweit - als nämlich im Bescheid des StMUK vom 25. Mai 2005 i.d.F. des Widerspruchsbescheids vom 22. August 2005 mit der Verlängerung der Probezeit gleichzeitig in der Sache die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit abgelehnt wurde, waren deshalb auch diese Bescheide aufzuheben.
- 44 Der Berufung der Klägerin war deshalb mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben.
- 45 Die Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO, §§ 708 ff. ZPO.
- 46 Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO sowie des § 191 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 127 BRRG nicht vorliegen.



### **Rechtsmittelbelehrung**

- 47 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des anderen Obergerichtes (Verwaltungsgerichtshofs), des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die angefochtene Entscheidung abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 48 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

**Beschluss:**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 50.967,54 Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GKG).

Dr. Burger-Veigl

Dr. Weber

Stadlöder