

Az.: 2 B 101/10  
11 L 50/10

Ausfertigung



## SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -  
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch die Polizeidirektion

- Antragsgegner -  
- Beschwerdeführer -

wegen

Versetzung in den Ruhestand; Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO  
hier: Beschwerde

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

am 31. Mai 2010

### **beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 24. März 2010 - 11 L 50/10 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 16.827,53 € festgesetzt.

### **Gründe**

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, lassen nicht erkennen, dass das Verwaltungsgericht dem Antrag der Antragstellerin nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 29.12.2009, mit dem dieser die Antragstellerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Wirkung vom 1.2.2010 wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt hat, zu Unrecht entsprochen hat.

Das Verwaltungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus, die Voraussetzungen für eine Versetzung der Antragstellerin in den Ruhestand gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG und § 150 Abs. 1 SächsBG seien nicht erfüllt. Zwar bestünden keine tatsächlichen Anhaltspunkte, die die Feststellungen im polizeiärztlichen Gutachten vom 24.3.2009, wonach die Antragstellerin für den Polizeivollzugsdienst gesundheitlich nicht geeignet sei, durchgreifend infrage stellen könnten. Inwieweit die Antragstellerin trotz ihrer gesundheitlichen Einschränkungen gleichwohl auf Dauer im Polizeivollzugsdienst verwendet werden könne, weil die auszuübende Funktion die besonderen gesundheitlichen Anforderungen der Polizeidienstfähigkeit auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt erfordere, könne erst im Hauptsacheverfahren endgültig geklärt werden. Von der Versetzung einer Beamtin in den Ruhestand solle gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG allerdings abgesehen werden, wenn eine andere Verwendung möglich sei. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom

26.3.2009 (BVerwGE 133, 297 ff.) habe sich die Suche nach einer entsprechenden anderweitigen Verwendung regelmäßig auf den gesamten Bereich des Dienstherrn zu erstrecken. Daran fehle es hier, weil der Antragsgegner sich auf den Geschäftsbereich des Sächsischen Staatsministeriums des Innern beschränkt habe, statt den gesamten Geschäftsbereich des Dienstherrn, also des Freistaats Sachsen, einzubeziehen. Darauf, ob eine solche Suche aufgrund der Art der Erkrankung der Antragstellerin oder der allgemeinen Stellenlage von vornherein wenig erfolgversprechend sei, komme es nicht an, weil die Suche auch auf Dienstposten erstreckt werden müsse, die erst „in absehbarer Zeit voraussichtlich neu zu besetzen sind“. Eine entsprechende landesweite Suche müsse der Antragsgegner daher nachholen und danach schlüssig darlegen, dass er hierbei die gesetzlichen Vorgaben beachtet habe. Die hiergegen mit der Beschwerde vorgebrachten Einwände des Antragsgegners greifen nicht durch.

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht in den Fällen, in denen die Behörde nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO - wie hier - die sofortige Vollziehung anordnet, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen. Maßstab der gerichtlichen Entscheidung ist eine Interessenabwägung unter Einbeziehung der Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs. Dies zugrunde gelegt, hat das Verwaltungsgericht die Vollziehbarkeit der gegenüber der Antragstellerin ergangenen Ruhesetzungsverfügung zu Recht ausgesetzt.

Rechtsgrundlage der angegriffenen Verfügung des Antragsgegners vom 29.12.2009 ist § 26 Abs. 1 Satz 1 und 4 BeamStG i. V. m. § 150 Abs. 1 SächsBG. Danach sind Beamtinnen auf Lebenszeit in den Ruhestand zu versetzen, wenn sie wegen ihres körperlichen Zustands oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung ihrer Dienstpflichten dauernd unfähig (dienstunfähig) sind. Beamte des Polizeivollzugsdienstes sind dienstunfähig, wenn sie den besonderen gesundheitlichen Anforderungen für den Polizeivollzugsdienst nicht mehr genügen und nicht zu erwarten ist, dass sie ihre volle Dienstfähigkeit innerhalb zweier Jahre wiedererlangen (Polizeidienstunfähigkeit), es sei denn, die auszuübende Funktion erfordert bei Beamten auf Lebenszeit diese besonderen gesundheitlichen Anforderungen auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt. Die Polizeidienstunfähigkeit wird gemäß § 150 Abs. 2 SächsBG aufgrund des Gutachtens eines Amts- oder Polizeiarztes festgestellt.

Gemessen daran spricht, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, aufgrund des polizeiärztlichen Gutachtens vom 24.3.2009 derzeit Überwiegendes dafür, dass die Antragstellerin polizeidienstunfähig ist. Entspricht die Antragstellerin aber nicht (mehr) den besonderen gesundheitlichen Anforderungen an eine uneingeschränkte Verwendungsfähigkeit im Polizeivollzugsdienst, ist sie dauerhaft unfähig, ein statusrechtliches Amt in einer Laufbahn des Polizeivollzugsdienstes wahrzunehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.3.2005, ZBR 2005, 308; Senatsbeschl. v. 19.8.2009 - 2 B 284/09 -). Zwar ermächtigt § 150 Abs. 1 letzter Halbsatz SächsBG den Dienstherrn, polizeidienstunfähige, aber nicht dienstunfähige Polizeivollzugsbeamte, sofern sie Lebenszeitbeamte sind, im Polizeidienst behalten zu können, und für Dienstposten im Polizeivollzugsdienst vorzusehen, auf denen die ansonsten für Polizeivollzugsbeamte erforderliche besondere gesundheitliche Belastbarkeit entbehrlich ist. Die Vorschrift vermittelt der Antragstellerin jedoch keinen Anspruch auf ihre Verwendung auf einem solchen Dienstposten, sondern lediglich einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Antragsgegners. Diese Entscheidung, die auch eine Prognose einschließt, dass die Antragstellerin während ihrer gesamten verbleibenden Dienstzeit auf derartigen Dienstposten verwendet werden kann und wird, ist durch die Zahl der zur Verfügung stehenden vakanten Dienstposten begrenzt. Häufig wird der Dienstherr eine solche Verwendungsentscheidung daher in Bezug auf einen lebenszeitälteren Beamten treffen, weil dessen Restdienstzeit kurz ist und die Möglichkeiten, ihn auf derartigen Dienstposten zu verwenden, überschaubar sind. Dagegen ist es einem jüngeren polizeidienstunfähigen, aber dienstfähigen Polizeivollzugsbeamten zuzumuten, sich auf eine andere Laufbahn einzustellen (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.3.2005, a. a. O. S. 309). Ob diese Voraussetzungen in Bezug auf die Antragstellerin vorliegen, kann vorliegend jedoch dahinstehen, weil sich die angefochtene Ruhesetzungsverfügung des Antragsgegners aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist.

Entgegen der vom Antragsgegner in der Beschwerdebeurteilung vertretenen Auffassung hat das Verwaltungsgericht die vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 26.3.2009 (BVerwGE 133, 279 ff.) zu § 42 BBG a. F. (nunmehr: § 44 BBG n. F.), dem die hier anzuwendende Vorschrift des § 26 BeamStG inhaltlich entspricht, entwickelten Grundsätze zur Versetzung dienstunfähiger Beamter in den Ruhestand zu Recht auf den vorliegenden Fall übertragen und zutreffend angewandt. Dem schließt sich der Senat an. Dies gilt auch, soweit sich der Antragsgegner gegen die Annahme des Verwaltungsgerichts wendet, er sei zu einer den Vorgaben des § 26 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 BeamStG genügenden landesweiten Suche

nach einer anderweitigen Verwendungsmöglichkeit für die Antragstellerin ungeachtet dessen verpflichtet, dass diese Suche aufgrund der Art der Erkrankung der Antragstellerin sowie der allgemeinen Stellenlage von vornherein wenig Aussicht auf Erfolg verspreche.

§ 26 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG begründet die Pflicht des Dienstherrn, nach einer anderweitigen Verwendung zu suchen. Nur so kann dem in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Grundsatz „Weiterverwendung vor Versorgung“ Geltung verschafft werden. Der gesetzliche Vorrang der weiteren Dienstleistung vor der Frühpensionierung wird durch den Wortlaut von § 26 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG verdeutlicht, wonach von der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit abgesehen werden „soll“. Soll-Vorschriften gestatten Abweichungen von der gesetzlichen Regel nur in atypischen Ausnahmefällen, in denen das Festhalten an dieser Regel auch unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers nicht gerechtfertigt ist. Die Suche nach einer anderweitigen Verwendung ist regelmäßig auf den gesamten Bereich des Dienstherrn zu erstrecken; einzubeziehen sind dabei nicht nur aktuell freie Stellen, sondern auch Dienstposten, die in absehbarer Zeit voraussichtlich neu zu besetzen sind. Es ist Sache des Dienstherrn, schlüssig darzulegen, dass er bei der Suche nach einer anderweitigen Verwendung für den dienstunfähigen/polizeidienstunfähigen Beamten diese Vorgaben beachtet hat. Denn es geht um Vorgänge aus dem Verantwortungsbereich des Dienstherrn, die dem Einblick des betroffenen Beamten in der Regel entzogen sind. Daher geht es zu Lasten des Dienstherrn, wenn nicht aufgeklärt werden kann, ob die Suche den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.3.2009, a. a. O. S. 304, 305, 306).

Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass, von diesen Grundsätzen abzuweichen. Insbesondere vermag der Senat nicht zu erkennen, dass es sich um einen atypischen Ausnahmefall handelt, der die hier gebotene landesweite Suche nach einer anderweitigen Verwendungsmöglichkeit für die Antragstellerin entbehrlich machen würde. Zwar setzt die Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BeamtStG voraus, dass der Beamte den Anforderungen des zu übertragenden neuen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht genügt; die Gründe für die Dienstunfähigkeit/Polizeidienstunfähigkeit hinsichtlich des bisherigen Amtes dürfen also nicht die gesundheitliche Eignung für das neue Amt infrage stellen (vgl. Plog/Wiedow, Bundesbeamtengesetz, BBG (alt), § 42 Rn. 16b). Die Frage, ob zu erwarten ist, dass die Antragstellerin den Anforderungen eines anderen Amtes oder einer geringwertigeren Tätigkeit unter Beibehaltung ihres Amtes gesundheitlich genügt, wird im polizeiärztlichen

Gutachten vom 24.3.2009 zwar verneint. Gleichwohl wäre der Antragstellerin nach den gutachterlichen Feststellungen eine körperlich nicht belastende Tätigkeit (Bürotätigkeit) ohne Zeitdruck möglich, wobei nur eine wohnortnahe Verwendung mit kurzen Anfahrtszeiten und ohne Publikumsverkehr in Betracht komme.

Auch wenn die vom Antragsgegner für den Geschäftsbereich des Staatsministeriums des Innern durchgeführte Verwendungsnachfrage erfolglos war, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch eine auf die Dienststellen der übrigen Staatsministerien und die Staatsministerien selbst erstreckte Abfrage zum gleichen Ergebnis führt. Gründe, die es von vornherein und ohne weitere Prüfung als aussichtslos erscheinen lassen, dass die Antragstellerin auf einem Dienstposten in einer der genannten Dienststellen verwendet werden kann, legt der Antragsgegner nicht dar und sind auch für den Senat nicht erkennbar. Der bloße Hinweis auf die bei der Antragstellerin nach dem polizeiärztlichen Gutachten vorhandenen erheblichen gesundheitlichen Verwendungseinschränkungen genügt insoweit nicht. Dass die Antragstellerin danach nur noch zu einer körperlich nicht belastenden Bürotätigkeit ohne Publikumsverkehr in der Lage ist, enthebt den Antragsgegner genauso wenig von seiner - wie oben dargelegt - regelmäßig bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zu einer ressortübergreifenden landesweiten Verwendungsabfrage, wie der Umstand, dass die neue Dienststelle vom Wohnort der Antragstellerin aus auf einem möglichst kurzen Anfahrtsweg erreichbar sein soll. Auch die durch einen Stellenabbau in weiten Bereichen der Staatsverwaltung gekennzeichnete Haushalts- und Stellenlage führt zu keiner anderen Bewertung. Ohne eine landesweite Suche auch außerhalb des Geschäftsbereichs des Sächsischen Staatsministeriums des Innern, die der Antragsgegner ausweislich der Beschwerdebegründung im Übrigen zwischenzeitlich selbst eingeleitet hat, fehlt es vielmehr an einer der in § 26 Abs. 1 BeamtStG normierten Voraussetzungen für eine Zurruesetzung der Antragstellerin.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Interesses der Antragstellerin stellt der Senat auf den für das Hauptsacheverfahren geltenden § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GKG ab und halbiert den sich ergebenden Betrag wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung (vgl. Nummer 1.5 des Streit-

wertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, abgedruckt bei Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., Anh § 164 Rn. 14). Daraus errechnet sich der Streitwert mit dem 6,5-fachen Endgrundgehalt A 8 in Höhe von 2.588,85 €, mithin insgesamt 16.827,53 €. Eine weitere Halbierung des Streitwerts nach § 52 Abs. 5 Satz 2 GKG findet nicht statt, da hier die Versetzung einer Beamtin in den Ruhestand in vollem Umfang und nicht nur wegen ihres Zeitpunkts angegriffen wird (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.7.2009 - 2 B 30.09 - juris). Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Grünberg

Dehoust

Hahn

*ausgefertigt/beglaubigt:*  
*Bautzen, den*  
*Sächsisches Oberverwaltungsgericht*  
*Die Geschäftsstelle*

*Scholz*  
*Justizobersekretärin*