

Az.: 2 B 183/11  
3 L 149/11

Ausfertigung



## SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

prozessbevollmächtigt:

- Antragsteller -  
- Beschwerdegegner -

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch die Polizeidirektion Leipzig  
Dimitroffstraße 1, 04107 Leipzig

- 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, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Verwaltungsgericht Moehl

am 30. Mai 2012

### **beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 13. Juli 2011 - 3 L 149/11 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 28. Februar 2011 bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids wiederhergestellt wird.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 19.038,44 € festgesetzt.

### **Gründe**

1 Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag des Antragstellers nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 28. Februar 2011, mit dem dieser den Antragsteller unter Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Wirkung vom 1. März 2011 wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt hat, zu Recht entsprochen. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen daher zur Zurückweisung der Beschwerde, wobei der Senat den Tenor des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses zur Klarstellung um die Maßgabe ergänzt hat, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs befristet bis zur Entscheidung über den Widerspruch wiederhergestellt wird.

2 Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts sind die Erfolgsaussichten des vom Antragsteller gegen die Ruhesetzungsverfügung eingelegten Widerspruchs offen. Zwar könne sich der Antragsgegner zur Begründung der Polizeidienstunfähigkeit des Antragstellers auf das polizeiärztliche Gutachten vom 23. Juni 2011 stützen. Die mit

Schreiben des Antragsgegners vom 13. Oktober 2008 veranlasste Prüfung der Möglichkeit einer anderen Verwendung des Antragstellers bei verschiedenen Dienststellen beruhe jedoch auf einer falschen Grundlage. Anders als im polizeiärztlichem Gutachten vom 18. September 2008 und der Ergänzung vom 19. November 2009 werde die Frage, ob zu erwarten sei, dass der Antragsteller den Anforderungen eines anderen Amtes in einer anderen Laufbahn gesundheitlich genüge, im nunmehr eingeholten polizeiärztlichem Gutachten bejaht. Dies habe den Antragsgegner veranlasst, eine erneute ressortinterne und ressortübergreifende Verwendungsprüfung vorzunehmen. Damit habe er einen neuen Sachverhalt angenommen, der sich von dem dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden Sachverhalt maßgeblich unterscheide. Da es Sache des Dienstherrn sei, schlüssig darzulegen, dass er bei der Suche nach einer anderweitigen Verwendung die gesetzlichen Vorgaben beachtet habe, gehe es zu seinen Lasten, wenn dies nicht aufgeklärt werden könne. Inwieweit der Antragsgegner bis zum Erlass eines Widerspruchsbescheids dieses Verfahren durchgeführt habe und wie die Anfragen beantwortet würden, lasse sich derzeit nicht absehen.

- 3 Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit der Beschwerde. Sowohl das polizeiärztliche Gutachten vom 18. September 2008 mit der Ergänzung vom 19. November 2009 als auch das polizeiärztliche Gutachten vom 23. Juni 2011 stellten die dauerhafte Polizeidienstunfähigkeit des Antragstellers fest. Dieser sei mit den attestierten gesundheitlichen Einschränkungen jedoch vollumfänglich allgemein dienstfähig. Aufgrund dieser nach Erlass der Ruhestandsversetzung eingetretenen Änderung der Sach- und Rechtslage sei unverzüglich eine weitere ressortinterne und ressortübergreifende Verwendungsprüfung veranlasst worden. Nach deren Ergebnis sei sowohl innerhalb der Polizeidirektion Leipzig als auch innerhalb des Ressorts des Staatsministeriums des Innern aktuell und in absehbarer Zeit keine Verwendung des Antragstellers möglich. Das Ergebnis der ressortübergreifenden Prüfung stehe noch aus. Unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Einschränkungen und des verbliebenen Leistungsbildes könne der Antragsteller nicht mehr im Polizeivollzugsdienst verwendet werden. Dies gelte auch für eine Tätigkeit im Ermittlungsdienst der Polizeidirektion Leipzig oder eine Verwendung als Schreibkraft.

- 4 Mit der Beschwerdebegündung hat der Antragsgegner die Unterlagen zur Verwendungsabfrage in der Polizeidirektion Leipzig und im Bereich des Staatsministeriums des Innern sowie im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens mit Schriftsatz vom 27. Februar 2012 die Unterlagen zur Verwendungsabfrage im Bereich der übrigen Staatsministerien, der Sächsischen Staatskanzlei, des Sächsischen Rechnungshofs und der Verwaltung des Sächsischen Landtags vorgelegt.
- 5 Die mit der Beschwerde vorgebrachten Einwände des Antragsgegners rechtfertigen keine Änderung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, sondern führen lediglich zu einer Ergänzung des Tenors dieser Entscheidung dahingehend, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs befristet bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids wiederhergestellt wird.
- 6 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 dem Antragsteller ergangenen Ruhesetzungsverfügung zu Recht ausgesetzt. Jedenfalls für die Dauer des Widerspruchsverfahrens überwiegt das Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs.
- 7 Rechtsgrundlage der angegriffenen Verfügung des Antragsgegners vom 28. Februar 2011 ist § 26 Abs. 1 Satz 1 und 5 BeamtStG i. V. m. § 150 Abs. 1 SächsBG. Danach sind Beamte 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.

8

Hier hat der Antragsgegner wegen Zweifeln an der Polizeidienst-/Dienstfähigkeit des Antragstellers (vgl. § 54 Abs. 1 SächsBG) das polizeiärztliche Gutachten vom 18. September 2008 und die ergänzende polizeiärztliche Stellungnahme vom 19. November 2009 eingeholt. Danach ist der Antragsteller aufgrund einer Erkrankung an einem bösartigen Tumor des Enddarms, dessen operativer Entfernung im Juni 2008 und der Anlage eines künstlichen Darmausgangs, der nicht zurückverlegt werden kann, dauerhaft für den Polizeivollzugsdienst nicht mehr geeignet. Diese Einschätzung wird durch das nach dem Erlass der Ruhesetzungsverfügung vom 28. Februar 2011 vom Antragsgegner eingeholte weitere polizeiärztliche Gutachten vom 23. Juni 2011 bestätigt.

9

Dieses Gutachten hat das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung zu Recht berücksichtigt. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Wiederherstellung wie auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist die Sach- und Rechtslage bei Ergehen der gerichtlichen Entscheidung. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen das behördliche Verfahren - wie hier - noch nicht abgeschlossen ist, für den Zeitraum bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn. 953; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 80 Rn. 147). Hinzu kommt, dass es für die Rechtmäßigkeit der Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ohne seinen Antrag auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommt. Bis dahin eintretende Änderungen der Sach- oder Rechtslage muss der Dienstherr berücksichtigen, unabhängig davon, ob dies der Ausgangs- oder Widerspruchsbescheid ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 16. Oktober 1997, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, ES/A II 5.5 Nr. 24; Beschl. v. 27. November 2008 - 2 B 32.08 -, juris; Senatsbeschl. v. 7. Oktober 2009 - 2 B 380/09 -). Über den vom Antragsteller gegen die Ruhesetzungsverfügung vom 28. Februar 2011 eingelegten Widerspruch hat der Antragsgegner bislang nicht entschieden.

10

Die Sach- und Rechtslage hat sich durch das polizeiärztliche Gutachten vom 23. Juni 2011, wie das Verwaltungsgericht in dem angegriffenen Beschluss zutreffend

angenommen hat, insofern geändert, als die im polizeiärztlichen Gutachten vom 18. September 2008 unbeantwortet gebliebene Frage, ob zu erwarten ist, dass der Antragsteller den Anforderungen eines anderen Amtes in einer anderen Laufbahn gesundheitlich genügt, nunmehr bejaht wird. Dies erforderte eine erneute Verwendungsnachfrage, wie sie der Antragsgegner erstinstanzlich im Schriftsatz vom 4. Juli 2011 angekündigt und sodann mit Schreiben vom 8. Juli 2011 innerhalb der Polizeidirektion Leipzig und im Geschäftsbereich des Staatsministeriums des Innern und das Staatsministerium des Innern mit Schreiben vom 23. August 2011 im Geschäftsbereich der übrigen Staatsministerien, der Sächsischen Staatskanzlei, des Sächsischen Rechnungshofs und der Verwaltung des Sächsischen Landtags durchgeführt hat. Die die Verwendungsnachfrage vom 23. August 2011 betreffenden Unterlagen sind erst nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist mit Schriftsatz vom 27. Februar 2012 beim Oberverwaltungsgericht eingegangen. Zwar ist das Oberverwaltungsgericht nach § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO auf die Prüfung der vom Beschwerdeführer innerhalb der Beschwerdefrist dargelegten Gründe beschränkt. Dies schließt es aber nicht aus, die vorgetragenen schriftlichen Gründe auch nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist zu ergänzen und zu vertiefen. So liegt es hier: Der Antragsgegner hat innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist die Unterlagen der Abfragen vom 8. Juli 2011 vorgelegt und mitgeteilt, dass die „ressortübergreifende Prüfung“ noch ausstehe, wobei die Polizeidirektion Leipzig keine Möglichkeit habe, diese zu beschleunigen. Aus den vom Antragsgegner sodann mit Schriftsatz vom 27. Februar 2012 eingereichten Unterlagen ergibt sich kein neuer Streitgegenstand, so dass sie im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden können (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 15. Oktober 2007, SächsVBl. 2008, 23; Senatsbeschl. v. 27. Oktober 2009, SächsVBl. 2010, 78, 79).

- 11 Zwar dürfte nach der in diesem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage viel dafür sprechen, dass für den Antragsteller nach den Abfragen keine anderweitige Verwendungsmöglichkeit i. S. v. § 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 BeamtStG besteht. Dies verhilft der Beschwerde des Antragsgegners aber gleichwohl nicht zum Erfolg. Der Bescheid vom 28. Februar 2011 erweist sich derzeit deshalb als rechtswidrig, weil der Antragsgegner das Vorliegen der Voraussetzungen des § 150

SächsBG bislang nicht geprüft, sondern seinen Bescheid allein auf § 26 BeamtStG gestützt hat.

- 12 Entspricht der Beamte, wie hier der Antragsteller, nicht (mehr) den besonderen gesundheitlichen Anforderungen an eine uneingeschränkte Verwendungsfähigkeit im Polizeivollzugsdienst, ist er dauerhaft unfähig, ein statusrechtliches Amt in einer Laufbahn des Polizeivollzugsdienstes wahrzunehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 3. März 2005, ZPR 2005, 308; Senatsbeschl. v. 31. Mai 2010 - 2 B 101/10 -, juris). Indes 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 dem Antragsteller jedoch keinen Anspruch auf seine Verwendung auf einen solchen Dienstposten, sondern lediglich einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Antragsgegners. Diese Entscheidung, die auch eine Prognose einschließt, dass der Antragsteller während seiner 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 - wie den Antragsteller - 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. März 2005 a. a. O., 309).
- 13 Die vor der vorzeitigen Versetzung des Antragstellers in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit erforderliche Ermessensentscheidung hat der Antragsgegner im Bescheid vom 28. Februar 2011 nicht getroffen. Diese hätte im Übrigen auf Grundlage des polizeiärztlichen Gutachtens vom 18. September 2008, das der Antragsgegner herangezogen hat, auch nicht ergehen können, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen noch nicht hinreichend geklärt waren. Nach dem Gutachten bleibt offen, ob der Antragsteller überhaupt auf einem Dienstposten im Polizeivollzugsdienst eingesetzt werden kann, auf dem die ansonsten erforderliche besondere

gesundheitliche Belastbarkeit entbehrlich ist. Zwar führten die gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Leistungseinschränkungen für den Polizeivollzugsdienst zur dauerhaften Polizeidienstunfähigkeit des Antragstellers; dieser könne nur noch eine vorwiegend sitzende Tätigkeit an einem Arbeitsplatz mit ungehindertem Zugang zu sanitären Einrichtungen ausüben. Weiter heißt es im Gutachten, dass bei „weiterem unkompliziertem Heilungsverlauf“ ... „zum gegenwärtigen Zeitpunkt eingeschätzt werden“ könne, dass nach Abschluss der Anschlussheilbehandlung „das Leistungsvermögen für eine ausschließliche Schreibtischtätigkeit gegeben sein **kann**“. Ob dies der Fall sein wird, hängt somit vom weiteren Krankheitsverlauf ab. Erst im polizeiärztlichen Gutachten vom 23. Juni 2011 wird zur verbliebenen Leistungsfähigkeit für ein Amt im Polizeivollzugsdienst festgestellt, dass der Antragsteller für leichte körperliche Tätigkeiten im Innendienst - kein Heben und Tragen schwerer Lasten über 5 kg, vorwiegend sitzende Tätigkeit, Arbeitsplatz mit ungehindertem Zugang zu sanitären Einrichtungen - ohne Schichtarbeit gesundheitlich geeignet ist.

- 14 Das Widerspruchsverfahren bietet dem Antragsgegner Gelegenheit, die ausstehende Ermessensentscheidung nachzuholen. Insoweit hat er im Beschwerdeverfahren darauf hingewiesen, dass innerhalb der Polizeidirektion Leipzig, etwa im Ermittlungsdienst, Dienstposten vorhanden seien, auf denen vorwiegend Beamte mit gesundheitlichen Einschränkungen eingesetzt würden, oder die aufgrund der auszuübenden Funktionen die „uneingeschränkte“ Polizeidienstfähigkeit nicht erforderten; diese liege beim Antragsteller gerade dauerhaft nicht mehr vor. Bis zum Erlass eines Widerspruchsbescheids verbleibt es jedoch bei der vom Verwaltungsgericht angeordneten Aussetzung der Vollziehung.
- 15 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 16 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und 2 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Der Senat folgt der zutreffenden Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die sich die Beteiligten nicht gewandt haben.

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

gez.:  
Grünberg

Hahn

Moehl

*Ausgefertigt:  
Bautzen, den  
Sächsisches Oberverwaltungsgericht*