

Az.: 2 A 1007/18
11 K 1523/16

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Kläger -
- Antragsgegner -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch die Bundespolizeidirektion Pirna
Rottwerndorfer Straße 22, 01796 Pirna

- Beklagte -
- Antragstellerin -

wegen

Versetzung in den Ruhestand
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

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

am 8. April 2019

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 26. Juni 2018 - 11 K 1523/16 - wird abgelehnt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 37.855,10 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg. Die geltend gemachten Zulassungsgründe (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 und 5 VwGO) liegen nicht vor.
- 2 1. Der Kläger wendet sich gegen seine Zurruesetzung wegen Dienstunfähigkeit. Der 19.. geborene Kläger war zuletzt als Polizeiobermeister (Besoldungsgruppe A 8) im Dienst der Beklagten tätig. Mit Bescheid vom 14. Januar 2016 wurde er wegen Dienstunfähigkeit gemäß § 44 Abs. 1 BBG zum 1. Februar 2016 in den vorzeitigen Ruhestand versetzt. Sein Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 27. Juni 2016 zurückgewiesen. Der hiergegen erhobenen Klage gab das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 26. Juni 2018 - 11 K 1523/16 - statt. Die Zurruesetzung erweise sich unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als rechtswidrig. Zwar habe die Beklagte gestützt auf die sozialmedizinischen Gutachten vom 17. Mai 2013 und vom 2. Mai 2014 den Kläger als polizeidienstunfähig einschätzen dürfen. Die Gutachten seien schlüssig und nachvollziehbar und genügten den rechtlichen Anforderungen. Indes habe die Beklagte nicht ausreichend geprüft, ob der Kläger als Polizeivollzugsbeamter noch in einer Funktion des Polizeidienstes verwendet werden könne, deren Aufgaben er erfüllen könne, ohne polizeidienstfähig zu sein (§ 4 Abs. 1 Halbsatz 2 BPolBG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müsse sich die Suche nach einer anderweitigen Verwendung auf Dienstposten erstrecken, die in absehbarer Zeit voraussichtlich neu zu besetzen sind. Maßstab für die Prüfung der

gesundheitlichen Eignung seien die Anforderungen derjenigen Dienstposten, die für eine Weiterverwendung des Polizeivollzugsbeamten zur Verfügung stehen. Diese Eignungsbeurteilung unterliege der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung. Der Dienstherr sei von der Suche nach einer Weiterverwendung nur entbunden, wenn feststehe, dass der Polizeivollzugsbeamte in dem von § 4 Abs. 1 BPolBG vorgegebenen Zeitraum - zwei Jahre - keinerlei Dienst leisten könne oder erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten zu erwarten seien. Das Gericht sei nicht überzeugt, dass die Beklagte eine diesen Maßstäben entsprechende Suche (erfolglos) vorgenommen habe. Die Beklagte sei von der Suchpflicht nicht entbunden gewesen, nachdem der Kläger seit Juni 2013 „vorerst“ in der BPOLI E als Kontroll- und Streifenbeamter eingesetzt worden sei und sich sein Gesundheitszustand in dieser Zeit stabilisiert habe. Soweit die Beklagte behauptet habe, ihr stehe auch nach umfangreicher Prüfung nach wie vor kein Dienstposten zur Verfügung, auf dem der Kläger entsprechend der sozialmedizinischen Empfehlung (heimatnah) verwendet werden könne, sei eine entsprechende Nachsuche weder in der Verfügung noch im Widerspruchsbescheid ansatzweise dargelegt worden noch sei eine Suche in den Verwaltungsvorgängen dokumentiert. Vielmehr entstehe aus der Begründung des Widerspruchsbescheides der Eindruck, dass eine ernsthafte Suche nach einer dauerhaften leidensgerechten Weiterverwendung des Klägers bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung nicht stattgefunden habe. Das Gericht habe die Beklagte hierauf nicht hinweisen und selbst keine entsprechende Aufklärung betreiben müssen, denn die Verwendungsprüfung stelle eine materielle Anforderung für die Versetzung in den Ruhestand dar, deren Verletzung nicht nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG heilbar sei.

- 3 Die Beklagte macht mit ihrem Zulassungsantrag ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils geltend (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Das Verwaltungsgericht habe unzutreffend unterstellt, dass ein geeigneter Dienstposten für den Kläger zur Verfügung gestanden habe. Die Suchpflicht habe sich vorliegend auf Dienstposten im Bereich der BPOLI E beschränkt, weil der Kläger wegen seiner gesundheitlichen Einschränkungen nur dort überhaupt habe verwendet werden können. Dem Kläger sei in der BPOLI E im personellen Überhang, also ohne vorhandenen Dienstposten, eingesetzt gewesen. Im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung habe kein besetzbarer Dienstposten für den Kläger zur Verfügung gestanden. Es werde hierzu

auf die beigefügten Dienstpostenbesetzungslisten für die BPOLI E und die BPOLI L verwiesen. Zwar seien am 1. Juni 2015 im mittleren Polizeivollzugsdienst zwei Dienstposten Kontroll- und Streifenbeamte nach A7-9 m.Z. BBesG unbesetzt gewesen. Auf diese habe der Antragsteller aber infolge einer Nachbesetzungssperre vom 5. März 2015 nicht gesetzt werden können. Einen insoweit beantragten Dispens habe das Bundespolizeipräsidium zunächst zwar mit Verfügung vom 24. Juni 2015 erteilt, diesen aber mit Verfügung vom 13. Juli 2015 zurückgenommen. Freie Dienstposten seien weder im Juni 2015 noch im nachfolgenden Jahr vorhanden gewesen. Das Verwaltungsgericht gehe fehlerhaft davon aus, dass ein Dienstposten verfügbar gewesen sei. Unabhängig davon sei der Kläger gesundheitlich nicht für Dienstposten des Kontroll- und Streifendienstes geeignet gewesen; eine leidensgerechte Verwendung hätte sich allenfalls im Bereich des Inneren Dienstes realisieren lassen. Im Revier Zittau und am Sitz der BPOLI E seien keine entsprechenden Dienstposten vorgesehen bzw. frei gewesen, wie sich aus der beigefügten Übersicht ergebe. Der Kläger sei auch allgemein dienstunfähig gewesen, weil er zum heimatfern durchzuführenden Erwerb der Laufbahnbefähigung für den nichttechnischen Verwaltungsdienst nicht in der Lage gewesen sei. Zudem wird das Vorliegen eines Verfahrensmangels (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) geltend gemacht. Das Verwaltungsgericht habe entgegen dem Amtsermittlungsgrundsatz den Sachverhalt nicht hinreichend ermittelt. Es sei fehlerhaft vom Vorhandensein eines freien Dienstpostens und einem Verstoß der Beklagten gegen ihre Suchpflicht ausgegangen. Eine mögliche Sachaufklärung in der mündlichen Verhandlung habe das Verwaltungsgericht durch die Nachfrage, ob auf mündliche Verhandlung verzichtet werde, verhindert.

- 4 2. Die Berufung ist nicht wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.
- 5 Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel dient der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit. Er soll eine berufungsgerichtliche Nachprüfung des Urteils des Verwaltungsgerichts ermöglichen, wenn sich aus der Begründung des Zulassungsantrags ergibt, dass hierzu wegen des vom Verwaltungsgericht gefundenen Ergebnisses Veranlassung besteht. Gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 VwGO ist der Zulassungsgrund in der gebotenen Weise darzulegen. Ernstliche Zweifel in dem genannten Sinne

sind anzunehmen, wenn der Antragsteller des Zulassungsverfahrens tragende Rechtsätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage stellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens zumindest als ungewiss erscheint (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 23. Juni 2000, NVwZ 2000, 1164; Kammerbeschl. v. 26. März 2007 - 1 BvR 228/02 -, juris).

- 6 a) Daran fehlt es hier. Das Verwaltungsgericht ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Zurruesetzung des Klägers trotz Polizeidienstunfähigkeit als rechtswidrig erweist, weil die Beklagte ihrer Suchpflicht im Hinblick auf eine weitere Verwendung des Klägers nicht hinreichend nachgekommen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26. März 2009 - 2 C 73.08 -, juris Rn. 25 ff. zur Suchpflicht wie folgt ausgeführt:

§ 42 Abs. 3 BBG begründet die Pflicht des Dienstherrn, nach einer anderweitigen Verwendung zu suchen. Nur dieses Verständnis entspricht dem Ziel der Vorschrift, dienstunfähige Beamte nach Möglichkeit im aktiven Dienst zu halten. Ohne gesetzliche Suchpflicht könnte die Verwaltung über die Geltung des Grundsatzes "Weiterverwendung vor Versorgung" nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit entscheiden und autonom festlegen, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Kriterien sie sich um eine anderweitige Verwendung bemüht. Das wäre mit Wortlaut und Zweck des Gesetzes unvereinbar.

Der gesetzliche Vorrang der weiteren Dienstleistung vor der Frühpensionierung wird durch den Wortlaut des Satzes 1 des § 42 Abs. 3 BBG 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 § 42 Abs. 3 BBG entsprechenden anderweitigen Verwendung ist regelmäßig auf den gesamten Bereich des Dienstherrn zu erstrecken. Dies folgt aus dem Wortlaut des Satzes 2 des § 42 Abs. 3 BBG, der die Übertragung eines anderen Amtes für zulässig erklärt, wenn es zum Bereich desselben Dienstherrn gehört. Für diesen Umfang der Suchpflicht spricht auch, dass den Beamten zur Vermeidung der Frühpensionierung auch der Erwerb einer anderen Laufbahnbefähigung zur Pflicht gemacht werden kann. Inhaltliche Vorgaben für eine Beschränkung der Suche auf bestimmte Bereiche der Verwaltungsorganisation des Dienstherrn lassen sich aus § 42 Abs. 3 BBG nicht herleiten. Auch die amtlichen Gesetzesbegründungen enthalten keinen Hinweis, dass eine Beschränkung gewollt ist (vgl. BTDrucks 11/5372 S. 33, 13/3994 S. 33).

Die Suche nach einer anderweitigen Verwendung muss sich auf Dienstposten erstrecken, die in absehbarer Zeit voraussichtlich neu zu besetzen sind. Eine

Beschränkung auf aktuell freie Stellen ließe außer Acht, dass § 42 Abs. 3 BBG zur Vermeidung von Frühpensionierungen auch die Weiterverwendung in Ämtern einer anderen Laufbahn vorsieht. Die dafür erforderliche Laufbahnbefähigung kann der Beamte gemäß § 6 Abs. 3 BLV erst nach einer längeren Unterweisungszeit erwerben, die im mittleren Dienst mindestens ein Jahr beträgt. Sie gibt den zeitlichen Rahmen vor, in dem sich eine Verwendungsmöglichkeit eröffnen muss.

Dagegen begründet § 42 Abs. 3 BBG keine Verpflichtung des Dienstherrn, personelle oder organisatorische Änderungen vorzunehmen, um eine Weiterverwendung zu ermöglichen. Es liegt im Organisationsermessen des Dienstherrn, welche und wie viele Ämter im abstrakt-funktionellen und im konkret-funktionellen Sinn er bei den Behörden einrichtet und aus welchen Gründen er diese Ämterstruktur ändert (Urteil vom 23. September 2004 - BVerwG 2 C 27.03 - BVerwGE 122, 53 <56> = Buchholz 239.1 § 36 BeamtVG Nr. 2 S. 3). § 42 Abs. 3 BBG enthält keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung dieses organisatorischen Gestaltungsspielraums. Hierfür hätte der Bundesgesetzgeber die Voraussetzungen bestimmen müssen, unter denen organisatorische Änderungen in Erwägung zu ziehen sind. Ebenso wenig ist der Dienstherr verpflichtet, Dienstposten im Wege personeller Änderungen freizumachen.

Es ist Sache des Dienstherrn, schlüssig darzulegen, dass er bei der Suche nach einer anderweitigen Verwendung für den dienstunfähigen Beamten die Vorgaben des § 42 Abs. 3 BBG beachtet hat. Denn es geht um Vorgänge aus dem Verantwortungsbereich des Dienstherrn, die dem Einblick des betroffenen Beamten in aller Regel entzogen sind. Daher geht es zulasten des Dienstherrn, wenn nicht aufgeklärt werden kann, ob die Suche den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hat (Urteil vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108 f.> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32 S. 33).

- 7 b) Eine diesen Maßstäben entsprechende Suche hat die Beklagte im Ergebnis nicht durchgeführt.
- 8 aa) Zwar bedurfte es hierzu keiner Verwendungsabfrage bei den einzelnen im Hinblick auf das Kriterium der heimatnahen Verwendung geeigneten Bundespolizeiinspektionen und den ihnen unterstellten Revieren im Bereich der Bundespolizeidirektion P, denn letztere verfügte als personalverwaltende Stelle über die Kenntnis der in ihrem Zuständigkeitsbereich vorhandenen Dienstposten und deren Besetzung.
- 9 Auch war im Rahmen der Suchpflicht im Bereich der Bundespolizeidirektion P die Nachbesetzungssperre des Bundespolizeipräsidiums vom 5. März 2015 zu beachten. Diese bezog sich auf freie Dienstposten „Kontroll-/Streifenbeamte“ und „Ermittlungsbeamte“ der Bundespolizeiinspektionen an den Grenzen zur Republik Polen und zur Tschechischen Republik. Hierzu zählten jedenfalls die für eine

heimatnahe Verwendung des Klägers in Betracht kommenden Bundespolizeiinspektionen E und L. Von der Möglichkeit einer Dispenserteilung wurde im Fall des Klägers durch das Bundespolizeipräsidium kein Gebrauch gemacht.

- 10 Soweit die Beklagte indes weiterhin darauf abstellt, selbst bei Vorhandensein eines freien Dienstpostens hätte dieser wegen der bestehenden gesundheitlichen Einschränkungen nicht mit dem Kläger besetzt werden können, teilt der Senat diese Einschätzung nicht. Es ist vielmehr mit dem Verwaltungsgericht davon auszugehen, dass sich aus den sozialmedizinischen Gutachten keine Einschränkungen hinsichtlich einer Tätigkeit als Kontroll- und Streifenbeamter mit Waffe und Fahrerlaubnis ergeben.
- 11 bb) Allerdings hätte nach den oben dargelegten Maßstäben - worauf der Kläger im Zulassungsverfahren zutreffend hingewiesen hat - eine Suche im gesamten Bereich des Dienstherrn und dementsprechend bei allen Bundesbehörden stattfinden müssen, die eine heimatnahe Verwendung zugelassen hätten. Weder aus den Verwaltungsakten noch aus den im Zulassungsverfahren vorgelegten Unterlagen ergibt sich indes, dass die Beklagte vor Erlass der Zuruhesetzungsverfügung oder im Widerspruchsverfahren eine entsprechende Verwendungsabfrage bei geeigneten heimatnahen Behörden im Bereich des Bundes, etwa der Zollverwaltung, durchgeführt hätte. Eine derartige Abfrage war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Kläger möglicherweise eine im Fall eines Laufbahnwechsels notwendige Befähigung nicht heimatnah hätte erwerben können. Es ist Sache der Beklagten, zunächst im Wege der Verwendungsabfrage festzustellen, ob überhaupt ein geeigneter freier bzw. freiwerdender Dienstposten in ihrem Bereich vorhanden ist und ob dieser eine weitere Ausbildung erfordern würde. Entsprechende Nachfragen hierzu sind weder im Verwaltungsvorgang noch in der Gerichtsakte dokumentiert.
- 12 3. Die Berufung ist schließlich nicht wegen eines Verfahrensmangels zuzulassen (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO).
- 13 Verfahrensfehler sind Verstöße gegen Regelungen des Verwaltungsprozessrechts, wozu eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO) zählt. Dieser verpflichtet das Gericht, Anträge und

Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in seine Erwägungen einzubeziehen. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Gerichte den Sachvortrag der Beteiligten zur Kenntnis genommen und berücksichtigt haben. Nur wenn sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergibt, dass tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte, die ein Verfahrensbeteiligter vorgetragen hat, überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen wurden, lässt sich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs feststellen. Art. 103 Abs. 1 GG verlangt zudem, dass einer gerichtlichen Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30. April 1996, AuAS 1996, 249). Die Vorschrift gewährleistet das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Beteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen will. Daraus folgt indes keine Pflicht des Gerichts, die Beteiligten vorab auf seine Rechtsauffassung oder mögliche Würdigung des Sachverhalts hinzuweisen, weil sich die tatsächliche und rechtliche Einschätzung regelmäßig erst aufgrund der abschließenden Entscheidungsfindung nach Schluss der mündlichen Verhandlung ergibt. Eine den Anspruch auf rechtliches Gehör konkretisierende gerichtliche Hinweispflicht besteht zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung nur dann, wenn auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht mit einer bestimmten Bewertung seines Sachvortrags durch das Verwaltungsgericht zu rechnen braucht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. Mai 1992, BVerfGE 86, 133, 144 f.; BVerwG, Beschl. v. 18. Oktober 2010 - 9 B 94.10 -, juris).

- 14 Nach diesen Maßstäben ist eine Gehörsverletzung nicht dargelegt. Die Beklagte beanstandet der Sache nach, dass das Verwaltungsgericht den der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt rechtlich unzutreffend gewürdigt habe, indem es eine den rechtlichen Anforderungen genügende Suche nach einer Weiterverwendung des Klägers verneint habe und davon ausgegangen sei, dass eine besetzbare Stelle vorhanden gewesen sei. Damit rügt sie die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung, wodurch kein Gehörsverstoß begründet wird. Es wird hierzu auf die Ausführungen unter 2. verwiesen. Insbesondere musste das Verwaltungsgericht zu den Anforderungen an den Vortrag der Beklagten hinsichtlich ihrer Suchpflicht angesichts

der klaren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (s. o., insbesondere der letzte Absatz des eingerückten Textes) dieser keinen Hinweis erteilen oder gar mündlich verhandeln. Außerdem kommt es hierauf angesichts der unzulänglichen Suche bei anderen Behörden (s. o.) auch nicht entscheidend an. Eine andere Bewertung ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte auf mündliche Verhandlung verzichtet hat. Denn diese Entscheidung lag allein in der Dispositionsbefugnis der Beteiligten. Insbesondere hat das Verwaltungsgericht mit der Anfrage, ob auf mündliche Verhandlung verzichtet werde, keine rechtliche Würdigung zum Ausdruck gebracht, so dass eine Überraschungsentscheidung bereits aus diesem Grund ausscheidet. Entgegen der Auffassung der Beklagten bestand für das Verwaltungsgericht auf der Basis seiner rechtlichen Bewertung gerade kein Anlass für eine weitere Sachaufklärung, wie sich ausdrücklich aus den Entscheidungsgründen (vgl. UA S. 18/19) ergibt.

- 15 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 16 Die Streitwertfestsetzung folgt der Festsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten Einwände nicht erhoben 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

Henke