

§ 26 BeamStG Dienstunfähigkeit

(1) Beamtinnen auf Lebenszeit und Beamte auf Lebenszeit sind in den Ruhestand zu versetzen, wenn sie wegen ihres körperlichen Zustands oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung ihrer Dienstpflichten dauernd unfähig (dienstunfähig) sind. Als dienstunfähig kann auch angesehen werden, wer infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst getan hat und keine Aussicht besteht, dass innerhalb einer Frist, deren Bestimmung dem Landesrecht vorbehalten bleibt, die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt ist. Von der Versetzung in den Ruhestand soll abgesehen werden, wenn eine anderweitige Verwendung möglich ist. Für Gruppen von Beamtinnen und Beamten können besondere Voraussetzungen für die Dienstunfähigkeit durch Landesrecht geregelt werden.

(2) Eine anderweitige Verwendung ist möglich, wenn der Beamtin oder dem Beamten ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn übertragen werden kann. In den Fällen des Satzes 1 ist die Übertragung eines anderen Amtes ohne Zustimmung zulässig, wenn das neue Amt zum Bereich desselben Dienstherrn gehört, es mit mindestens demselben Grundgehalt verbunden ist wie das bisherige Amt und wenn zu erwarten ist, dass die gesundheitlichen Anforderungen des neuen Amtes erfüllt werden. Beamtinnen und Beamte, die nicht die Befähigung für die andere Laufbahn besitzen, haben an Qualifizierungsmaßnahmen für den Erwerb der neuen Befähigung teilzunehmen.

(3) Zur Vermeidung der Versetzung in den Ruhestand kann der Beamtin oder dem Beamten unter Beibehaltung des übertragenen Amtes ohne Zustimmung auch eine geringerwertige Tätigkeit im Bereich desselben Dienstherrn übertragen werden, wenn eine anderweitige Verwendung nicht möglich ist und die Wahrnehmung der neuen Aufgabe unter Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit zumutbar ist.

Übersicht

- I. Rechtsentwicklung
- II. Dienstunfähigkeit
- III. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Dienstunfähigkeit
- IV. Amtsärztlicher Bewertung widersprechende fachärztliche Feststellungen
- V. Anordnung zur ärztlichen Untersuchung
- VI. Rechtsschutz gegen eine Untersuchungsanordnung
- VII. Anderweitige Verwendung
 - 1. Übertragung eines anderen Amtes auch in einer anderen Laufbahn
 - 2. Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit

VIII. Rechtsschutz

I. Rechtsentwicklung

Die Vorschrift übernimmt im Wesentlichen § 26 Abs. 1 und 2 BRRG mit redaktionellen Anpassungen an die geschlechterneutrale Sprache. 517

§ 26 Abs. 1 BeamtStG enthält eine Definition, wann **Dienstunfähigkeit** vorliegt. Danach ist ein Beamter auf Lebenszeit in den Ruhestand zu versetzen, wenn er wegen seines körperlichen Zustands oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd unfähig ist. Als Anhaltspunkt dient ein Zeitraum von sechs Monaten innerhalb dessen mehr als drei Monate kein Dienst getan wurde. Vor der Versetzung in den Ruhestand ist jedoch eine anderweitige Verwendung zu prüfen (§ 26 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG), deren Voraussetzungen nach § 26 Abs. 2 BeamtStG näher festgelegt werden.

Nach § 26 Abs. 1 Satz 4 BeamtStG kann das Landesrecht für besondere Gruppen von Beamten, z.B. Polizeivollzugsbeamte, besondere Voraussetzungen für die Dienstunfähigkeit regeln. Von der Versetzung in den Ruhestand soll gemäß § 27 BeamtStG abgesehen werden, wenn die Dienstpflichten unter Beibehaltung des übertragenen Amts noch während der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllt werden können.

	BRRG	BeamtStG	BBG
Dienstunfähigkeit	§ 26 Abs. 1	§ 26 Abs. 1	§ 44 Abs. 1
Anderweitige Verwendung	§ 26 Abs. 2	§ 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und 3	§ 44 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 bis Abs. 4
Begrenzte Dienstfähigkeit	§ 26 a	§ 27	§ 45
Ruhestand bei Beamten auf Probe	§ 27	§ 28	§ 49
Wiederherstellung der Dienstfähigkeit	§ 29	§ 29	§ 46
Einstweiliger Ruhestand	§ 31	§ 30	§ 54
Einstweiliger Ruhestand bei Umbildung	§ 20	§ 31	§ 55
Wartezeit	§ 28	§ 32	§ 50

II. Dienstunfähigkeit

§ 26 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG enthält eine bundeseinheitliche gesetzliche Definition des Begriffs **Dienstunfähigkeit**. Sie liegt vor, wenn der Beamte wegen seines körperlichen Zustands oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd unfähig (dienstunfähig) ist. Satz 2 enthält zusätzlich eine gesetzliche Vermutung für die Dienstunfähigkeit. 518

- 519 Für die **dauernde Dienstunfähigkeit** nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BeamStG reicht es nicht aus, dass der Beamte die Aufgaben des von ihm wahrgenommenen Amts im konkret-funktionellen Sinn (Dienstposten) nicht mehr erfüllen kann. Maßstab für die Beurteilung der Dienstunfähigkeit ist vielmehr das dem Beamten zuletzt übertragene Amt im abstrakt-funktionellen Sinn. Es umfasst alle bei der Beschäftigungsbehörde dauerhaft eingerichteten Dienstposten, auf denen er amtsangemessen beschäftigt werden kann. Daher setzt Dienstunfähigkeit voraus, dass bei der Beschäftigungsbehörde kein Dienstposten zur Verfügung steht, der seinem statusrechtlichen Amt zugeordnet und gesundheitlich für ihn geeignet ist (vgl. BVerwG, 26. März 2009 – 2 C 46/08 – sowie 23. November 2004 – 2 C 27/03 – BVerwGE 122, 53, juris; vgl. auch Summer, in: GKÖD, § 44 BBG Rn. 6 f.).

Wurde die Dienstfähigkeit bisher immer eng an den Erfordernissen des Amts im laufbahnrechtlichen Sinn gemessen, so ist der Maßstab für diese Prognoseentscheidung im Hinblick auf die Regelung in § 26 Abs. 1 Satz 3 sowie Abs. 2, Abs. 3 BeamStG zukünftig deutlich weiter zu ziehen, da möglicherweise andere oder geringerwertige Tätigkeiten zuzumuten sind. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung in § 26 Abs. 1 Satz 3 BeamStG – ähnlich wie der Bundesgesetzgeber in § 44 Abs. 1 BBG – das Ziel, einer aktiven Tätigkeit im Dienst eindeutig den Vorrang einzuräumen vor einer Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit. Das Beamtenverhältnis ist maßgeblich geprägt von der Verbeamtung auf Lebenszeit. Bei der hauptberuflichen Lebenszeitanstellung handelt es sich um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums (BVerfGE 71, 255 sowie 76, 1 ff.). Mit der Stärkung des Grundsatzes „**aktive Beschäftigung vor Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit**“ wurde das Lebenszeitprinzip des Beamten gestärkt. Er schuldet dem Dienstherrn bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze seine volle Dienstleistung. Demgegenüber sind die Dienstherren im Fall der Feststellung der Dienstunfähigkeit eines Beamten verpflichtet, eine anderweitige Verwendung für den Beamten zu prüfen.

- 520 Die Feststellung der Dienstunfähigkeit erfolgt in einem förmlichen Verfahren, das im BeamStG nicht geregelt ist. Vielmehr bleibt es den Ländern überlassen, das Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit zu regeln. Hiervon haben die Länder durchweg Gebrauch gemacht (vgl. § 34 LBG NRW).

Dabei beruht die Beurteilung der Dienstunfähigkeit ausschließlich auf einer medizinischen Beurteilung, ob der Beamte für das ihm zuletzt übertragene Amt im abstrakt-funktionellen Sinne noch gesundheitlich geeignet ist (vgl. BVerwG, 27. November 2008 – 2 B 32/08).

- 521 Krankheiten können zur Folge haben, dass der Einzelne unfähig ist, seinen dienstlichen Aufgaben nachzukommen. Zur Dienstunfähigkeit im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 1 BeamStG führt dieses jedoch nur dann, wenn sich die Krankheit so verstetigt, dass sie dauerhaft wird. Die Unfähigkeit zur Erfüllung der Dienstpflichten ist bei einem Beamten dann dauernd, wenn auf absehbare Zeit ihre Behebung nicht zu erwarten ist. Die Frist in § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG ist kein Gradmesser für die zeitliche Fixierung der „absehbaren Zeit“. Denn besteht aufgrund amtsärztlicher Annahme die Mög-

lichkeit, dass der Beamte binnen eines Zeitraums von mehr als einem halben Jahr seine Dienstfähigkeit begrenzt oder vollständig wiedererlangt, so scheidet seine Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit aus. Stellt der Amtsarzt etwa ein halbes Jahr nach Feststellung der Erkrankung des Beamten eine fortschreitende Besserung fest, so ist es nach dem Willen des Gesetzgebers angezeigt, dass der Amtsarzt den Beamten zur Feststellung seiner Dienstunfähigkeit weiterhin untersucht. In welchen zeitlichen Intervallen dies erfolgt, bleibt der Prüfung des Einzelfalls vorbehalten. Der Beamte selbst ist während dieses Verfahrens jederzeit zur Mitwirkung verpflichtet. So ist er insbesondere auch verpflichtet, Terminen zur ärztlichen Untersuchung Folge zu leisten. Bei Nichtwahrnehmung des Untersuchungstermins riskiert er die Begehung eines Dienstvergehens. Im Übrigen steht dem Beamten auch **kein Arztwahlrecht** zu.



Die Auswahl des Arztes obliegt der Dienststelle. Sie kann landesrechtlich auf Amtsärzte oder als Gutachter beauftragte Ärzte beschränkt werden.

§ 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG enthält eine Vermutung für die Dienstunfähigkeit. Danach kann jemand als dienstunfähig angesehen werden, der infolge einer Erkrankung innerhalb von sechs Monaten mehr als drei Monate nicht im Dienst war und keine Aussicht besteht, dass innerhalb einer Frist, deren Bestimmung dem Landesrecht vorbehalten bleibt, die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt ist. Die zeitliche Dauer der Abwesenheit aufgrund einer Krankheit spricht für die Möglichkeit der Dienstunfähigkeit. Hierbei ist es unerheblich, ob die drei Monate Fehlzeit zusammenhängend oder immer wieder zeitweise erfolgt. Die für die ärztliche Prognoseentscheidung maßgebliche Frist bleibt der Regelung des jeweiligen Landesgesetzgebers vorbehalten.

522

III. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Dienstunfähigkeit

Die Voraussetzungen für eine Versetzung in den Ruhestand müssen zu dem Zeitpunkt erfüllt sein, zu dem sich der Verwaltungsakt Wirkung beimisst, d. h. in dem Zeitpunkt, in dem er erlassen wird, es sei denn, der Verwaltungsakt soll seinem Inhalt nach erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden. Für die Rechtmäßigkeit der Versetzung in den Ruhestand kommt es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung an, wenn nicht der Zeitpunkt, zu dem die Versetzung in den Ruhestand wirksam werden soll, später liegt (vgl. BVerwG, 3. Juni 2009 – 2 B 91/08 – sowie 26. März 2009 – 2 C 46/08 – juris; OVG Schleswig-Holstein, 19. Mai 2009 – 3 LB 27/08).

523

IV. Amtsärztlicher Bewertung widersprechende fachärztliche Feststellungen

Aus Anlass der Feststellung der Dienstunfähigkeit aber auch im Zusammenhang etwa mit der Feststellung von Dienstunfallfolgen besteht zwischen der Dienststelle und den Beamten häufig Uneinigkeit über das Ver-

524

hältnis zwischen amts- bzw. betriebsärztlichen Stellungnahmen und privatärztlichen Attesten. In der Rechtsprechung ist dieses Verhältnis geklärt. Danach ist grundsätzlich vom Vorrang amtsärztlicher Gutachten gegenüber privatärztlichen Attesten auszugehen, da das Gesundheitsamt eine staatliche Behörde ist, die ihre Aufgaben nach Recht und Gesetz zu erfüllen hat (vgl. BVerwG, 12. Oktober 2006 – D 2/05 – sowie 11. Oktober 2006 – 1 D 10/05 – IÖD 2007, 65 ff.; VGH Bayern, 16. März 2005 – 3 ZB 03.2284). Ein höheres Gewicht wird der Beurteilung durch den beim Gesundheitsamt tätigen Amtsarzt gegenüber privatärztlichen Beurteilungen auch deshalb zugemessen, weil ein Amtsarzt den für alle Beamten geltenden Grundpflichten unterliegt, insbesondere auch der Pflicht, die übertragenen Aufgaben unparteilich und gerecht zu erfüllen, seine Beurteilung von seiner Aufgabenstellung her mithin unabhängig und unbefangen – er steht Dienstherren und Beamten gleichermaßen fern – abgeben kann, während ein Privatarzt bestrebt sein wird, das Vertrauen seines Patienten zu ihm zu erhalten (vgl. BVerwG, 8. März 2001 – 1 DB 8/01 – BVerwG, 9. Oktober 2000 – 1 D 3/02). In verstärktem Maße gilt diese Präferenz für Gutachten, in denen Fragen des Dienstrechts aus medizinischer Sicht zu beurteilen sind (vgl. BVerwG, 5. Juni 1980 – 1 DB 17/18 – DokBer B 1980, 247), da insoweit ein spezieller, dem Amtsarzt zuerkannter Sachverstand erforderlich ist, der einerseits auf der Kenntnis der Belange der öffentlichen Verwaltung sowie der gesundheitlichen Anforderungen, die die konkrete Dienstausübung an den Beamten stellt, andererseits auf der Erfahrung aus einer Vielzahl von gleich oder ähnlich liegenden Fällen beruht (vgl. BVerwG, 8. März 2001 – 1 DB 8/01). Die Frage, ob und wann einer Gesundheitsstörung Krankheitswert zukommt, mag ein Privatarzt, zumal ein Facharzt, besser beurteilen können. Ob und wann eine Störung mit Krankheitswert die Dienstfähigkeit beeinträchtigt, ist hingegen eine Frage, deren Entscheidung vorrangig dem von der Verwaltung beauftragten (Amts-)Arzt zusteht (vgl. BVerwG, 8. März 2001 – 1 DB 8/01 – BVerwG, 15. September 1999 – 1 DB 40/98). Er vermag aus der Kenntnis der Belange der Verwaltung, der von dem Beamten zu verrichtenden Tätigkeit und dessen bisherigen dienstlichen Verhaltens besser als ein Privatarzt den erhobenen medizinischen Befund zu der von ihm zu beantwortenden Frage der Dienstunfähigkeit in Beziehung zu setzen (vgl. OVG Koblenz, 4. Oktober 1989 – 2 A 30/89 – DVBl. 1990, 310f.).

Erst recht gilt diese Einschätzung für Polizeiärzte, die die besonderen Gefahren des Polizeivollzugsdienstes aufgrund ihres Sachverstands und aufgrund ihrer Nähe zum Polizeidienst wesentlich besser bewerten können als privat zugelassene Ärzte.



Der Vorrang des amtsärztlichen Gutachtens gilt jedenfalls grundsätzlich nicht bei fachärztlichen Begutachtungen, die sich auf die medizinische Feststellung eines Krankheitsbildes bzw. auf die Prüfung der Kausalität zwischen einzelnen Krankheitsbildern und einem anerkannten Dienstunfall (§ 35 BeamVG) konzentrieren. Demgegenüber kommt dem Amtsarzt im Hinblick auf Fra-

gen der Dienstfähigkeit ein spezieller Sachverstand zu. Ob und in welchem Maße eine Störung mit Krankheitswert die Dienstfähigkeit beeinträchtigt, ist eine Frage, deren Entscheidung vorrangig dem Amtsarzt zukommt.



„Zulassung der Berufung bei zwei einander widersprechenden Gutachten zu einer Minderung der Erwerbsfähigkeit aufgrund eines Dienstunfalls.“

(Sächsisches OVG, 1. März 2010 – 2 A 502/09)

526



„Eine Weisung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, ist dann gerechtfertigt, wenn sich die Zweifel des Dienstherrn an der Dienstfähigkeit des Beamten auf konkrete Umstände stützen und nicht „aus der Luft gegriffen“ sind. Die an den Beamten gerichtete Aufforderung, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstunfähigkeit (bzw. Dienstfähigkeit) ärztlich untersuchen zu lassen, kann von den Verwaltungsgerichten nur darauf überprüft werden, ob sie ermessensfehlerhaft ist, insbesondere, ob sie willkürlich ist.“

(Hamburgisches OVG, 24. August 2011 – 1 Bs 114/11)

527



„Liegt ein durch die Behörde im Verwaltungsverfahren eingeholtes freies fachchirurgisches Gutachten vor, welches von dem Amtsarzt bestätigt wird, so handelt es sich bei diesem freien fachchirurgischen Gutachten um ein zulässiges Beweismittel. Besteht keine Zweifel an der Sachkunde oder Unparteilichkeit des Facharztes, so besteht kein Erfordernis einer weiteren Beiseherhebung.“

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass im Verwaltungsverfahren eingeholte Gutachten auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zulässige Beweismittel sind, sofern sie inhaltlich und nach der Person des Sachverständigen den Anforderungen entsprechen, die an ein gerichtliches Gutachten zu stellen sind (vgl. BVerwG, 20. Februar 1998 – 2 B 81/97; Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, ES/C II 3.4 Nr. 7). Die von einer Verwaltungsbehörde bestellten Gutachter sind

528

grundsätzlich als objektiv urteilende Gehilfen der das öffentliche Interesse wahrnehmenden Verwaltungsbehörde und nicht als parteiische Sachverständige anzusehen (BVerwG, 15. April 1964 – VI C 45.61 – DÖD 1965, 58).“

(VG Ansbach, 11. März 2008 – AN 1 K 06.00962 – sowie – AN 1 K 06.02576)

529



„Die Anordnung gegenüber einem Beamten, sich einer psychiatrischen Untersuchung zu unterziehen, verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn es keine hinreichend deutlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer im psychischen Bereich liegenden Erkrankung gibt.“

(VGH Baden-Württemberg, 3. Februar 2005 – 4 S 2398/04 – NVwZ-RR 2006, 200)

- 530 Soweit die medizinische Beurteilung des Amtsarztes hinsichtlich desselben Krankheitsbildes von der Beurteilung des behandelnden Privatarztes abweicht, kommt der Beurteilung des Amtsarztes nach der Rechtsprechung jedenfalls dann Vorrang zu, wenn an seiner Sachkunde keine begründeten Zweifel bestehen, wenn seine medizinische Beurteilung auf zutreffenden Tatsachengrundlagen beruht, in sich stimmig und nachvollziehbar ist.

Der grundsätzliche Vorrang amtsärztlicher Beurteilungen enthebt das Verwaltungsgericht freilich nicht von der Notwendigkeit zu prüfen, ob sich der Amtsarzt bzw. Polizeiarzt mit den privatärztlichen Diagnosen und Untersuchungsergebnissen in medizinisch kompetenter Weise auseinandergesetzt hat und infolge dessen zu einem nachvollziehbaren, schlüssigen Ergebnis gekommen ist (vgl. VGH Bayern, 8. Oktober 2001 – 16 DC 99.2212 – NVwZ-RR 2002, 764f.). Dies gilt umso mehr, wenn der Privatarzt seinen medizinischen Befund näher erläutert. In diesem Fall ist der Amtsarzt gehalten, auf diese Erwägungen einzugehen und nachvollziehbar darzulegen, warum er ihnen **nicht** folgt (vgl. BVerwG, 12. Oktober 2006 – 1 B 2/05).

V. Anordnung zur ärztlichen Untersuchung

- 531 Ein Beamter ist bei Zweifeln über seine Dienstfähigkeit verpflichtet, sich auf Anordnung der Dienststelle auch dann ärztlich untersuchen zu lassen, wenn er sich selbst für dienstfähig hält und seinen Dienst regelmäßig verschen hat. Eine Anordnung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, ist dann gerechtfertigt, wenn sich die Zweifel des Dienstherrn an der Dienstfähigkeit des Beamten auf konkrete Umstände stützen und nicht „aus der Luft gegriffen“ sind.
- 532 Bei der gegenüber einem aktiven Beamten ergangenen **Anordnung**, sich zur Prüfung der Dienstfähigkeit ärztlich untersuchen zu lassen, handelt es sich nicht eindeutig um einen **Verwaltungsakt** im Sinne von § 35 Satz 1

VwVfG. So ist es in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich umstritten, ob es sich bei der Aufforderung gegenüber einem Beamten, sich zur Nachprüfung der Dienstfähigkeit ärztlich untersuchen zu lassen, um einen Verwaltungsakt (VGH Baden-Württemberg, 3. Februar 2005 – 4 S 2398/04; OVG Berlin, 21. Dezember 2001 – 4 S 5.01), um eine die gesetzlich vorgegebene Mitwirkungspflicht des Beamten konkretisierende Weisung des Dienstherrn ohne Verwaltungscharakter (Plog/Wiedow, BBG (alt), Stand: Mai 2008, § 42 Rn. 10 b) oder um eine unselbstständige Verfahrenshandlung im Sinne des § 44a VwGO (VGH Bayern, 9. Februar 2006 – 3 CS 05.2955; OVG Rheinland-Pfalz, 23. Januar 2003 – 2 B 11956/02), handelt. Der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat die Frage des Rechtscharakters einer Untersuchungsanordnung gegenüber aktiven Beamten bislang ausdrücklich offen gelassen (vgl. BVerwG, 18. Dezember 1997 – 2 C 33.96). Hinsichtlich Ruhestandsbeamten hat der 1. Disziplinarsenat des Bundesverwaltungsgerichts eine Verwaltungsaktqualität einer Weisung im Sinne von § 45 Abs. 3 Satz 1 BBG a. F. grundsätzlich verneint, hinsichtlich eines aktiven Beamten aber ebenfalls offen gelassen (vgl. BVerwG, 19. Juni 2000 – 1 DB 13.00). Der 1. Disziplinarsenat des Bundesverwaltungsgerichts hat ausgeführt, es handele sich bei der Untersuchungsanordnung gegenüber einem **Ruhestandsbeamten** um eine unselbstständige Verfahrenshandlung im Sinne von § 44a Abs. 1 VwGO, weil sie nicht mit Zwangsmitteln vollstreckbar sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob dieser Verfahrenshandlung dann Regelungscharakter beizumessen sein, wenn die Verweigerung der Untersuchung mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden könnte. Dies sei bei Ruhestandsbeamten jedenfalls nicht der Fall, weil die Weigerung, der Untersuchungsanordnung nachzukommen, für sie keine Dienstpflichtverletzung sei. Es fehle auch an einer Außenwirkung, weil sich die Anordnung regelmäßig an den Betroffenen allein in seiner Eigenschaft als Ruhestandsbeamter richte und daher im Rahmen des Ruhestandsbeamtenverhältnisses ergehe.

Der gegenüber einem aktiven Beamten angeordneten ärztlichen Untersuchung zur Prüfung der Dienstfähigkeit fehlt es an einer für einen Verwaltungsakt vorauszusetzenden Eigenschaft der **Außenwirkung** (§ 35 Satz 1 VwVfG). Ob einer Regelung unmittelbare Auswirkung in diesem Sinne kommt, hängt maßgeblich davon ab, ob sie ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall tatsächlich auswirkt. Durch diese Außenwirkung unterscheidet sich der Verwaltungsakt von behördeninternen Maßnahmen, von denen er abzugrenzen und damit gleichzeitig seinem Inhalt nach näher zu konkretisieren ist. Behördeninterne Maßnahmen sind insbesondere u.a. die an einen Beamten allein in seiner Eigenschaft als Amtsträger und gedeiht der Verwaltung gerichteten, auf organisationsinterne Wirkung zielen den Weisungen des Dienstherrn und die auf die Art und Weise der dienstlichen Verrichtung bezogenen, innerorganisatorischen Maßnahmen der Behörde, in deren Organisation der Beamte eingegliedert ist (vgl. BVerwG, 22. Mai 1980 – 2 C 30.78).

Allerdings ist zu beachten, dass die Anordnung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, geeignet ist, die Rechte des betroffenen Beamten zu beeinträchtigen. Ziel und Absicht der gegenüber einem aktiven Beamten erge-

henden Untersuchungsanordnung ist aber nach ihrem Inhalt durchweg die Aufklärung der Frage, ob der Beamte noch dienstfähig ist. Somit konkretisiert die Untersuchungsanordnung die gesetzlich normierte Mitwirkungspflicht des Beamten im Rahmen der Überprüfung, ob er weiterhin den Anforderungen seines Amts im abstrakt-funktionellen Sinn bei einer bestimmten Behörde entspricht, ob ein Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand eingeleitet werden kann oder ob eine anderweitige Weiterbeschäftigung des Beamten in Betracht kommt. So bestimmen die landesrechtlichen Regelungen im jeweiligen Landesbeamtengesetz, dass der Beamte bei Bestehen von Zweifeln über seine Dienstfähigkeit verpflichtet ist, sich nach Weisung der dienstvorgesetzten Stelle durch einen Arzt der Gesundheitsbehörde untersuchen und, falls ein Arzt der Gesundheitsbehörde dies für erforderlich hält, auch beobachten zu lassen. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung, einer Untersuchungsanordnung Folge zu leisten, kann die Untersuchungsanordnung selbst nur eine rein innerdienstliche, den Beamten als Amtsträger betreffende Maßnahme sein.

Diese rechtliche Wertung reduziert jedoch nicht die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beamten.

VI. Rechtsschutz gegen eine Untersuchungsanordnung

- 534 Bei der Untersuchungsanordnung handelt es sich nämlich um eine Verfahrenshandlung im Sinne von **§ 44a Satz 2 VwGO**, die selbstständig mit Rechtsbehelfen angegriffen werden kann. Gemäß § 44a Satz 1 VwGO können gegen unselbständige Verfahrenshandlungen Rechtsbehelfe nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. § 44a Satz 2 VwGO lässt demgegenüber selbstständige Rechtsbehelfe gegen behördliche **Verfahrenshandlungen** zu, **die vollstreckt werden können**. Behördliche Untersuchungsanordnungen können jedoch nicht mit Mitteln der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden. Unter Vollstreckung im Sinne des § 44a Satz 2 VwGO ist jede zwangsweise Durchsetzung zu verstehen. Dabei ist jedoch von einem weiten Vollstreckungsbegriff auszugehen, also nicht nur die in den VwVG erfassten Tatbestände, sondern alle Fälle, in denen vom betroffenen Beamten ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt und von der Dienststelle gegen den Willen des Beamten durchgesetzt werden kann. Aus der verfassungsrechtlichen Garantie eines **effektiven Rechtsschutzes** durch Art. 19 Abs. 4 GG und der materiellen Grundrechte ergibt sich die Notwendigkeit des isolierten Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen. Eine weite Auslegung des Begriffs Vollstreckung ist daher grundsätzlich notwendig. Jedenfalls ist die Bejahung der Vollstreckbarkeit in den Fällen zu sehen, in denen die Dienststelle die Befolgung der Anordnung zur amtsärztlichen Untersuchung mit den Mitteln des Disziplinarrechts bewirken kann. Weigert sich der Beamte, der Anordnung Folge zu leisten, so wird die Dienststelle dem Beamten mitteilen, dass er im Fall der weiteren Weigerung ein Dienstvergehen begeht, welches disziplinarrechtliche Folgen für ihn haben wird. Vergleichbar ist die Situation, wenn ein Bürger etwa der Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, nicht nachkommt. Zur Durchsetzung der Verpflichtung kann die Behörde die Anwendung von Zwangsmitteln nach dem VwVG, z.B. der Ersatzvornahme, androhen. Bei-

de Sachverhalte sind in gewisser Weise vergleichbar: Bei weiterer Weigerung droht dem aktiven Beamten die Ahndung durch Disziplinarmaßnahmen, während dem renitenten Bürger die Anwendung des angedrohten Zwangsmittels droht.

Zulässige Klageart gegen Untersuchungsanordnungen ist die allgemeine Leistungsklage. Diese entfaltet keine aufschiebende Wirkung. **535**

Gegen die Untersuchungsanordnung kann selbstständig vor Erlass der Sachentscheidung (hier: der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit) **vorläufiger Rechtsschutz** nach § 123 VwGO bzw. Rechtschutz im Hauptsacheverfahren über die allgemeine Leistungsklage wie bei einer Umsetzung gewährt werden (OVG Lüneburg, 23. Februar 2010 – 5 LB 20/09; VGH Hessen, 23. Februar 1994 – 1 UE 3980/88). **536**

VII. Anderweitige Verwendung

Steht fest, dass der Beamte dauerhaft erkrankt ist bzw. aufgrund der gesundheitlichen Probleme die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, so soll gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 von der Zurruhesetzung abgesehen werden, wenn eine anderweitige Verwendung möglich ist. Im Unterschied dazu normiert § 44 Abs. 1 Satz 3 BBG als „Ist“-Vorschrift die Verpflichtung des Dienstherrn, umfassend eine anderweitige, gesundheitlich adäquate Verwendungsmöglichkeit zu prüfen. Die „Soll“-Vorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 3 BeamStG hat zur Folge, dass eine Versetzung in den Ruhestand dann zu unterlassen ist, wenn der Beamte anderweitig verwendbar ist. Dies kann auch der Fall sein, wenn eine eingeschränkte dienstliche Einsatzmöglichkeit noch vorhanden ist, so dass eine Teildienstfähigkeit gemäß § 27 BeamStG besteht.

Eine anderweitige Verwendung ist möglich,

- wenn dem Beamten ein anderes Amt derselben Laufbahn übertragen (Abs. 2),
- wenn dem Beamten ein anderes Amt einer anderen Laufbahn übertragen (Abs. 2),
- wenn dem Beamten eine geringerwertige Tätigkeit im Bereich desselben Dienstherrn übertragen werden kann (Abs. 3).

Die zuständigen Dienststellen müssen somit gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 BeamStG im Fall der Dienstunfähigkeit vor einer Versetzung in den Ruhestand zunächst umfassend Möglichkeiten einer anderweitigen Verwendung prüfen. Dazu gehört auch die Verwendung im Rahmen der begrenzten Dienstfähigkeit. Für Gruppen von Beamten können besondere Voraussetzungen für die Dienstunfähigkeit durch Landesrecht geregelt werden. Dazu gehören z. B. Polizeibeamte, für die bisher § 101 BRRG besondere Regelungen für die Polizeidienstunfähigkeit enthielt.

1. Übertragung eines anderen Amts auch in einer anderen Laufbahn

In § 26 Abs. 2 (und 3) BeamStG wurden die Voraussetzungen für eine anderweitige Verwendung vor der Zulässigkeit einer Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit verbindlich geregelt. Auf diese Weise wird **538**

sichergestellt, dass der Ruhestand bei Dienstunfähigkeit immer nur die ultima ratio sein kann. Wie bisher haben Beamte, die nicht die Befähigung für eine andere Laufbahn besitzen, die Verpflichtung, an Maßnahmen zum Erwerb einer neuen Befähigung teilzunehmen. Zur Verdeutlichung, dass es sich hier um Weiterbildung im Sinne beruflicher Qualifizierung handelt, verwendet der Bundesgesetzgeber den Begriff „Qualifizierungsmaßnahme“.

- 539 Der § 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und 3 BeamStG ist Ausdruck des Grundsatzes „Weiterverwendung vor Versorgung“. Ein dienstunfähiger Beamter soll nur dann aus dem aktiven Dienst ausscheiden, wenn er dort nicht mehr eingesetzt werden kann. Die Vorschriften sind Teil der vielfältigen Bemühungen des Bundesgesetzgebers, Pensionierungen vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze so weit wie möglich zu vermeiden. Hierzu gehören auch die Weiterverwendung begrenzt dienstfähiger Beamter nach § 27 BeamStG und die Reaktivierung von Ruhestandbeamten nach § 29 BeamStG. Im Bereich des Versorgungsrechts sollen der Versorgungsschlag gemäß § 14 Abs. 3 BeamVG und die Anrechnung privatwirtschaftlichen Erwerbseinkommens auf die Versorgungsbezüge Frühpensionierungen entgegenwirken (BVerwG, 19. Februar 2004 – 2 C 12.03 – sowie 27. Januar 2005 – 2 C 39.03).
- 540 Da § 26 Abs. 2 BeamStG an die Dienstunfähigkeit nach Abs. 1 anknüpft, kann anderweitige Verwendung im Sinne der Vorschrift nur die Übertragung von Funktionsämtern (Amt im abstrakt-funktionellen und im konkret-funktionellen Sinne) bedeuten, die nicht dem bisherigen statusrechtlichen Amt des dienstunfähigen Beamten zugeordnet sind. Steht nämlich ein diesem Statusamt entsprechender anderer Dienstposten bei der Beschäftigungsbehörde zur Verfügung, fehlt es bereits an der Dienstunfähigkeit im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 3 BeamStG. In diesem Sinne liegt eine anderweitige Verwendung vor, wenn bei seiner Beschäftigungsbehörde ein gesundheitlich adäquater Dienstposten zur Verfügung steht, der einen Einsatz des Beamten trotz seines Krankheitsbildes objektiv zumutbar ermöglicht.
- 541 Für die Übertragung eines anderen Amtes ist nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BeamStG **keine Zustimmung** des Beamten erforderlich, wenn das neue Amt
- im Bereich desselben Dienstherrn ist, d.h. aber nicht, dass es innerhalb derselben Behörde oder Dienststelle sein muss,
 - mit mindestens demselben Grundgehalt verbunden ist wie bisher und
 - zu erwarten ist, dass der Beamte auch in der Lage ist, die gesundheitlichen Anforderungen in dem neuen Amt zu erfüllen.
- 542 Hinsichtlich der Feststellung des Dienstherrn, ob zu erwarten ist, dass der Beamte die gesundheitlichen Anforderungen des neuen Amtes erfüllt, handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Sofern ein schwerbehinderter Beamter die Anforderungen eines nach der Wertigkeit für ihn in Betracht kommenden Dienstpostens gerade aufgrund seiner Behinderung nicht erfüllen kann, folgt aus dem unmittelbar geltenden Benachteiligungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des GG, dass die gesundheitliche Eignung nur verneint werden darf, wenn im Einzelfall **zwingende Gründe** für das Fest-

halten an den allgemeinen Anforderungen sprechen. Es muss daher vom Dienstherrn geprüft werden, ob die dienstlichen Bedürfnisse eine entsprechend eingeschränkte dauerhafte Verwendung des Beamten zwingend ausschließen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Arbeitsplatz mit zumutbarem Aufwand behindertengerecht gestaltet werden kann (BVerwG, 26. März 2009 – 2 C 46.08 – sowie – 2 C 73.08; BVerwG, 21. Juni 2007 – 2 A 6.06). Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. Dezember 2000 (ABl. EG Nr. L 303, S. 16) enthält keine darüber hinausgehenden Anforderungen (vgl. EuGH, 11. Juli 2007 – Rs. C-13/05 – NZA 2006, 839 (841)).

Beamte, die nicht die Befähigung für die andere Laufbahn besitzen, haben an **Qualifizierungsmaßnahmen** für den Erwerb der neuen Befähigung teilzunehmen. Auch die **Verpflichtung zur Qualifizierung** beruht auf dem in § 26 und § 27 BeamStG insgesamt zum Ausdruck kommenden Grundsatz „aktive Weiterverwendung vor Versorgung“. Der Beamte ist verpflichtet, diejenige Befähigung zu erwerben, die er für eine Verwendung in der neuen Laufbahn benötigt.

543

Die Qualifizierungsmaßnahmen können praktische und theoretische Unterweisungen einschließen, die z.B. in der Teilnahme an einem Vorbereitungsdienst erfüllt werden können und in der Regel mit einer Laufbahnprüfung abschließen.

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG kann der Bund keine Regelungen zu den Laufbahnen treffen. Insoweit knüpft § 26 Abs. 2 Satz 3 BeamStG lediglich an eine landesrechtliche Laufbahnbestimmung an.

2. Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit

§ 26 Abs. 3 BeamStG sieht als weitere Möglichkeit der anderweitigen Verwendung vor, dass dem Beamten eine **geringerwertige Tätigkeit übertragen** wird, wobei das bisherige Amt beibehalten wird. Das umfasst aber kein Amt mit geringerem Endgrundgehalt. Erfolgt die Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit im Bereich desselben Dienstherrn, so ist auch für diese Verwendung die Zustimmung des Beamten nicht erforderlich. Voraussetzung hierfür ist, dass keine andere Verwendung im Sinne des Abs. 2 möglich ist und dass die neue Aufgabe unter Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit für den Beamten zumutbar ist.

544

Da die Norm nur zur Übertragung eines geringerwertigen abstrakt- und konkret-funktionellen Amts ermächtigt, darf der Dienstherr dem Beamten kein anderes Amt mit geringerem Endgrundgehalt übertragen. Im Unterschied zu § 29 Abs. 2 Satz 3 BRRG verlangt die Regelung in § 26 Abs. 3 BeamStG nicht mehr, dass dem Beamten eine geringerwertige Tätigkeit „innerhalb seiner Laufbahngruppe“ übertragen werden muss.

Ein **unterwertiger Einsatz von Beamten** sieht das Beamtenrecht nur ausnahmsweise vor. So kann ein Beamter gemäß § 14 Abs. 2 und Abs. 3 BeamStG vorübergehend unter Beibehaltung seines Amtes unterwertig eingesetzt werden. Der Zustimmung des Beamten bedarf es nur, wenn die Abordnung die Dauer von fünf Jahren übersteigt. Im Unterschied hierzu sieht § 26 Abs. 3 BeamStG zur Vermeidung der Verset-

545

zung in den Ruhestand grundsätzlich die dauerhafte Übertragung einer unterwertigen Tätigkeit vor. Jedenfalls ist der Beamte so lange zur Wahrnehmung dieser unterwertigen Tätigkeit verpflichtet, bis sein Gesundheitszustand die Übertragung einer amtsangemessenen Beschäftigung rechtfertigt. In diesem Fall muss jedoch auch eine entsprechende Stelle für ihn verfügbar sein.



Im Rahmen der Überprüfung der Zumutbarkeit müssen auch die Vorbildung und die bisherigen Tätigkeiten des Beamten berücksichtigt werden.

546 Ein Beamter hat einen Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung. Dieser Anspruch folgt als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtenstums aus Art. 33 Abs. 5 GG (vgl. BVerfG, 3. Juli 1985 – 2 BvL 16/8; BVerwGE 98, 334). Dieser Grundsatz besagt, dass Beamte, die Inhaber eines Amts im statusrechtlichen Sinne sind, vom Dienstherrn verlangen können, dass ihnen Funktionsämter, nämlich ein abstrakt-funktionelles Amt und ein konkret-funktionelles Amt, übertragen werden, deren Wertigkeit ihrem Amt im statusrechtlichen Sinn entspricht. Damit wird dem Beamten zwar kein Recht auf unveränderte oder ungeschmälerte Ausübung eines bestimmten Amtes im funktionellen Sinn gewährt. Er muss vielmehr Änderungen seines abstrakten und konkreten Aufgabenbereichs nach Maßgabe seines statusrechtlichen Amtes hinnehmen. Bei jeder sachlich begründbaren Änderung der dem Beamten übertragenen Funktionsämter muss ihm jedoch stets ein amtsangemessener Tätigkeitsbereich verbleiben. Ohne seine Zustimmung darf dem Beamten grundsätzlich diese Beschäftigung weder entzogen noch darf er auf Dauer unterwertig beschäftigt werden. Insbesondere darf er nicht aus dem Dienst gedrängt und nicht dadurch, dass ihm Pseudobeschäftigungen zugewiesen werden, zur Untätigkeit im perspektivlosen Zustand genötigt werden (vgl. BVerwG, 7. September 2004 – 1 D 20/03 – juris).

547 Doch dieser Grundsatz findet in **§ 26 Abs. 3 BeamStG** eine Einschränkung. Der Grundsatz der „**aktiven Weiterverwendung vor der Versorgung**“ verlangt nicht nur vom Dienstherrn die konsequente Suche nach einer anderweitigen Verwendung. Sie enthält auch Verpflichtungen für die Beamten, nämlich einer für sie zumutbaren Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit zu leisten. Im Einzelfall kann es daher auch zulässig sein, dass die geringerwertige Tätigkeit hinsichtlich ihrer Bewertung um zwei Besoldungsgruppen von dem statusrechtlichen Amt abweicht. Der Wortlaut des § 26 Abs. 3 BeamStG lässt es auch zu, dass die geringerwertige Tätigkeit von ihrer Wertung her der niedrigeren Laufbahngruppe entspricht. So ist jedenfalls ein unterwertiger Einsatz im **Endamt** der niedrigeren Laufbahngruppe zulässig.

VIII. Rechtsschutz

548 Soweit statthaft, kann der Beamte gegen die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit Widerspruch erheben. Die zulässige Klageart ist

die Anfechtungsklage. Sofern der Dienstherr die **sofortige Vollziehung** der Versetzungsverfügung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet hat, verbleibt dem Beamten die Möglichkeit, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs bzw. seiner Anfechtungsklage gemäß § 80 Abs. 5 VwGO bei dem für ihn zuständigen Verwaltungsgericht zu beantragen.

Bei dem Begriff „Dienstunfähigkeit“ handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**, der von dem Verwaltungsgericht in vollem Umfang zu überprüfen ist.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist es Sache des Dienstherrn, schlüssig darzulegen, dass er bei der Suche nach einer anderweitigen Verwendung für den dienstunfähigen Beamten die Vorgaben des § 26 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und 3 BeamtStG 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 zu Lasten des Dienstherrn, wenn nicht aufgeklärt werden kann, ob die Suche den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hat (vgl. BVerwG, 17. August 2005 – BVerwG 2 C 37.04).

Die oben genannten Vorschriften begründen die Pflicht des Dienstherrn, nach einer anderweitigen Verwendung für den dienstunfähigen Beamten 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.

Die Suche nach einer entsprechenden anderweitigen Verwendung hat den gesamten **Geschäftsbereich des Dienstherrn** zu erfassen. Zum Bereich des Dienstherrn gehören alle Bereiche seiner Verwaltung und damit auch solche, in denen eine über die Anforderungen des § 26 Abs. 1 BeamtStG hinausgehende Dienstunfähigkeit nicht erforderlich ist. Für diesen Umfang der Suchpflicht spricht auch, dass dem 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 § 26 BBG nicht herleiten.

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 Betracht, dass § 26 Abs. 2 BeamtStG zur Vermeidung von Frühpensionierungen auch die Weiterverwendung in Ämtern einer anderen Laufbahn vorsieht. Die dafür erforderliche Laufbahnbefähigung kann der Beamte oftmals erst nach einer längeren Unterweisungszeit erwerben. Sie gibt den zeitlichen Rahmen vor, in dem sich eine Verwendungsmöglichkeit eröffnen muss.

549

550

551

552

Allerdings begründet § 26 BeamtStG keine Verpflichtung des Dienstherrn, personelle oder organisatorische Änderungen vorzunehmen, um eine Weiterverwendung zu ermöglichen. Es liegt allein 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 (vgl. BVerwG, 23. September 2004 – 2 C 37.03, BVerwGE 122, 53 (56); BVerwG, 26. März 2009 – 2 C 73.08).