



16.03.2023

## Wichtige neue Entscheidung

### Beamtenrecht: Zum Schadensersatz wegen verzögerter Reaktivierung eines wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzten Beamten

§ 29, § 54 Abs. 1 BeamtStG, § 40 Abs. 2 Satz 2, § 75 Satz 2 VwGO, § 839 Abs. 3 BGB

Ruhestandsversetzung wegen Dienstunfähigkeit  
Wiederherstellung der Dienstfähigkeit  
Reaktivierung in das aktive Beamtenverhältnis  
Verzögerung der Reaktivierung  
Schriftformerfordernis für den Reaktivierungsantrag (verneint)  
Angemessene Dauer eines Reaktivierungsverfahrens  
Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch  
Nichtgebrauch von Rechtsmitteln zur Schadensminderung  
Effektivität und Zumutbarkeit von Rechtsmitteln (verneint)  
Vertretenmüssen der Pflichtverletzung des Dienstherrn (verneint wegen bisher ungeklärter Rechtslage)

*Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15.11.2022, Az. 2 C 4.21*

### Leitsätze:

1. Der Antrag eines Ruhestandsbeamten auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis nach § 29 Abs. 1 BeamtStG bedarf nicht der Schriftform.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA\_Bayern) eingestellt.

2. Der Dienstherr darf die erneute Berufung in das aktive Beamtenverhältnis nicht so lange hinauszögern, bis ein passender Dienstposten zugewiesen werden kann. Zwingende dienstliche Gründe stehen dem Reaktivierungsantrag nur entgegen, wenn der Dienstherr für den Ruhestandsbeamten keinen zumutbaren Aufgabebereich einrichten kann.
3. Für die Bestimmung der angemessenen Bearbeitungsdauer eines Reaktivierungsantrags kann nicht auf die in § 75 VwGO enthaltenen Fristen zurückgegriffen werden.

Hinweise:

- I. Mit der vorliegenden Entscheidung entwickelt das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) seine Rechtsprechung zur Reaktivierung wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig zur Ruhe gesetzter Beamter fort und präzisiert dabei insbesondere, dass die Reaktivierung auf Antrag des Beamten nicht mit der Zuweisung eines Dienstpostens verknüpft ist, eine erneute Berufung in das aktive Beamtenverhältnis also nicht bis zu dem Zeitpunkt hinausgezögert werden kann, zu dem ein passender Dienstposten konkret zur Verfügung steht.

Im hier entschiedenen Fall beehrte der Kläger Schadensersatz wegen verspäteter Reaktivierung in das aktive Beamtenverhältnis (gerichtet auf Ersatz der Differenz zwischen Ruhestandsbezügen und Besoldung im aktiven Dienst für den Verspätungszeitraum). Er war im Jahr 2014 wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt worden. Nach einer vom Dienstherrn veranlassten amtsärztlichen Untersuchung wurde am 17.07.2015 die volle Wiederherstellung seiner Dienstfähigkeit festgestellt. Der Kläger bat danach wiederholt um Abstimmung etwaiger Einsatzmöglichkeiten und bekundete im August 2015 auch sein Interesse an einer konkret ausgeschriebenen Stelle. Der Beklagte teilte dem Kläger jedoch erst mit Schreiben vom 05.01.2016 mit, nun eine passende Einsatzschule gefunden zu haben, und berief ihn erst zum 05.02.2015 erneut in das aktive Beamtenverhältnis.

- II. In seinem Revisionsurteil stellt das BVerwG zwar fest, dass der Beklagte dem nach § 29 Abs. 1 BeamStG bestehenden Reaktivierungsanspruch des Klägers nicht in angemessener Frist nachgekommen ist, verneint aber ein Verschulden des Beklagten, weil dessen (bisherige) Verwaltungspraxis, zunächst einen geeigneten Dienstposten zu suchen und die Reaktivierung erst zeitgleich mit der Zuweisung des neuen Aufgabengebiets ins Werk zu setzen, im Zeitpunkt der Bearbeitung des Reaktivierungsantrags wegen bisher insoweit unklarer Rechtslage vertretbar war.

Das BVerwG geht dabei von folgenden grundsätzlichen Erwägungen aus:

1. Nach § 29 Abs. 1 BeamStG hat der Dienstherr dem Antrag eines wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzten Beamten auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis zu entsprechen, wenn die Dienstfähigkeit wiederhergestellt ist und der Reaktivierung keine zwingenden dienstlichen Gründe entgegenstehen. Mit dem Antrag des Ruhestandsbeamten wandelt sich das gemäß § 29 Abs. 2 BeamStG an sich in das Ermessen des Dienstherrn gestellte Reaktivierungsverfahren in ein gebundenes Entscheidungsverfahren. Bezugspunkt hierfür ist die begehrte Berufung in das Beamtenverhältnis und damit das außenwirksame Statusverhältnis des vorzeitig zur Ruhe gesetzten Beamten. Maßgeblich ist nach Ansicht des BVerwG deshalb nicht, ob ein für den Beamten „passender“ Dienstposten zur Verfügung steht. Die Zuweisung einer Dienststelle und die konkrete Aufgabenzuweisung seien vielmehr der Statusentscheidung nachfolgende Organisationsentscheidungen. Die für die Reaktivierung zuständige Behörde habe nur festzustellen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Dienstfähigkeit des Ruhestandsbeamten wiederhergestellt ist und ob seiner erneuten Berufung in das aktive Beamtenverhältnis zwingende dienstliche Gründe im Sinn des § 29 Abs. 1 BeamStG entgegenstehen (S. Rn. 12 bis 16).
2. Anders als die Vorinstanz (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg) verneint das BVerwG ein Schriftformerfordernis für den Reaktivierungsantrag. Aspekte der Klarheit, der Beweisbarkeit und der Warnfunktion würden zwar

dafür sprechen. Anders als etwa in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeamtStG für den Entlassungsantrag sehe das Gesetz für den Reaktivierungsantrag aber keine Schriftform vor, so dass eine solche Vorgabe auch nicht durch die Rechtsprechung etabliert werden könne. Dem Vortrag des Klägers, er habe bereits am 21.04.2015 im Rahmen eines Gesprächs mit einer Schulrätin und einer Vertreterin des Personalrats einen entsprechenden Antrag gestellt, hätte daher nachgegangen werden müssen (s. Rn. 17 bis 19).

3. Zwingende dienstliche Gründe im Sinn des § 29 Abs. 1 BeamtStG (auf die sich der Beklagte hier nicht berufen hatte) lagen nach Ansicht des BVerwG nicht vor. Nach den hohen Anforderungen des BVerwG für derartige Gründe (s. Rn. 25) kann sich der Dienstherr nicht darauf berufen, dass ein „passender“, der Wertigkeit des Statusamts entsprechender Dienstposten für den künftigen Einsatz nicht zur Verfügung steht. Maßgeblich sei vielmehr, ob es den Dienstherrn vor nicht mehr hinnehmbare Schwierigkeiten stellt, durch organisatorische Änderungen einen geeigneten Dienstposten zu schaffen, wobei auch die Möglichkeit der Übertragung einer geringerwertigen nach § 29 Abs. 2 Satz 3 BeamtStG zu berücksichtigen sei. Die statusrechtliche Frage der erneuten Berufung in das aktive Beamtenverhältnis sei daher von der Zuweisung eines amtsangemessenen Dienstpostens entkoppelt (s. Rn. 24 bis 27).
4. Entgegen der Vorinstanz könne zur Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer eines Reaktivierungsverfahrens nicht auf die in § 75 VwGO enthaltenen Wertungen zurückgegriffen werden. Die nach § 75 Satz 2 VwGO für die Erhebung einer Untätigkeitsklage grundsätzlich erforderliche Dreimonatsfrist schließe es nicht aus, dass auch ein kürzerer Verzögerungszeitraum zu einem Schadensersatzanspruch des Ruhestandsbeamten führen kann, sofern die sonstigen Voraussetzungen eines entsprechenden Haftungstatbestands erfüllt sind. Denn im Rechtsstaat habe jede Behörde die Amtspflicht, Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und, sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, ungesäumt zu bescheiden. Welche zeitlichen Vorgaben hierfür

gelten, sei anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu bestimmen, deren Würdigung hier ergab, dass die zum 05.02.2016 erfolgte Ernennung des Klägers nach Ansicht des BVerwG verspätet war (s. Rn. 28 bis 32).

5. Der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch war nach Auffassung des BVerwG auch nicht nach § 839 Abs. 3 BGB wegen Nichtinanspruchnahme gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschlossen. Ein Anspruchsverlust in entsprechender Anwendung dieser Norm trete nämlich nur durch den Nichtgebrauch von zumutbaren und erfolgversprechenden Rechtsmitteln ein. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hätten dem Kläger zur Durchsetzung seines Begehrens hier aber keine effektiven und zumutbaren Rechtsbehelfe zur Verfügung gestanden (wird in Rn. 35 und 36 ausgeführt).
  
6. Nach Ansicht des BVerwG hat der Beklagte die Pflichtverletzung der verspäteten Reaktivierung des Klägers jedoch nicht zu vertreten. Im Zeitpunkt der Bearbeitung des vorliegenden Antrags sei die Rechtslage im Hinblick auf die im Rahmen eines Reaktivierungsantrags nach § 29 Abs. 1 BeamStG anzustellenden Prüfschritte und die hierfür angemessene Bearbeitungsdauer noch nicht geklärt gewesen. Denn in der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.08.2008, Az. 2 C 41.07, juris und Urteil vom 25.06.2009, Az. 2 C 68.08, juris) seien zu der Frage, ob der Dienstherr zur erneuten Berufung in das Beamtenverhältnis erst dann verpflichtet ist, wenn er einen für die künftige Verwendung passenden Dienstposten gefunden hat, keine Ausführungen enthalten. Die Entkoppelung der statusrechtlichen Berufung in das Beamtenverhältnis von der nachfolgenden Aufgabenzuweisung sei damit (bisher) nicht in eindeutiger Weise markiert gewesen, zumal in der einschlägigen Kommentarliteratur teilweise Gegenteiliges vertreten wird. Die eingangs genannte Verwaltungspraxis des Beklagten und die sich daraus ergebende Verzögerung habe daher im Zeitpunkt der Bearbeitung des Reaktivierungsantrags auch bei gewissenhafter Prüfung vertreten werden können, so dass den Beklagten kein Fahrlässigkeitsvorwurf treffe (s. Rn. 38 bis 41).

III. Aus Sicht der Landesadvokatur Bayern ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob der Dienstherr eine vom Ruhestandsbeamten beantragte Reaktivierung so

lange hinauszögern darf, bis ein passender Dienstposten zugewiesen werden kann, mit der vorliegenden Entscheidung als im verneinenden Sinn geklärt anzusehen ist. Es muss daher damit gerechnet werden, dass die Verwaltungsgerichte künftige Verspätungsschäden, die aus einer dieser Maßgabe widersprechenden Reaktivierungspraxis entstehen, als schuldhaft einstufen.

Dr. Martić  
Oberlandesanwalt



Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 2 C 4.21  
4 B 10.19

Verkündet  
am 15. November 2022

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2022  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden und Dr. Hartung,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel sowie  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hissnauer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. April 2021 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen verspäteter Reaktivierung in das aktive Beamtenverhältnis.
  
- 2 Der 1956 geborene Kläger stand – seit 2001 als Studiendirektor (Besoldungsgruppe A 15 LBesG BE mit Amtszulage) – im Dienst des beklagten Landes. Er ist Lehrer für Fachkunde, Fachrechnen, Fachzeichnen und Sozialkunde und war zuletzt als stellvertretender Schulleiter an einer Berufsschule eingesetzt. Seit 2011 ist der Kläger als schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. Im Jahr 2014 versetzte ihn der Beklagte wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand. Nach einer vom Dienstherrn veranlassten amtsärztlichen Untersuchung stellte der Beklagte am 17. Juli 2015 die volle Wiederherstellung der Dienstfähigkeit des Klägers fest. Der Kläger bat wiederholt um Abstimmung

etwaiger Einsatzmöglichkeiten und bekundete mit Schreiben vom 5. August 2015 sein Interesse an einer ausgeschriebenen Stelle als Oberschulrat. Mit Schreiben vom 5. Januar 2016 teilte der Beklagte mit, eine passende Einsatzschule sei nun gefunden, und wies den Kläger darauf hin, dass die für eine Ernennung erforderlichen Beteiligungsverfahren noch etwa drei bis vier Wochen in Anspruch nehmen werden. Zum 5. Februar 2015 berief der Beklagte den Kläger erneut in das aktive Beamtenverhältnis.

- 3 Im März 2016 forderte der Kläger Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen seinen Ruhestandsbezügen und der im aktiven Dienst gewährten Besoldung für den Zeitraum zwischen amtsärztlicher Feststellung und erneuter Berufung in das aktive Beamtenverhältnis. Der Beklagte lehnte den Antrag ab; Widerspruch, Klage und Berufung hiergegen sind erfolglos geblieben.
- 4 Das Oberverwaltungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Bearbeitungsfrist für das Reaktivierungsverfahren habe erst mit Zugang des Schreibens vom 5. August 2015 begonnen, weil nur ein schriftlicher Antrag das Reaktivierungsbegehren in Lauf setze. Für die Bestimmung der zulässigen Bearbeitungszeit könne – sofern wie hier keine Besonderheiten vorlägen – die Dreimonatsfrist aus § 75 VwGO als Orientierung herangezogen werden. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers sei gleichwohl ausgeschlossen, weil er es versäumt habe, den Schaden durch die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes abzuwenden.
- 5 Mit der bereits vom Berufungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter und beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. April 2021 und des Verwaltungsgerichts Berlin vom 14. Juni 2019 sowie den Bescheid der Senatsverwaltung für Jugend, Bildung und Wissenschaft vom 27. April 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Oktober 2016 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 18 796,87 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29. März 2016 zu zahlen.

- 6 Der Beklagte verteidigt das angefochtene Berufungsurteil und beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

## II

- 7 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Das Berufungsurteil verletzt zwar revisibles Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), stellt sich im Ergebnis aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 8 Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch (1.), dessen Voraussetzungen das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedarf der Antrag auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis nach § 29 Abs. 1 BeamtStG i. V. m. § 44 Abs. 2 LBG BE zwar keiner Schriftform. Die für die Bearbeitung angemessene Zeitdauer kann auch nicht anhand der Vorgaben aus § 75 VwGO bemessen werden. Die für die Annahme eines beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs erforderliche Pflichtverletzung hat das Berufungsgericht im Ergebnis aber gleichwohl zu Recht bejaht (2.). Dem Kläger kann auch nicht vorgehalten werden, gerichtlichen Eilrechtsschutz zur Durchsetzung seines Primäranspruchs nicht in Anspruch genommen zu haben (3.). Ein Schadensersatzanspruch besteht im Ergebnis aber nicht, weil es an einem Verschulden der den Antrag bearbeitenden Bediensteten des Beklagten fehlt (4.).
- 9 1. Das Rechtsinstitut des beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - BVerwGE 162, 253 Rn. 9 m. w. N.). Es findet seinen Rechtsgrund im Beamtenverhältnis und begründet einen unmittelbar gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruch für Schäden, die aus einer Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Pflichten entstehen. Als im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelndes und insofern "quasi-vertragliches" Institut gewährleistet der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch Sekundärrechtsschutz für Pflichtverletzungen aus dem Beamtenverhältnis, wie dies § 280 Abs. 1 BGB für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht (vgl. zur Bezugnahme auf die

Grundsätze der positiven Vertragsverletzung auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBl 2010, 303 Rn. 9). Voraussetzung hierfür ist, dass der Dienstherr eine dem Beamten gegenüber bestehende Pflicht schuldhaft verletzt hat, die Rechtsverletzung adäquat kausal für den Schadenseintritt war und der Beamte es nicht unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines ihm zumutbaren Rechtsmittels abzuwenden (vgl. für die Verletzung des Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG zuletzt etwa BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 18 m. w. N.).

- 10 Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat (vgl. im Übrigen § 17a Abs. 5 GVG), ist auch für diese Klage aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (§ 40 Abs. 2 Satz 2 VwGO i. V. m. § 54 Abs. 1 BeamStG). Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger sein Begehren ursprünglich nicht ausdrücklich auf beamtenrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt hat. Für das gegen den Dienstherrn gerichtete Begehren auf Zahlung von Schadensersatz wegen verspäteter Reaktivierung ist eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben, sodass eine Verweisung des Rechtsstreits nicht in Betracht kommt (§ 17a Abs. 2 Satz 1 GVG). Ob das Begehren auch auf Ansprüche aus Amtshaftung gestützt werden könnte (zweifelnd bereits BVerwG, Urteil vom 24. August 1961 - 2 C 165.59 - BVerwGE 13, 17 <25>), auf die sich die Prüfung der Verwaltungsgerichte nicht erstreckt (§ 17a Abs. 2 Satz 2 GVG), ist hierfür ohne Belang.
- 11 2. Die für die Annahme eines beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs erforderliche Pflichtverletzung hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht bejaht. Der Kläger hat einen Anspruch auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis (a), dem der Beklagte nicht in angemessener Zeit nachgekommen ist (b).
- 12 a) Nach § 29 Abs. 1 BeamStG hat der Dienstherr dem Antrag eines wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzten Beamten auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis zu entsprechen, wenn die Dienstfähigkeit wiederhergestellt ist und der Reaktivierung keine zwingenden dienstlichen Gründe entgegenstehen.

- 13 aa) Bereits der Wortlaut der Vorschrift macht deutlich, dass mit der Reaktivierung – ebenso wie durch die vorangegangene Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit (vgl. zum wechselseitigen Bezug der Regelungen BVerwG, Urteil vom 26. März 2009 - 2 C 73.08 - BVerwGE 133, 297 Rn. 20) –, das Statusverhältnis des Beamten betroffen ist. Durch die Berufung in das aktive Beamtenverhältnis wird die außenwirksame Rechtsstellung des Ruhestandsbeamten gestaltet und seine Rechts- und Pflichtenstellung verändert.
- 14 Aufgrund des gesetzlichen Anspruchs obliegt die Entscheidung darüber, ob ein Amt vergeben werden soll, nicht der Organisationsgewalt des Dienstherrn (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 35). Dementsprechend hat der Dienstherr auch die haushaltsrechtlichen Grundlagen der Ernennung – die Zurverfügungstellung einer besetzbaren Planstelle (vgl. hierzu § 49 Abs. 1 Satz 3 LHO BE) – nötigenfalls zu schaffen (BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2009 - 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 18 m. w. N.). Der Dienstherr kann dem Anspruch des zu reaktivierenden Beamten auch keine Erwägungen des Auswahlermessens entgegensetzen (BVerwG, Urteil vom 13. August 2008 - 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 11).
- 15 Aus dem Umstand, dass der Antrag – unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen – auch versagt werden kann, folgt aber auch, dass nicht bereits die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit unmittelbar und automatisch zum Bestehen eines Reaktivierungsanspruchs führt. Vielmehr begründet der Antrag des Beamten ein Verwaltungsverfahren, an dessen Abschluss die Entscheidung über die begehrte erneute Berufung in das aktive Beamtenverhältnis steht. Mit dem Antrag des Ruhestandsbeamten wandelt sich das gemäß § 29 Abs. 2 BeamStG ins Ermessen des Dienstherrn gestellte Reaktivierungsverfahren in ein gebundenes Entscheidungsverfahren (BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2009 - 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 9). Bezugspunkt hierfür ist die begehrte Berufung in das Beamtenverhältnis und damit das außenwirksame Statusverhältnis des vorzeitig zur Ruhe gesetzten Beamten (BVerwG, Urteil vom 13. August 2008 - 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 11). Maßgeblich ist deshalb nicht, ob ein für den Beamten "passender" Dienstposten zur

Verfügung steht, die Zuweisung einer Dienststelle und die konkrete Aufgabenzuweisung sind vielmehr der Statusentscheidung nachfolgende Organisationsentscheidungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. August 2008 - 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 12).

- 16 Die zuständige Behörde hat nur festzustellen, ob und ggf. in welchem Umfang die Dienstfähigkeit des Ruhestandsbeamten wiederhergestellt ist und ob seiner erneuten Berufung in das aktive Beamtenverhältnis zwingende dienstliche Gründe i. S. v. § 29 Abs. 1 BeamtStG entgegenstehen.
- 17 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann § 29 Abs. 1 BeamtStG i. V. m. § 44 Abs. 2 LBG BE ein Schriftformerfordernis für den Antrag auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis nicht entnommen werden.
- 18 Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, sprächen Aspekte der Klarheit und Beweisbarkeit zwar für das Erfordernis einer Schriftform für den Antrag auf erneute Berufung in das Beamtenverhältnis; entsprechendes mag für Gesichtspunkte der Warnfunktion – also die die vom Berufungsgericht geforderte Dokumentation der Ernsthaftigkeit des Reaktivierungswillens – gelten (vgl. hierzu Spitzlei, in: Fürst, GKÖD Bd. I, Dezember 2021, BBG § 46 Rn. 13; Hebler, in: Battis, BBG, 6. Aufl. 2022, § 46 Rn. 9; Loebel, RiA 1999, 19 <30> oder Nokiel/Jasper, ZTR 2001, 193 <195>). Anders als etwa in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeamtStG für den Entlassungsantrag sieht das Gesetz eine entsprechende Beschränkung indes nicht vor. Die Vorgabe kann daher auch nicht durch die Rechtsprechung etabliert werden.
- 19 Dem Vortrag des Klägers, er habe bereits am 21. Mai 2015 im Rahmen eines Gesprächs mit der Schulrätin V. und der Vertreterin des Personalrats B. einen entsprechenden Antrag gestellt, hätte daher nachgegangen werden müssen. Einer Zurückverweisung der Sache zur Beweiserhebung bedarf es gleichwohl nicht, weil der Anspruch des Klägers aus anderen Gründen scheitert und die Entscheidung des Berufungsgerichts daher im Ergebnis richtig ist (vgl. § 144 Abs. 4 VwGO).

- 20 cc) Nach den tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil hat der Beklagte die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit des Klägers durch den mit Eingang des amtsärztlichen Gutachtens am 17. Juli 2015 auf diesem angebrachten Vermerk "Reaktivierung! Bitte Stellungnahme Schulaufsicht einholen! Einsatz!" festgestellt. Verfahrensrügen hiergegen sind nicht erhoben worden.
- 21 Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, oblag es dem Beklagten, die ärztlichen Feststellungen aus dem Gutachten des Amtsarztes vom 15. Juli 2015 in rechtlicher Hinsicht zu bewerten und die Feststellung zu treffen, ob und inwieweit die Dienstfähigkeit des Klägers wiederhergestellt ist. Denn die Verantwortung zur Feststellung der Dienstfähigkeit liegt bei der Behörde (BVerwG, Beschluss vom 6. März 2012 - 2 A 5.10 - juris Rn. 2).
- 22 Zur Beurteilung der Dienstfähigkeit müssen die gesundheitsbedingten Leistungsbeeinträchtigungen festgestellt und deren prognostische Entwicklung bewertet werden. Diese Beurteilungsvorgänge erfordern in aller Regel besondere medizinische Sachkunde, über die nur ein Arzt verfügt. Dementsprechend sieht § 29 Abs. 5 Satz 1 BeamStG die Verpflichtung des Beamten vor, sich nach Weisung der zuständigen Behörde ärztlich untersuchen zu lassen. Die Notwendigkeit, einen Arzt hinzuzuziehen, bedeutet aber nicht, dass diesem die Entscheidungsverantwortung für die Beurteilung der Dienstfähigkeit übertragen werden darf. Vielmehr wird der Arzt als Sachverständiger tätig, auf dessen Hilfe der Dienstherr angewiesen ist, um die notwendigen Feststellungen treffen zu können. Der Dienstherr muss die ärztlichen Befunde und Schlussfolgerungen nachvollziehen und sich auf ihrer Grundlage ein eigenes Urteil bilden. Dies gilt insbesondere für die Feststellung, welche Folgen sich aus den ärztlich festgestellten Leistungseinschränkungen für die amtsbezogenen Dienstpflichten ergeben (BVerwG, Urteil vom 5. Juni 2014 - 2 C 22.13 - BVerwGE 150, 1 Rn. 18 m. w. N.). Welche Anforderungen an die Erfüllung der jeweiligen Dienstpflichten zu stellen sind, legt der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt fest. Diese Vorgaben bilden den Maßstab, an dem die Leistungsfähigkeit zu messen ist (BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 - BVerwGE 147, 244 Rn. 12 m. w. N.). Auf dieser Grundlage muss festgestellt werden, ob und ggf. für welche Verwendungen der Beamte wiedereingesetzt werden kann.

- 23 Diesen Maßgaben dürfte die Feststellung der Wiederherstellung einer uneingeschränkten Dienstfähigkeit durch den Beklagten nicht entsprochen haben; dieser ging vielmehr offenbar von einer Entscheidungsbefugnis des Amtsarztes aus. Aus dem ärztlichen Gutachten vom 15. Juli 2015 konnte der Beklagte die für eine eigenständige Beurteilung erforderlichen Anknüpfungstatsachen jedenfalls nicht entnehmen. Er war damit auch nicht in der Lage, eine der Gesundheit des Klägers möglicherweise abträgliche Reaktivierung zu vermeiden (vgl. VGH München, Beschluss vom 20. Oktober 2014 - 3 ZB 12.529 - juris Rn. 16). Demgemäß war der Kläger bereits im Jahr 2016 wieder für längere Zeit krankgeschrieben und wurde anschließend erneut wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, weil das Oberverwaltungsgericht für den Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO bindend die Wiederherstellung der vollen Dienstfähigkeit des Klägers am 17. Juli 2015 festgestellt hat.
- 24 dd) Auf entgegenstehende zwingende dienstliche Gründe hat sich der Beklagte nicht berufen. Sie liegen auch nicht vor.
- 25 Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats müssen zwingende dienstliche Gründe im Sinne des § 29 Abs. 1 BeamStG von solchem Gewicht sein, dass die Ablehnung der vom Beamten begehrten Wiederberufung in das aktive Beamtenverhältnis unerlässlich ist, um die sachgerechte Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben sicherzustellen; hierfür müssen mit großer Wahrscheinlichkeit schwerwiegende Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit drohen. Die mit einer Reaktivierung typischerweise verbundenen Gründe, wie etwa die Erhöhung der dadurch verursachten Personalkosten oder die hierdurch bedingten Erfordernisse einer personalwirtschaftlichen Anpassung, reichen nicht (BVerwG, Urteil vom 13. August 2008 - 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 10 und 12).
- 26 Wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat, setzt die erneute Berufung eines Ruhestandsbeamten in das aktive Beamtenverhältnis auch nicht voraus, dass ein "passender", der Wertigkeit des Statusamts entsprechender Dienstposten für den künftigen Einsatz zur Verfügung steht. Maßgeblich ist vielmehr, ob es den Dienstherrn vor nicht mehr hinnehmbare Schwierigkeiten stellt, durch organisatorische Änderungen einen geeigneten Dienstposten zu

schaffen (BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2009 - 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 21).

- 27 Nach § 29 Abs. 2 Satz 3 BeamtStG kann dem erneut ins Beamtenverhältnis berufenen Beamten 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 früheren Tätigkeit zumutbar ist. Die statusrechtliche Frage der erneuten Berufung in das aktive Beamtenverhältnis ist von der Zuweisung eines amtsangemessenen Dienstpostens damit entkoppelt.
- 28 b) Dem damit bestehenden Anspruch des Klägers auf erneute Berufung in das aktive Beamtenverhältnis ist der Beklagte nicht in angemessener Frist nachgekommen.
- 29 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann zur Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer eines Reaktivierungsverfahrens allerdings nicht auf die in § 75 VwGO enthaltenen Wertungen zurückgegriffen werden.
- 30 Die nach § 75 Satz 2 VwGO für die Erhebung einer Untätigkeitsklage grundsätzlich erforderliche Dreimonatsfrist stellt eine Regelung des Prozessrechts dar, nach der – abweichend von der generellen Anordnung aus § 68 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 VwGO und damit "vorzeitig" – unter den dort genannten Voraussetzungen Klage erhoben werden darf. Aus dieser Regelung spezieller Sachurteilsvoraussetzungen lässt sich keine Vorgabe für die angemessene Frist der Bearbeitung eines Reaktivierungsbegehrens nach § 29 Abs. 1 BeamtStG entnehmen. Insbesondere schließt die Vorschrift nicht die Möglichkeit aus, dass auch ein kürzerer Verzögerungszeitraum zu einem Schadensersatzanspruch des Ruhestandsbeamten führen kann, sofern die sonstigen Voraussetzungen eines entsprechenden Haftungstatbestands erfüllt sind (vgl. für Amtshaftungsansprüche BGH, Beschluss vom 23. Januar 1992 - III ZR 191/90 - NVwZ 1993, 299 Rn. 6).
- 31 bb) Im Rechtsstaat hat aber jede Behörde die Amtspflicht, Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und, sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, ungesäumt zu bescheiden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - III ZR

302/05 - BGHZ 170, 260 <266>). Dem entspricht, dass Verwaltungsverfahren nach § 1 Abs. 1 VwVfG BE i. V. m. § 10 Satz 2 VwVfG zügig durchzuführen sind. Welche zeitlichen Vorgaben hierfür gelten, ist anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu bestimmen.

- 32 Nach den hier vom Berufungsgericht festgestellten tatsächlichen Umständen hat der Beklagte weder weiteren Prüfungsbedarf im Hinblick auf die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit gesehen noch der Reaktivierung entgegenstehende zwingende dienstliche Gründe geltend gemacht; auch eine besetzbare Planstelle war offenbar vorhanden. Erforderliche Verfahrensschritte zur erneuten Berufung in das Beamtenverhältnis nach Antragstellung waren damit nur noch etwaige Beteiligungsverfahren sowie organisatorische Fragen der Urkundenerstellung. Der Beklagte selbst hat im Schreiben vom 5. Januar 2016 hierfür eine Frist von drei bis vier Wochen benannt. Die Ernennung erst zum 5. Februar 2016, die auf die Suche nach einem Dienstposten zurückzuführen ist, war damit verspätet.
- 33 3. Der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist auch nicht entsprechend § 839 Abs. 3 BGB wegen der Nichtinanspruchnahme gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschlossen.
- 34 Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt eine Ersatzpflicht nach den Grundsätzen der Amtshaftung nicht ein, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Die Regelung ist als Ausprägung des Mitverschuldensprinzips auch für den beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch anwendbar (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - BVerwGE 162, 253 Rn. 23). In ihr kommt zugleich der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes zum Ausdruck. Bei rechtswidrigem Handeln des Staates ist der Betroffene gehalten, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Abhilfe in Anspruch zu nehmen (kein "dulde und liquidiere"). Ein Anspruchsverlust tritt jedoch nur durch den Nichtgebrauch von zumutbaren und erfolgversprechenden Rechtsmitteln ein (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2019 - III ZR 141/18 - NJW 2020, 1592 Rn. 25).

- 35 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts standen dem Kläger zur Durchsetzung seines Begehrens keine effektiven und zumutbaren Rechtsbehelfe zur Verfügung. Soweit das Berufungsgericht auf die Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes verwiesen hat, wird bereits nicht deutlich, auf welches Rechtschutzziel entsprechende Anträge hätten gerichtet sein sollen. Ein Verfahren "zur Beschleunigung der Reaktivierung" jedenfalls gibt es nicht. Ebenso wenig ist es Aufgabe des vorläufigen Rechtsschutzes, "umstrittene Teilfragen gerichtlich zu klären".
- 36 Der vom Berufungsgericht offenbar angedachte Antrag, im Wege vorläufiger Anordnung nach § 123 VwGO zum Beamten berufen zu werden, kommt nicht in Betracht. Eine derartig "vorläufige" Beamtenernennung kennt das geltende Recht nicht; aufgrund ihrer rechtsgestaltenden Wirkung ist die Ernennung bedingungsfeindlich (BVerwG, Urteil vom 23. April 2015 - 2 C 35.13 - BVerwGE 152, 68 Rn. 10 m. w. N.). Sie wäre jedenfalls für die hier in Rede stehende Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit auch nicht mehr reversibel, weil nach dem Grundsatz der Ämterstabilität eine Ernennung nur unter den gesetzlich geregelten Fällen wieder aufgehoben werden kann (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27). Mit einem entsprechenden Ausspruch wäre daher auch eine Vorwegnahme der Hauptsache verbunden, ohne dass die hierfür erforderlichen Voraussetzungen vorgelegen hätten (vgl. hierzu etwa BVerwG, Beschluss vom 13. August 1999 - 2 VR 1.99 - BVerwGE 109, 258 <261 f.>). Die vom Berufungsgericht schließlich aufgeführten Entscheidungen, in denen es im Wege der einstweiligen Anordnung zur Neube-scheidung verpflichtet hat, betrafen andere Fallkonstellationen; sie hätten den vom Kläger geltend gemachten Verzögerungsschaden im Übrigen nicht abwenden können.
- 37 Die vom Berufungsgericht geforderten Rechtsmittel des vorläufigen Rechtsschutzes wären für den Kläger daher weder effektiv noch zumutbar gewesen. Die Untätigkeitsklage in der Hauptsache hat der Kläger indes – nach mehrfacher vorgerichtlicher Androhung – erhoben.

- 38 4. Der Beklagte hat die Pflichtverletzung jedoch nicht zu vertreten, sodass sich die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis als richtig erweist.
- 39 Zwar muss von den für die Verfahrensbearbeitung zuständigen Bediensteten verlangt werden, dass sie die Sach- und Rechtslage gewissenhaft prüfen, wozu auch die Auswertung der bestehenden Rechtsprechung und Literatur gehört (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - BVerwGE 162, 253 Rn. 19).
- 40 Im Zeitpunkt der Bearbeitung des vorliegenden Antrags war die Rechtslage im Hinblick auf die im Rahmen eines Reaktivierungsantrags nach § 29 Abs. 1 BeamStG anzustellenden Prüfschritte und die hierfür angemessene Bearbeitungsdauer indes noch nicht geklärt. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war zwar entschieden, welche Gesichtspunkte bei der Prüfung "zwingender dienstlicher Gründe" heranzuziehen sind. Da in den damaligen Fallgestaltungen die grundsätzliche Möglichkeit der Zurverfügungstellung eines amtsangemessenen Aufgabenbereichs nicht in Zweifel stand (vgl. BVerwG, Urteile vom 13. August 2008 - 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 13 und vom 25. Juni 2009 - 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 21 f.), waren zu der Frage, ob der Dienstherr zur erneuten Berufung in das Beamtenverhältnis erst dann verpflichtet ist, wenn er einen für die künftige Verwendung passenden Dienstposten gefunden hat, keine Ausführungen enthalten. Die Entkoppelung der statusrechtlichen Berufung in das Beamtenverhältnis von der nachfolgenden Aufgabenzuweisung war damit nicht in eindeutiger Weise markiert. In der einschlägigen Kommentarliteratur wurde – und wird – aber ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass die Reaktivierung mit der Zuweisung eines Dienstpostens verknüpft werden darf (vgl. etwa Knoke, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, § 29 Rn. 22 und 61 in den inhaltlich seit Mai 2014 unveränderten Fassungen).
- 41 Die Praxis des Beklagten, zunächst einen geeigneten Dienstposten zu suchen und die Reaktivierung erst zeitgleich mit der Zuweisung des neuen Aufgabengebiets ins Werk zu setzen – und die sich hieraus ergebende Verzögerung –, konnte im Zeitpunkt der Antragsbearbeitung daher auch bei gewissenhafter

Prüfung vertreten werden, sodass den Beklagten ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht trifft.

42 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Dr. Kenntner

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Hampel

Dr. Hissnauer

### B e s c h l u s s

vom 15. November 2022

Der Wert des Streitgegenstandes für das Revisionsverfahren wird auf 18 796,87 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 52 Abs. 3 Satz 1 GKG).

Dr. Kenntner

Dr. von der Weiden

Dr. Hissnauer