

3 CS 04.2004
M 12 S 04.2409

**Großes
Staatswappen**

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

*** *****

***** ** **** *****

Antragsteller -

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt *** **** *****

***** ** **** *****

gegen

Bundesrepublik Deutschland,

vertreten durch:

***** ***** **

***** ***** *****

***** ** **** *****

- Antragsgegnerin -

wegen

Versetzung

(Antrag nach § 80 Abs 5 VwGO);

hier: Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 5. Juli 2004,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 3. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Thomas,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Appel,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Burger-Veigl

ohne mündliche Verhandlung am 20. August 2004
folgenden

Beschluss:

- I. Unter Aufhebung der Ziff. I und II des Beschlusses des Bayer. Verwaltungsgerichts München vom 5. Juli 2004 wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Versetzungsbescheid der Antragsgegnerin vom 27. Oktober 2003 angeordnet.
- II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen.
- III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Der 1962 geborene Antragsteller ist Fernmeldeobersekretär im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit im Dienst der Antragsgegnerin. Er wurde bisher beim Zentralen Betrieb Bilanzen der Deutschen Telekom AG Bereich C 33 AtNr. 48536 am Dienstort München als Sachbearbeiter DK beschäftigt. Er ist zu 100 v.H. schwerbehindert.

Mit Bescheid vom 27. Oktober 2003 wurde der Antragsteller mit Wirkung ab 1. November 2003 aus dienstlichen Gründen vom Betrieb Bilanzen zum Betrieb Vivento (vormals Personalservice Agentur - PSA -) "umgesetzt". Zur Begründung dieses Bescheids, dem eine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt war, wurde ausgeführt, in seinem bisherigen Betrieb sei der Personalbedarf weggefallen, weshalb der Antragsteller im Rahmen eines Clearing-Verfahrens ausgewählt (identifiziert) und nach Ziff. 5 der Regelung zum Rationalisierungsschutz für Beamte vom Betrieb Bilanzen in

den Betrieb Vivento umgesetzt und dezentral der nächstgelegenen Organisationseinheit dieses Betriebes zugeordnet werde.

Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.

Mit dem am 29. April 2004 beim Bayer. Verwaltungsgericht München eingegangenen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO vom 28. April 2004 beehrte der Antragsteller

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 27. Oktober 2003 anzuordnen.

Mit Beschluss vom 5. Juli 2004 lehnte das Verwaltungsgericht diesen Antrag ab und führte zur Begründung aus:

Es liege eine organisationsrechtliche Versetzung nach § 26 BBG vor, da diese Maßnahme für den Antragsteller mit einem Wechsel der Dienststelle bzw. Organisationseinheit von der Deutschen Telekom AG Zentraler Betrieb Bilanzen zur Vivento verbunden gewesen sei. Zwar gehöre die Zuweisung eines konkreten Amtes im funktionellen Sinne (Dienstposten bei der neuen Dienststelle) grundsätzlich nicht zum Inhalt der Versetzungsverfügung, gleichwohl müsse die Zuweisung eines konkreten amtsangemessenen Aufgabenbereichs bei der neuen Behörde zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Versetzung mit herangezogen und einmal bei der Auslegung des Begriffes "dienstliches Bedürfnis" und zum anderen bei den vom Dienstherrn bei der Versetzung zu treffenden Ermessenserwägungen berücksichtigt werden. Bei der Prüfung des dienstlichen Bedürfnisses sowie des Ermessens sei ein umso strengerer Maßstab anzulegen, je weniger dem Anspruch des versetzten Beamten auf amtsgemäße Verwendung Rechnung getragen werde. Wie der Fall des Antragstellers zeige, werde der zur Vivento versetzte oder dieser Organisationseinheit zugewiesene Beamte mangels entsprechender Aufgaben dieser neuen Organisationseinheit faktisch zunächst "arbeitslos".

Ungeachtet dessen sei jedoch ein dienstliches Bedürfnis für die Versetzung zur Vivento anzuerkennen. Ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Verwaltung sei hierbei insoweit anzuerkennen, als das dienstliche Bedürfnis maßgeblich durch organisatorische oder verwaltungspolitische Entscheidungen geprägt sei. Ein dienstli-

ches Bedürfnis liege auch vor, wenn bei der bisherigen Dienststelle etwa infolge von Arbeitsrückgang ein geringerer Personalbedarf bestehe. Dies sei hier der Fall. Nach den glaubhaften Darlegungen der Antragsgegnerin seien im Bereich Zahlungsverkehr (Zahlungseingang) in München, bei dem der Antragsteller beschäftigt gewesen sei, sieben Arbeitsposten weggefallen. Organisatorische Änderungen, die dazu geführt hätten, könne der Antragsteller nicht gerichtlich nachprüfen lassen. Der Annahme eines dienstlichen Bedürfnisses stehe nicht entgegen, dass ein dem statusrechtlichen Amt entsprechendes Tätigkeitsfeld bei der Vivento nicht existiere. Diese Einrichtung fungiere vielmehr als Qualifizierungs- und Vermittlungseinheit sowie Leiharbeitsfirma, die die Aufgabe habe, die berufliche Wiedereingliederung u.a. auch "arbeitslos" gewordener Beamter zu erreichen und diese für eine (dauerhafte) amtsangemessene Tätigkeit bei einer anderen Dienststelle zu qualifizieren und zu vermitteln. Mit Blick auf die hohe Anzahl der durch die Vivento zu vermittelnden Arbeitnehmer und Beamten im Rahmen der noch andauernden Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation sei es - auch im Sinne der Fürsorgepflicht gegenüber den Beamten - nicht zu beanstanden, wenn ihnen bei der neuen Einheit nicht (sofort) ein ihrem statusrechtlichen Amt entsprechender konkret funktioneller Dienstposten (zur amtsangemessenen Beschäftigung) zugewiesen werde, sondern dort eine Weiterqualifizierung und (spätere) Vermittlung einer dauerhaften amtsangemessenen Einsatzmöglichkeit stattfinde. Zwar habe der Antragsteller unwidersprochen vorgetragen, er sei derzeit noch beschäftigungslos; hieraus sei jedoch nicht ersichtlich, dass die der Vivento zugewiesene Aufgabe, den Antragsteller weiter zu qualifizieren und zu vermitteln, schlechthin nicht zu bewältigen sei. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die berufliche Wiedereingliederung (auch) des Antragstellers über Zeitarbeitsverhältnisse bzw. Weiterqualifizierungsmaßnahmen nicht ernsthaft betrieben werde.

Sei hiernach ein dienstliches Bedürfnis gegeben, entscheide der Dienstherr nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wie er von seiner Versetzungsbefugnis Gebrauch mache. Hierbei stünden primär die dienstlichen Belange im Vordergrund; persönliche Bedürfnisse und Gründe des Antragstellers seien nur bedingt zu berücksichtigen. Dabei könnten regelmäßig nur ganz schwerwiegende persönliche Gründe oder außergewöhnliche Härten eine im dienstlichen Interesse angeordnete Versetzung als gesetzwidrig, insbesondere fürsorgepflichtwidrig erscheinen lassen. Gemessen an diesen Maßstäben weise die streitgegenständliche Versetzungsverfügung keine Ermessensfehler auf. Die Antragsgegnerin habe auch die Auswahlkriterien des Tarifvertrags Rationalisierungsschutz (TV ratio) anwenden dürfen. Die Schwerbehinderung des

Antragstellers sei bei ihrer Ermessensentscheidung durch Erhöhung der "Sozialpunkte" berücksichtigt und damit in dem rechtlich gebotenen Maße beachtet worden.

Dem Umstand, dass der Beamte durch seine Versetzung zur Vivento faktisch (vorübergehend) "arbeitslos" werde, komme keine das Ermessen des Dienstherrn entscheidend einschränkende Bedeutung zu. Zwar habe der Beamte grundsätzlich einen Anspruch auf amtsgemäße Beschäftigung. Unter Berücksichtigung der nach wie vor andauernden Strukturreform im Telekommunikationswesen sowie der Wertung des Gesetzgebers in § 26 Abs. 2 Satz 2 BBG und § 6 PostPersRG, wonach ein Beamter vorübergehend (auch) auf einen anderen Dienstposten von geringerer Bewertung unter Belassung seiner Amtsbezeichnung und seiner Dienstbezüge verwendet werden könne, sei es bei Vorliegen gewichtiger dienstlicher Gründe vom Beamten hinzunehmen, zu einer Qualifizierungs- und Vermittlungseinheit versetzt zu werden, um von dort eine amtsangemessene berufliche Wiedereingliederung zu erlangen. Die Versetzungsverfügung vom 27. Oktober 2003 sei auch formell rechtmäßig ergangen. Der Antragsteller sei ausreichend angehört worden.

Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt, mit der er sein erstinstanzliches Antragsbegehren weiter verfolgt.

Zur Begründung macht er geltend, ein dienstliches Bedürfnis müsse gerade für die Versetzung des Antragstellers vorliegen, ein "allgemeines" dienstliches Bedürfnis der Versetzung "irgend eines" Beamten genüge nicht. Auch die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Ermessensprüfung sei unzureichend. Ein "TV ratio" könne nicht die Rechtstellung des Antragstellers als Beamter beeinträchtigen. Im Dunkeln blieben insbesondere die Kriterien Alterskategorien, "ausreichende" Berücksichtigung der Schwerbehinderung, "schwerwiegende Gründe", die angeblich für eine andere "Kraft" gelten sollten und schließlich die "abschließende Einzelfallprüfung".

Die Antragsgegnerin tritt der Beschwerde entgegen und führt aus:

Ausgangspunkt seien organisatorische Maßnahmen, die zu einem Wegfall von Personalkosten in der ehemaligen Beschäftigungsdienststelle des Antragstellers geführt hätten. Die Organisationshoheit liege aber ausschließlich bei der Antragsgegnerin. Für die Auswahl seien die Regelungen zum Rationalisierungsschutz für Beamte maßgebend, die die Qualität einer innerdienstlichen Richtlinie hätten und die Regelungen des "TV ratio" auf die Beamten bei der Deutschen Telekom AG übertragen. Ein

schwerwiegender Grund, der im Rahmen der Einzelfallprüfung der Auswahl einer anderen Kraft entgegengestanden sei, habe in einer konkreten Suizidgefahr bei deren Versetzung zum Betrieb Vivento bestanden. Zu Recht habe das Verwaltungsgericht darauf abgehoben, dass der Antragsteller mit Blick auf die andauernde Strukturreform hinzunehmen habe, in eine vorübergehende "Arbeitslosigkeit" bei einer Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit versetzt zu werden, um von dort eine amtsangemessene berufliche Wiedereingliederung zu erlangen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die beigezogenen Akten der Antragsgegnerin sowie die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet.

Bei der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist abzuwägen zwischen dem öffentlichen Interesse am Vollzug eines Verwaltungsaktes und den entgegenstehenden Belangen des Betroffenen. Dabei kommt den Erfolgchancen im Hauptsachestreit besondere Bedeutung zu. Denn erweist sich im Rahmen einer summarischen Überprüfung der Verwaltungsakt offensichtlich als rechtswidrig, kann nach dem verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO vernünftigerweise kein öffentliches Interesse an seinem Sofortvollzug bestehen.

Vorliegend ist aus folgenden Gründen die Rechtswidrigkeit des durch Widerspruch angefochtenen Bescheides vom 27. Oktober 2003 anzunehmen:

In tatsächlicher Hinsicht ist zwischen den Beteiligten zunächst unstreitig, dass durch die von der Antragsgegnerin in Ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2003 verfügte "Umsetzung" ein Wechsel des Antragstellers vom Betrieb Bilanzen zum Betrieb Vivento bewirkt werden sollte. In der vormaligen Personalservice Agentur Vivento erhält der Antragsteller jedoch keinen konkreten Aufgabenbereich zugewiesen, vielmehr wird er unter Belassung seiner Amtsbezeichnung und seiner (vollen) Dienstbezüge in Wartestellung gehalten, deren Dauer nicht absehbar ist.

Mit dem Verwaltungsgericht geht der Senat davon aus, dass das Schreiben der Antragsgegnerin vom 27. Oktober 2003 nicht, wie darin an sich verlautbart, eine verwaltungsinterne Umsetzung ohne Verwaltungsaktcharakter (vgl. BVerwGE 60, 144/146 ff. und BVerwGE 98, 334 f.), sondern eine als Verwaltungsakt zu qualifizierende organisationsrechtliche Versetzung darstellen soll. Wäre es anders, müsste die ausweislich der in der Rechtsmittelbelehrung aufgenommenen Monatsfrist eindeutig als Verwaltungsakt zu identifizierende Umsetzung schon deshalb als offensichtlich rechtswidrig angesehen werden, weil die Antragsgegnerin zu Unrecht die einem Verwaltungsakt innewohnende typische Hoheitsgewalt in Anspruch genommen hätte. Da die Antragsgegnerin hier in erkennbarer Form einen Wechsel in eine andere Organisationseinheit angestrebt hat, kann eine Versetzung als gewollt angenommen werden. Dies umso mehr, als hierfür die sachlichen Voraussetzungen insoweit vorliegen, als der Antragsteller innerhalb zweier "Betriebe" im Bereich der Telekom wechseln soll, die einer abgebenden und einer aufnehmenden Behörde vergleichbar erscheinen (vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen vom 27.10.2003 Az. 1 B 1794/03).

Indessen setzt die hier in Betracht kommende organisationsrechtliche Versetzung ferner die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes im funktionellen Sinn bei einer anderen Behörde (hier Betrieb) voraus (vgl. BVerwG vom 20.4.1977 Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 18 und BVerwG vom 7.6.1984 BVerwGE 69, 303/307). An einer solchen Übertragung eines anderen Amtes im funktionellen Sinn fehlt es hier jedoch, denn der Antragsteller soll in der Vivento keinen seinem statusmäßigen Amt entsprechenden Aufgabenbereich, sondern einen "Leerposten" erhalten und sich im übrigen lediglich für eine Vermittlung oder zusätzliche Qualifizierung bzw. als "Leiharbeitnehmer" bereithalten. Damit fehlt es bereits am Wesen einer Versetzung (auf das Tatbestandsmerkmal eines "dienstlichen Bedürfnisses" oder das nach § 26 BBG auszuübende Ermessen kommt es nicht an), weshalb sich der hierauf abzielende Verwaltungsakt schon deshalb als rechtswidrig erweist. Seine Rechtswidrigkeit zeigt sich aber auch darin, dass sich die Antragsgegnerin mit ihm über den höchstrichterlich anerkannten Anspruch auf amtsgemäße d.h. dem statusrechtlichen Amt entsprechende Beschäftigung des Antragstellers hinwegsetzt, da dieser bei einem Verbleiben bei Vivento bis auf weiteres überhaupt keine Tätigkeit mehr im mittleren Dienst zu verrichten hätte. Dieser Rechtszustand widerspricht im übrigen auch der speziell für die der Post und der Telekommunikation zugewiesenen Beamten geltenden Regelung des § 6 PostPersRG, der indirekt den Anspruch auf amtsgemäße Beschäftigung dadurch anerkennt, dass er aus dienstlichen Gründen vorübergehend eine

Verwendung auf einem anderen Arbeitsposten mit geringerer Bewertung erlaubt, mit anderen Worten, eine grundsätzliche Beschäftigung des Beamten voraussetzt. Von diesem grundsätzlichen Anspruch auf amtsgemäße Beschäftigung lassen sich nach Auffassung des Senats auch aus verfassungsrechtlichen Gründen keine wesentlichen Abstriche machen. Dies folgt aus der durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die es gebietet, den Beamten entsprechend seiner Eignung und Leistung zu fördern (vgl. BVerfGE 43, 155/165; 8, 332/356 f.) d.h. ihm die im Sinne der Menschenwürde anzustrebende Teilhabe am tatsächlichen Arbeitsleben zu sichern.

Ist hiernach der Anspruch des Antragstellers auf amtsgemäße Beschäftigung zumindest in einem eingeschränkten Sinne unverzichtbar, steht er der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes entgegen (vgl. ebenso BVerwGE 89, 199/200).

Nach alledem war der Beschwerde in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgerichtshof Kassel (B. vom 23.3.2004 Az. 1 TG 140/04) und in Abweichung von der Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen (Beschlüsse vom 27.10.2003 Az. 1 B 1794/03 und vom 24.7.2003 Az. 1 B 635/03 und vom 3.2.2004 Az. 1 B 1823 03.) sowie des OVG Hamburg (B. vom 11.12.2003 Az. 1 BS 536/03) stattzugeben.

Kostenentscheidung: § 154 Abs. 1 VwGO.

Streitwertfestsetzung: § 52 Abs. 2 i.V. mit § 72 Satz 1 Nr. 1 GKG i.d. Fassung des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl I S. 718). Der vorläufige Charakter des Antragsverfahrens war zu berücksichtigen.

Thomas

Dr. Appel

Dr. Burger-Veigl