



proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

Antragstellers,

Verfahrensbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Jan General,
Friedrichstraße 95, 10117 Berlin,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch die Deutsche Telekom AG,
diese vertreten durch ihren Vorstand,
Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigter:
agv community e.V.,
Gradestraße 18, 30163 Hannover,

hat die 28. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Oestmann,
die Richterin am Verwaltungsgericht Groß und
den Richter am Verwaltungsgericht Reclam

am 12. Dezember 2017 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Deutschen Telekom AG vom 25. April 2017 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 2.500 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der 1961 geborene, kinderlose Antragsteller steht als Technischer Fernmeldeamtsrat (BesGr. A 12) im Dienst der Antragsgegnerin und ist der Deutschen Telekom AG zur Dienstleistung zugewiesen. Er ist bei einem Grad der Behinderung von 30 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Im Jahr 2008 wurde er von Hamburg nach Berlin versetzt. Seit Januar 2016 ist der Antragsteller, der sich wiederholt erfolglos auf Stellenausschreibungen der Antragsgegnerin beworben hat, ohne Beschäftigung.

Mit Schreiben vom 8. Januar 2016 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, ihn ab April 2016 in die Organisationseinheit Telekom Placement Services (TPS) zu versetzen und ihm dauerhaft den mit A 12 bewerteten Personalposten eines Senior Referent Projektmanagement in der Abteilung Business Projects am Dienort Köln mit einer Wochenarbeitszeit von 34 Stunden zu übertragen, und gab ihm Gelegenheit zur Äußerung. Der Antragsteller trug unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung des Facharztes für Innere Medizin und Psychotherapie Dr. S_____, der eine chronische Erkrankung attestierte, aufgrund derer ein Wohnortwechsel dringend zu vermeiden sei, im Rahmen seiner Stellungnahme u.a. vor, ein Umzug - auch mit doppelter Haushaltsführung - sei ihm gesundheitlich nicht zuzumuten.

Die Antragsgegnerin holte eine arbeitsmedizinische Stellungnahme der B.A.D. GmbH ein, in der es hieß, der Antragsteller sei aus gesundheitlichen Gründen zurzeit nicht umzugsfähig, die Einrichtung eines Zweitwohnsitzes in Verbindung mit Pendeln an Wochenenden sei nicht zu befürworten, die tägliche Pendelzeit sollte nicht mehr als zwei Stunden betragen.

Nachdem der zuständige Betriebsrat im Juli 2016 die Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme verweigert und auch die Schwerbehindertenvertretung sich gegen die Versetzung ausgesprochen hatte, veranlasste die von der Antragsgegnerin ange-rufene Einigungsstelle die Einholung eines Universitätsgutachtens. Gegen die ent-

sprechende Untersuchungsaufforderung suchte der Antragsteller um vorläufigen Rechtsschutz nach, nachdem er sich der Begutachtung unterzogen, den Gutachter aber nicht von der Schweigepflicht entbunden hatte. Im seinem Gutachten vom 7. März 2017 führte der bestellte Gutachter Prof. Dr. D_____ aus, es sei dem Antragsteller zurzeit aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich, täglich von Berlin nach Köln zu pendeln, da sonst mit hoher Wahrscheinlichkeit mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu rechnen sei. Wegen der zugrunde liegenden Erkrankung seien das Beziehen einer Zweitwohnung und damit das Entfernen von seinem Lebensmittelpunkt ebenfalls nicht zu empfehlen. Ein Umzug sei nicht zu befürworten, da es in der Folge mit höherer Wahrscheinlichkeit zu einer erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigung kommen könne. Weitergehende Angaben, auch zur Art der zugrunde liegenden Erkrankung, seien mangels Entbindung von der Schweigepflicht nicht möglich.

Mit Beschluss vom 7. April 2017 entschied die Einigungsstelle, dass dem Antragsteller der Umzug zuzumuten und ein Grund für die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates nicht gegeben sei.

Mit Bescheid vom 25. April 2017 versetzte die Antragsgegnerin den Antragsteller mit Wirkung vom 1. August 2017 aus dienstlichen Gründen zur Organisationseinheit Telekom Project Management und teilte ihm mit, er werde als Senior Referent Projektmanagement im Bereich Telekom Project Services (TPM-TPR) am Beschäftigungsort Köln eingesetzt. Gleichzeitig wurde ihm der Personalposten TPR-282, Stellen-ID 49441, Bewertung A 12, übertragen. Soweit aus gesundheitlichen Gründen ein tägliches Pendeln nicht möglich sei, stehe dies der Versetzung nicht entgegen, da der Beamte in solchen Fällen ermessensfehlerfrei auf einen Umzug verwiesen werden könne. Die damit verbundenen persönlichen, familiären und finanziellen Belastungen müsse er in Kauf nehmen, im Gegenzug übernehme der Dienstherr die Kosten für einen Umzug. Hiergegen legte der Antragsteller Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.

II.

Der Antrag des Antragstellers,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 23. Mai 2017 gegen den Versetzungsbescheid der Antragsgegnerin vom 25. April 2017 anzuordnen,

ist nach § 80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zulässig und begründet.

1. Gemäß § 126 Abs. 4 des Bundesbeamtengesetzes (BBG), das gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 des Postpersonalrechtsgesetzes (PostPersRG) auf die bei der Deutschen Telekom AG beschäftigten Beamten - mithin auch den Antragsteller - Anwendung findet, kommt dem gegen eine Versetzung eingelegten Widerspruch keine aufschiebende Wirkung zu, sodass in diesem Falle § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO Anwendung findet.

2. Der Antrag ist begründet. Bei der vom Gericht gem. § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmenden Abwägung überwiegt auch unter Berücksichtigung der in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO getroffenen grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertung das Aussetzungsinteresse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Vollziehungsinteresse, denn die Versetzungsverfügung vom 25. April 2017 erweist sich nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage als rechtswidrig.

a) Rechtsgrundlage für die Versetzung des zuletzt beschäftigungslosen Antragstellers ist § 28 BBG i.V.m § 2 Abs. 2 PostPersRG. Eine Versetzung ist gemäß § 28 Abs. 1 BBG die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes bei einer anderen Dienststelle bei demselben oder einem anderen Dienstherrn. Sie ist nach § 28 Abs. 2 BBG u.a. aus dienstlichen Gründen ohne die Zustimmung des Beamten zulässig, wenn das Amt mit mindestens demselben Endgrundgehalt verbunden ist wie das bisherige Amt, und die Tätigkeit aufgrund der Vorbildung oder Berufsausbildung zumutbar ist. Bei der angegriffenen Verfügung vom 25. April 2017 handelt es sich um eine Versetzung nach § 28 Abs. 1 BBG, da der Antragsteller weiterhin bei der Deutschen Telekom AG beschäftigt bleibt.

b) Die Versetzungsverfügung ist formell rechtmäßig, insbesondere nach Anhörung des Antragstellers und Beteiligung des Personalrates ergangen.

c) Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 BBG bestehen nach summarischer Prüfung keine durchgreifenden Bedenken. In Bezug auf die von der Vorschrift geforderten dienstlichen Gründe hat die Antragsgegnerin - insoweit unwidersprochen - vorgetragen, dass der Arbeitsposten "Senior Referent Projektmanagement im Bereich Telekom Projekt Services (TPM-TPR)" am Beschäftigungsort Köln frei ist und im Interesse einer geregelten Arbeitserledigung besetzt werden soll. Hierdurch soll eine sach- und zeitgerechte Erfüllung der Dienstgeschäfte erfolgen.

Dies liegt nicht nur im betriebswirtschaftlichen Interesse des Postnachfolgeunternehmens, eine Gegenleistung für die fortlaufend gezahlten Bezüge zu erhalten, sondern auch im öffentlichen Interesse an einer sachgerechten und reibungslosen Aufgabenwahrnehmung. Hinzu kommt die durch die Versetzung erfolgende Erfüllung des Beschäftigungsanspruches des bis zur Versetzung beschäftigungslosen Antragstellers aus Art. 33 Abs. 5 GG. Das dem Antragsteller in Köln verliehene abstrakt-funktionelle Amt ist auch mit mindestens demselben Endgrundgehalt wie das bisherige Amt verbunden (BesGr A 12) und es spricht gegenwärtig nichts dafür, dass es dem Antragsteller aufgrund seiner Vorbildung und seines Amtes als Technischer Fernmeldeamtmann nicht zumutbar wäre.

d) Allerdings erweist sich die Versetzung als ermessensfehlerhaft und damit als rechtswidrig, denn die Antragsgegnerin hat bei ihrer Entscheidung die gesundheitlichen Belange des Antragstellers nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt.

Die Ermessenserwägungen des Dienstherrn bezüglich der Versetzung eines Beamten werden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wegen des dem Dienstherrn zustehenden weiten Organisationsermessens im Allgemeinen nur daraufhin überprüft, ob sie durch Ermessensmissbrauch maßgebend geprägt sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. Februar 2007 - 2 VR 1/07 -, juris Rn. 3 f.). Sonach bleibt die Prüfung grundsätzlich darauf beschränkt, ob die Gründe des Dienstherrn sachlich nachvollziehbar sind und seiner tatsächlichen Einschätzung entsprechen und nicht nur vorgeschoben sind, um eine in Wahrheit allein oder maßgebend mit auf anderen Beweggründen beruhende Entscheidung zu rechtfertigen, oder ob sie aus anderen Gründen willkürlich sind. Allerdings kann das Ermessen des Dienstherrn bei einer Versetzung in besonders gelagerten Einzelfällen eingeschränkt sein (BVerwG, Urteil vom 22. Mai 1980 – 2 C 30/78 –, juris Rn. 25). Solche Einschränkungen können sich beispielsweise aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn ergeben, etwa dann, wenn besondere Umstände des Einzelfalls, insbesondere gewichtige Grundrechte des Beamten, einer besonderen Berücksichtigung bedürfen und daher auch private Belange des Beamten in den Ermessenserwägungen bei der Versetzungsentscheidung zu berücksichtigen sind (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 27. August 2004 - 1 Bs 271/04 -, juris Rn. 4). Hierzu können auch besondere Schutzbedürfnisse des Beamten, wie beispielsweise der von Art. 6 GG geschützte Bereich von Ehe und Familie oder auch die mit einem Wechsel des Dienstorts verbundenen Belastungen zählen.

Unter Zugrundelegung dieses Prüfungsmaßstabes erweist sich die im angefochtenen Bescheid vom 25. April 2017 getroffene Entscheidung nach summarischer Prüfung

als ermessensfehlerhaft, da sie die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützten gesundheitlichen Belange des Antragstellers, die einem Umzug und damit seiner Versetzung möglicherweise entgegenstehen, nicht hinreichend berücksichtigt bzw. den Sachverhalt insoweit nur unzureichend aufgeklärt hat.

Hinsichtlich der gesundheitlichen Zumutbarkeit wird im angefochtenen Bescheid ausgeführt, dass dem Antragsteller aufgrund des Gutachtens der B.A.D. GmbH zwar ein tägliches Pendeln nicht zugemutet werden könne, dass er jedoch ermessensfehlerfrei auf die Möglichkeit eines Umzugs verwiesen werden könne. Diese Ausführungen verkennen jedoch die Kernaussage der arbeitsmedizinischen Stellungnahme der B.A.D. GmbH vom 22. April 2016, in der es ausdrücklich heißt, dass der Antragsteller aus gesundheitlichen Gründen zur Zeit nicht [Unterstreichung im Original] umzugsfähig ist. Diese Aussage steht im Einklang mit dem Gutachten des Prof. Dr. D. _____ vom 7. März 2017, in dem dieser ebenfalls ausführt, ein Umzug sei „nicht zu befürworten, da es in der Folge zu einer erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigung kommen kann“. Mit diesen Aussagen setzt sich die Antragsgegnerin im angefochtenen Bescheid in keiner Weise auseinander, was umso schwerer wiegt, als es sich hierbei nicht etwa um privatärztliche Stellungnahmen handelt, sondern um Stellungnahmen der von ihr selbst beauftragten Gutachter. Insoweit ist derzeit nach Aktenlage nicht erkennbar, dass die für die Versetzungsentscheidung zuständigen Entscheidungsträger bei ihrer Entscheidung überhaupt von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sind. Vielmehr spricht gegenwärtig alles dafür, dass sie einen für den Antragsteller wesentlichen Belang übersehen haben, was die Entscheidung ermessensfehlerhaft macht.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass sich im Beschluss der Einigungsstelle vom 7. April 2017 Ausführungen zur Frage der Umzugsfähigkeit und zu den diesbezüglichen Stellungnahmen der Gutachter finden, denn dieser Beschluss (auf den sich die Antragsgegnerin in der angefochtenen Verfügung im Übrigen auch nicht bezieht) ersetzt die von der für den Erlass der Versetzungsentscheidung gem. § 1 Abs. 1, 2 und 4 zuständigen Stelle der Antragsgegnerin in eigener Verantwortung vorzunehmende Sachverhaltsaufklärung und eigene Ermessensentscheidung nicht. Die Einigungsstelle entscheidet im Verfahren nach §§ 29 f. PostPersRG ausschließlich über die personalvertretungsrechtliche Frage, ob ein Grund zur Verweigerung der gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG erforderlichen Zustimmung des Personalrats im Sinne des § 77 Abs. 2 BPersVG vorliegt. Die Einigungsstelle trifft hingegen nicht die Versetzungsentscheidung und ihr Beschluss bindet die Antragsgegnerin auch nicht

etwa in der Weise, dass ihr Ermessen hinsichtlich der Versetzung auf Null reduziert wäre.

Rein vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass die Ermessensbetätigung selbst dann unzureichend wäre, wenn sich die Antragsgegnerin die Erwägungen der Einigungsstelle in deren Beschluss vom 7. April 2017 zu Eigen gemacht hätte oder noch machen würde. Zwar wird in den dortigen Gründen zur Kenntnis genommen, dass beide Gutachter den Antragsteller für nicht umzugsfähig gehalten haben, jedoch setzt sich der Beschluss im Ergebnis – ohne dass entgegenstehende Erkenntnisse vorlägen – über die fachärztlichen Stellungnahmen mit der Begründung hinweg, es lägen keine verlässlichen medizinischen Befunde vor, die die Behauptung einer fehlenden Umzugsfähigkeit erhärten würden. Dabei bleibt bereits der Umstand unberücksichtigt, dass immerhin mehrere ärztliche Stellungnahmen vorliegen, die zwar jeweils einzeln betrachtet mangels näherer Begründung nicht hinreichend belastbar sein mögen, gleichwohl unabhängig voneinander zu einer übereinstimmenden Einschätzung gelangt sind, was den Stellungnahmen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung jedenfalls eine höhere Plausibilität und größeres Gewicht verleiht.

Soweit sich der Beschluss der Einigungsstelle hierüber ohne weiteres hinwegsetzt, wird dies der Ermittlungspflicht der Antragsgegnerin einerseits und dem Umfang der Mitwirkungspflicht des Antragstellers andererseits im vorliegenden Fall nicht gerecht. So hat die Antragsgegnerin nach Aktenlage nicht einmal versucht, von der Gutachterin der B.A.D. GmbH ergänzende Informationen einzuholen, obwohl diese in ihrer Stellungnahme ausdrücklich erklärt hat, für Rückfragen zur Verfügung zu stehen, und sich – anders als der weitere Gutachter Prof. Dr. D_____ – auch nicht auf eine fehlende Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht berufen hat. Weshalb die Antragsgegnerin diese ihr ohne weiteres mögliche weitere Sachverhaltsermittlung unterlassen hat, ist nicht nachvollziehbar. Dies kann die Antragsgegnerin jedenfalls nicht dem hierfür nicht verantwortlichen Antragsteller als unzureichende Mitwirkung anlasten. Soweit in dem Beschluss hinsichtlich des Gutachtens des Prof. Dr. D_____ ausgeführt wird, es sei wegen mangelnder Mitwirkung des Antragstellers ohne Substanz, wird nicht erkennbar berücksichtigt, dass der Antragsteller keineswegs pauschal jegliche Mitwirkung verweigert hat, wie ihm das offenbar unterstellt wird. Vielmehr hat er die Entbindung von der Schweigepflicht deshalb verweigert, weil er – mit zumindest gewichtigen Argumenten in Anlehnung an die zu Untersuchungsaufforderungen nach § 44 Abs. 6 BBG ergangene Rechtsprechung – die Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung in Zweifel gezogen hat. Die Antragsgegnerin hat den Ausgang des hierauf bezogenen vorläufigen Rechtsschutzverfahrens VG 28 L 68.17

nicht abgewartet, sondern ihre Entscheidung aufgrund der ihr zu diesem Zeitpunkt vorliegenden – unvollständigen – medizinischen Erkenntnisse getroffen, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststand, ob bzw. in welchem Umfang der Antragsteller zur Mitwirkung verpflichtet war und dass er einer ggf. bestehenden Verpflichtung nicht nachkommen würde. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung von dem Rechtsschutzverfahren und den Einwendungen des Antragstellers überhaupt Kenntnis hatte und dies bei ihrer Entscheidung berücksichtigen konnte. Steht aber der Umfang der Mitwirkungspflicht des Antragstellers im Streit und trifft die Antragsgegnerin vor Klärung dieser Frage und vor abschließender Ermittlung des Sachverhalts ihre Entscheidung, kann sie sich nicht auf eine Verletzung von Mitwirkungspflichten berufen.

e) Selbst wenn man mit Blick auf eine nach § 114 S. 2 VwGO prinzipiell mögliche Ergänzung der bislang defizitären Ermessenserwägungen durch die Antragsgegnerin (was allerdings eine weitergehende Sachverhaltsaufklärung im Widerspruchsverfahren voraussetzen dürfte) von derzeit offenen Erfolgsaussichten ausgehen wollte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch die in diesem Fall vorzunehmende Abwägung der widerstreitenden Interessen (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren Rn. 834,836; So-dan/Ziekow VwGO § 80 Rn. 159 m.w.N.) fielen angesichts der von beiden beauftragten Gutachtern attestierten fehlenden Umzugsfähigkeit des Antragstellers und der daraus resultierenden Gefahr erheblicher Gesundheitsbeeinträchtigungen zugunsten des Antragstellers aus.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form (Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz im Lande Berlin vom 27. Dezember 2006, GVBl. S. 1183, in der Fassung der Zweiten Änderungsverordnung vom 9. Dezember 2009, GVBl. S.

881) einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 Euro übersteigt. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat. Der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten bedarf es nicht.

Oestmann

Groß

Reclam

Beglaubigt

Justizbeschäftigte