Az.: 12 L 366/08

Ausfertigung!

Beschluss

In dem **Verwaltungsstreitverfahren**

des |

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigter:

gegen

die **Bundesrepublik Deutschland**,

Antragsgegnerin,

wegen **Zuweisung**

hat die **12. Kammer des**

VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN

am 27. Juni 2008

durch

den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Krammer,
die Richterin am Verwaltungsgericht Gloria,
die Richterin am Verwaltungsgericht Brockhoff

proT-in
Bundevorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundevorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 61) 95 91 96
02 JUL 2008

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 14. Februar 2008 wird wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

Gründe:**Der Antrag.**

die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes vom 14. Februar 2008 – vorläufige Zuweisung einer Tätigkeit im Unternehmen Vivento Customer Services GmbH – bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen,

ist bei verständiger und interessengerechter Würdigung des Antragsbegehrens als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 24. Februar 2008 erhobenen Widerspruchs auszulegen.

Ein so verstandener Antrag ist zulässig und begründet.

I. Der Antrag ist als Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO statthaft. Das Gericht geht auf Grund der vorläufigen Prüfung davon aus, dass es sich bei der streitigen Zuweisung um einen belastenden Verwaltungsakt handelt, weshalb einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren ist.

Die auf § 4 Abs. 4 Satz 2 Postpersonalrechtsgesetz - PostPersRG – gestützte Zuweisung des Antragstellers zu dem Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG

„Vivento Customer Services GmbH“ erfüllt die Voraussetzungen des § 35 Satz 1 VwVfG. Durch die Zuweisung wird die Vivento Customer Services GmbH als eine außerhalb des Dienstverhältnisses stehende juristische Person des Privatrechts in das Dienstverhältnis des Antragstellers eingebunden. Hierdurch wird eine Regelung mit Außenwirkung getroffen.

Vgl. Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 10. Oktober 2006
- 12 L 1181/06 – m. w. Nachw..

Einem Widerspruch gegen die Zuweisung kommt danach im Grundsatz aufschiebende Wirkung zu, da es sich nicht um den klassischen Fall einer Abordnung oder Versetzung handelt, für die nach § 126 Abs. 3 BRAG die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen ist.

Vgl. zur entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift bei „versetzungsähnlichen“ Verwaltungsakten ablehnend OVG NRW, Beschluss vom 18. Juli 2006 - 1 B 751/06 -, JURIS.

Das ist nur dann nicht der Fall, wenn die Behörde gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung anordnet. Dies hat die Antragsgegnerin mit dem, den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO genügenden Bescheid vom 14. Februar 2008 getan.

II. Der Antrag ist auch begründet.

Das Interesse des Antragstellers am einstweiligen Nichtvollzug der Zuweisung einer Tätigkeit im Unternehmen Vivento Customer Services GmbH überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung, denn nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage bestehen ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung. Unter diesen Umständen muss das öffentliche Interesse an der sofortigen Durchsetzung der Verfügung hinter dem Anliegen des Antragstellers, von der Zuweisung verschont zu bleiben, zurückweichen.

Die durch die Antragsgegnerin verfügte Zuweisung des Antragstellers zur Vivento Customer Services GmbH beurteilt sich nach § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG. Danach ist eine dauerhafte Zuweisung einer dem Amt entsprechenden Tätigkeit auch ohne Zustimmung des Beamten zulässig bei Unternehmen, deren Anteile ganz oder

mehrheitlich der Aktiengesellschaft gehören, bei der der Beamte beschäftigt ist, wenn die Aktiengesellschaft daran ein dringendes betriebliches oder personalwirtschaftliches Interesse hat und die Zuweisung nach allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen zumutbar ist. Bei einer summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage bestehenden ernsthafte Zweifel an dem Vorliegen der in § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG normierten Voraussetzungen.

Allerdings ist § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG auch auf den vorliegenden Fall der vorübergehenden Zuweisung anwendbar und nicht § 4 Abs. 4 Satz 1 PostPersRG, der die Rechtmäßigkeit einer vorübergehenden Zuweisung von einer Zustimmung des Beamten, die vorliegend nicht gegeben ist, abhängig macht. Nach Auffassung der Kammer ist die Zuweisung nicht zustimmungsbedürftig, wenn die Zuweisung an ein Tochterunternehmen erfolgt, das sich jedenfalls mehrheitlich in den Händen der Aktiengesellschaft befindet, die den Beamten beschäftigt.

Vgl. Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 10. Oktober 2006 a. a. O; OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 29. November 2007 – 3 MB 48/07 –, zitiert über JURIS.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers begegründet es nach vorläufiger gerichtlicher Einschätzung auch keinen durchgreifenden Bedenken, dass der als Technischer Fernmeldehauptsekretär (A 9 BBesO) in den Diensten der Antragsgegnerin stehende Antragsteller mit der zugewiesenen Tätigkeit amtsangemessen beschäftigt wird. Die Zuweisung der Tätigkeit als „Service Center Agent“ bei der Vivento Customer Services GmbH dürfte dem Antragsteller bei überschlägiger Prüfung nach allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen im Sinne von § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG zumutbar sein. Der Grundsatz der amtsangemessenen Beschäftigung soll als gemäß Art. 33 Abs. 5 GG anerkanntes Strukturprinzip des Beamtenrechts auch bei der Weiterbeschäftigung der Beamten der Deutschen Bundespost bei deren privaten Nachfolgeunternehmen grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung finden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2006 - 2 C 26.05 -, BVerwGE 126, 182 ff.

Soweit der Antragsteller insoweit unter Vorlage der Tätigkeitsbeschreibung eines „Service – Center – Agenten“ vorträgt, die ihm zugewiesene Tätigkeit sei schon deshalb nicht amtsangemessen, weil sie auch durch lediglich angeleitete Kräfte ausgeübt

werden könne, ist die Antragsgegnerin dieser Argumentation mit überzeugenden Ausführungen entgegengetreten. Die Antragsgegnerin hat insoweit dargelegt, dass das als Service Center Agent wahrzunehmende Aufgabenspektrum so breitbandig angelegt sei, dass eine Beschäftigung sowohl für die Besoldungsgruppe A 6 BBesO und A 7 BBesO (Anforderungsprofil B) als auch für die Besoldungsgruppen A 7 BBesO bis A 9 BBesO (Anforderungsprofil B+) amtsentsprechend möglich sei. Das Anforderungsprofil B erfordere eine abgeschlossene Berufsausbildung, das Anforderungsprofil B+ daneben zusätzlich ein völlig selbstständiges und eigenverantwortliches Arbeiten. Bei dieser Sachlage geht die Kammer unter Zugrundelegung der im vorliegenden Eilrechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage davon aus, dass dem Antragsteller bei der Vivento Customer Services GmbH eine seinem statutenrechtlichen Amt als Fernmeldehauptsekretär (A 8 BBesO) entsprechende Tätigkeit möglich ist. Dass die Zuweisung erfolgt, ohne dass die genaue Arbeitstätigkeit des Antragstellers bereits festgelegt ist, begegnet insoweit keinen durchgreifenden Bedenken. Derzeit sind jedenfalls keine konkreten Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Antragsteller bei der Vivento Customer Services GmbH auf Dauer unterwertig eingesetzt werden soll.

Erhebliche rechtliche Zweifel an der Zuweisungsverfügung bestehen allerdings im Hinblick auf die Einhaltung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften durch die Antragsgegnerin.

Gemäß § 29 Abs. 4, Abs. 1 Satz 3 PostPersRG findet § 69 Abs. 5 BPersVG auf die Zuweisung gemäß § 4 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 PostPersRG entsprechend Anwendung.

Die Voraussetzungen des § 69 Abs. 5 Satz 1 BPersVG dürften vorliegend jedoch nicht erfüllt sein. Die Antragsgegnerin war nicht berechtigt, den Zuweisungsbescheid als vorläufige Regelung nach § 69 Abs. 5 Satz 1 BPersVG zu erlassen.

Gemäß § 69 Abs. 5 Satz 1 BPersVG kann der Leiter der Dienststelle bei Maßnahmen, die in der Natur der Sache keinen Aufschub dulden, ohne die ansonsten erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorläufige Regelungen bis zur endgültigen Entscheidung treffen. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, die eine vorzeitige und vorläufige Realisierung der Maßnahme vor dem endgültigen Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens gestattet und die sicherstellen soll, dass die Dienststelle ihren Amtsauftrag sach- und zeitgerecht erfüllen kann.

Vgl. ; Lorenzen/Etzel/Gerhold, Kommentar zum Bundespersonalvertretungsgesetz, Loseblattsammlung, Stand: September 2006 ; § 69 Randziffer 52; zu der Parallelvorschrift des § 66 Abs. 8 LPVG NRW vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 28. Januar 2003 – 1 B 1681/02.PVL –, Der Personalrat (PersR) 2004, 64 und vom 27. Oktober 1999 – 1 A 3216/97.PVL –, PersR 2000, 168.

Eine Maßnahme ist im Sinne von § 69 Abs. 5 Satz 1 BPersVG unaufschiebbar, wenn es gilt, die Erfüllung von Pflichten und Aufgaben der Dienststelle im öffentlichen Interesse sicherzustellen und schwere Behinderungen der Funktionsfähigkeit der Verwaltung auszuschließen. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Unaufschiebbarkeit der Maßnahme ist keinesfalls gleichzusetzen mit der Eilbedürftigkeit einer Maßnahme, sondern setzt größere Dringlichkeit voraus.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 2. August 1993 – 6 P 20/92 –, PersR 1993, 395 ff. und 22. August 1988 – 6 P 27/85 –, PersR 1988, 269 ff sowie 25. Oktober 1979 – 6 P 53/78 –, PersV 1981, 203; OVG Münster, Beschluss vom 15. März 1988 – CL 44/87 – PersV 1990, 31; GKÖD, Band V, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Loseblattsammlung, Stand: März 2006, § 69 Randziffer 36a m. w. Nachw.; Lorenzen/Etzel/Gerhold, a.a.O. § 69 Randziffer 52,53.

Liegen die Voraussetzungen von § 69 Abs. 5 BPersVG nicht vor, führt dies dazu, dass die vorläufige Maßnahme selbst rechtswidrig ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 31. Oktober 2006
- 6 B 2069/06 -, JURIS.

Die Antragsgegnerin begründet die Unaufschiebbarkeit der Maßnahme in dem angegriffenen Bescheid ausschließlich mit dem Beschäftigungsanspruch des Antragstellers. In Ihrer Antragsrwiderrung vom 31. März 2006 weist sie überdies ergänzend darauf hin, dass die Vivento Customer Services GmbH derzeit eine große Anzahl von freien Arbeitsplätzen dringend zu besetzen hätte. Die hier zu erledigenden Arbeiten müssten sogleich erfüllt werden.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, eine Unaufschlebarkeit der Maßnahme i.S.v. § 69 Abs. 5 BPersVG zu begründen.

Zwar dürfte es im öffentlichen Interesse liegen, die Erledigung von Aufgaben der Deutschen Telekom AG und ihrer Tochtergesellschaften durch qualifizierte eigene Mitarbeiter wahrnehmen zu lassen und damit gleichzeitig auch dem Beschäftigungsanspruch dieser Mitarbeiter Genüge zu tun. Es ist jedoch nicht zu erkennen und wird von der Antragsgegnerin auch nicht substantiiert dargelegt, dass die Beschäftigung dieser Beamten bei der Vivento Customer Services GmbH zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der GmbH dringend erforderlich wäre. Insoweit geht das Gericht nach derzeitigem Erkenntnisstand davon aus, dass ein dort vorhandener Mangel an Arbeitskräften lediglich zu Verzögerungen in der Auftragsbearbeitung führen dürfte. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Funktionsfähigkeit des Service Centers hierdurch aktuell gefährdet würde. Dies gilt um so mehr, als nicht zu erkennen ist, dass das von der Antragsgegnerin eingeleitete Mitbestimmungsverfahren nicht innerhalb eines überschaubaren, die Fristvorgaben des § 29 Abs. 3 PostPersRG einhaltenden Zeitraums abgeschlossen werden kann.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. Die Bedeutung der Sache für den Antragsteller ist angesichts des nur vorläufigen Charakters des Verfahrens mit der Hälfte des Auffangstreitwertes in Höhe von 2.500,00 € angemessen bewertet.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen den Beschluss zu 1. steht den Beteiligten die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster zu.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, einzulegen. Sie ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidienkirchplatz 5, 48143 Münster 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. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.

bis zum 30. Juni 2008 gilt:

Im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss zu 1. muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, gemäß § 67 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (in der bis zum 30. Juni 2008 geltenden Fassung) vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde.