

Az.: 2 B 252/16
3 L 272/16

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

die Stadt Zwickau
vertreten durch die Oberbürgermeisterin
Hauptmarkt 1, 08056 Zwickau

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

wegen

Umsetzung; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke

am 3. Februar 2017

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 16. September 2016 - 3 L 272/16 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg. Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht seinen Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, ihn bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache wieder als O..... in seiner bisherigen Funktion als L..... im feuerwehrtechnischen Dienst (24-Stunden-Dienst) mit rotierender Tätigkeit im abwehrenden Brandschutz sowie Rettungsdienst unter Beachtung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden einzusetzen, zu Recht abgelehnt.
- 2 1. Der Antragsteller ist Feuerwehrbeamter im Dienst der Antragsgegnerin. Er wird als L..... im feuerwehrtechnischen Einsatzdienst beschäftigt. Bei seiner Einstellung erklärte er sich bereit, Dienst über die höchstzulässige Arbeitszeit von 48 Stunden pro Woche hinaus 54 Stunden pro Woche bei einem täglichen 24-Stunden-Dienst zu leisten. Seit dem Widerruf dieser Erklärung zum 31. Mai 2016 wird er in einem anderen Arbeitszeitmodell beschäftigt. Bis zum Widerruf leistete er im 24-Stunden-Dienst zwölf Stunden als Einsatzzeiten und zwölf Stunden als Bereitschaftsdienst ab, wobei dieser Dienst in sieben aufeinanderfolgenden Schichten stattfindet. Die darauffolgenden 14 Tage sind dann frei. Bei diesem Arbeitszeitmodell wird eine Pauschale von 19 € pro geleistete Dienstschicht gewährt. Seit dem Widerruf

wird der Antragsteller im Wechseldienstschichtdienst mit 40 Stunden in einer Vier-Tage-Woche in drei Schichten zu je 10 Stunden eingesetzt. Der Antragsteller sieht sich dadurch benachteiligt, weil er dadurch häufiger vom Wohnort zum Dienstort pendeln müsse. Außerdem müsse er auch mehr Nachtschichten leisten, die vom Körper schlechter verarbeitet würden. Zudem befürchte er Nachteile hinsichtlich des Eintritts des Pensionsalters. Schließlich entfalle auch die Zulage für den 24-Stunden-Dienst.

- 3 Beim Verwaltungsgericht hatte der Antrag keinen Erfolg. Dem Erlass einer einstweiligen Anordnung stehe entgegen, dass mit ihr die Hauptsache vorweggenommen werde. Es würden auch keine Gründe vorliegen, das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zu durchbrechen.
- 4 Mit seiner Beschwerde trägt der Antragsteller vor, dass er einen Nachteil erleide, weil er öfter als zuvor seinen Arbeitsweg bewältigen müsse. Das habe das Verwaltungsgericht nicht zutreffend gewichtet. Außerdem sei die ihm vorher zustehende Zulage weggefallen, was gerade durch § 11 SächsAZVO vermieden werden solle. Die ihm nunmehr obliegenden aufeinanderfolgenden Nachtschichten verträge er gesundheitlich nicht, was der Arbeitsarzt am 26. Mai 2016 bescheinigt habe. Es sei mit dem Amtsermittlungsgrundsatz nicht vereinbar, dass das Verwaltungsgericht es offen gelassen habe, ob er Nachteile hinsichtlich des Pensionseintrittsalters erleide. Aus § 11 SächsAZVO ergebe sich deutlich, dass ihm keine Nachteile wegen seines Widerrufs entstehen dürften.
- 5 Die Antragsgegnerin verteidigt die verwaltungsgerichtliche Entscheidung.
- 6 2. Die vom Antragsteller mit der Beschwerde vorgetragene Einwendung, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.
- 7 Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die

Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

- 8 Das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass mit einer Stattgabe des Antrags die Hauptsache - jedenfalls zeitweilig - vorweggenommen würde. Eine solche Vorwegnahme der Hauptsache kann grundsätzlich nur erfolgen, wenn der Antragsteller in der Hauptsache zumindest überwiegende Erfolgsaussichten hat und schlechthin unzumutbaren, anders nicht abwendbaren Nachteilen ausgesetzt wäre, wenn er auf den rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens verwiesen würde (st. Rspr. des Senats, vgl. nur Beschl. v. 8. Juni 2016 - 2 B 154/15 -, juris Rn. 8; vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., Rn 1419). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.
- 9 Im Unterschied zum Verwaltungsgericht kann der Senat zunächst nicht feststellen, dass in der Hauptsache nur geringe Erfolgsaussichten bestehen. Immerhin ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geklärt (vgl. dazu die Nachweise im Senatsurt. v. 1. Dezember 2015 - 2 A 96/14 -, juris Rn. 36f.), dass bei einer Umsetzung eines Beamten aufgrund des Widerrufs einer Verpflichtungserklärung zur wöchentlichen Dienstzeit ihm keine Nachteile entstehen dürfen; Nachteile, die von § 11 Abs. 2 SächsAZVO und von dieser Rechtsprechung umfasst werden, hat der Antragsteller durchaus vorgetragen. Allerdings wurde der Antragsteller nicht umgesetzt. Eine Umsetzung ist die Übertragung eines anderen Amtes im konkret-funktionellen Sinne. Ein solches anderes Amt wurde dem Antragsteller nicht übertragen, sondern es werden ausschließlich seine Dienstzeiten neu geregelt. Es liegt nahe, dass eine solche neue Regelung im organisatorischen Sinne stets nach einem Widerruf erfolgen muss, um der geänderten Wochendienstzeit gerecht zu werden. In einem solchen Fall können die Beeinträchtigungen, die aus einer geänderten Arbeitszeit folgen, notwendige Änderungen, also solche sein, die sich nicht vermeiden lassen. Ob für einen solchen Fall auch gilt, dass dem Beamten keine wie auch immer gearteten Nachteile entstehen dürfen, ist in der Rechtsprechung nicht geklärt und daher offen. Allerdings lässt sich bei dieser Ausgangslage nicht zuverlässig feststellen, dass überwiegende Erfolgsaussichten bestehen.

- 10 Indes ist das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass es dem Antragsteller zuzumuten ist, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Der Senat verweist auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts (BA S. 5/6) und macht sie sich zu eigen, § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO. Eine gesundheitliche Beeinträchtigung des Antragstellers wird nicht konkret vorgetragen; welche Beeinträchtigungen er durch den Wechselschichtdienst erleidet, bleibt offen. Auch die vorgelegte betriebsmedizinische Stellungnahme enthält keine klare Festlegung, sondern allenfalls eine Empfehlung. Es ist indes Sache des Antragstellers, solche Beeinträchtigungen glaubhaft zu machen, § 123 Abs. 3 VwGO, § 920 Abs. 2 ZPO.
- 11 Selbst wenn eine Durchbrechung des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache gerechtfertigt wäre, kann, wenn offene Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorliegen, also ein Anspruch weder hinreichend sicher gegeben noch ausgeschlossen ist, auf Grundlage einer Interessenabwägung entschieden werden, in die die unmittelbar berührten öffentlichen und privaten Interessen sowie die Folgen einer stattgebenden oder ablehnenden Entscheidung einzufließen haben (st. Rspr. d. Senats, vgl. Beschl. v. 2. Januar 2014 - 2 B 539/13 -, juris Rn. 7; vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn. 137 m. w. N.). Die öffentlichen Interessen liegen hier in der Aufrechterhaltung einer wirksamen Gefahrenabwehr im Bereich der Feuerwehr und darin, dass bei einem Erfolg des Antragstellers nach unbestrittenem Vortrag der Antragsgegnerin sieben weitere Beamte ausgebildet und ernannt werden müssten. Eine solche Ernennung wäre später - unterstellt, die Klage des Klägers hätte keinen Erfolg - nur schwer wieder rückgängig zu machen; die Beamten könnten auch nicht ohne weiteres anders beschäftigt werden. Gemessen daran haben die betroffenen privaten Belange des Antragstellers (s. o.) deutlich geringeres Gewicht.
- 12 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 13 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 GKG. Der Senat folgt der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die sich die Beteiligten nicht gewandt haben.

- 14 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke

*Die Übereinstimmung der Abschrift
mit der Urschrift wird beglaubigt.*

Bautzen, den 08.02.2017

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

Gürtler

Justizbeschäftigte