

Az.: 2 B 284/09
3 L 310/08



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:
Anwaltskanzlei

gegen

die Bundesrepublik Deutschland

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

wegen

Aufforderung zur Annahme einer Ernennungsurkunde; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn

am 19. August 2009

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 19. Februar 2009 - 3 L 310/08 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, lassen nicht erkennen, dass das Verwaltungsgericht den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO mit dem Inhalt, der Antragstellerin „bis zur bestandskräftigen Feststellung ihrer Polizeidienstfähigkeit“ zu gestatten, die „Aufforderung der Antragsgegnerin zur Annahme der Ernennungsurkunde zur Berufung zur Regierungssekretärin in der Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes der allgemeinen und inneren Verwaltung des Bundes nicht zu befolgen“, zu Unrecht abgelehnt hat.

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 (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Darüber hinaus muss der Antragsteller mit der von ihm begehrten Regelungsanordnung - wie bei allen anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten - ein rechtlich geschütztes Interesse verfolgen.

Dies zugrunde gelegt, hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Antragstellerin ein Anspruch darauf, zur Entgegennahme der Ernennungsurkunde zur Regierungssekretärin solange nicht verpflichtet zu sein, wie ihre Polizeidienstfähigkeit nicht bestands- bzw. rechtskräftig festgestellt ist, nicht zusteht.

1. Dem Antrag, wie ihn die Antragstellerin in der Antragsschrift dem Wortlaut nach gestellt hat, fehlt bereits das Rechtsschutzbedürfnis. Würde die einstweilige Anordnung mit diesem Inhalt ergehen, wäre sie unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet, die Rechtsstellung der Antragstellerin zu verbessern oder sie vor aus der Nichtannahme der Ernennungsurkunde folgenden Nachteilen rechtlicher oder tatsächlicher Art zu bewahren.

Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 BBG a. F. (entspricht § 10 Abs. 1 Nr. 3 BBG i. d. F. des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes - DNeuG v. 5.2.2009, BGBl. I S. 160) bedarf es zur - wie hier - Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung einer Ernennung. Diese erfolgt durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 BBG a. F., § 10 Abs. 2 Satz 1 BBG n. F.). Die Ernennung ist ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt und bedarf zu ihrer Wirksamkeit des Einverständnisses des zu Ernennenden. Dieses ist daher ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 6 Abs. 2 BBG a. F., § 10 Abs. 2 BBG n. F. Dem gemäß muss das Einverständnis im Zeitpunkt des Vollzugs der Ernennung, also bei Aushändigung der Ernennungsurkunde, vorliegen. Da das Einverständnis keiner bestimmten Form bedarf, genügt die widerspruchslöse Entgegennahme der Urkunde, die regelmäßig als stillschweigendes Einverständnis zu verstehen ist (vgl. Summer, in: Fürst, GKÖD K, § 6 BBG Rn. 9, 49).

Nachdem die Antragstellerin die Urkunde über ihre Ernennung zur Regierungssekretärin bislang nicht entgegengenommen hat, ist die Ernennung nicht wirksam geworden. Damit kommt es auch nicht zu der von der Antragsgegnerin mit der Ernennung beabsichtigten Versetzung der Antragstellerin nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BPolBG von der Laufbahn des mittleren Polizeivollzugsdienstes, der die Antragstellerin als Polizeiobermeisterin derzeit angehört, in die Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes der allgemeinen und inneren Verwaltung des Bundes. Soweit die Antragstellerin den Laufbahnwechsel und ihre damit einhergehende Versetzung in ein Amt einer Laufbahn außerhalb des Polizeivollzugsdienstes mit dem vorliegend gestellten Antrag, ihr zu gestatten, die Aufforderung der Antragsgegnerin zur Annahme der Ernennungsurkunde vorläufig nicht zu befolgen, verhindern will, bedarf es einer dahingehenden gerichtlichen Anordnung daher nicht. Um diese Rechtsfolge herbeizuführen,

genügt es vielmehr, wenn die Antragstellerin auch weiterhin die Ernennungsurkunde nicht entgegennimmt.

Zu einer hiervon abweichenden Beurteilung besteht nicht deshalb Anlass, weil die Antragsgegnerin die Antragstellerin (mündlich) zur Entgegennahme der Ernennungsurkunde aufgefordert hat. Die Aufforderung ist kein Verwaltungsakt i. S. v. § 35 VwVfG. Sie ist nicht auf die Herbeiführung einer unmittelbaren Rechtswirkung nach Außen gerichtet, sondern lediglich darauf, die Ernennung und Versetzung der Antragstellerin vorzubereiten. Das zur Ernennung erforderliche Einverständnis der Antragstellerin kann durch die Aufforderung weder unmittelbar erzwungen noch ersetzt werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.1.1985, ZBR 1985, 223).

Der Erlass der begehrten Anordnung vermag schließlich auch nicht die an die Nichtannahme der Ernennungsurkunde anknüpfenden sonstigen Rechtsfolgen abzuwenden. Insbesondere würde eine gerichtliche Entscheidung der Versetzung der Antragstellerin in den Ruhestand nach § 42 Abs. 1 BBG a. F., § 44 Abs. 1 BBG n. F. i. V. m. § 4 Abs. 1 BPolBG nicht entgegenstehen. Denn es bliebe der Antragsgegnerin auch in diesem Fall unbenommen, diese sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Maßnahme bei Vorliegen der Voraussetzungen - der Polizeidienstunfähigkeit der Antragstellerin - zu ergreifen.

2. Aber auch eine - mit Blick auf die Ausführungen in der Antragsschrift gebotene - Auslegung ihres Rechtsschutzantrags dahingehend, dass die Antragstellerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihre Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zur Entgegennahme der Ernennungsurkunde diese vorläufig nicht entgegennehmen muss, verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg. Auch dem so verstandenen Antrag fehlte das Rechtsschutzbedürfnis (siehe zu 1.). Zudem liefere der Antrag auf eine - unzulässige - Vorwegnahme der Hauptsache hinaus.

Ein Antrag nach § 123 VwGO ist auf die Vorwegnahme der Hauptsache im Rechtssinne gerichtet, wenn das Rechtsschutzziel des Anordnungsverfahrens mit dem des Klageverfahrens übereinstimmt. Dies ist der Fall, wenn der Antragsteller des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens bereits jetzt auf Dauer oder - wie hier - wenigstens bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens so gestellt werden will, als ob er in der Hauptsache obsiegt hat (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn. 175, 179 f.). Hier ist die Frage, ob die Antragstellerin zur Entgegennahme der

Ernennungsurkunde verpflichtet ist oder nicht, grundsätzlich der Klärung durch eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zugänglich; an deren baldiger Feststellung hat die Antragstellerin auch ein berechtigtes Interesse (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.1.1985 a. a. O.). Dann aber würde der Erlass der vorliegend beantragten Regulationsanordnung der Antragstellerin in Inhalt und Wirkung bereits die Rechtsposition vermitteln, die sie im Hauptsacheverfahren erstrebt.

Eines solchen gerichtlichen Titels bedarf die Antragstellerin auch im Hinblick auf das durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich verbürgte Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht. Dieses rechtfertigt eine Durchbrechung des Vorwegnahmeverbots dann, wenn der Antragsteller auf die Vorwegnahme der Hauptsache angewiesen ist, weil die sonst zu erwartenden Nachteile für ihn unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 123 Rn. 14). Dafür ist vorliegend jedoch nichts ersichtlich. Wie dargelegt (zu 1.), wird die von der Antragsgegnerin in die Wege geleitete Ernennung der Antragstellerin zur Regierungssekretärin und Versetzung in die Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes ohne deren Mitwirkung nicht wirksam. Das fehlende Einverständnis kann von der Antragsgegnerin auch nicht durch Erlass eines dahingehenden Verwaltungsakts erzwungen oder ersetzt werden. Die Antragstellerin ist daher auf eine in der Hauptsache noch zu erhebende Feststellungsklage über ihre Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zur Entgegennahme der Ernennungsurkunde zu verweisen. Dass sie bis zum Abschluss dieses Verfahrens unzumutbar schwere, insbesondere ihre Existenzgrundlage gefährdende Nachteile zu gewärtigen hätte, macht die Antragstellerin selbst nicht geltend; dafür fehlen auch sonst jegliche Anhaltspunkte.

3. Unabhängig davon erweist sich der angegriffene Beschluss auch aus materiell-rechtlichen Gründen als richtig. Die Antragstellerin hat einen Anspruch darauf, ihr zu gestatten, die Aufforderung der Antragsgegnerin zur Entgegennahme der Ernennungsurkunde bis zur bestands- bzw. rechtskräftigen Feststellung ihrer Polizeidienstfähigkeit nicht zu befolgen, nicht glaubhaft gemacht. Dies hat das Verwaltungsgericht zutreffend aus § 4 Abs. 1 BPolBG hergeleitet. Danach ist ein Polizeivollzugsbeamter dienstunfähig, wenn er den besonderen gesundheitlichen Anforderungen für den Polizeivollzugsdienst nicht mehr genügt und nicht zu erwarten ist, dass er seine volle Verwendungsfähigkeit innerhalb zweier Jahre wiedererlangt (Polizeidienstunfähigkeit), es sei denn, die auszuübende Funktion erfordert bei Beamten auf Lebenszeit diese besonderen gesundheitlichen Anforderungen auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt.

Die Antragsgegnerin hat die Polizeidienstunfähigkeit der Antragstellerin mit (bestandskräftigem) Bescheid vom 22.3.2007 festgestellt. Da die Antragstellerin den besonderen gesundheitlichen Anforderungen an eine uneingeschränkte Verwendungsfähigkeit im Polizeivollzugsdienst nicht mehr entspricht, ist sie dauerhaft unfähig, ein statusrechtliches Amt in einer Laufbahn des Polizeivollzugsdienstes wahrzunehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.3.2005, ZBR 2005, 308; BayVGh, Urt. v. 30.9.1992, Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, ES/E III 1 Nr. 17).

Gegen die Feststellung ihrer Polizeidienstunfähigkeit wendet sich, worauf das Verwaltungsgericht bereits hingewiesen hat, letztlich auch die Antragstellerin nicht. Soweit sie dieser Feststellung unter Berufung auf die Regelung in § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz BPolBG entgegenhält, jedenfalls für die von ihr zuletzt bei der Bundespolizeiinspektion tatsächlich ausgeübte Tätigkeit in der „Unterstützungsgruppe Tagdienst“ dienstfähig zu sein, hat das Verwaltungsgericht diese Auffassung unter ausführlicher Auseinandersetzung und zutreffender Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verwendung polizeidienstunfähiger Polizeivollzugsbeamter (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.3.2005 a. a. O.; Urt. v. 25.1.2007, Schütz/Maiwald a. a. O. Nr. 51) zurückgewiesen. Dem schließt sich der Senat vollumfänglich an. Die Tatsache, dass die Antragstellerin die „allgemeine“ Dienstfähigkeit i. S. v. § 42 Abs. 1 BBG a. F., § 44 Abs. 1 BBG n. F. besitzt, begründet keinen Anspruch auf die Übertragung von Aufgaben, für die es ihrer Polizeidienstfähigkeit nicht bedarf. Denn die Antragstellerin würde dann gleichwohl im Polizeivollzugsdienst bleiben, für den sie aber grundsätzlich dienstuntauglich ist.

Die von der Antragstellerin gegen die erstinstanzliche Entscheidung im Beschwerdeverfahren vorgetragenen Einwände greifen nicht durch.

Entgegen der von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung vertretenden Auffassung stellt sich die Frage der Polizeidienstfähigkeit nicht nur in den Fällen, in denen es hierauf mit Blick auf die wahrzunehmende Aufgabe, d. h. die von dem Beamten konkret ausgeübte Funktion, ankommt. Der Begriff der Polizeidienstfähigkeit in § 4 Abs. 1 BPolBG orientiert sich an den besonderen gesundheitlichen Anforderungen für alle Ämter der entsprechenden Laufbahn des Polizeivollzugsdienstes. Eine funktionsabhängige Überprüfung der Polizeidienstfähigkeit findet danach gerade nicht statt. Ausgehend davon, beschränkt sich der Zweck des § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz BPolBG darauf, den Dienstherrn zu ermächtigen, polizei-

dienstunfähige, aber nicht dienstunfähige Polizeivollzugsbeamte, sofern sie Lebenszeitbeamte sind, im Polizeidienst behalten zu können, und für Dienstposten im Polizeivollzugsdienst vorzusehen, auf denen die besondere gesundheitliche Belastbarkeit entbehrlich ist. Die von der Antragsgegnerin insoweit zu treffende Entscheidung wird, wie die Bestimmung des § 4 Abs. 3 BPolBG zeigt, durch die Anzahl der insoweit vorhandenen Dienstposten bestimmt.

Hier ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin über keine Dienstposten verfügt, auf denen die polizeidienstunfähige, aber allgemein dienstfähige Antragstellerin verwendet werden könnte. Dies gelte insbesondere für den Bereich der Bundespolizeiinspektion, wo es nach Aktenlage lediglich Dienstposten für Kontroll- und Streifenbeamte gibt. Entgegen der von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung vertretenen Auffassung ist die von ihr zuletzt in der „Unterstützungsgruppe Tagdienst“ ausgeübte Tätigkeit keinem Dienstposten, d. h. einem Amt im konkret-funktionellen Sinne, zugeordnet. Vielmehr müssen die dort anfallenden Aufgaben von den Kontroll- und Streifenbeamten (mit-)erledigt werden. Zudem dient die „Unterstützungsgruppe“, so die Antragsgegnerin, der zeitlich befristeten Verwendung eingeschränkt dienstfähiger Beamter. Dementsprechend wurde auch die Antragstellerin bis zur endgültigen Feststellung ihrer Polizeidienstunfähigkeit auf Grund des sozialmedizinischen Gutachtens vom 1.12.2006 vorübergehend dort eingesetzt. Für die Antragstellerin in Betracht kommende freie Dienstposten des mittleren Polizeivollzugsdienstes gab es weder im damaligen Bundespolizeiamt noch am Dienstort An dieser Situation hat sich, so die Antragsgegnerin in der Beschwerdeerwiderung, auch durch die zwischenzeitlich erfolgte Neuorganisation der Bundespolizei nichts geändert. Die Dienstposten im Innendienst wurden entsprechend der zwischen dem Bundesministerium des Innern und dem Bundespolizeihauptpersonalrat abgeschlossenen und von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung angesprochenen Dienstvereinbarung mit den bisherigen Stelleninhabern besetzt. Zudem ist angesichts des in der aus den ehemaligen Bundespolizeiämtern, und neu gebildeten Bundespolizeidirektion bestehenden Personalüberhangs von mehr als 850 Mitarbeitern davon auszugehen, dass auch im gesamten Bereich der Bundespolizeidirektion und nicht nur in der Bundespolizeiinspektion, dem von der Antragstellerin bevorzugten Dienstort, kein für sie geeigneter Dienstposten im Innendienst des mittleren Polizeivollzugsdienstes vorhanden ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 63 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

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

gez.:
Grünberg

Dehoust

Hahn