

Rechtsgebiete: Beamtenrecht

Gericht: BayVGH

Aktenzeichen: Nr. 127 III 77

Datum der Verkündung: 26.10.1977

Rechtsquellen:

§ 2 BbG, § 4 Abs. 1 BbG, § 21 BbG, § 79 BBG, § 76 Abs. 1, Abs. 2 BPersVG, § 78 BPersVG

Schlagworte:

Abordnung; Fortbildung; Mitbestimmung; Mitwirkung; Personalvertretung; Sicherungsposten;

Leitsätze:

1. § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG bezieht sich nur auf die auf Dauer angelegten Übertragungen einer anders zu bewerteten Tätigkeit; befristete und nur vorübergehende Übertragungen fallen nicht darunter.

2. Zu den von § 78 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG erfassten Fortbildungsveranstaltungen gehören keine Veranstaltungen, für die im Rahmen einer Ausbildung oder bei Einführungszeiten die Teilnahmepflicht besteht. Die „Ausbildung“ als Sicherungsposten, für die lediglich fünf Tage vorgesehen sind, ist demnach nicht Fortbildung, sondern eine Einweisung in einen anderen Tätigkeitsbereich.

3. Durch § 2 BbG wurde den darin für zuständig erklärten Dienststellen der Deutschen Bundesbahn die Möglichkeit eröffnet, einen Bundesbahnbeamten vorübergehend auf einem anderen Dienstposten von geringerer Bewertung unter Belassung seiner Amtsbezeichnung und seiner Dienstbezüge zu verwenden, wenn betriebliche Gründe es erfordern. Dadurch sollte jedoch lediglich eingeräumt werden, einen Bundesbahnbeamten auf einem geringer bewerteten Beamten- Dienstposten zu verwenden.

4. Der Begriff „betriebliche Gründe“ in § 21 BbG umfasst auch Gründe, die im Zusammenhang mit allgemein-wirtschaftlichen Gegebenheiten zu Verkehrsschwankungen führen und betriebliche Umstellungen und Einschränkungen erforderlich machen. Die besondere Lage der Deutschen Bundesbahn und ihre Abhängigkeit von Aufträgen anderer Wirtschaftsunternehmen kann aber selbst dann keine ausdehnende Anwendung des BbG rechtfertigen, wenn auf längere Sicht, bedingt durch wirtschaftlich notwendige Streckenstilllegungen und den Rückgang von Transportaufträgen, ein Überhang an Beamten einer bestimmten Fachrichtung und zugleich ein Mangel an Arbeitern entsteht, der mit den vorhandenen Arbeitern nicht voll gedeckt werden kann.

Urteil:

— — — — wegen Übertragung einer unterwertigen Tätigkeit;

hier Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 31. März 1977,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, III Senat,

aufgrund der mündlichen Verhandlung am 26. Oktober 1977 folgendes Urteil:

I. Die Berufung wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe vom 300,-- DM abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen

### **Tatbestand:**

Der Kläger steht als Reservelokomotivführer zur Anstellung im Beamtenverhältnis der Beklagten.

Am 17.12.1976 teilte ihm die Beklagte zunächst mündlich, am 20.12.1976 schriftlich mit, dass er für die Zeit vom 20.12.1976 bis zum 28.2.1977 vom Bahnbetriebswerk M. Hauptbahnhof zur Bahnmeisterei M. Hauptbahnhof abgeordnet und dort als Sicherungsposten eingesetzt werde. Die Personalvertretung wurde nicht beteiligt.

Hiergegen legte der Kläger am 18.12.1976 Widerspruch ein. Die Abordnung sei rechtswidrig, weil die Personalvertretung nicht beteiligt worden sei und er in seinem Recht am Amt im funktionellen Sinne beeinträchtigt werde. Auch lägen für die getroffene Maßnahme „betriebliche Gründe“ im Sinne des § 21 des Bundesbahngesetzes nicht vor. Darüber hinaus sei sein Einsatz als Sicherungsposten unzulässig; denn § 21 des Bundesbahngesetzes verstehe unter einem Dienstposten nur eine Beamtentätigkeit.

Da über diesen Rechtsbehelf nicht entschieden wurde, erhob der Kläger am 10.01.1977 zum Verwaltungsgericht München Klage mit dem Antrag, den Bescheid der Beklagten vom 20.12.1976 aufzuheben und festzustellen, dass die Abordnung und Zuweisung der Tätigkeit eines Hilfsarbeiters rechtswidrig sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 31.3.1977 beantragte er, festzustellen, dass die angefochtene Verfügung vom 17.12./20.12.1976 rechtswidrig gewesen sei.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 31.3.1977 stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Abordnung des Klägers als Sicherungsposten rechtswidrig war. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die getroffene Maßnahme hätte der Mitbestimmung des Personalrats bedurft, da es sich um die Zuweisung einer niedriger zu bewertenden Tätigkeit gehandelt habe und nach § 76 Abs. 1 Nr. 3 des Bundespersonalvertretungsgesetzes, nicht wie bei der Abordnung, die Dauer ohne Bedeutung sei. Davon abgesehen aber sei in § 21 des Bundesbahngesetzes der Begriff des Dienstpostens allgemein aufzufassen und nicht auf Funktionen von Beamten zu beschränken.

Am 7.6.1977 legte die Beklagte Berufung ein mit dem Antrag, unter Abänderung des Ersturteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragte, die Berufung zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung wiederholten die Parteien ihre Anträge und trugen im Wesentlichen die bereits schriftsätzlich vorgelegten Ausführungen vor.

Die Beklagte wies ergänzend darauf hin, dass die nur fünf Tage währende Einweisung des Klägers in die Aufgaben eines Sicherungspostens nicht als Fortbildung oder Ausbildung angesehen werden könne und deshalb eine Beteiligung der Personalvertretung nach § 76 Abs. 2 Nr. 1 des Bundespersonalvertretungsgesetzes ausscheide. Die Tätigkeit eines Sicherungspostens sei gegenüber dem nach Gruppe 5 der Besoldungsordnung A des Bundesbesoldungsgesetzes bewerteten Amt des Klägers als Reservelokomotivführer unterwertig, die Entgelte unterschieden sich jedoch nicht wesentlich. Zur Frage, ob betriebliche Gründe die beanstandete Maßnahme gerechtfertigt hätten, sei zu betonen, dass in dem maßgeblichen Zeitraum im Bereich der Bundesbahndirektion M. mehr als 200 Lokomotivführer überzählig gewesen seien, der Bedarf an Sicherungsposten aber trotz des Einsatzes von 300 hierfür geeigneten Bauarbeitern nur durch Hinzuziehung von Arbeitskräften anderer Unternehmen habe gedeckt werden können. Dafür, dass ein Überhang an Lokomotivführern und gleichzeitig ein Bedarf an Sicherungsposten vorhanden gewesen sei, biete sie vorsorglich Beweis durch Vernehmung des Bundesbahndirektors und des Leitenden Bundesbahndirektors bei der Bundesbahndirektion M., als Zeugen an.

Der Kläger vertrat in Ergänzung seines schriftsätzlichen Vorbringens die Auffassung, dass der Einsatz eines Beamten auf einem niedriger bewerteten Dienstposten auch zumutbar sein müsse. Wenn der Beklagten geeignete Bauarbeiter zur Verfügung gestanden hätten, so hätte sie zumindest ihnen diese Aufgaben übertragen können. Darüber hinaus hätte sie Beamte des einfachen Dienstes einsetzen und den Kläger auf einen dadurch freiwerdenden geringer bewerteten Beamtendienstposten verwenden können. Er bestreite, dass zur Zeit seines unterwertigen Einsatzes nicht genügend als Sicherungsposten verwendbare Bauarbeiter vorhanden gewesen seien, und biete hierfür vorsorglich Beweis durch Vernehmung des Leitenden Bundesbahndirektors als Zeugen an.

Wegen der Einzelheiten im Übrigen wird auf die den Kläger betreffenden Personalakten der Beklagten, auf die Akten des Verwaltungsgerichts München und des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs zu diesem Verfahren Bezug genommen, die auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung (§ 124 VwGO) ist nicht begründet.

Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 31.3.1977 im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass die Verfügung der Beklagten über die Verwendung des Klägers als Sicherungsposten rechtswidrig war.

Dies folgt allerdings nicht, wie das Verwaltungsgericht meint, aus einem Unterlassen der Beteiligten der zuständigen Personalvertretung; denn dieser stand weder ein Mitbestimmungs- noch ein Mitwirkungsrecht zu. Für eine Beteiligung im Wege der Mitwirkung fehlen im

gegenwärtigen Rechtsstreit von vorneherein die tatsächlichen Voraussetzungen des § 78 des Bundespersonalvertretungsgesetzes (BPersVG) vom 15.3.1974 (BGBl. I S. 693), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.4.1975 (BGBl. I. S. 1005). Sie kann aber auch im Wege der Mitbestimmung nicht auf die Vorschriften des § 76 BPersVG gestützt werden.

Gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG hat zwar der Personalrat mitzubestimmen in Personalangelegenheiten der Beamten bei Übertragung einer höher und niedriger zu bewertenden Tätigkeit. Diese Bestimmung bezieht sich aber nur auf die auf Dauer angelegten Übertragungen einer anders zu bewertenden Tätigkeit. Befristete und nur vorübergehende Übertragungen fallen nicht darunter; denn § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG soll lediglich sicherstellen, dass die Personalvertretung möglichst frühzeitig die Möglichkeit erhält, bei Entscheidungen mitzubestimmen, die als Voraussetzung für eine Maßnahme zu betrachten sind, die ihrerseits einen Dauerzustand schaffen sollen, so etwa bei der Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens zum Zwecke der Bewährung für eine beabsichtigte Beförderung (vgl. Fischer/Goeres in Fürst, GKÖD, Band V, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, K § 76 RdNr. 15) oder bei der Übertragung eines niedriger bewerteten Amtes in Fällen des § 26 Abs. 2 des Bundesbeamtengesetzes (vgl. Fischer/Goeres, a.a.O., RdNr. 17; a.Ä.: Grabendorff/Windscheid/Ilbertz, -Bundespersonalvertretungsgesetz, 4. Aufl., § 75 RdNr. 8 und 9, § 76 RdNr. 16 und 17). Der tragende Grund hierfür ist darin zu sehen, dass nur bei einem Wechsel der Besoldungsgruppe, sei es im Falle der Beförderung mit höherem oder des § 26 Abs. 2 des Bundesbeamtengesetzes mit geringerem Endgrundgehalt, bereits die ihn vorbereitende Maßnahme der Übertragung einer entsprechenden Tätigkeit ein Bedürfnis nach Beteiligung der Personalvertretung rechtfertigt (Fischer/Goeres, a.a.O., K § 75 RdNr. 21, 28; K § 76 RdNr. 15; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 12.1.1962, BVerwGE 13, 291; Beschluss vom 14.12.1962, BVerwGE 15, 212; Beschluss vom 17.4.1970, BVerwGE 35, 164; Beschlüsse vom 3.7.1977, BVerwG VII P 8. 75 und VII P 9.75).

Aus diesen Gründen hatte der Personalrat bei der gegenüber dem Kläger getroffenen Maßnahme nach § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG kein Mitbestimmungsrecht.

Ein solches Recht ergibt sich auch nicht aus § 76 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG. Wohl ist davon auszugehen, dass die Verwendung des Klägers als Sicherungsposten neben der Übertragung einer gegenüber seinem nach Gruppe 5 der Besoldungsgruppe A des Bundesbesoldungsgesetzes bewerteten Amt niedriger bewerteten Tätigkeit zugleich eine Abordnung nach § 27 des Bundesbeamtengesetzes (BBG) in der zur Zeit des Erlasses der beanstandeten Maßnahme geltenden Fassung vom 17.7.1971 (BGBl. I S. 1181), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.8.1976 (BGBl. I S. 2209), enthält; denn ihm wurde die andersartige Tätigkeit vorübergehend bei einer anderen als seiner Stammdienststelle übertragen. Bei der Abordnung eines Beamten hat jedoch der Personalrat nur dann mitzubestimmen, wenn diese für eine Dauer von mehr als drei Monaten ausgesprochen wird. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Die Abordnung war von Anfang an auf die Zeit vom 20.12.1976 bis zum 28.2.1977 befristet.

Auch nach § 76 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG, wonach der Personalrat beim Fehlen einer gesetzlichen oder tariflichen Regelung über die Auswahl der Teilnehmer an Fortbildungsveranstaltungen für Beamte mitzubestimmen hat, war eine Beteiligung nicht erforderlich. Die nach Abschnitt II („Ablauf der Ausbildung“) der Anweisung der Deutschen Bundesbahn für die Ausbildung zum Sicherungsposten (DV 128/110) vorgesehene „Ausbildung“ ist nämlich weder Berufsausbildung noch berufliche Fortbildung. Fortbildung ist eine weitere berufliche oder berufsbegleitende Vermittlung von Kenntnissen nach Abschluss der bei Eintritt in eine Laufbahn einsetzenden Ausbildung, die nur den Grundstock

an Kenntnissen vermittelt, der für den Eintritt in diese Laufbahn erforderlich ist (vgl. Grabendorff/Windscheid/Illbertz, a.a.O., RdNr. 29). Zu den von § 76 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG erfassten Fortbildungsveranstaltungen gehören jedoch keine Veranstaltungen, für die im Rahmen einer Ausbildung oder bei Einführungszeiten die Teilnahmepflicht besteht (Vgl. Fischer/Goeres, a.a.O., RdNr. 38). Die „Ausbildung“ als Sicherungsposten, für die lediglich fünf Tage vorgesehen sind, ist demnach nicht Fortbildung, sondern eine Einweisung in einen anderen Tätigkeitsbereich und unterliegt nicht der Mitbestimmung des Personalrats.

Die Verfügung der Beklagten vom 17./20.12.1976 war mithin nicht wegen einer Verletzung personalvertretungsrechtlicher Beteiligungsvorschriften fehlerhaft. Ihre vom Erstgericht festgestellte Rechtswidrigkeit ergibt sich aber aus der unrichtigen Anwendung des § 2 des Bundesbahngesetzes (BbG) vom 13.12.1951 (BGBl. I S. 955), zuletzt geändert durch Art. 2 § 2 des Gesetzes vom 21.12.1970 (BGBl. I S. 1765).

Durch diese Bestimmung wurde den darin für zuständig erklärten Dienststellen der Deutschen Bundesbahn die Möglichkeit eröffnet („können“), einen Bundesbahnbeamten vorübergehend auf einem anderen Dienstposten von geringerer Bewertung unter Belassung seiner Amtsbezeichnung und seiner Dienstbezüge zu verwenden, wenn betriebliche Gründe es erfordern. Dadurch sollte jedoch, entgegen der Auffassung der Beklagten, lediglich eingeräumt werden, einen Bundesbahnbeamten auf einem geringer bewerteten Beamten-Dienstposten zu verwenden.

Diesem Ergebnis liegt die Überlegung zugrunde, dass der Beamte, dem zwar kein Recht am „konkreten“ Amt im funktionellen Sinne, dergestalt zusteht, dass er verlangen könnte, ihm zugewiesene bestimmte Dienstgeschäfte in einer bestimmten Behörde beizubehalten, dennoch fordern kann, in einer seiner Laufbahn und seinem Ausbildungsstand entsprechenden Weise beschäftigt zu werden. Eine solche Verwendung darf ihm nicht durch einseitigen Akt entzogen werden. Der Beamte hat, wie sich dies auch aus § 26 Abs.1 Satz 2 und § 27 Abs. 1 Satz 1 BBG ergibt, kein Recht „abstrakten“ Amt im funktionellen Sinn, weshalb es beamtenrechtlich unzulässig ist, ihm einseitig eine unterwertige Beschäftigung zuzuweisen (vgl. BDH, Urteil vom 24.3.1966, BDHE 7, 88; BVerwG, Urteil vom 26.5.1971, 305; Bad.-Württ. VGH, Beschluss vom 12.9.1968, 344; BayVGH, Urteil vom 22.10.1971 Nr. 105 III 69; Fürst/ Finger/Mühl/Niedermaier in Fürst, GKÖD, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Band I, K § 60 RdNr. 1; Fischbach, BBG, 3. Aufl., § 60, Anm. III 1; Plog-Wiedow, BBG, § 60 RdNr. 2 und 3).

Dieses Recht am „abstrakten Amt“ im funktionellen Sinn, dem eine entsprechende Schutzpflicht des Dienstherrn entspricht, beruht auf der Vorschrift über dessen Fürsorgepflicht in § 79 BBG. Fürsorge- und Schutzpflicht haben ihre Grundlage in dem öffentlich-rechtlichen gegenseitigen Dienst- und Treueverhältnis (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 26.10.1967, BVerwGE 28, 155/162). Aus dieser gegenseitigen Verpflichtung ergibt sich allerdings auch, dass in Notfällen eine Pflicht des Beamten angenommen werden kann, vorübergehend unterwertige Aufgaben zu übernehmen (vgl. Fürst/ Finger/Mehl/Niedermaier, a.a.O., K § 54 RdNr. 4). Ein solcher Notfall lag hier aber nicht vor.

Durch § 21 BbG wurde für den Einsatz der Bundesbahnbeamten eine von diesen Grundsätzen abweichende Regelung getroffen, die ihrem Wesen nach als Ausnahmebestimmung auszulegen ist. Wie sich aus der systematischen Stellung der Vorschrift in dem das „Personalwesen“ behandelnden Fünften Abschnitt des Gesetzes und deren Beschränkung auf die Verwendung von Beamten der Deutschen Bundesbahn ergibt, sollte dadurch weder die unterwertige Beschäftigung von Angestellten und Arbeitern durch einseitigen Akt, also unter

Außerachtlassung der dafür bestehenden tarif- und arbeitsvertragsrechtlichen Verfahren, noch - nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung - eine Verwendung von Bundesbahnbeamten auf gleichwertigen Arbeitsplätzen für Angestellte oder Arbeiter zugelassen werden. Gerade dieser letztere Umstand zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber in § 21 BbG die Rechtstellung auch des Bundesbahnbeamten im Hinblick auf die ihm zu übertragenden Aufgaben (§ 4 BBG) jedenfalls insoweit unangetastet sehen wollte, als er nur auf Beamtdienstposten verwendet werden darf. Mit der genannten Bestimmung sollte also ausschließlich eine unterwertige Verwendung als Beamter gestattet werden. Eine Absicht nach weitergehenden Einschränkungen ist nicht erkennbar (im Ergebnis ebenso: Fitting, Eisenbahngesetze, Aufl. 1968, § 21, Anm. 1; „Das Deutsche Bundesrecht“, VI B 20 S. 43, zu § 21 BbG). Danach ist auch für einen Bundesbahnbeamten ein Einsatz auf einem Arbeitsplatz für Angestellte oder Arbeiter nur im Rahmen der oben wiedergegebenen allgemeinen Grundsätze unter Beachtung der gegenseitigen Fürsorge- und Schutzpflicht zulässig, also lediglich in Not- und Katastrophenfällen (vgl. auch „Das Deutsche Bundesrecht“ a.a.O.).

Diese Voraussetzungen liegen im gegebenen Falle nicht vor. Zwar ist der Begriff „betriebliche Gründe“ des § 21 BbG weiter als der Begriff der technischen Durchführung des Eisenbahndienstbetriebs. Er umfasst daneben Gründe aus allen Dienstzweigen der Deutschen Bundesbahn, sei es auf dem Gebiet der Unternehmenswirtschaft, des Verkehrs, des Verhältnisses der Deutschen Bundesbahn zu ihren Kunden, sei es auf dem Gebiet der Technik auch außerhalb der eigentlichen Betriebstechnik (vgl. „Das Deutsche Bundesrecht“ a.a.O.). Darunter rechnen ebenfalls Gründe, die im Zusammenhang mit allgemein-wirtschaftlichen Gegebenheiten zu Verkehrsschwankungen führen und betriebliche Umstellungen und Einschränkungen erforderlich machen. Die besondere Lage der Deutschen Bundesbahn und ihre Abhängigkeit von Aufträgen anderer Wirtschaftsunternehmen kann aber selbst dann keine ausdehnende Anwendung des BbG rechtfertigen, wenn auf längere Sicht, bedingt durch wirtschaftlich notwendige Streckenstilllegungen und den Rückgang von Transportaufträgen, ein Überhang an Beamten einer bestimmten Fachrichtung und zugleich ein Mangel an Arbeitern entsteht, der mit den vorhandenen Arbeitern nicht voll gedeckt werden kann. Mit der getroffenen Ausnahmeregelung sollte nämlich offensichtlich den Erfordernissen des öffentlichen Eisenbahnverkehrs und der in § 4 Abs. 1 Satz 3 und 4 BbG begründeten Pflicht genügt werden, den Betrieb sicher zu führen und die Anlagen und Fahrzeuge sowie das gesamte Zubehör dauernd in gutem Zustand zu erhalten.

Daraus folgt, dass nicht schon wirtschaftliche Veränderungen, so einschneidend und anhaltend sie auch sein mögen, sondern nur die Gefahr für die Sicherheit des Betriebes eine Lage anzunehmen erlaubt, die über die „betrieblichen Gründe“ des § 21 BbG hinausreicht und deshalb besondere Maßnahmen auf dem Gebiet des Personaleinsatzes gestattet.

Nach alledem hat die Beklagte die verwaltungsgerichtlich voll nachprüfbaren Begriffe der „betrieblichen Gründe“ und des „Dienstpostens“ in § 21 BbG verkannt mit der Folge, dass die beanstandete Maßnahme rechtswidrig war. Dies hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend – gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO festgestellt.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts München bleibt deshalb ohne Erfolg.

Als mit ihrem Rechtsmittel unterlegen hat die Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (§ 154 Abs. 2 VwGO).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 Abs. 2 VwGO in Verb. mit § 708 Nr. 10 ZPO.

Dabei war der Beklagten zu gestatten, dass sie die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung eines Betrages von 300,-- DM abwendet, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet (§ 711 Satz 1 ZPO).

Die Revision war gemäß § 132 Abs. 2 VwGO zuzulassen, weil die Auslegung des § 21 BbG von grundsätzlicher Bedeutung ist.