

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

5 Bs 79/23
21 E 2159/23

5. Senat

Beschluss vom 11. September 2023

VwGO § 123 Abs. 1
GG Art. 33 Abs. 5

1. Eine beamtenrechtliche Umsetzung setzt voraus, dass dem Beamten ein anderes Amt im konkret-funktionellen Sinne (Dienstposten) bei derselben Behörde übertragen wird. Es bleibt offen, ob unter besonderen Umständen der Umsetzungsvorgang in der Weise zeitlich gestreckt werden darf, dass der Beamte in einem ersten Teilakt zunächst von seinem bisherigen Dienstposten weg-umgesetzt und ihm dann in einem zweiten Teilakt ein neuer Dienstposten übertragen wird, sofern bereits bei der Weg-Umsetzung feststeht, dass die Zu-Umsetzung in überschaubarer bzw. eng begrenzter Zeit erfolgen wird.

2. Bei der Prüfung des Anordnungsgrundes nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann eine unter den besonderen Umständen des Falles gebotene Interessenabwägung auch dann zur Versagung der einstweiligen Anordnung führen, wenn die Rechtmäßigkeit der angegriffenen behördlichen Maßnahme unklar ist.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 79/23
21 E 2159/23

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 11. September 2023 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Oberverwaltungsgericht
die Richterin am Oberverwaltungsgericht

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 15. Juni 2023 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller (Oberbranddirektor, Besoldungsgruppe B 4 HmbBesG) wendet sich gegen eine Verfügung der Antragsgegnerin, mit der sie ihn von seiner bisherigen Stelle (Leiter der Hamburger Feuerwehr) ohne Zuweisung eines anderen Dienstpostens zum Amt für Innere Verwaltung und Planung der Behörde für Inneres und Sport (BIS) umgesetzt und ihn direkt dem Staatsrat dieser Behörde unterstellt hat; die Feuerwehr ist (ebenso wie die Polizei und das Amt für Migration) dem Amt für Innere Verwaltung und Planung der BIS zugeordnet.

Der Antragsteller war ab dem 4. Januar 2023 bis zum 11. Juni 2023 dienstunfähig erkrankt. Sein Arbeitszeitkonto wies in diesem Zeitraum ein Guthaben in Höhe von 2.239 Stunden und 19 Minuten auf.

Im August 2022 hatte die Antragsgegnerin eine „Einsetzungsverfügung - Projekt ‚Neuausrichtung der Feuerwehr‘“ erlassen, mit der sie eine Optimierung der Arbeitsprozesse innerhalb der Feuerwehr sowie zwischen der Feuerwehr und anderen Behörden anstrebte. Die Antragsgegnerin setzte als Projektleiterin die Leiterin der Abteilung für Öffentliche Sicherheit (des Amtes für Innere Verwaltung und Planung) ein und gab der Leitung der Feuerwehr auf, die Entscheidungen der Projektleiterin zu berücksichtigen. Laut verschiedenen Presseberichten war das Verhältnis zwischen dem Antragsteller und der Projektleiterin gespannt. Zum 7. Februar 2023 beauftragte die Antragsgegnerin den Branddirektor S. mit der kommissarischen Übernahme der Feuerwehrleitung.

Mit Verfügung des Innen-Staatsrates der BIS (die BIS verfügt auch noch über einen Sport-Staatsrat) vom 15. Mai 2023 setzte die Antragsgegnerin den Antragsteller dauerhaft zum Amt für Innere Verwaltung und Planung der BIS um; er bleibe unverändert Oberbranddirektor und werde direkt dem Innen-Staatsrat unterstellt. Mit einem weiteren Schreiben vom 15. Mai 2023 teilte der Innen-Staatsrat dem Antragsteller mit, davon ausgehend, dass dieser ab dem 22. Mai 2023 wieder dienstfähig sein werde, ordne er

aufgrund der Fürsorgeverpflichtung des Dienstherrn ab dem 22. Mai 2023 bis mindestens zum 31. Dezember 2023 Freizeitausgleich an. In einem weiteren Begleitschreiben vom 15. Mai 2023 an den Antragsteller führte der Innen-Staatsrat aus, die Anordnung des Freizeitausgleichs erfolge, um das Gleitzeitguthaben des Antragstellers vor dessen Rückkehr in den Dienst signifikant zu reduzieren. Gleichzeitig wolle er in dieser Zeit mit dem Antragsteller in einem persönlichen Gespräch über dessen weitere Verwendungsmöglichkeiten sprechen. Auch die Notwendigkeit einer Diensterleichterung werde dann erneut aufgegriffen; ab Anfang Oktober erhalte er einen entsprechenden Termin.

Mit Schreiben vom 23. Mai 2023 legte der Antragsteller Widerspruch gegen die Umsetzungsverfügung ein, über den die Antragsgegnerin bisher nicht entschieden hat.

Ebenfalls am 23. Mai 2023 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Hamburg beantragt, im Wege der einstweiligen Anordnung die Umsetzungsverfügung aufzuheben. Zur Begründung hat er im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht u. a. ausgeführt, die Umsetzungsverfügung sei rechtswidrig, da ihm kein anderes Amt im konkret-funktionellen Sinne übertragen worden sei; es sei eine Umsetzung ins Leere erfolgt. Faktisch handele es sich um eine Freistellung, wenn nicht gar um eine Suspendierung. Eine solche Maßnahme sei keine Umsetzung im rechtlichen Sinne, es liege ein Formenmissbrauch vor.

Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten. Sie hat u. a. vorgetragen, das Recht des Antragstellers auf amtsangemessene Beschäftigung erkenne sie selbstverständlich an. Es treffe zwar zu, dass ihm bisher kein anderer Dienstposten übertragen worden sei. Es sei jedoch insoweit ausreichend, wenn dem Antragsteller bei seinem tatsächlichen Dienstantritt ein neuer Dienstposten übertragen werde. Im Hinblick auf sein abzubauendes Zeitguthaben und seine Urlaubsansprüche liege dieser Zeitpunkt allerdings nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe. Sie sei sehr daran interessiert, für den Antragsteller eine neue, amtsangemessene Verwendungsmöglichkeit zu schaffen. Bei einem derart hochrangigen Amt wie dem des Antragstellers könne vom Dienstherrn aber nicht erwartet werden, eine entsprechende neue Verwendung sofort fertig vorbereitet anzubieten. Die konkrete Ausgestaltung der neuen Aufgaben auf der Ebene dieses herausgehobenen Statusamtes könne zum Teil nur gemeinsam mit dem Antragsteller erfolgen. Es sei dem Beamten in einem solchen Fall vor dem Hintergrund seiner Treuepflicht zumutbar, ein vorhandenes

Zeitguthaben jedenfalls so lange abzubauen, wie sich der Dienstherr ernstlich um die Schaffung einer amtsangemessenen neuen Verwendungsmöglichkeit bemühe.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 15. Juni 2023 abgelehnt. Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt, der wörtlich gestellte, im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht statthafte Antrag, die Umsetzungsverfügung aufzuheben, sei gemäß §§ 88, 122 VwGO dahin zu verstehen, dass der Antragsteller die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehre, ihn vorläufig bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache auf den Dienstposten als Leiter der Feuerwehr rückumzusetzen. Der Antragsteller habe den erforderlichen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Die Umsetzung dürfte rechtmäßig sein. Die Antragsgegnerin habe dem Antragsteller zwar zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch keinen konkreten Aufgabenbereich zugewiesen. Ausgehend davon, dass die Beurteilung der Amtangemessenheit der Beschäftigung anhand der im Zeitpunkt der tatsächlichen Beschäftigung des Beamten vorliegenden Aufgabenzuweisung erfolge und dass der Antragsteller aufgrund der Anordnung des von ihm nicht angegriffenen Freizeitausgleichs mindestens bis zum 31. Dezember 2023 nicht beschäftigt werden könne, halte das Gericht hier aber den Zeitpunkt des voraussichtlichen tatsächlichen Beschäftigungsbeginnes, der nicht vor dem 1. Januar 2024 liegen werde, für maßgeblich. Nach dem Ablauf dieses Zeitpunktes dürfe die dauerhafte Umsetzung rechtswidrig werden, sofern dann die Antragsgegnerin dem Antragsteller keinen amtsangemessenen Aufgabenbereich zugewiesen haben sollte. Der Antragsteller habe jedoch nicht glaubhaft gemacht, dass zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt keine dauerhafte amtsangemessene Beschäftigung erfolgen werde. Die Antragsgegnerin habe erkannt, dass die Zuweisung eines amtsangemessenen Aufgabenbereichs bis zu diesem Zeitpunkt erforderlich sei, und sie habe in Aussicht gestellt, dass entsprechende Bemühungen, gegebenenfalls auch in Abstimmung mit dem Antragsteller, erfolgen würden. Es sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin entgegen ihrer Zusage keine amtsangemessene Beschäftigung des Antragstellers beabsichtige.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende Beschwerde des Antragstellers, mit der er beantragt, die Umsetzungsverfügung aufzuheben, hilfsweise auszusetzen und die Antragsgegnerin bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu verpflichten, ihn entweder auf seinen alten Dienstposten als Leiter der Feuerwehr Hamburg zurückzusetzen oder ihm ein seinem Statusamt als Oberbranddirektor (Besoldungsgruppe B 4) angemessenes Amt im

funktionellen Sinne zu übertragen, hilfsweise festzustellen, dass er derzeit nicht amtsangemessen beschäftigt werde.

II.

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Zwar erschüttert das Beschwerdevorbringen den angefochtenen Beschluss mit der dort gegebenen Begründung mit der Folge, dass das Beschwerdegericht eine nicht mehr nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkte Prüfung vornimmt (1.). Diese Prüfung führt allerdings gleichwohl zur Erfolglosigkeit der Beschwerde (2.).

1. a) Der Antragsteller trägt zur Begründung seiner Beschwerde (u. a.) vor, zu Unrecht habe das Verwaltungsgericht den Umstand nicht beanstandet, dass die Antragsgegnerin ihm zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch keinen konkreten Aufgabenbereich zugewiesen habe, da es den Zeitpunkt des voraussichtlichen tatsächlichen Beschäftigungsbeginns, der nicht vor dem 1. Januar 2024 liegen werde, für maßgeblich halte. Demnach sei aus der Sicht des Verwaltungsgerichts eine Umsetzungsverfügung, mit der kein neues funktionelles Amt zugewiesen werde, jedenfalls zunächst rechtmäßig, wenn bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Beschäftigungsaufnahme eine solche Zuweisung erfolgen könne. Ein solcher gleichsam zweistufiger Umsetzungsvorgang sei jedoch rechtlich ausgeschlossen. Dies werde bereits daraus ersichtlich, dass die streitgegenständliche Umsetzungsverfügung die Zuweisung eines Nicht-Amtes zum Gegenstand habe, sodass die spätere Zuweisung eines konkreten Amtes im funktionellen Sinne einer neuen Umsetzungsverfügung bedürfte, die dann wieder gesondert rechtlich überprüfbar wäre, insbesondere darauf, ob das nunmehr zugewiesene Amt amtsangemessen sei. Die vom Verwaltungsgericht zugelassene Möglichkeit der Komplettierung bzw. Heilung der Umsetzung ins Leere sei mit Blick auf die Formenstrenge des Beamtenrechts nicht hinnehmbar. Tatsächlich sei, wie bereits erstinstanzlich vorgetragen, die streitgegenständliche Verfügung gar keine „Umsetzung“, sondern sogar mehr als eine vorläufige Entbindung von der Führung der Dienstgeschäfte, für die die rechtlichen Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben wären. Es bleibe somit dabei, dass die Antragsgegnerin sich hier den Vorwurf des Formenmissbrauchs gefallen lassen müsse.

Eine Umsetzung ohne Zuweisung eines neuen funktionalen Amtes sei mithin per se rechtswidrig. Das Bundesverwaltungsgericht habe es in seinem auch von der Antragsgegnerin angeführten Urteil vom 22. Juni 2006 (2 C 26.05, „Vivento“) ausdrücklich offengelassen, ob eine „Versetzung“ ohne Übertragung eines Funktionsamtes überhaupt eine Versetzung im Sinne der gesetzlichen Regelungen sei. Diese Überlegung sei auch auf den Fall einer Umsetzung übertragbar. Die Unwirksamkeit einer solchen Umsetzungsverfügung ergebe sich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 5 GG, da eine solche Umsetzung gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums verstoße, die es verböten, einem Beamten sein bisheriges Funktionsamt zu entziehen, ohne ihm eine andere, seinem Statusamt entsprechende Amtsstellung auf Dauer zu übertragen (BVerwG, Urt. v. 22.6.2006, a. a. O., Rn. 9).

b) Dieser Vortrag erschüttert die vom Verwaltungsgericht entscheidungstragend gegebene Begründung, bei der streitgegenständlichen Verfügung handele es sich rechtlich um eine Umsetzung, für deren Rechtmäßigkeit nicht der Zeitpunkt seiner Entscheidung, sondern der Zeitpunkt des zukünftigen tatsächlichen Beschäftigungsbeginns des Antragstellers maßgeblich sei.

Es erscheint in der Tat als bedenklich, ob die streitgegenständliche Verfügung beamtenrechtlich als Umsetzung eingestuft werden kann. Auch wenn die Umsetzung weder im Bundesrecht noch im hamburgischen Landesrecht ausdrücklich definiert oder sonst geregelt ist, wird darunter gemeinhin seit Jahrzehnten die Übertragung eines anderen Amtes im konkret-funktionellen Sinne, ohne dass das Amt im statusrechtlichen oder im abstrakt-funktionellen Sinne berührt würde oder die Beschäftigungsbehörde sich ändert, verstanden (vgl. Schnellenbach/Bodanovitz, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl. 2020, § 4 Kapitel V Rn. 62; BVerwG, Urt. v. 22.5.1980, 2 C 30.78, BVerwGE 60, 144, juris Rn. 16: „(Die) Umsetzung eines Beamten ... ist ... die das statusrechtliche Amt und das funktionelle Amt im abstrakten Sinne ... unberührt lassende Zuweisung eines anderen Dienstpostens (funktionelles Amt im konkreten Sinne) innerhalb der Behörde“; siehe auch die im Land Brandenburg geltende Legaldefinition der Umsetzung in § 28 Satz 1 BbgLBG). Rechtsgrundlage dafür ist die Gehorsamspflicht der Beamten (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.2.2008, NVwZ-RR 2008, 547, 2 A 1.07, juris Rn. 25). Davon zu unterscheiden ist eine vom Dienstherrn verfügte dauerhafte Entziehung des bisherigen Dienstpostens ohne Zuweisung eines neuen dauerhaften Dienstpostens. Ebenfalls zweifelhaft erscheint es, als

den für die Rechtmäßigkeit des „ersten Aktes“ im Rahmen eines zweiaktigen Umsetzungsvorgangs (dessen grundsätzliche Möglichkeit unterstellt) maßgeblichen Zeitpunkt nicht den Zeitpunkt des „ersten Aktes“ bzw. der eigenen gerichtlichen Entscheidung, sondern den Zeitpunkt des noch nicht feststehenden, in der Zukunft liegenden Zeitpunkt des „zweiten Aktes“ anzusehen.

2. Die nicht mehr nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkte Prüfung führt gleichwohl zur Erfolglosigkeit der Beschwerde.

a) Der Hauptantrag, die Umsetzungsverfügung aufzuheben, muss erfolglos bleiben, weil er auf die endgültige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist und dafür jedenfalls nicht die gesteigerten Voraussetzungen für das Vorliegen des nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsgrundes gegeben sind. Es ist nicht ersichtlich, dass es hier erforderlich wäre, zur Vermeidung schwerer und unerträglicher Nachteile für den Antragsteller die streitgegenständliche Verfügung endgültig zu beseitigen; das Begehren des ersten Hilfsantrags (siehe dazu die nachstehenden Ausführungen unter „b“) würde im Erfolgsfalle genügen, um den Antragsteller vor irreparablen Nachteilen zu bewahren.

b) Der Hilfsantrag, die Umsetzungsverfügung auszusetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bis zur Entscheidung in der Hauptsache den Antragsteller entweder auf seinen alten Dienstposten als Leiter der Feuerwehr zurückzusetzen oder ihm ein seinem statusrechtlichen Amt angemessenes Amt im funktionellen Sinne zu übertragen, bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Es kann dahinstehen, ob der dafür erforderliche Anordnungsanspruch gegeben wäre (aa)), denn jedenfalls liegt der notwendige Anordnungsgrund nicht vor (bb)).

aa) Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob dem Antragsteller der erforderliche Anordnungsanspruch zur Seite steht, was voraussetzt, dass die streitgegenständliche Verfügung rechtswidrig ist. Es kann offenbleiben, ob die streitgegenständliche Verfügung rechtmäßig ist oder ob dem entgegensteht, dass es sich dabei nicht um eine Umsetzung handelt, sondern um eine Maßnahme sui generis, die gesetzlich nicht geregelt ist.

Die diesbezügliche Rechtslage ist nicht eindeutig.

Wie bereits ausgeführt, hat der Antragsteller plausible Bedenken dagegen dargelegt, die streitgegenständliche Verfügung als (rechtmäßige) Umsetzung im beamtenrechtlichen Sinne einzustufen.

Allerdings könnte es unter besonderen Umständen als rechtlich vertretbar in Betracht kommen, Beamte im Zuge einer sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Verlagerung von Aufgaben in einem ersten Teilakt freizustellen, um sie dann, wenn die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen sind, in einem weiteren Teilakt auf den neuen Dienstposten umzusetzen. Eine solche Aufspaltung der Umsetzung unter zeitlicher Abkoppelung der Zu- von der Wegumsetzung könnte allerdings (ggf.) nur dann als eine Umsetzung im beamtenrechtlichen Sinne angesehen werden, wenn mit der Wegumsetzung zugleich feststeht, dass die Zu-Umsetzung erstens überhaupt und zweitens in „überschaubarer“ bzw. „eng begrenzter“ Zeit erfolgen wird, wenn also die aus zwei Teilakten bestehende Maßnahme sich insgesamt als rechtliche Umsetzungs-Einheit darstellt (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 27.10.2004, 1 B 1329/04, NVwZ 2005, 354, juris Rn. 79, bzgl. Versetzung von Fernmeldebeamten zur Personalserviceagentur „Vivento“, diesbzgl. o. g. Voraussetzungen verneint; zum Fall eines aus mehreren Teilen bestehenden Organisationsaktes im Hochschulbereich: VGH München, Beschl. v. 24.7.2002, 3 CE 02.1659, juris Rn. 24 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat (da dem Kläger des dortigen Falles weder ein Amt im funktionellen Sinne übertragen noch ihm gegenüber der Zeitpunkt der Übertragung eines solchen Amtes festgelegt worden war) davon abgesehen, die Frage zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen (im Rahmen einer Versetzung oder Abordnung) die Übertragung neuer Funktionsämter zeitlich verzögert erfolgen darf, und festgehalten, jedenfalls eine zeitlich unbefristete Streckung dieser im Rechtssinne einheitlichen Vorgänge sei ausgeschlossen (BVerwG, Urt. v. 22.6.2006, 2 C 26.05, BVerwGE 126, 182, juris Rn. 25).

Sollte eine zeitliche Streckung zwischen den beiden Umsetzungs-Akten nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein, so bleibt gleichwohl unklar, ob im vorliegenden Fall eine (noch) rechtmäßige Ausgestaltung einer zeitlich gestreckten Umsetzung vorliegt.

Im vorliegenden Fall darf allerdings als gesichert unterstellt werden, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller überhaupt ein neues statusgemäßes Amt im

funktionellen Sinne übertragen wird. Sie hat sich insoweit eindeutig positioniert, und es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Absichtsbekundung falsch sein könnte.

Im vorliegenden Fall ist zudem nicht von einer unbefristeten Streckung zwischen der Entziehung des bisherigen konkret-funktionellen Amtes des Antragstellers und der Übertragung eines neuen solchen Amtes auszugehen. Denn die endgültige zeitliche Grenze für die Übertragung des neuen Amtes wäre nach der Linie der Antragsgegnerin der Verbrauch des positiven Saldos auf dem Arbeitszeitkonto des Antragstellers. Das Guthaben des Antragstellers, das er seit dem 19. Juli 2023 abbaut (vgl. die Anl. AG 25 zur Beschwerdeerwiderung der Antragstellerin vom 20.7.2023), betrug zuletzt ca. 2.239 Stunden, was bei einer 40-Stunden-Woche einem Umfang von ca. 56 Wochen entspricht. Würde der Antragsteller dieses Guthaben (auf entsprechende Anordnung der Antragsgegnerin) im Block abbauen, so wäre es im August 2024 verbraucht. Dies wäre zwar noch ein langer, aber kein unbefristeter Zeitraum.

Weniger klar ist allerdings, wie lang der bis zur Übertragung eines neuen Amtes verstreichende Zeitraum nach dem Willen und den Bemühungen der Antragsgegnerin tatsächlich sein wird, und ob er dementsprechend noch als „überschaubar“ oder „eng begrenzt“ (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 27.10.2004, a. a. O. Rn. 79) anzusehen wäre. Die Antragsgegnerin hat gegenüber dem Antragsteller den Freizeitausgleich bis „mindestens“ zum 31. Dezember 2023 angeordnet. Damit steht fest, dass der Antragsteller frühestens zum 1. Januar 2024 ein neues Amt im konkret-funktionellen Sinne zugewiesen bekommen wird; der Zeitpunkt könnte („mindestens“, also im Fall der Verlängerung der Anordnung des Freizeitausgleichs) aber auch später liegen. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller in Aussicht gestellt, ab Oktober 2023 erste Gespräche hinsichtlich seines künftigen Aufgabenbereichs zu führen; daraus allein lässt sich allerdings noch kein konkreter Zeitpunkt für den tatsächlichen neuen Beschäftigungsbeginn ableiten. Es bleibt somit auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung unklar, ob hier von einer im Sinne der Einheitlichkeit des Umsetzungsvorgangs noch hinzunehmenden zeitlichen Streckung der beiden Umsetzungsakte auszugehen wäre.

bb) Jedenfalls liegt der gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ebenfalls erforderliche Anordnungsgrund nicht vor. Es erscheint nicht zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig, im Wege der einstweiligen Anordnung die streitgegenständliche Verfügung

auszusetzen und den Antragsteller entweder auf seinen alten Dienstposten als Leiter der Feuerwehr Hamburg zurückzusetzen oder ihm ein seinem statusrechtlichen Amt angemessenes Amt im funktionellen Sinne zu übertragen.

Auch wenn zugunsten des Antragstellers unterstellt wird, dass die streitgegenständliche Verfügung wegen der fehlenden Zuweisung eines Amtes im funktionellen Sinne rechtswidrig ist, ergibt eine unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles gebotene Interessenabwägung (zur Zulässigkeit einer Interessenabwägung bei der Prüfung des Anordnungsgrundes vgl. Dombert in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2017, § 15 Rn. 133, m. w. N. zur Rechtsprechung), dass der Antragsteller die fehlende Zuweisung eines neuen Amtes im funktionellen Sinne hinzunehmen hat, solange der von der Antragsgegnerin angeordnete Freizeitausgleich andauert.

aaa) Die Antragsgegnerin hat einerseits ein nachvollziehbares dienstliches Interesse daran, die Leitung der Feuerwehr neu zu besetzen: Sowohl der Antragsteller als auch sein Stellvertreter waren für lange Zeit dienstunfähig erkrankt, und der Antragsteller hat zusätzlich zu seinen Urlaubsansprüchen im Rahmen der ihm eingeräumten Möglichkeiten ein Dienstzeitguthaben aufgebaut, das sich bei einer 40 - Stunden - Woche (§ 1 HmbArbZVO) über ca. 56 Wochen erstreckt, welches aus Gründen der Fürsorge und aus dienstlichen Interessen abzubauen ist (vgl. die Antragsrüge der Antragsgegnerin vom 5.6.2023, S. 4), was der Antragsteller (erst) seit dem 19. Juli 2023 tut (vgl. seine E-Mail an den Innen-Staatsrat vom 14.7.2023, Anl. AG 25 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 20.7.2023). Die offenbar im Verhältnis der früheren Feuerwehrleitung zur Spitze der BIS zu Tage getretenen Spannungen und Probleme (vgl. die Antragsrüge der Antragsgegnerin vom 5.6.2023, S. 2, und deren Beschwerdeerwiderung vom 20.7.2023, S. 2; die diesbezüglichen Repliken des Antragstellers mit Schriftsatz vom 12.6.2023, unter „I.“, und mit Schriftsatz vom 1.8.2023 stellen es nicht substantiiert in Frage, dass es zu Spannungen zwischen der seinerzeitigen Feuerwehrleitung und Behördenleitung der BIS gekommen ist, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass er der Antragsgegnerin vorwirft, durch unklare Kommunikation seinen Ruf „erheblich geschädigt“ zu haben, vgl. den Schriftsatz vom 12.6.2023, S. 2) lassen das Ziel der Antragsgegnerin als plausibel erscheinen, eine neue Feuerwehrleitung zu etablieren, von der sie sich eine stärkere Handlungsfähigkeit versprechen darf.

Andererseits stellt es die Antragsgegnerin vor eine nicht unerhebliche organisatorische Herausforderung, im Bereich der BIS für den Antragsteller ein neues funktionelles Amt der Wertigkeit B 4 zu finden oder neu einzurichten. Innerhalb der Feuerwehr gibt es, wie auch der Antragsteller vorträgt, kein weiteres Amt der Wertigkeit B 4; ein anderes Amt dieser Wertigkeit innerhalb der BIS ist derzeit offenbar nicht frei. Die Neuzuschneidung eines solchen Amtes im Bereich der BIS (deren Grundlage möglicherweise erst noch vom Haushaltsgesetzgeber zu beschließen sein wird) dürfte voraussichtlich ein paar oder einige Monate in Anspruch nehmen. Vor diesem Hintergrund dürfte es der Antragsgegnerin kaum möglich sein, dem Antragsteller sofort ein neues funktionelles Amt der Wertigkeit B 4 zuzuweisen. Somit bliebe im Sinne des ersten Hilfsantrags derzeit allein die Rückumsetzung des Antragstellers auf die Stelle der Feuerwehrleitung, was aber bereits wegen des erforderlichen Abbaus des enormen Dienstzeitguthabens des Antragstellers dazu führen würde, dass die Feuerwehr faktisch für mindestens einige Monate ohne Leitung bliebe. Dies würde eine gravierende Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses an einer handlungsfähigen Feuerwehr bedeuten.

bbb) Den Antragsteller, der jedenfalls bis zum Jahresende 2023 aus Gründen der Fürsorge und aus dienstlichen Gründen nicht zu beschäftigen sein wird, trifft es demgegenüber nicht übermäßig hart, wenn ihm nicht sofort, sondern erst während des Zeitraums des angeordneten Freizeitausgleichs mit angemessenem zeitlichen Abstand zu seinem tatsächlichen Wiederbeschäftigungsbeginn (damit er sich darauf einstellen und ggf. die Amtsangemessenheit der neuen Beschäftigung prüfen kann) sein neues statusgerechtes Amt im funktionellen Sinne zugewiesen wird. Es ist nicht ersichtlich, welche wesentlichen, insbesondere irreparablen Nachteile für ihn unter diesen Umständen entstehen sollten. Die Antragsgegnerin hat deutlich gemacht, dass sie den Anspruch des Antragstellers auf amtsgemessene Beschäftigung ohne Einschränkungen anerkennt, dass sie an einer so bald wie möglich erfolgenden amtsangemessenen Beschäftigung selbst interessiert ist und dass sie sich gemeinsam mit dem Antragsteller (u. a. mit ersten Gesprächen ab Oktober 2023) bemühen wird, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, wozu ggf. auch die haushaltsrechtliche Seite gehört (vgl. die Beschwerdeerwiderung der Antragsgegnerin vom 20.7.2023, S. 2, und deren Antragserwiderung vom 5.6.2023, S. 4 f.).

Auch wenn sich durch die Zuweisung des neuen funktionellen Amtes die streitgegenständliche Verfügung erledigen sollte, bliebe es dem Antragsteller (bei einem

berechtigten Interesse im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO) unbenommen, deren Rechtmäßigkeit durch eine Feststellungsklage zur rechtlichen Überprüfung zu stellen.

ccc) Die Ausführungen des Antragstellers in seiner Beschwerdebegündung (a. a. O., S. 8 f., unter „4.“) zum Anordnungsgrund stehen alldem nicht entgegen.

Inwiefern die „Nicht-Beschäftigung“ des Antragstellers während des Zeitraums, in dem er sein sehr umfangreiches Dienstzeitguthaben abzubauen hat, eine „gravierende Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte darstellt“, erschließt sich nicht.

Die von dem Antragsteller gezogene Parallele zu dem Fall des Verwaltungsgerichts Düsseldorf (Beschl. v. 1.6.2016, 26 L 1616/16, juris) ist nicht tragfähig, weil der dort betroffene Beamte tatsächlich auf eine andere Stelle umgesetzt worden war, die nach der Einschätzung jenes Gerichts nicht mehr als amtsangemessen angesehen werden konnte. Der Umstand, dass die dortige Umsetzung „zunächst befristet bis zum 31.12.2016“ war (VG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 29), hat zwar das Verwaltungsgericht Düsseldorf zu der Einschätzung veranlasst, dass die Übertragung jenes nicht amtsangemessenen Dienstpostens nicht bloß vorübergehend, sondern dauerhaft erfolgt war (a. a. O., Rn. 27); dies ändert aber nichts an der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der jeweiligen rechtlichen Probleme.

Soweit der Antragsteller rügt, die Entscheidung des Verwaltungsgerichts erlaube es der Antragsgegnerin, wie es wohl ihr eigentliches Motiv sei, vollendete Tatsachen zu schaffen, was gegen das durch Art. 19 Abs. 4 GG geschützte Gebot effektiven Rechtsschutzes verstoße, ist dem entgegenzuhalten, dass er nicht beanspruchen kann, gerade die Stelle der Feuerwehrleitung behalten zu dürfen. Dem entspricht es, dass er im erstinstanzlichen Verfahren mit seinem Schriftsatz vom 12. Juni 2023 (S. 2) selbst ausgeführt hat, er mache „im vorliegenden Verfahren keinen Anspruch auf ein konkretes Amt im funktionellen Sinne geltend“.

c) Der zweite Hilfsantrag, „festzustellen, dass der Antragsteller derzeit nicht amtsangemessen beschäftigt wird“, ist bereits mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig. Es steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit, dass der Antragsteller derzeit keine Tätigkeit ausübt, weil ihm die Antragsgegnerin keinen konkreten

Dienstposten übertragen hat und er bis auf weiteres sein Dienstzeitguthaben abbaut. Auch an dieser Stelle ist die von dem Antragsteller gezogene Parallele zu dem vom VG Düsseldorf (Beschl. v. 1.6.2016, 26 L 1616/16, juris) entschiedenen Fall nicht tragfähig, weil dort dem betroffenen Beamten eine neue Tätigkeit übertragen worden war, über deren Amtsgemessenheit die dortigen Beteiligten im Streit lagen. Im vorliegenden Fall hingegen bestreitet die Antragsgegnerin nicht, dass sie den Antragsteller derzeit überhaupt nicht beschäftigt.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Eine Reduzierung des Streitwerts im Hinblick auf einen (vermeintlich) nur vorläufigen Charakter des vorliegenden Eilverfahrens (vgl. den Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Abschnitt 1.5, abgedruckt u. a. in Kopp/Schenke, VwGO, 29. Aufl. 2023, Anh. zu § 164) ist nicht angebracht, da der Antragsteller mit dem Hauptantrag eine vollständige Vorwegnahme der Hauptsache begehrt.