

OVG Lüneburg
12.03.2009
5 ME 438/08

Alimentation, Beamter auf Probe, Bewährung, mangelnde, Entlassung, Fürsorgepflicht, Wirkung, aufschiebende

Entlassung eines Beamten auf Probe wegen fehlender Bewährung (mangelnde fachliche Leistung); keine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in Bezug auf die Weitergewährung der Bezüge bei fehlenden Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs

NBG § 39 I Nr. 2
NPersVG § 28 II 2
NPersVG § 93 II Nr. 5

13 B 4601/08, VG Hannover, Beschluss vom 08.10.2008

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hannover vom 8. Oktober 2008, mit dem das Verwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der von ihm erhobenen Anfechtungsklage gegen die Entlassungsverfügung der Antragsgegnerin vom 18. Juli 2008 abgelehnt hat, hat keinen Erfolg. Die von dem Antragsteller dargelegten Gründe, auf deren Prüfung sich die Entscheidung des Senats gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt, führen zu keiner Änderung der angefochtenen Entscheidung.

Die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, die Klage des Antragstellers gegen die Entlassungsverfügung werde voraussichtlich keinen Erfolg haben, ist auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens nicht zu beanstanden. Soweit dieses gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, es könne dahinstehen, ob die Erklärung des Personalrats unwirksam oder doch gegenüber dem Arbeitgeber wirksam sei, weil selbst im Falle ihrer Unwirksamkeit die Zustimmung vorliegend nach § 68 Abs. 2 NPersVG als erteilt gelte und der Erlass der Entlassungsverfügung vor Eintritt der Fiktionswirkung Rechte des Antragstellers nicht berühre, gerichtet ist, führt es nicht zum Erfolg der Beschwerde. Denn mit der Vorlage der beim Schulbezirkspersonalrat in den Akten enthaltenen Ausfertigung des ausgefüllten Vordrucks für die Beteiligung nach dem NPersVG in Personalangelegenheiten mit Schriftsatz vom 28. November 2008 hat die Antragsgegnerin nachgewiesen, dass bereits vor Erlass der Entlassungsverfügung auch die Zustimmung des Fachgruppenmitglieds vorgelegen hat. Einwände hiergegen hat der Antragsteller nicht erhoben. Aus diesem Grunde ist weder der vom Antragsteller gerügte Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Satz 2 NPersVG ersichtlich noch kommt es auf die von dem Bundesarbeitsgericht entwickelte sog. Sphärentheorie an, die nach Auffassung des Antragstellers zu Unrecht vom Verwaltungsgericht herangezogen worden sei. Ebenso wenig bedarf es einer Erörterung der Frage, ob die Zustimmungsfiktion in beachtlicher Weise im vorliegenden Fall auch noch nach Erlass der Entlassungsverfügung eintreten könne.

Der angefochtene Beschluss ist schließlich nicht abzuändern, soweit der Antragsteller unter Bezugnahme auf den Kammerbeschluss des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1989 (- 2 BvR 1547/89 -, NVwZ 1990, 853) durch die Anordnung des Sofortvollzugs und den diese Anordnung bestätigenden Beschluss des Verwaltungsgerichts eine Verletzung der Fürsorgepflicht als gegeben sieht.

Die Fürsorgepflicht gebietet dem Dienstherrn, den notwendigen Lebensunterhalt des Beamten zu sichern und ihm damit auch die Möglichkeit zu geben, wirksamen Rechtsschutz zu erlangen. Auf die abstrakte Möglichkeit, Sozialleistungen in Anspruch nehmen zu können, darf der Dienstherr den Beamten nicht verweisen (vgl. Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, § 38 VI 1. a, Rn. 1179). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der beschließende Senat angeschlossen hat, ist anerkannt, dass vorläufiger Rechtsschutz gegen die Anordnung des Sofortvollzugs einer Entlassung auch allein in Ansehung eines Anteils an der Alimentation gewährt werden kann, wenn sich die zur Hauptsache erhobene Klage nicht schon von vornherein als offensichtlich unbegründet oder begründet, sondern als offen darstellt und daher die nach § 80 Abs. 5 VwGO zu treffende Abwägungsentscheidung nicht bereits durch die Erfolgsaussichten des im Hauptsacheverfahren erhobenen Rechtsbehelfs indiziert ist (vgl.: BVerwG, Beschl. v. 25.4.1972 - BVerwG VI A 4.72 -, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 20; BVerfG, Kammerbeschl. v. 15.12.1989 - 2 BvR 1574/89 -, NVwZ 1990, 853; Nds. Oberverwaltungsgericht, Beschl. v. 16.6.2006 - 5 ME 8/06 -; Beschl. v. 1.8.2007 - 5 ME 121/07 -, NVwZ-RR 2008 483 ff.).

Diese Voraussetzungen liegen schon deshalb nicht vor, weil in dem hier zu entscheidenden Fall anders als in den genannten Entscheidungen die im Rahmen von § 80 Abs. 5 VwGO zu treffende Abwägungsentscheidung durch die Erfolgsaussichten des im Hauptsacheverfahren erhobenen Rechtsbehelfs dahingehend indiziert sind, dass das öffentliche Interesse am Sofortvollzug die privaten Interessen des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage überwiegt. Denn die Erfolgsaussichten beurteilen sich vorliegend im Gegensatz zu denjenigen Fällen, die den zitierten Entscheidungen zugrunde lagen, nicht als offen. Das Verwaltungsgericht hat - wie ausgeführt - zutreffend die Entlassungsverfügung als voraussichtlich rechtmäßig erachtet.

Der hiergegen gerichtete Einwand, die vom Verwaltungsgericht festgestellte voraussichtliche Rechtmäßigkeit der Entlassungsverfügung könne die Versagung der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes unter den Gesichtspunkten der Fürsorgepflicht und der Alimentationspflicht des Dienstherrn nicht rechtfertigen, erforderlich sei vielmehr die Feststellung einer offensichtlichen Unbegründetheit seines Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren, geht fehl. Der Antragsteller setzt sich insoweit nicht hinreichend mit dem angefochtenen Beschluss auseinander. Darin hat das Verwaltungsgericht zwar ausgeführt, dass es von der voraussichtlichen Rechtmäßigkeit der Entlassungsverfügung ausgehe. Es hat aber diesen Ausführungen den Obersatz vorangestellt, dass der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in der Regel abzulehnen sei, wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts nicht bestünden, sich also der angegriffene Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtmäßig erweise und deshalb der Rechtsbehelf in der Hauptsache deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben werde. Im Anschluss hieran hat das Verwaltungsgericht sodann ausdrücklich festgestellt, dass dieser Fall hier so liege, m. a. W. nach seiner Auffassung sich bei der gebotenen summarischen Prüfung die Entlassungsverfügung als offensichtlich rechtmäßig erweist. Unter Beachtung dieser Ausführungen kann der nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Feststellung, die Entlassungsverfügung erweise sich als voraussichtlich rechtmäßig, kein abweichender Sinngehalt entnommen werden.

Sind - wie hier - die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nicht als offen zu beurteilen, sondern erweist sich angesichts des nur summarischen Prüfungsmaßstabs die Entlassungsverfügung als voraussichtlich bzw. offensichtlich rechtmäßig, wird die nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotene Interessenabwägung hierdurch indiziert. Gründe, weshalb im vorliegenden Fall dem nach bisherigem Kenntnisstand unzweifelhaft fachlich nicht geeigneten Antragsteller auch nur teilweise seine Bezüge bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens verbleiben sollen, sind auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er Vater eines nunmehr einjährigen Kindes ist, nicht ersichtlich.