

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/7/3 2008/12/0049

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.07.2008

## Index

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

BDG 1979 §38 idF 1998//123;

BDG 1979 §41a Abs6 idF 1997//061;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde des B K in Wien, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in Wien, dieser vertreten durch Dr. Peter Ringhofer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 17. Jänner 2008, Zl. PM/PRB- 516960/07-A01, betreffend Feststellungen i.A. Dienstzuteilung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Official in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Stammdienststelle ist die Zustellbasis 1010 Wien, wo er einen Arbeitsplatz im Vorverteildienst inne hat. Mit Wirkung vom 1. September 2004 wurde der Beschwerdeführer auf Grund einer Weisung dem Jobcenter ("Mitarbeiter Jobcenter D4", Code 7, VwGr. PT8) zugeteilt.

Am 20. Februar 2006 richtete der Beschwerdeführer an das Personalamt Wien der Österreichischen Post Aktiengesellschaft folgende Eingabe:

"Ich habe den Arbeitsplatz 'Vorverteildienst', Code 0, Verwendungsgruppe PT8 inne. Mit Zuschrift vom 2.12.2004 wurde mir die Absicht bekannt gegeben, mich zum Jobcenter Wien zu versetzen. Dagegen habe ich die Einwendungen vom 14.12.2004 erhoben und ich schliesse daraus, dass seit dem nichts Weiteres geschehen ist, dass die Versetzungsabsicht im Hinblick auf diese Einwendungen fallen gelassen wurde.

Andererseits wurde schriftlich mit 1.9.2004 eine Dienstzuteilung zum Jobcenter der Österreichischen Post AG verfügt. Das ist bisher aufrecht erhalten worden, mit der einzigen Änderung, dass unterdessen die Bezeichnung der Dienstzuteilungs-Dienststelle (DD) von 'Jobcenter' auf nunmehr 'Karriere- und Entwicklungszentrum' geändert wurde.

Nach § 90 (richtig: § 39) Abs.2 BDG 1979 darf eine Dienstzuteilung, über welche eine schriftliche Zustimmung des Beamten nicht vorliegt, höchstens für die Dauer von insgesamt 90 Tagen in einem Kalenderjahr ausgesprochen werden. Die Dienstzuteilung hätte daher im Dezember 2004 beendet werden müssen. Da sie bis jetzt ununterbrochen fort dauert muss angenommen werden, dass sie als Dauerzustand beabsichtigt ist. Das ist eindeutig gesetzwidrig, und zwar mit der Massgabe, dass sich die Aufrechterhaltung als gänzlich unzulässig darstellt. Die vorangeführte Bestimmung kann nicht dahin interpretiert werden, dass ein solcher grundsätzlich dauernd rechtswidriger Zustand vorübergehend jedes Jahr für die Dauer von drei Monaten wieder Rechtmässigkeit erlangen könnte.

Ich stelle daher durch meinen Vertreter den

Antrag

bescheidmässig über meine 'Dienstzuteilung' zum 'Jobcenter', bzw. 'Karriere- und Entwicklungszentrum' abzusprechen und zwar dahin gehend, dass sie als gesetzwidrig rückgängig zu machen ist und rückgängig gemacht wird, sowie dass die Befolgung der darin zum Ausdruck gelangenden Weisung nicht zu meinen Dienstpflichten zählt.

Unter einem füge ich in Ansehung des § 44 Abs. 3 BDG 1979 hinzu:

Meine obigen Ausführungen sind als Remonstrierung gegen die in Form der Dienstzuteilung erteilte Weisung zu werten. Für den Fall, dass die Weisung nicht zurückgenommen wird, beantrage ich die Bescheiderlassung gemäss dem vorstehenden Antrag."

Mit Schreiben vom 11. April 2006 teilte das Personalmanagement-Personalamt dem Beschwerdeführer mit, dass von einer rechtmässigen Dienstzuteilung im Rahmen einer Organisationsänderung ausgegangen werde. Die weitere Verwendung des Beschwerdeführers an seiner Stammdienststelle sei auf Grund des Wegfalles seines Arbeitsplatzes nicht möglich. Es werde die dem Beschwerdeführer erteilte Weisung, beim Karriere- und Entwicklungszentrum Wien (KEC Wien) weiterhin vorübergehend Dienst zu versehen, gemäß § 44 Abs. 3 BDG 1979 schriftlich erteilt, wobei darauf hingewiesen werde, dass die Befolgung von Weisungen, so auch dieser, zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers zähle. Dem Beschwerdeführer wurde die Möglichkeit eingeräumt, hiezu Stellung zu nehmen.

In seiner Stellungnahme vom 26. April 2006 führte der Beschwerdeführer aus, weshalb er die erfolgte Dienstzuteilung für rechtswidrig erachte, wobei er unter anderem den Standpunkt vertrat, die Maßnahme widerspreche auch der Rechtsnatur der Dienstzuteilung als vorübergehende Maßnahme und stelle eine Umgehung des Versetzungsschutzes dar.

Mit Eingabe vom 4. Juli 2006 stellte der Beschwerdeführer den Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides dahin, dass

1. sein Arbeitsplatz weiterhin jener sei, den er jedenfalls unbestritten bis August 2004 inne gehabt habe, da dieser Arbeitsplatz entgegen früherer behördlicher Behauptungen fortbestehe,
2. er im Hinblick auf den von ihm laut Punkt 1. inne gehaltenen Arbeitsplatz Anspruch auf Stufe 2 sowohl der Erschwerniszulage als auch der Aufwandsquote laut § 12a Nebengebührensverordnung habe und
3. die Nebengebührenwerte bezüglich der Jahre 2004 und 2005 sowie weiterhin unter Berücksichtigung seines Anspruches laut Punkt 2. festgesetzt würden.

Mit Schreiben vom 1. September 2006 des Personalmanagement-Personalamt wurde dem Beschwerdeführer ausführlich dargelegt, weshalb nach Ansicht der Behörde mit Wirksamkeit vom 1. September 2004 im Zuge von Restrukturierungsmaßnahmen der Arbeitsplatz des Beschwerdeführers weggefallen sei. Weiters wurden Ausführungen zur Höhe der nach Ansicht der Behörde zustehenden Erschwernis- und Aufwandsquote gemacht.

Dazu nahm der Beschwerdeführer mit Äußerung vom 14. September 2006 Stellung, in der er unter anderem ausführte, der Zuschrift der Behörde fehle jegliche relevante Aussagekraft, weil sie keinerlei konkrete Darstellung seiner tatsächlichen Verwendung enthalte. Es werde die entsprechende Beweisaufnahme durchzuführen sein. Er beantrage

ausdrücklich in diesem Zusammenhang seine Parteieneinvernahme. Es werde sich ergeben, dass er rund ein Jahr lang Dienste verrichtet habe, auf Grund welcher sogar die Stufe 3 der Nebengebühren laut § 12a Abs. 2 und 3 Nebengebührenvorschrift zustehe.

Anlässlich seiner Parteieneinvernahme zu seiner tatsächlichen Verwendung am 26. April 2007 gab der Beschwerdeführer unter anderem an, aus seiner Sicht sollte eine Entscheidung punkto Nebengebühren unterbleiben. Die Anträge bezüglich der bescheidmäßigen Erledigung über die behauptete Rechtswidrigkeit der Dienstzuteilung ins Karriere- und Entwicklungscenter sowie der Feststellung des aufrechten Bestehens seines Arbeitsplatzes "Vorverteildienst" in der Zustellbasis 1010 Wien blieben unverändert bestehen.

Mit Bescheid vom 15. Mai 2007 sprach das Personalamt Wien folgendermaßen ab:

"Zu Ihren Anträgen vom 20. Februar 2006 und vom 4. Juli 2006 betreffend Feststellung,

1. dass Ihre Dienstzuteilung zum Jobcenter bzw. Karriere- und Entwicklungscenter als gesetzeswidrig rückgängig zu machen ist und dass die Befolgung der darin zum Ausdruck gelangten Weisung nicht zu Ihren Dienstpflichten zählt, sowie

2. dass Ihr Arbeitsplatz weiterhin jener ist, den Sie jedenfalls unbestritten bis August 2004 innegehabt haben ('Vorverteildienst', Code 0, Verwendungsgruppe PT8), da dieser Arbeitsplatz entgegen früherer behördlicher Behauptungen fortbesteht,

wird festgestellt:

ad 1) Ihre zum Karriere- und Entwicklungscenter (KEC) Wien verfügte Dienstzuteilung bleibt bis zum rechtskräftigen Abschluss des derzeit unterbrochenen Versetzungsverfahrens im Sinne des § 39 Abs. 3 Z. 1 des Beamten- Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979) aufrecht, da der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrecht erhalten werden kann. Die Befolgung der in der Dienstzuteilung zum Ausdruck gelangten Weisung zählt zu Ihren Dienstpflichten im Sinne des § 44 Abs. 1 BDG 1979.

ad 2) Der Fortbestand Ihres in der Zustellbasis (ZB) 1010 Wien bis August 2004 innegehabten Arbeitsplatz 'Vorverteildienst', Code 0, Verwendungsgruppe (VwGr) PT8, ist seit dem 1. September 2004 nicht mehr gegeben."

Nach Darstellung des Verfahrensganges und Wiedergabe der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen wurde ausgeführt, dem Beschwerdeführer sei in der Zustellbasis 1010 Wien ein Arbeitsplatz "Vorverteildienst" zugewiesen gewesen. Dieser sei mit Ablauf des 31. August 2004 obsolet im Sinne "nicht mehr gebräuchlich sein" gestellt und sei daher nur mehr in der Darstellung der Altorganisation des Vorverteildienstes bis zu diesem Datum sichtbar. Seither könne dieser Arbeitsplatz auch keinem anderen Bediensteten mehr zugewiesen werden. Nach rechtskräftigem Abschluss des Versetzungsverfahrens des Beschwerdeführers werde auch seine dem Arbeitsplatz zu Grunde liegende Stamm-Planstelle eingezogen, welche die beamtendienstrechtliche Basis für die Wertigkeit der Verwendung bilde. Da der Beschwerdeführer somit arbeitsplatzverlustig geworden und für ihn auch kein gleichwertiger anderer freier Arbeitsplatz vorhanden gewesen sei, um der Bestimmung des § 36 Abs. 1 BDG 1979 genüge zu tun, sei die Dienstzuteilung zum Jobcenter Wien erforderlich geworden. In dieser Organisationseinheit, einer Abteilung des Personalmanagements der Österreichischen Post Aktiengesellschaft, habe die Möglichkeit bestanden, dem Beschwerdeführer einen seiner letzten dienstrechtlichen Stellung entsprechenden Arbeitsplatz, "Mitarbeiter Jobcenter D4, VwGr. PT8", mit temporär und örtlich wechselnder Aufgabenstellung anzubieten.

Das mit Schreiben vom 1. Dezember 2004 eingeleitete Versetzungsverfahren sei zwecks Verfahrensergänzung derzeit unterbrochen. Nach Abschluss der notwendigen Erhebungen werde ein neuer Versetzungsbescheid erlassen werden. Das Versetzungsverfahren sei somit noch anhängig. Die Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zum Jobcenter Wien habe im Sinne des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Versetzungsverfahrens aufrecht zu bleiben, da der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrecht erhalten werden könne.

Die weitere Verwendung des Beschwerdeführers bei seiner Stammdienststelle (bzw. bei den Nachfolgedienststellen Postfiliale 1010 Wien und Zustellbasis 1010 Wien) sei mangels eines freien Arbeitsplatzes nicht möglich. Die mangels Arbeitsplatzes gesetzlich nicht gedeckte allfällige Verwendung für irgendwelche sporadisch anfallende Dienstverrichtungen bei der Postfiliale 1010 Wien oder bei der Zustellbasis 1010 Wien wäre dem ordnungsgemäßen Dienstbetrieb nicht dienlich, sondern störend, weshalb die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes bei den genannten Dienststellen auf andere Weise als durch die Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zum nunmehrigen Karriere- und

Entwicklungscenter Wien nicht mehr möglich sei. Durch diese Dienstzuteilung werde das Rechtsinstitut der Versetzung nicht umgangen, da die Dienstbehörde noch umfangreiche Erhebungen zur Verfahrensergänzung vornehmen müsse und nach deren Abschluss ein neuer Versetzungsbescheid erlassen werde.

Die Dienstzuteilung zum nunmehrigen Karriere- und Entwicklungscenter Wien mit 1. September 2004 und der dadurch verbundene Dienstantritt in der genannten Organisationseinheit sei durch Weisung im Sinne der Bestimmung des § 44 BDG 1979 verfügt worden. Die Befolgung derselben gehöre zu den Dienstplichten des Beschwerdeführers. Dies sei ihm auch bereits im Schreiben vom 11. April 2006 schlüssig dargelegt worden. Es treffe auch nicht zu, dass die nach der Restrukturierung verbliebenen Arbeitsplätze primär mit Beamten und nicht mit Angestellten zu besetzen wären.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Berufung abgewiesen. Die belangte Behörde legte ausführlich dar, weshalb sie von der Rechtmäßigkeit der erfolgten Dienstzuteilung im Rahmen der Restrukturierungsmaßnahmen ausgehe. Unter anderem wurde ausgeführt, der Verwaltungsgerichtshof habe ausgesprochen, die Erlassung eines Bescheides darüber, ob ein Beamter zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden könne, sei solange unzulässig, als nicht eine Klärung dieser Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG 1979 versucht worden sei. Diesem Ausspruch habe der Verwaltungsgerichtshof jedoch in der Hinsicht selbst widersprochen, dass im Hinblick auf das rechtliche Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit einer bereits außerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhanges mit der Dienstzuteilungsverfügung und der dann vorgesehenen Remonstration (jedenfalls die in § 39 Abs. 2 BDG 1979 vorgesehenen 90 Tage) ein Feststellungsbescheid dennoch beantragt werden könne (Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, Zl. 96/12/0304).

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, mit der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 38 Abs. 1 BDG 1979 in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetz 1994, BGBl. Nr. 550, liegt eine Versetzung vor, wenn der Beamte einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird.

Aus dem Grunde des § 38 Abs. 7 erster Halbsatz BDG 1979 idF BGBl. I Nr. 123/1998, ist die Versetzung mit Bescheid zu verfügen.

§ 39 Abs. 1 bis 3 BDG 1979 (Stammfassung) lauten:

"§ 39. (1) Eine Dienstzuteilung liegt vor, wenn der Beamte vorübergehend einer anderen Dienststelle zur Dienstleistung zugewiesen und für die Dauer dieser Zuweisung mit der Wahrnehmung von Aufgaben eines in der Geschäftseinteilung dieser Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes betraut wird.

(2) Eine Dienstzuteilung ist nur aus dienstlichen Gründen zulässig. Sie darf ohne schriftlicher Zustimmung des Beamten höchstens für die Dauer von insgesamt 90 Tagen in einem Kalenderjahr ausgesprochen werden.

(3) Eine darüber hinausgehende Dienstzuteilung ist ohne Zustimmung des Beamten nur dann zulässig, wenn

1. der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrecht erhalten werden kann oder

2. sie zum Zweck einer Ausbildung erfolgt."

§ 41a BDG 1979 (Abs. 1 in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550 und Abs. 6 in der Fassung BGBl. I Nr. 61/1997), - soweit dem für den Beschwerdefall Bedeutung zukommt - lautet:

"(1) Beim Bundeskanzleramt ist eine Berufungskommission einzurichten, die aus dem Vorsitzenden, den erforderlichen Stellvertretern und weiteren Mitgliedern besteht.

...

(6) (Verfassungsbestimmung) Die Berufungskommission entscheidet über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide in Angelegenheiten der §§ 38, 40, 41 Abs. 2, 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2."

Nach übereinstimmender Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 31. März 2006, Zl. 2005/12/0096) und der Berufungskommission (vgl. den Bescheid der Berufungskommission vom 30. November 2004, Zl. 120/11-BK/04) gilt Folgendes:

Ist strittig, ob eine bestimmte Maßnahme eine mit Bescheid zu verfügende Versetzung oder aber eine Dienstzuteilung ist, kann der Beamte, der behauptet, durch eine solche ohne Bescheid vorgenommene Personalmaßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein, einen Feststellungsbescheid beantragen; zur Entscheidung über eine dagegen erhobene Berufung und auch als Devolutionsbehörde ist die Berufungskommission zuständig; es liegt insofern eine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979" im Sinne des § 41a Abs. 6 BDG 1979 vor.

Wird hingegen die Rechtswidrigkeit einer Dienstzuteilung aus einem anderen Grund behauptet, so ist zur Erledigung der Berufung gegen einen diesbezüglichen Feststellungsbescheid bzw. als Devolutionsbehörde die oberste Dienstbehörde zuständig (vgl. das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2007/12/0118).

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde über die Anträge des Beschwerdeführers auf Erlassung von Feststellungsbescheiden vom 20. Februar 2006 und vom 4. Juli 2006 abgesprochen, welchen die Auffassung des Beschwerdeführers zu Grunde lag, die Dienstzuteilung sei gesetzwidrig, da sie gemäß § 39 Abs. 2 BDG 1979 höchstens für die Dauer von insgesamt 90 Tagen in einem Kalenderjahr hätte ausgesprochen werden dürfen. Da sie bis jetzt ununterbrochen fortduere, müsse angenommen werden, dass sie als Dauerzustand beabsichtigt sei. Es werde somit der Versetzungsschutz umgangen. Eine die Versetzung rechtfertigende Organisationsänderung liege nicht vor.

Damit macht der Beschwerdeführer aber geltend, dass mangels zeitlicher Begrenzung der Dienstzuteilung im gesetzlichen Sinne in Wahrheit eine Versetzung vorliege. Es handelt sich daher um eine Angelegenheit des § 38 BDG 1979 im Sinne des § 41a Abs. 6 BDG 1979. Auch der Feststellungsantrag betreffend des Fortbestehens des Stamm-Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers bezieht sich in Wahrheit entweder auf das hier vorliegende Verfahren zur Abgrenzung Versetzung-Dienstzuteilung oder verselbständigt in unzulässiger Weise eine für das geplante Versetzungsverfahren vorweg zu beurteilende Rechtsfrage. In beiden Fällen liegt eine Angelegenheit des § 38 BDG 1979 vor.

Die belangte Behörde wäre daher nicht zur Entscheidung über die vom Beschwerdeführer erhobene Berufung zuständig gewesen. Sie hätte die Berufung gemäß § 6 AVG an die zuständige Berufungsbehörde (Berufungskommission beim Bundeskanzleramt) weiterzuleiten gehabt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2007, Zl. 2004/12/0135, mwN).

Da die belangte Behörde dies verkannte und die Berufung des Beschwerdeführers abwies, belastete sie ihre Entscheidung mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis vom 25. Mai 2007).

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 2 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 3. Juli 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2008120049.X00

**Im RIS seit**

03.08.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

27.10.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)