

# TE Vfgh Erkenntnis 1997/6/16 B4838/96

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.06.1997

## Index

63 Allgemeines Dienst- und Besoldungsrecht

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt

BDG 1979 §38 ff

BDG 1979 §40 Abs2

BDG 1979 §41a Abs5

EG-Vertrag Art188b

## Leitsatz

Keine willkürliche Abberufung eines Beamten von seiner Funktion als Sektionsleiter ohne Zuweisung einer neuen Verwendung wegen langjähriger Abwesenheit des Beschwerdeführers infolge Übernahme der Funktion als Mitglied des Europäischen Rechnungshofes

## Spruch

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Beschwerdeführer steht als Sektionschef in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er war bis 28. Februar 1995 im Rechnungshof Leiter der Sektion III.

Zur Ausübung der Funktion eines Mitgliedes des Europäischen Rechnungshofes wurde ihm bescheidmäßig zunächst vom 1. März 1995 bis 20. Dezember 1995, sodann für die Dauer der Funktionsperiode, längstens jedoch bis 31. Dezember 2001, ein Karenzurlaub gewährt. In den Bescheiden wurde u.a. verfügt, daß die gemäß §75 Abs2 BDG mit der Gewährung des Karenzurlaubes verbundenen Folgen hinsichtlich der Rechte, die von der Dauer des Dienstverhältnisses abhängig sind, nicht eintreten.

Der Präsident des Rechnungshofes verfügte mit Bescheid vom 20. Juni 1996 folgendes:

"Gemäß §40 Abs2 in Verbindung mit §38 Abs2 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 idG (BDG 1979) werden Sie mit sofortiger Wirksamkeit von Ihrer Funktion als Leiter der Sektion III ohne Zuweisung einer neuen Verwendung abberufen."

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer Berufung. Die (gemäß §41a Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. 333/1979 idF der Novelle BGBl. 550/1994, (BDG), eingerichtete) Berufungskommission beim Bundeskanzleramt (im folgenden kurz: Berufungskommission) gab diesem Rechtsmittel mit Bescheid vom 7. Oktober 1996 nicht statt.

2. Gegen den eben erwähnten Berufungsbescheid wendet sich die vorliegende, auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung näher bezeichneter verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behauptet wird.

Der Beschwerdeführer stellt den Antrag,

"den angefochtenen Bescheid wegen Verletzung verfassungsgesetzlich geschützter Rechte aufzuheben und mir den gesetzlichen Kostenersatz zu Handen meines Vertreters zuzusprechen;

Für den Fall, daß der Hohe Verfassungsgerichtshof nicht auf Verletzung verfassungsgesetzlich geschützter Rechte erkennen, jedoch den letzten Satz des §41a Abs5 BDG 1979 aufheben sollte, beantrage ich die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, da ich auch in anderen Rechten verletzt bin."

3. Die Berufungskommission legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift. Sie begehrte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

II. 1. Die für den vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des BDG lauten:

"Versetzung

§38.(1) Eine Versetzung liegt vor, wenn der Beamte einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird.

(2) Die Versetzung ist von Amts wegen zulässig, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse daran besteht. Während des provisorischen Dienstverhältnisses ist eine Versetzung an einen anderen Dienstort auch ohne wichtiges dienstliches Interesse zulässig.

(3) Ein wichtiges dienstliches Interesse liegt insbesondere vor

1.

bei Änderungen der Verwaltungsorganisation einschließlich der Auflösung von Arbeitsplätzen oder

2.

...

(4) ...

(6) Ist die Versetzung des Beamten von Amts wegen in Aussicht genommen, so ist er hiervon schriftlich unter Bekanntgabe seiner neuen Dienststelle und seiner neuen Verwendung mit dem Beifügen zu verständigen, daß es ihm freisteht, gegen die beabsichtigte Maßnahme binnen zwei Wochen nach Zustellung Einwendungen vorzubringen. Werden innerhalb der angegebenen Frist solche Einwendungen nicht vorgebracht, so gilt dies als Zustimmung zur Versetzung.

(7) ..."

"Verwendungsänderung

§40.(1) ...

(2) Die Abberufung des Beamten von seiner bisherigen Verwendung ist einer Versetzung gleichzuhalten, wenn

1.

die neue Verwendung der bisherigen Verwendung des Beamten nicht mindestens gleichwertig ist oder

2.

durch die neue Verwendung eine Verschlechterung für die Beförderung des Beamten in eine höhere Dienstklasse oder Dienststufe zu erwarten ist oder

3.

dem Beamten keine neue Verwendung zugewiesen wird.

(3) Die neue Verwendung ist der bisherigen Verwendung gleichwertig, wenn sie innerhalb derselben Verwendungsgruppe derselben Funktions- oder Dienstzulagengruppe zugeordnet ist.

(4) ..."

2. Die Berufungskommission begründete ihre Entscheidung (nach einer Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und einer Schilderung der Rechtslage) wie folgt:

"Der Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses liegt darin, daß Personen in einem grundsätzlich lebenslangen Dienstverhältnis in Bindung an das Gesetz tätig werden. Der Inhalt ihres Dienstverhältnisses, ihre Rechte und Pflichten haben sich aus dem Gesetz zu ergeben. Jeder Fall ist im Dienstrecht für sich auf Grundlage des Gesetzes zu lösen (vergleiche in diesem Sinne Erkenntnis des VwGH vom 18. Februar 1994, Zl. 93/12/0065, vom 14. Juni 1995, Zl. 95/12/0051, uva). Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß zwischen dem Dienstgeber und seinen öffentlich-rechtlichen Bediensteten neben dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis auch Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur bestehen, für die das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis allenfalls Anknüpfungspunkt ist (vergleiche VfSlg. 7285/1974). Ansprüche des Beamten aus derartigen (zusätzlichen) Rechtsbeziehungen gegen den 'Dienstgeber' können im Zivilrechtsweg einklagbar sein (vergleiche §25 GG 1956 und Erkenntnis des VwGH vom 17. Februar 1993, Zl. 92/12/0115).

Die Rechtsgrundlage für die Karenzierung eines Beamten, also auch für die des BW (= Berufungswerbers / das ist der Beschwerdeführer dieses verfassungsgerichtlichen Verfahrens), stellt §75 BDG dar, nach dessen Abs1 eine solche Dienstfreistellung gewährt werden kann, sofern nicht zwingende dienstliche Gründe entgegenstehen. Inwieweit die Zeit des Karenzurlaubes für Rechte, die von der Dauer des Dienstverhältnisses abhängen, zu berücksichtigen ist, regeln die Abs2 und 3 der genannten Bestimmung. Abs4 sieht ein Zustimmungsrecht des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Finanzen für länger als fünf Jahre dauernde Karenzurlaube vor; Abs5 nimmt davon bestimmte Karenzurlaube aus. Abs6 der genannten Bestimmung normiert den Karenzurlaub für Mitglieder eines unabhängigen Verwaltungssenates und Abs7 die Beendigung einer Karenzierung unter Bezug auf das Lebensalter des Beamten. Die Abs8 und 9 des §75 BDG regeln die Verwendung der Beamten, die einen Karenzurlaub nach MSchG oder nach EKUG in Anspruch genommen haben, nach Wiederantritt des Dienstes, also welcher Arbeitsplatz im Rahmen der Dienststelle diesen Beamten dann zuzuweisen ist. Demnach sind solche Beamte nach einem Karenzurlaub nach dem Mutterschutzgesetz oder nach dem Elternkarenzurlaubsgesetz - wenn keine Interessen des Dienstes entgegenstehen - wieder mit jenem Arbeitsplatz zu betrauen, auf dem sie vor Antritt des Karenzurlaubes verwendet wurden oder es ist ihnen ein gleichwertiger Arbeitsplatz zuzuweisen. Wenn dem Beamten ein Arbeitsplatz zugewiesen wird, der nicht den vorher genannten Voraussetzungen nach Abs8 entspricht, der also nicht entweder ident oder gleichwertig dem früher innegehabten Arbeitsplatz ist, muß ein solcher Beamter nach Abs9 dienst- und besoldungsrechtlich wie ein Beamter behandelt werden, der die Gründe für seine Versetzung oder Verwendungsänderung nicht selbst zu vertreten hat.

Diese gesetzlichen Regelungen zeigen weder eine Verpflichtung noch eine Ermächtigung zu Vereinbarungen dahingehend, daß einem Beamten während seines Karenzurlaubes sein konkreter Arbeitsplatz freigehalten werden muß oder dieser nur befristet besetzt werden dürfte. Dem §75 BDG ist vielmehr hinsichtlich der Rechtsstellung des karenzierten Beamten während der Karenzierung in Bezug auf den von ihm vor der Karenzierung innegehabten Arbeitsplatz unmittelbar nichts zu entnehmen. Die mit der BDG-Novelle 1994 ergänzend getroffene Regelung in den Absätzen 8 und 9 stellt nur auf bestimmte besonders begünstigte Karenzurlaube ab (vgl. §10 Abs3 Z3 GG 1956 und §6 Abs2 PG 1965) und normiert die Rechtsstellung dieser karenzierten Beamten nach Wiederantritt des Dienstes. Aus dieser auf eine parlamentarische Initiative zurückgehenden Regelung (vgl. NR. GP XVIII, RV 1656, AB 1798, Seite 171) erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß die Rechtsstellung solcher in anderen Normen begünstigter Karenzurlaubs-Nehmer in diesem Zusammenhang ebenfalls begünstigt und nicht beschränkt werden sollte. Daraus folgte weiters, daß Beamte, die Karenzurlaube aus anderen Gründen eingeräumt erhalten haben, nicht einmal das Recht hätten, bei Wiederaufnahme des Dienstes - wenn keine Interessen des Dienstes entgegenstehen - wieder mit dem seinerzeitigen oder einem gleichwertigen Arbeitsplatz betraut zu werden.

Das bedeutete für den aus sonstigen Gründen karenzierten BW in Bezug auf den von ihm seinerzeit innegehabten Arbeitsplatz, daß ihm jedenfalls während des Karenzurlaubes keinerlei Rechte in Bezug auf diesen Arbeitsplatz

zukommen. Der karenzierte Beamte wäre bereits mit Rechtskraft des Karenzierungsbescheides rechtens von seinem Arbeitsplatz ohne Zuweisung einer neuen Verwendung abberufen. Seine Rechtsstellung als karenzierter Beamter beschränkte sich auf die Beibehaltung der besoldungsrechtlichen Stellung (Planstelle; Dienstklasse, Gehaltsstufe) und der Dienststellenzugehörigkeit. Die bescheidmäßige Durchführung einer qualifizierten Verwendungsänderung wäre davon ausgehend weder notwendig noch verfahrensrechtlich zulässig.

Ein solches Ergebnis erscheint aber insbesondere für kurze Karezurlaube und für jene Karezurlaube, für deren Gewährung andere als private Interessen des Beamten maßgebend waren (vgl. Abs3), äußerst unbillig und auch im Hinblick auf die Entwicklung der Einrichtung des Karezurlaubes (vgl. §44 DP 1914 'Urlaub gegen Entfall der Bezüge') in Frage zu stellen.

Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit Beschuß vom 18. September 1996, Zl. 96/12/0253, mit der Frage des Rechtes einer karenzierten Beamten auf Durchführung einer bescheidmäßigen Verwendungsänderung im Hinblick auf eine zwischenzeitig verfügte Organisationsänderung und die definitive Besetzung ihres Arbeitsplatzes auseinanderzusetzen und führte in diesem Zusammenhang aus:

'Im Beschwerdefall ist davon auszugehen, daß die Bfin im Hinblick auf ihren Mutterschaftskarezurlaub während dieser Zeit vom Dienst befreit war, daß sie also keine konkrete Verwendung innegehabt hat. Voraussetzung jeder Verwendungsänderung im Sinne des §40 BDG 1979 ist, daß der Beamte von seiner bisherigen Verwendung abberufen wird; nur dann, wenn seitens der Dienstbehörde eine solche Maßnahme gesetzt wird, besteht ein subjektives Recht des Beamten auf ein Verfahren nach §40 in Verbindung mit §38 BDG 1979.'

Im Beschwerdefall ist aber eine solche Abberufung seitens der Dienstbehörde nicht erfolgt.'

Im Gegensatz zu der dem genannten Beschuß des Verwaltungsgerichtshofes zugrundeliegenden Sachlage ist im anhängigen Berufungsfall seitens der Dienstbehörde - im Interesse der rechtlichen Klarstellung der gesetzlich offenbar unbefriedigend geregelten Verhältnisse - eine ausdrückliche Abberufung erfolgt. Davon ausgehend stellt die Berufungskommission die zu §75 BDG im Vorfragenbereich angestellten rechtlichen Überlegungen, die eine von vornherein gegebene Unzulässigkeit eines Verwendungsänderungsverfahrens während des Karezurlaubes mangels Innehabung eines Arbeitsplatzes bedeuten würden, zurück. Die vom BW angefochtene, von der Dienstbehörde verfügte Personalmaßnahme ist daher inhaltlich zu überprüfen.

Da die Abberufung des BW ohne Zuweisung einer neuen Verwendung erfolgt ist, wurde damit der Tatbestand des §40 Abs2 Z3 BDG erfüllt. Eine solche qualifizierte Verwendungsänderung bedarf demnach des bescheidmäßigen Abspruches und ist von Amts wegen gegen den Willen des betroffenen Beamten dann zulässig, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse daran besteht. Dieses wichtige dienstliche Interesse, das demnach auch eine solche Abberufung ohne Zuweisung einer neuen Verwendung zulässig macht, ist entsprechend dem Schutzzweck der Versetzungsregelung, nämlich ein unsachliches Vorgehen der Behörde zu verhindern, ausschließlich nach objektiven Merkmalen zu beurteilen.

Im Berufungsfall stützt die belangte Behörde ihre Entscheidung im wesentlichen auf ein wichtiges dienstliches Interesse, das sie darin gelegen sieht, daß die Leitung einer Sektion kein 'Langzeitprovisorium' zulasse, sondern eine voll handlungsfähige und stabile Führungsfunktion erfordere, wobei dies besonders im konkreten Fall gegeben sei, weil aufgrund neuer Zuständigkeiten die 'Aufbau- und Ablauforganisation dieser Sektion' neu gestaltet werden müsse.

Auch nach Auffassung der Berufungskommission stellen diese von der Dienstbehörde ins Treffen geführten Gründe ein wichtiges dienstliches Interesse dar, das die Abberufung des BW als eines für sechs Jahre karenzierten Sektionsleiters von seiner bisherigen Verwendung rechtfertigt. Die Stellungnahme des mitbefaßten Dienststellausschusses ergibt keinesfalls einen Anhaltspunkt für ein unsachliches Vorgehen der Dienstbehörde.

Wenn der BW das Vorliegen eines wichtigen dienstlichen Interesses an seiner Abberufung vor allem mit dem Hinweis bestreitet, seit Inkrafttreten der Besoldungsreform seien befristete Ernennungen nicht nur möglich, sondern sogar zwingend vorgesehen, so ist dem entgegenzuhalten, daß die befristete Bestellung eines Sektionsleiters im Rechnungshof frühestens mit Wirkung ab 1. Jänner 1998 und auch dann nur für die Dauer von jeweils fünf Jahren, also bis 31. Dezember 2002 zulässig ist (§141 BDG 1979 i.V.m. §§254 Abs7 Z3, Abs16 bzw. 278 Abs13 Z3 BDG 1979). Die

bestehende Sachlage erfordert Maßnahmen und umgehendes Handeln; bei einer lediglich befristeten Bestellung, die erst mit 1. Jänner 1998 zulässig ist, stünde der Arbeitsplatz des BW beim spätestmöglichen Wiederantritt des Dienstes mit 1. Jänner 2002 ein Jahr, ansonst einen längeren Zeitraum jedenfalls nicht zur Verfügung.

Auch wenn dem BW einzuräumen ist, daß die Überlegung, die Leitung einer Sektion lasse kein 'Langzeitprovisorium' zu, vor dem Hintergrund der mit dem Besoldungsreformgesetz, BGBl. 550/1994, getroffenen Regelung, nach der Leitungsfunktionen lediglich befristet vergeben werden dürfen, nicht generell als 'wichtiges dienstliches Interesse' herangezogen werden darf (- dieser unbestimmte Gesetzesbegriff ist nämlich soweit als möglich und vorrangig aus den gesetzlichen Regelungen bzw. den erkennbaren Intentionen des Gesetzgebers inhaltlich auszulegen -), so zeigt doch die konkrete Sach- und Rechtslage auch für die Berufungskommission die sachliche Notwendigkeit für die vom BW bekämpfte Personalmaßnahme bzw. für die von der Dienstbehörde in weiterer Folge beabsichtigte Besetzung dem Grunde nach auf.

Zu dem Vorbringen des BW, die Verfügung im angefochtenen Bescheid, einer Berufung dagegen komme keine aufschiebende Wirkung zu, verletze §12 DVG, wird bemerkt, daß auf das Verfahren vor der Berufungskommission gemäß §41 f Abs1 BDG das DVG gar keine Anwendung findet und daß §38 Abs7 BDG ausdrücklich die aufschiebende Wirkung einer Berufung bei einer solchen Personalmaßnahme ausschließt.

Soweit der BW den angefochtenen Bescheid mit der Begründung bekämpft, dieser verletze die ihm aus Anlaß der Karenzierung gegebenen Zusagen auf umfassende Wahrung seiner dienstrechtlichen Stellung, ist zunächst davon auszugehen, daß rechtsgeschäftlichen Zusagen und Vereinbarungen im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nur insoweit Rechtswirksamkeit zukommen kann, als sie eine öffentlich-rechtliche Grundlage bzw. Deckung im Dienstrechthaben. Da die einschlägigen Bestimmungen des BDG über die Karenzierung (§75 BDG) Vereinbarungen über die Folgen bzw. die Rechtsstellung während der Karenzierung nicht vorsehen, kommt ihnen selbst für den Fall, daß derartige Zusagen - von wem immer - gegeben worden wären, keine Rechtswirksamkeit zu. Auch in den Karenzierungsbescheiden vom 27. Februar 1995 und vom 18. Dezember 1995 sind keine derartigen wohl rechtswidrigen, aber allenfalls rechtskräftig bindenden Zusagen im Sinne des Berufungsvorbringens enthalten.

Zusammenfassend zeigen die vorstehenden Überlegungen ein durch gesetzliche Detailregelungen für bestimmte Karenzurlaube nur verschärftes Regelungsdefizit hinsichtlich der Rechtsstellung von karenzierten Beamten im Allgemeinen. Die Berufungskommission anerkennt, daß der BW die Funktion als Mitglied des Europäischen Rechnungshofes im öffentlichen Interesse über Vorschlag der Bundesregierung übernommen hat und aus diesem Grund auf die gegenständliche Karenzierung angewiesen war. Trotzdem ist der von der Dienstbehörde im Interesse einer Klarstellung erlassene angefochtene Bescheid sachlich gerechtfertigt und die vom BW bekämpfte Personalmaßnahme in einem wichtigen dienstlichen Interesse gedeckt. Der Berufung konnte daher nicht stattgegeben werden."

3.a) Der Beschwerdeführer behauptet in erster Linie, die Behörde habe ihm gegenüber Willkür geübt und begründet dies mit nachstehenden Argumenten:

"Die belangte Behörde spricht selbst von 'gesetzlich offenbar unbefriedigend geregelten Verhältnissen' und davon, daß das Regelungsdefizit hinsichtlich der Rechtsstellung von karenzierten Beamten im allgemeinen durch gesetzliche Detailregelungen für bestimmte Karenzurlaube nur noch verschärft wird. Sie glaubte aber, auf Grund der gegebenen Gesetzesregelung zu meinen Ungunsten entscheiden zu müssen, weil ein wichtiges dienstliches Interesse daran bestehe, daß im Hinblick auf die lange Dauer meines Karenzurlaubes eine dauernde Besetzung des bisher von mir innegehabten Sektionsleiterpostens erfolgt. Diese Ansicht ist meines Erachtens jedenfalls unter Berücksichtigung der hier relevanten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten verfehlt. Zunächst ist allerdings aufzuzeigen, daß die behördliche Ansicht ausgehend von der gegebenen Sachlage auch der einfachgesetzlichen Rechtslage nicht entspricht.

Es wird anscheinend als selbst-evident angenommen, daß die Qualität der Sektionsleitung leiden würde, wenn die Leitungsfunktion nicht von einem definitiv (auf Dauer oder bestimmte Zeit) bestellten Beamten ausgeübt wird. Das kann jedoch keineswegs als allgemeingültig vorausgesetzt werden. Aus den verschiedensten Gründen kommt es immer wieder zu provisorischen Leitungsfunktionen und im gegenständlichen Zusammenhang nimmt §40 Abs4 Ziff. 2 BDG 1979 auf diese Fälle Bedacht. Daß nach neuer Regelung befristete Bestellungen vorgesehen sind (§141 BDG 1979), kommt hinzu. Im Vergleich dazu und überhaupt wird kein konkreter Grund faßbar, in dem sich ein Nachteil manifestiert, der daraus entstehen würde, daß für die faktische Leitung auf eine Weise vorgesorgt wird, die mit meiner

weiteren Funktionsinnehabung vereinbar ist. Der faktische Leiter hat nicht weniger an Kompetenzen und Gestaltungsmöglichkeiten, er ist planerisch und konzeptiv ebenfalls nicht beschränkt oder benachteiligt. Gerade weil ein klarer Zeithorizont vorgegeben ist - ähnlich wie bei einer Ernennung auf Zeit - besteht eine feste Grundlage für die Arbeit des Leiters.

Es fehlt somit einerseits jede Begründung dafür, daß die Installierung eines faktischen Leiters mit zeitlicher Begrenzung entsprechend meinem Karenzurlaub rechtlich unzulässig wäre oder tatsächlich nicht in Frage käme und andererseits wird durch nichts die Annahme gestützt, bzw. auch nur konkret faßbar, daß eine solche faktische Leitung irgendeinen Nachteil gegenüber einer Leitung durch einen auf Dauer bestellten Beamten mit sich bringen würde.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, daß das zufolge des EU-Beitrittes Österreichs anzuwendende Gemeinschaftsrecht klare Anforderungen stellt. Art188b Abs2 des EG-Vertrages lautet:

'Zu Mitgliedern des Rechnungshofs sind Persönlichkeiten auszuwählen, die in ihren Ländern Rechnungsprüfungsorganen angehören oder angehört haben oder die für dieses Amt besonders geeignet sind. Sie müssen jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten.'

Ich sehe insbesondere letzten Satz als entscheidend an. Durch ihn wird die denkbar höchste Anforderung an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Europäischen Rechnungshofes gestellt. Das kann dann nicht mehr als gesichert angesehen werden, wenn in der primär existenzwesentlichen Rechtssphäre eines solchen Mitgliedes eine wesentliche Verunsicherung eintritt. Genau das ist jedoch hier der Fall.

Die §§38, 40 BDG 1979 stellen bindende Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Versetzung, bzw. einer einer Versetzung gleichzuhaltende Verwendungsänderung auf. Es gibt jedoch keine ausdrückliche Gesetzesanordnung, die den Dienstgeber, bzw. die Dienstbehörde verpflichten würde, bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Versetzung oder Verwendungsänderung vorzunehmen, sie können diese vielmehr auch unterlassen. Selbst wenn aus irgendwelchen Überlegungen eine Verpflichtung zum Handeln (zur Vornahme der Versetzung oder Verwendungsänderung) bei Vorliegen des wichtigen dienstlichen Interesses abzuleiten wäre, müßte diese Verpflichtung de facto als sanktionslos erscheinen. Das zuständige Organ, das eine solche Versetzung oder Verwendungsänderung unterläßt, hat keinerlei Folgen zu gewärtigen, es ist kein Fall bekannt, in welchem auch nur ein Versuch auf eine diesbezügliche Sanktionierung vorgenommen worden wäre.

Es besteht daher ein doppelter Handlungsspielraum einerseits durch die Unbestimmtheit des Erfordernisses 'wichtiges dienstliches Interesse' und andererseits dadurch, daß selbst bei dessen (angenommenen?) Vorliegen die Versetzung in dem einen Fall durchgeführt, im anderen aber sanktionslos unterlassen werden kann.

Damit kann die faktische Handhabung des Versetzungsinstrumentariums zu einer Angelegenheit des Wohl- oder Übelwollens werden. Wie erwähnt, hat die belangte Behörde selbst deutlich ihr Mißbehagen an der gegebenen Gesetzeslage zum Ausdruck gebracht, sie hat aber nicht in Erwägung gezogen, daß das von ihr konstatierte Regelungsdefizit zu dem soeben dargestellten potentiellen Willkürelement hinführt und daß dieses sich mit dem aufgezeigten gemeinschaftsrechtlichen Unabhängigkeitserfordernis nicht verträgt.

In meinem Fall ist durch den Rechnungshof evident Willkür geübt worden. Auch sein Präsident hatte mir zugesagt, daß mir meine Rechtsstellung einschließlich Funktionsinnehabung gewahrt bleibt. Dies bereits voll und ganz unter dem Aspekt, daß voraussichtlich meine Funktion beim Europäischen Rechnungshof nicht mit dem 20. Dezember 1995 enden, sondern insgesamt bis zum 31. Dezember 2001 dauern würde. Es ist selbstverständlich auch völlig auszuschließen, daß die nunmehr für meine Verwendungsänderung vorgebrachten Argumente nicht bereits damals bekannt gewesen wären.

Ich bin der Ansicht, daß unbeschadet der Überlegungen der belangten Behörde betreffend die (mangelnde) Wirksamkeit von Vereinbarungen, bzw. Zusagen eine solche Vorgangsweise jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Art7 B-VG zu sehen und nach dieser Verfassungsnorm als verpönt zu werten ist. Zufolge des Prinzipes der verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen hätte dies die belangte Behörde zu beachten gehabt, jedenfalls aber ist das ein für den Grundrechtsschutz durch den Hohen Verfassungsgerichtshof maßgeblicher Aspekt.

Es sind hier weder die Motive des Präsidenten des Rechnungshofes für seine 'Meinungsänderung' entscheidend, noch kann mit dem 'Recht' auf solche 'Meinungsänderung' argumentiert werden. Es wurden mir Zusagen gemacht, die mich zu meiner Bewerbung veranlaßten und es gibt keinen sachlichen Grund für die Nichteinhaltung dieser Zusagen, weil

sich objektiv nachträglich nichts geändert hat.

Die von der belangten Behörde vermißte adäquate Gesetzesregelung konnte weder von ihr ersatzweise geschaffen werden, noch hat der Hohe Verfassungsgerichtshof eine dahingehende Kompetenz. Auch die gegebene Gesetzeslage gestattet jedoch die Verhinderung von Entscheidungen, die dem gemeinschaftsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot zuwider laufen. In optimaler Form wäre diesem Gebot allerdings nur dann entsprochen, wenn unmittelbar durch das Gesetz die Rechtsstellung eines zum Europäischen Rechnungshof entsandten österreichischen Beamten definitiv festgeschrieben wäre, ohne 'Gestaltungsfreiheit' für Änderungen durch die Verwaltung und gegen seinen erklärten Willen. Das läuft auf eine Bestimmung hinaus, die besagt, daß der Beamte seine inländische Funktion behält oder daß er sie über sein Verlangen wieder erhält, sobald seine EU-Funktion (zu welchem Zeitpunkt auch immer) beendet ist. Das Fehlen einer solchen Norm kann jedoch weitgehend dadurch kompensiert werden, daß das wichtige dienstliche Interesse als Erfordernis für eine amtsweigige Versetzung oder Verwendungsänderung entsprechend dem allgemeinen Prinzip der Einheit der Rechtsordnung interpretiert wird.

Davon ausgehend nämlich ergibt sich, daß dieses 'wichtige dienstliche Interesse' nicht isoliert nach Zweckmäßigenkeiten eines Dienstbetriebes - oder Vorstellungen eines Dienststellenleiters darüber - verstanden wird, sondern unter Einbeziehung aller Wirkungszusammenhänge aus der Sicht der öffentlichen Interessen einschließlich jener, die sich aus der Stellung Österreichs innerhalb der EU ergeben: Die daraus resultierenden Wertungen können niemals im Widerspruch zu einer Gesamtsicht der dienstlichen Interessen stehen, sondern sind mitbestimmend für diese.

In concreto ist das ganz unmittelbar evident. Daß ein Mitglied des Europäischen Rechnungshofes aus dem Österreichischen Rechnungshof kommt, ist mindestens ebenso dessen unmittelbares Interesse, wie allgemeines österreichisches Interesse. Die selbstverständliche Zielsetzung des Anstrebens höchstmöglicher persönlicher Qualifikation ist untrennbar mit der Vermeidung jeglicher Nachteile für den Entsandten verknüpft, da ansonsten eine Abschreckungswirkung für potentielle Bewerber gerade der höchsten Qualifikation eintreten müßte.

Desgleichen fügt sich in diesen Rahmen eines wohlverstandenen dienstlichen Interesses auch der Gesichtspunkt der bestmöglichen Gewährleistung der Unabhängigkeit voll und ganz ein. Dafür ist die gesicherte Rechtsstellung im Beamtendienstverhältnis ein essentielles Element, das gegen jede Maßnahme spricht, durch die dem Entsandten Nachteile zugefügt werden können - noch dazu mit unkontrollierbarem Ansatz in Bezug auf die Motivation zur Initiierung der Verwendungsänderung.

Schließlich ist für diese Art der Interessenbeurteilung auch die Einhaltung von Zusagen ein absolut wesentlicher Faktor. Es ist unmittelbar einsichtig, daß die Nichteinhaltung von Zusagen in einem Fall ebenfalls abschreckend für künftige Bewerbungen wirken müßte.

Ich bin der Meinung, daß dem gemeinschaftsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot innerhalb des österreichischen Rechtssystems Verfassungsrang zukommt und daß ich ein verfassungsgesetzlich geschütztes Recht auf volle Gewährleistung dieser Unabhängigkeit habe. Es wäre auch für einen Richter unerträglich, daß er in einem weiteren öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (etwa zu einem Land) verwaltungsrechtlichen Maßnahmen wie einer Versetzung oder einer vom Gesetzgeber selbst als gleich schwerwiegend erachteten Verwendungsänderung unterliegt. Das würde dem Gebot seiner Unabhängigkeit widersprechen und es ist undenkbar, daß im gegenständlichen Fall dafür ein geringerer Maßstab angewendet wird.

Ich werde somit durch den beschwerdegegenständlichen Bescheid einerseits im Gleichheitsrecht verletzt, weil damit die vom Rechnungshof geübte Willkür definitiv gemacht wird und andererseits in meinem Recht auf Unabhängigkeit als Mitglied des Europäischen Rechnungshofes.

Ergänzend sei der Vollständigkeit halber noch folgendes zu einzelnen für die Begründung der Versetzung herangezogenen Argumenten ausgeführt:

Daß Aufbau- und Ablauforganisationen der gegenständlichen Sektion neu zu gestalten sind, wird an die Fähigkeiten des Leiters der entsprechenden Anforderungen stellen, auch in Bezug darauf wird er jedoch in keiner Weise dadurch behindert, daß meine Funktionsinnehabung aufrecht bleibt. Der ihm vorgegebene zeitliche Rahmen ist bei weitem ausreichend und auch im Zusammenhang damit zu sehen, daß jede Beamtentätigkeit unter dem Aspekt steht, daß sie

durch einen anderen Beamten fortgesetzt werden kann und fortgesetzt werden wird. Gerade Leitungspositionen werden oft mit Beamten besetzt, denen bis zu ihrer eigenen Pensionierung nicht mehr Zeit zur Verfügung steht, als hier vorgegeben ist.

Die Personalvertretung hat für ihre Beurteilung nicht jenen umfassenden Maßstab anzuwenden, wie oben dargestellt, es kann von ihr auch nicht verlangt werden, daß sie speziell den Schutz der Unabhängigkeit eines Mitgliedes des Europäischen Rechnungshofes zu ihrem Anliegen macht, ihre neutrale Stellungnahme kann in keiner Weise gegen mich verwendet werden.

Für eine Anfechtung des Karenzierungsbescheides durch mich gab es keine rechtliche Grundlage und auch keinen Grund. Es ist von gesetzeswegen nicht vorgesehen, daß Zusagen über Rechtswahrung, wie sie mir gemacht wurden, in Bescheidform gekleidet werden und ich habe das auch nicht erwartet, sondern darauf vertraut, daß sie eingehalten werden.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die belangte Behörde aus einer unzulässig verkürzten Sicht der Dienstesinteressen ausgegangen ist, daß sie die evidente Willkür der Vorgangsweise des Rechnungshofes nicht beachtet hat und daß sie die verfassungsrechtliche Verknüpfung mit der Gewährleistung meiner Unabhängigkeit als Mitglied des Europäischen Rechnungshofes unberücksichtigt ließ."

b) Außerdem bringt der Beschwerdeführer vor, im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt worden zu sein. Die Begründung sei gerichtsbekannt. Offenbar verweist er damit auf eine von denselben Rechtsanwälten verfaßte, zu B4768/96 protokolierte Beschwerde.

4. Der Präsident des Rechnungshofes hat dem Verfassungsgerichtshof mit Schreiben vom 28. Jänner 1997 folgendes mitgeteilt:

"Dem Rechnungshof ist der Inhalt der beim Verfassungsgerichtshof zu B4838/96 anhängigen Beschwerde zur Kenntnis gelangt. Bei dieser Gelegenheit wurde festgestellt, daß auf Seite acht der Beschwerdeschrift vom Beschwerdeführer vorgebracht wird, der Präsident des Rechnungshofes hätte für die bis 31. Dezember 2001 dauernde Funktionsperiode von SChef Mag. Dr. W... (das ist der Beschwerdeführer) als Mitglied des Europäischen Rechnungshofes zugesagt, daß SChef Mag. Dr. W... seine damalige Rechtsstellung einschließlich Funktionsinnehabung gewahrt bliebe.

Der guten Ordnung halber erlaube ich mir mitzuteilen, daß eine derartige Zusage von mir nicht erteilt wurde."

III. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1.a) Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die den angefochtenen Bescheid tragenden Rechtsvorschriften aus der Sicht dieser Beschwerdesache keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. VfGH 24.9.1996 B2450/95).

b) Sohin könnte der Beschwerdeführer durch den bekämpften Bescheid im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nur verletzt worden sein, wenn die Berufungskommission Willkür geübt hätte. Darüber, welche Umstände gegeben sein müssen, damit einer Behörde Willkür anzulasten ist, läßt sich keine allgemeine Aussage treffen. Ob Willkür vorliegt, kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Behörde im einzelnen Fall entnommen werden (VfSlg. 5491/1967, 6404/1971, 6471/1971, 8808/1980; VfGH 25.11.1996 B2326/96 u.a. Zlen.).

Ein willkürliches Verhalten der Behörde, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt u.a. in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes (vgl. zB VfSlg. 8808/1980 und die dort angeführte Rechtsprechung; VfSlg. 10338/1985, 11213/1987). Auch eine denkmögliche Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren (VfSlg. 9561/1982).

c) Keiner dieser Mängel liegt aber hier vor. Weder hat sich für den Verfassungsgerichtshof ergeben, daß das Ermittlungsverfahren an einem in die Verfassungssphäre reichenden Mangel leide, noch kann von einem gehäuften Verkennen der Rechtslage oder von einer Willkür indizierenden denkmöglichen Gesetzesanwendung die Rede sein:

Der in der Beschwerde (s.o. II.3.a) zitierte Art188b Abs2 EGV sieht zwar vor, daß die Mitglieder des Europäischen Rechnungshofes "jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten müssen". Zu dieser Gemeinschaftsnorm stehen aber die §§38 ff. BDG (offenkundig) nicht in Widerspruch. Die zitierten innerstaatlichen Normen wurden also durch den EGV

nicht verdrängt. Sowohl die Berufungskommission als auch der Verfassungsgerichtshof haben sie darum anzuwenden, ohne daß diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art177 EGV vorzulegen gewesen wäre.

Die Annahme der Behörde, es liege im wichtigen dienstlichen Interesse, daß eine leitende Funktion bei langjähriger Abwesenheit des Inhabers nicht mit einem bloß provisorisch bestellten Vertreter, sondern mit einem auf Dauer ernannten Beamten besetzt und der bisherige Stelleninhaber von der Funktion abberufen werde, ist zumindest vertretbar und indiziert keine willkürliche Gesetzesanwendung. Ob die bestehende Rechtslage in jeder Hinsicht befriedigend ist und ob eine ergänzende Regelung rechtspolitisch angezeigt wäre, hat der Verfassungsgerichtshof nicht zu beurteilen. Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der geltenden Rechtslage hegt er im gegebenen Zusammenhang nicht.

Der Beschwerdeführer wurde mithin nicht im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt.

2. Da die zuständige Behörde eine Sachentscheidung getroffen hat, wurde der Beschwerdeführer auch nicht im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt (vgl. im übrigen VfGH 16.6.1997 B4768/96).

3. Der Beschwerdeführer wurde daher aus den in der Beschwerde vorgetragenen Erwägungen weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt.

Das Beschwerdeverfahren hat auch nicht ergeben, daß dies aus anderen, in der Beschwerdeschrift nicht dargelegten Gründen der Fall gewesen wäre.

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

4. Auf den Antrag, die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten, war nicht einzugehen, weil dieser Antrag nur für den Fall gestellt wird, daß der Verfassungsgerichtshof den letzten Satz des §41a Abs5 BDG aufheben sollte. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich nicht veranlaßt, von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetzesbestimmung einzuleiten (s. dazu VfGH 16.6.1997 B4768/96).

5. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VerfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

## **Schlagworte**

Dienstrecht, Versetzung, Verwendungsänderung, EU-Recht, VfGH / Abtretung, VfGH / Antrag

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:1997:B4838.1996

## **Dokumentnummer**

JFT\_10029384\_96B04838\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>