

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/13 W221 2187914-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.09.2019

## Entscheidungsdatum

13.09.2019

## Norm

BDG 1979 §39 Abs1

BDG 1979 §40 Abs1

BDG 1979 §40 Abs2

B-VG Art. 130 Abs1 Z3

B-VG Art. 132 Abs3

B-VG Art. 133 Abs4

B-VG Art. 20 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W221 2187914-1/10E

Schriftliche Ausfertigung des am 13.06.2019 mündlich verkündeten Erkenntnisses

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daniela URBAN, LL.M. als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Mag. Gabriele STEININGER und Ing. Mag. Peter DITRICH als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Personalamtes XXXX der Österreichische Post AG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13.06.2019 zu Recht erkannt:

A)

In Erledigung der Säumnisbeschwerde vom 12.09.2017 wird festgestellt, dass die Weisung vom 07.02.2017, schriftlich wiederholt am 13.02.2017, dass der Beschwerdeführer im Hilfsdienst/Distribution der Zustellbasis XXXX , Verwendungscodes 0840, Verwendungsgruppe PT8, ab 10.02.2017 für 90 Tage Dienst zu versehen hat, den Beschwerdeführer in seinen subjektiven Rechten verletzte und ihre Befolgung nicht zu seinen Dienstpflichten gehörte.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

## I. Verfahrensgang:

Mit Weisung vom 07.02.2017 wurde der Beschwerdeführer vom Zustelldienst abgezogen und ab 10.02.2017 bei seiner Stammdienststelle, der Zustellbasis XXXX , für die Dauer von 90 Tagen, bis Ablauf des 10.05.2017 auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution", Verwendungscode 0840, Verwendungsgruppe PT 8 verwendet.

Mit Schreiben vom 10.02.2017 remonstrierte der Beschwerdeführer gegen die Abberufung indem er vorbrachte, dass § 39 Abs. 4 Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG 1979) nicht beachtet worden sei und verwies auf seine Stellung als Vorsitzender des Vertrauenspersonenausschusses (VPA) und die Bestimmung des § 65 Abs. 3 Post-Betriebsverfassungsgesetz (PBVG). Daher fordere er die belangte Behörde auf, ihn auf seinem Arbeitsplatz in der Zustellung zu belassen.

Mit Schreiben vom 13.02.2017 wiederholte die belangte Behörde die Weisung vom 07.02.2017 und teilte dem Beschwerdeführer mit, dass der neue Arbeitsplatz örtlich bei der Stammdienststelle des Beschwerdeführers, der Zustellbasis XXXX angesiedelt und daher keine Änderung beim Dienort eingetreten sei. Es liege somit keine Dienstzuteilung, sondern eine qualifizierte Verwendungsänderung iSd § 40 Abs. 2 BDG 1979 vor. Zum Einwand des Beschwerdeführers, dass § 65 Abs. 3 PBVG nicht beachtet worden sei, werde festgehalten, dass die gegenständliche Verwendungsänderung keine Auswirkungen auf seinen Dienort habe, er nach wie vor seiner Stammdienststelle angehöre und somit weiterhin im Zuständigkeits- bzw. Wirkungsbereich des VPA XXXX verbleibe. Da das Mandat des Beschwerdeführers von der Personalmaßnahme somit unberührt bleibe, sei seine Zustimmung zur Verwendungsänderung nicht zwingend erforderlich. Weiters werde ausdrücklich festgehalten, dass ein Urlaub bzw. allfälliger Krankenstand den Fristenlauf der Dienstzuteilung unterbreche.

Mit Schreiben vom 14.02.2017 wies der Beschwerdeführer nochmals darauf hin, dass er Mitglied des VPA XXXX sei, er weder einer Verwendungsänderung, noch einer Versetzung oder Dienstzuteilung zugestimmt habe, und die gesetzte Maßnahme daher gemäß § 65 Abs. 3 PBVG unzulässig sei.

Mit Schreiben vom 22.02.2017 beantragte der Beschwerdeführer die Erlassung eines Feststellungsbescheides, dass die per Weisung verfügte Verwendungsänderung laut Schreiben vom 07.02.2017 und 13.02.2017 unrechtmäßig erfolgt sei und die Befolgung der Weisung nicht zu seinen Dienstpflichten gehöre. Die Verwendungsänderung sei rechtswidrig, da keine wie immer gearteten dienstlichen Gründe für die Maßnahme vorlägen und der Beschwerdeführer Mitglied des VPA XXXX sei, eine qualifizierte Verwendungsänderung seiner Zustimmung bedürfe, diese jedoch nicht vorliege. Auch vor dem Hintergrund des § 65 Abs. 3 PBVG sei die Maßnahme somit unzulässig. Die Mitglieder der Personalvertretungsorgane dürften in der Ausübung ihrer Tätigkeiten nicht beschränkt und wegen dieser, insbesondere hinsichtlich des Entgelts und der Aufstiegsmöglichkeiten bzw. bei der Leistungsfeststellung und der dienstlichen Laufbahn nicht benachteiligt werden. Sie dürften während der Dauer ihrer Funktion nur mit ihrer Zustimmung versetzt oder dienstzugeteilt werden. Auch sei im Schreiben der belangten Behörde vom 07.02.2017 rechtswidrig festgehalten worden, dass ein Urlaub bzw. allfälliger Krankenstand den Fristenlauf der Dienstzuteilung unterbreche.

Mit Schreiben vom 04.05.2017 wurde der Beschwerdeführer davon verständigt, dass beabsichtigt sei, ihn mit Ablauf des 31.05.2017 von seiner Verwendung als Landzusteller in der Personalreserve der Zustellbasis XXXX abzurufen und ihn mit Wirksamkeit vom 01.06.2017 innerhalb derselben Dienststelle auf dem der Verwendungsgruppe PT 8 zugehörigen Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst", Verwendungscode 8840, dauernd zu verwenden. Dazu wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer, da er von der Möglichkeit einer Option in das neue IST-Zeitmodell keinen Gebrauch gemacht habe, nach der Neuverteilung der Zustellrayone ab 01.05.2013 in der Personalreserve der Zustellbasis XXXX eingesetzt worden sei, da dort die Verwendung von Mitarbeitern mit einer starren 8-Stunden-Arbeitszeit prinzipiell weiterhin möglich sei. Eine Überprüfung der Tätigkeit des Beschwerdeführers habe ergeben, dass er im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 09.02.2017 über 702 Überstunden ausbezahlt bekommen habe. Da andere auf denselben Rayonen vertretungsweise eingesetzte Zusteller ohne oder jedenfalls mit weitaus weniger Mehrdienstleistungen ausgekommen seien, werde auf eine ständige Überlastung des Beschwerdeführers in dieser Verwendung geschlossen. Hinzu komme, dass beim Beschwerdeführer, anders als bei Mitarbeitern im Gleitzeitdurchrechnungsmodell, sämtliche Mehrdienstleistungen und auch sämtliche Zeitausgleiche täglich zu pflegen und händisch zu erfassen gewesen seien, was mit einem erheblichen administrativen Mehraufwand verbunden gewesen sei. Auf dem neuen Arbeitsplatz könne der Beschwerdeführer seine Aufgaben innerhalb seines 8-

Stundentages erledigen. Damit komme der Dienstgeber auch seiner Fürsorgepflicht nach. Die beabsichtigte Maßnahme stelle in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse auch die schonendste Variante dar, da der Beschwerdeführer in seiner Stammdienststelle verbleibe, womit auch seiner Funktion als Vorsitzender des Vertrauenspersonenausschusses Rechnung getragen werde. Zudem entspreche die Maßnahme in Hinblick auf den Wegfall des administrativen Mehraufwands auch den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Da der Beschwerdeführer innerhalb seiner Stammdienststelle verbleibe, werde auch seiner Funktion als Mitglied des VPA XXXX Rechnung getragen. Die dienst- und besoldungsrechtliche Stellung des Beschwerdeführers in PT 8/B werde durch die Verwendungsänderung nicht berührt.

Mit Schreiben vom 05.05.2017 wurde die Dienstzuteilung auf den Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution" bis zum Abschluss des Versetzungsverfahrens verlängert.

Mit Schreiben des Beschwerdeführers vom 09.05.2017 und 10.05.2017 verwies dieser abermals darauf, dass sowohl die ursprüngliche Zuteilung vom 05.02.2017 als auch die Verlängerung der Verwendungsänderung vom 05.05.2017 gemäß § 65 Abs. 3 PBVG unzulässig sei und von ihm daher ab 11.05.2017 nicht wahrgenommen werde. Weiters remonstrierte er ausdrücklich gegen die Verlängerung der Verwendungsänderung.

Mit Schreiben vom 10.05.2017 wiederholte die belangte Behörde die Weisung vom 05.05.2017 und teilte dem Beschwerdeführer wiederum mit, dass die gegenständliche Verwendungsänderung keine Auswirkungen auf den Dienstort des Beschwerdeführers habe, er nach wie vor seiner Stammdienststelle, der Zustellbasis XXXX angehöre und somit weiter im Zuständigkeits- bzw. Wirkungsbereich des VPA XXXX verbleibe. Da sein Mandat somit unberührt bleibe, sei die Zustimmung zur Verwendungsänderung nicht zwingend erforderlich gewesen. Auch wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass es disziplinarische Konsequenzen nach sich ziehe, sollte er ab 11.05.2017 seinen Pflichten am Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution" nicht nachkommen.

Mit Schreiben vom 17.05.2017 nahm der Beschwerdeführer zur Wiederholung der Weisung vom 05.05.2017 Stellung und führte aus, dass er im Jahr 2012 nicht bereit gewesen sei, freiwillig auf einen neuentwickelten Arbeitsplatz mit dem Verwendungscodex 8722 (Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell) zu wechseln. Er sei daraufhin von seiner fixen Tour abgezogen und als "Springer" im Personalreservepool eingesetzt worden. Dabei habe es sich offensichtlich um eine Bestrafungsmaßnahme gehandelt, da der Beschwerdeführer nicht bereit gewesen sei ins Gleitzeitdurchrechnungsmodell zu wechseln. Diese Vorgehensweise sei willkürlich, diskriminierend und schikanös, bedeute für den Beschwerdeführer einen wesentlichen wirtschaftlichen Nachteil und sei mit den persönlichen, familiären und sozialen Verhältnissen des Beschwerdeführers nicht in Einklang zu bringen. Überdies sei die Behauptung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer sei bei seiner Tätigkeit als Zusteller überfordert gewesen, nicht unzutreffend. Der Beschwerdeführer habe für die Zustelltätigkeit nicht länger gebraucht als andere Mitarbeiter im Zustelldienst. Dass in einem sehr langen Zeitraum Überstunden ausbezahlt worden seien, sei kein Indiz dafür, dass der Beschwerdeführer überlastet gewesen sei. Es handle sich dabei nur um einen Vorwand um ein dienstliches Interesse zu konstruieren. Die Überstunden würden daraus resultieren, dass dem Beschwerdeführer die fixe Tour weggenommen worden und weil er zur Paketaufteilung herangezogen worden sei, welche nicht in den Rayon eingerechnet worden sei. Viele Zusteller würden die Pause durcharbeiten und ihren Dienst vor dem regulären Arbeitsbeginn aufnehmen, da sie mit einer Dienstzeit von zehn Stunden nicht auskommen würden. Auch könnten die unmittelbaren Vorgesetzten des Beschwerdeführers bestätigen, dass dieser im Zustelldienst nicht überfordert sei. Weiters sei die Behauptung, es gebe für den Beschwerdeführer in der Zustellbasis XXXX keine Verwendungsmöglichkeit mehr, unrichtig und es liege kein wie immer geartetes betriebliches Interesse vor, ihn vom Zustelldienst abzuziehen. Schließlich werde abermals darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer Mitglied des VPA sei und der Verwendungsänderung, die einer Versetzung gleichzuhalten sei, ausdrücklich widersprochen habe, weshalb die Maßnahme gemäß § 65 Abs. 3 PBVG unzulässig sei. Es werde daher der Antrag gestellt von der Maßnahme Abstand zu nehmen.

Mit Schreiben vom 12.09.2017 erhob der Beschwerdeführer wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Die gegenständliche Beschwerde und die Bezug habenden Verwaltungsakten wurden von der belangten Behörde vorgelegt und sind am 02.03.2018 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt.

Das Bundesverwaltungsgericht führte am 13.06.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung im Beisein des Beschwerdeführers samt seinem Rechtsvertreter und der belangten Behörde durch, an dessen Ende das Erkenntnis mündlich verkündet wurde.

Die belangte Behörde beantragte mit Schriftsatz vom 25.06.2019 fristgerecht die schriftliche Ausfertigung der Entscheidung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

Mit Weisung vom 07.02.2017 wurde der Beschwerdeführer vom Zustelldienst abgezogen und ab 10.02.2017 bei seiner Stammdienststelle, der Zustellbasis XXXX , für die Dauer von 90 Tagen, bis Ablauf des 10.05.2017 auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution", Verwendungscode 0840, Verwendungsgruppe PT 8 verwendet.

Mit Schreiben vom 10.02.2017 remonstrierte der Beschwerdeführer gegen diese Weisung.

Mit Schreiben vom 13.02.2017 wiederholte die belangte Behörde die Weisung vom 07.02.2017. Weiters wurde ausdrücklich festgehalten, dass ein Urlaub bzw. allfälliger Krankenstand den Fristenlauf der Dienstzuteilung unterbricht.

Mit Schreiben vom 04.05.2017 wurde der Beschwerdeführer davon verständigt, dass beabsichtigt sei, ihn mit Ablauf des 31.05.2017 von seiner Verwendung als Landzusteller in der Personalreserve der Zustellbasis XXXX abzurufen und ihn mit Wirksamkeit vom 01.06.2017 innerhalb derselben Dienststelle auf dem der Verwendungsgruppe PT 8 zugehörigen Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst", Verwendungscode 8840, dauernd zu verwenden.

Mit Schreiben vom 05.05.2017 wurde die Dienstzuteilung auf den Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution" bis zum Abschluss des Versetzungsverfahrens verlängert.

Mit Schreiben vom 09.05.2017 und 10.05.2017 remonstrierte der Beschwerdeführer ausdrücklich gegen die Verlängerung der Verwendungsänderung.

Mit Schreiben vom 10.05.2017 wiederholte die belangte Behörde die Weisung vom 05.05.2017.

Der Beschwerdeführer wurde bislang nicht versetzt.

Der Beschwerdeführer ist in PT8/B ernannt und ist aufgrund der Weisung nur mehr der Verwendungsgruppe PT8 zugeordnet und erhält keine Dienstzulage mehr.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt in Verbindung mit dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung und sind unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt Senatszuständigkeit vor.

Zu A)

Zur Zulässigkeit der Säumnisbeschwerde:

Mit Schreiben vom 22.02.2017 beantragte der Beschwerdeführer die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Mit Schreiben vom 12.09.2017 erhob der Beschwerdeführer wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Die Säumnisbeschwerde ist zulässig, weil die sechsmonatige Entscheidungsfrist der Behörde abgelaufen ist. Die Zuständigkeit über den Feststellungsantrag abzusprechen, ist daher auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Zu Zulässigkeit des Feststellungsantrages:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides im öffentlichen Interesse liegt oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung

darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann (vgl. VwGH 17.10.2011, 2010/12/0150 mwN).

Die Tatsache, dass die konkreten Auswirkungen eines Dienstauftrages der Vergangenheit angehören, bildet für sich allein noch kein Hindernis für die Erlassung eines Feststellungsbescheides; die an ein abgeschlossenes Geschehen anknüpfende Feststellung über ein Recht oder Rechtsverhältnis muss aber der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung des Antragstellers dienen (VwGH 28.03.2008, Zl. 2005/12/0011).

Im vorliegenden Fall wurde die Weisung vom 07.02.2017, dass der Beschwerdeführer ab 10.02.2017 gemäß § 40 Abs. 1 und 2 BDG 1979 für die Dauer von 90 Tagen auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution" verwendet wird vom zuständigen Organ erteilt, verstößt nicht gegen strafgesetzliche Vorschriften, und wurde am 13.02.2017, nachdem der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10.02.2017 remonstrierte, schriftlich wiederholt. Die Rückziehungsfiktion des § 44 Abs. 3 BDG 1979 ist somit nicht eingetreten.

Die Dienstzuteilung ist zwar vom Wortlaut her am 10.05.2017 außer Kraft getreten, jedoch kann nach der zuvor dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch hinsichtlich eines zeitlich bereits abgeschlossenen Geschehens ein Feststellungsinteresse bestehen, und zwar dann, wenn die Feststellung der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung dient. Verfahrensgegenständlich ist klar erkennbar, dass dem Beschwerdeführer eine unmittelbare Wiederholungsgefahr droht, wurde doch die Weisung am 05.05.2017 verlängert und ist der Beschwerdeführer weiterhin nicht versetzt.

Der Feststellungsantrag ist somit zulässig.

In der Sache:

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen lauten wie folgt:

#### "Dienstzuteilung

§ 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 schriftliche 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 aufrechterhalten werden kann oder
2. sie zum Zwecke einer Ausbildung erfolgt.

(4) Bei einer Dienstzuteilung ist auf die bisherige Verwendung des Beamten und auf sein Dienstalter, bei einer Dienstzuteilung an einen anderen Dienstort außerdem auf seine persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

(5) Die Abs. 2 bis 4 sind auch bei einer Verwendung in einer Außenstelle, die außerhalb des Dienstortes liegt, anzuwenden.

#### Verwendungsänderung

§ 40. (1) Wird der Beamte von seiner bisherigen unbefristeten oder befristeten Verwendung abberufen, so ist ihm gleichzeitig, wenn dies jedoch aus Rücksichten des Dienstes nicht möglich ist, spätestens zwei Monate nach der Abberufung eine neue Verwendung in seiner Dienststelle zuzuweisen. § 112 wird hiedurch nicht berührt.

(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) Abs. 2 gilt nicht

1. für die Zuweisung einer drei Monate nicht übersteigenden vorübergehenden Verwendung, wenn dem Beamten daran anschließend eine der bisherigen Verwendung zumindest gleichwertige Verwendung zugewiesen wird,

2. für die Beendigung der vorläufigen Ausübung einer höheren Verwendung zur Vertretung eines an der Dienstausbübung verhinderten oder zur provisorischen Führung der Funktion an Stelle des aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten und

3. für das Ende des Zeitraums einer befristeten Ernennung des Beamten, ohne daß dieser weiterbestellt wird."

Der Beschwerdeführer wurde mit Weisung vom 07.02.2017 von der Zustellung abgezogen und gemäß § 40 Abs. 1 und 2 BDG 1979 ab 10.02.2017 bei der Zustellbasis XXXX für die Dauer von 90 Tagen auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Distribution", Verwendungscode 0840, Verwendungsgruppe PT8, verwendet. Der Beschwerdeführer remonstrierte gegen diese Weisung, woraufhin diese am 13.02.2017 schriftlich wiederholt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof bejaht in seiner ständigen Rechtsprechung auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides und stellte mit näherer Begründung klar (VwGH 17.10.2008, 2007/12/0049), dass Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens einerseits die Frage sein kann, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstplichten des Beamten gehört, d.h., ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen: Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn die Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die "schlichte" Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 22.05.2012, 2011/12/0170, und 27.02.2014, 2013/12/0159).

Verfahrensgegenständlich handelt es sich bei der am 07.02.2017 ergangenen Verwendungsänderung um eine einer Versetzung gleichzusetzende Verwendungsänderung gemäß § 40 Abs. 2 BDG 1979, welche mit Bescheid verfügt hätte werden müssen.

Dies aus folgenden Erwägungen:

Die neue Verwendung ist der bisherigen Verwendung nicht gleichwertig, weil sie nicht derselben Dienstzulagengruppe zugeordnet ist. Der Beschwerdeführer ist in PT8/B ernannt und ist aufgrund der Weisung nur mehr der Verwendungsgruppe PT8 zugeordnet und erhält keine Dienstzulage mehr. § 40 Abs. 4 Z 1 BDG 1979 kommt nicht zum Tragen, weil dem Beschwerdeführer auch an die drei Monate anschließend keine der bisherigen Verwendung zumindest gleichwertige Verwendung zugewiesen wurde. Darüber hinaus ist anzumerken, dass auch ein potentiell über drei Monate übersteigender Zeitraum angeordnet wurde, weil ausdrücklich sowohl in der Weisung als auch der Weisungswiederholung ausgeführt wird: "Wir halten ausdrücklich fest, dass ein Urlaub bzw. ein allfälliger Krankenstand den Fristenlauf, der o.g. Dienstzuteilung unterbricht."

Dass es sich um keine Dienstzuteilung gemäß § 39 BDG 1979 handelt, ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut der Weisung und andererseits daraus, dass eine Dienstzuteilung gemäß § 39 Abs. 1 BDG 1979 die vorübergehende Zuweisung an eine andere Dienststelle bedeutet, was im vorliegenden Fall nicht gegeben ist. Außerdem wurde - wie bereits erwähnt - die maximale Dauer von 90 Tagen überschritten, indem Urlaube und Krankenstände nicht eingerechnet wurden.

Die Weisung verletzte den Beschwerdeführer daher in seinen subjektiven Rechten auf bescheidmäßige Absprache.

Da die Erteilung der Weisung gegen das Willkürverbot verstößt, ist auch festzustellen, dass ihre Befolgung nicht zu den

Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehörte. Das Gesetz wurde entgegen des Wortlautes angewandt und aus dem Akt ergibt sich, dass die Weisung am 05.05.2017 nochmals verlängert wurde mit dem Wissen, dass es sich um eine qualifizierte Verwendungsänderung handelt, wie sich aus der Weisungswiederholung vom 13.02.2017 und vom 10.05.2017 ergibt, in welchem die belangte Behörde selbst ausführt, dass der Rechtsschutz bei Beamten bei Zuweisung einer neuen Verwendung innerhalb derselben Verwendungsgruppe, die zum Verlust der Dienstzulage führt, darin bestehe, dass in diesem Fall eine qualifizierte Verwendungsänderung vorliege, die eines Bescheides bedürfe, weshalb über die gegenständliche Verwendungsänderung bescheidmäßig abgesprochen werde. Auch wird dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 04.05.2017 Parteiengehör zur qualifizierten Verwendungsänderung gewährt. Einen solchen Bescheid hat der Beschwerdeführer jedoch nicht erhalten.

Bei diesem Ergebnis ist auf die von der belangten Behörde gestellten Zeugenanträge nicht mehr einzugehen, weil diese ein anderes Beweisthema betreffen. Auch eine schriftliche Replik auf den Schriftsatz vom 11.06.2019 ist nicht mehr notwendig, weil die darin enthaltenen Ausführungen bei diesem Ergebnis nicht relevant waren.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die unter A) zitierte Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar.

#### **Schlagworte**

Bescheiderlassung, Dienststelle, Dienstzuteilung,  
Entscheidungspflicht, Feststellungsantrag, Österreichische Post AG,  
Personalamt, Postzusteller, qualifizierte Verwendungsänderung,  
Rechtsverletzung, Säumnisbeschwerde, subjektive Rechte, Weisung,  
Wiederholungsgefahr, Willkür

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W221.2187914.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

06.03.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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