

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/10/22 96/12/0304

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.10.1997

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §56;

BDG 1979 §39 Abs2;

BDG 1979 §39 Abs3 Z1;

BDG 1979 §44 Abs3;

BDG 1979 §44;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):96/12/0302 E 22. Oktober 1997

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. S. Giendl, über die Beschwerde des J in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Dr. Peter Ringhofer, Dr. Martin Riedl und Dr. Georg Riedl, Rechtsanwälte in Wien I, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 28. August 1996, Zl. 124.163/12-II/2/96, betreffend Feststellung von Dienstpflichten im Zusammenhang mit einer Dienstzuteilung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.800,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Kriminalbeamter mit dem Amtstitel Bezirksinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund; er gehört dem Personalstand der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich an und ist seit dem 11. Oktober 1993 "bis auf weiteres" dem Bundesasylamt - Außenstelle Traiskirchen zur Dienstleistung zugeteilt.

Mit Schreiben vom 30. Jänner 1996 ersuchte der Beschwerdeführer um Aufhebung seiner Dienstzuteilung mit Ende Februar 1996. Dieses Ersuchen wurde von ihm mit Schreiben vom 8. März 1996 und schließlich mit Schreiben vom 18. April 1996 wiederholt. In diesen Schreiben ersuchte der Beschwerdeführer aus finanziellen, familiären und

persönlichen Gründen "um sofortige Aufhebung der Zuteilung, bei Nichtentsprechung um einen Feststellungsbescheid bezüglich der Dienstzuteilung und deren beabsichtigtes Ende".

Seitens der belangten Behörde wurden im innerbehördlichen Bereich verschiedene Erhebungen gepflogen und nach Einräumung des Parteiengehörs schließlich mit dem angefochtenen Bescheid vom 28. August 1996 wie folgt entschieden:

"Bezugnehmend auf Ihr Ansuchen vom 18.4.1996 wird in Anwendung der Bestimmung des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 i.d.g.F. festgestellt, daß die Befolgung des ho. Dienstauftrages vom 6.10.93, Zahl 10.100/663-II/2/93, demzufolge Sie mit Wirksamkeit vom 11.10.1993 bis auf weiteres dem Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, zur Dienstleistung zugeteilt wurden, zu Ihren Dienstpflichten zählt."

Zur Begründung wird nach Wiedergabe der Vorgeschichte das Ergebnis der Ermittlungen dargestellt. In einer Stellungnahme des Leiters der Sektion III der belangten Behörde sei zu der in Rede stehenden Frage zum Ausdruck gebracht worden, daß die "Beibehaltung" von zwei Kriminalbeamten zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes beim Bundesasylamt unumgänglich notwendig sei, ein Austausch der zwei dienstzugeteilten Kriminalbeamten durch zwei andere Bedienstete der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich aber akzeptabel wäre. Die Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich habe sich in der Folge zu diesem Vorschlag ablehnend geäußert und ins Treffen geführt, daß die Kriminalbeamten der Sicherheitsdirektion spezielle Fachgebiete zugewiesen hätten und sich nach intensiver Einschulung jahrelang in diesen Aufgabenbereich eingearbeitet hätten, sodaß sie von diesen Funktionen unabkömmlich seien. Ein Austausch sei daher untragbar. Weiters liege ein Schreiben des Leiters des Bundesasylamtes vor, worin zur Aufrechterhaltung des geordneten Dienstbetriebes bei der Außenstelle Traiskirchen ersucht werde, die Zuteilung des Beschwerdeführers aufzuheben und gleichzeitig durch die Zuteilung eines Verwaltungsbediensteten der Verwendungsgruppe A3 bis auf weiteres Ersatz zu schaffen. Neben diesem Verwaltungsbediensteten sei weiters jeweils ein Kriminalbeamter befristet zuzuteilen.

Zu diesen behördlichen Stellungnahmen sei dem Beschwerdeführer Parteiengehör gegeben worden, wobei ihm unter anderem mitgeteilt worden sei, daß nach Auffassung der belangten Behörde auf Grund der vorliegenden Berichte für die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebes beim Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, seine weitere Dienstvernehmung dort unabdingbar erforderlich sei.

In der daraufhin abgegebenen Stellungnahme vom 14. Juni 1996 habe der Beschwerdeführer ausgeführt, da sich die belangte Behörde hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Dienstzuteilung ausdrücklich auf die Bestimmung des § 39 Abs. 3 BDG 1979 stütze, sei evident, daß eine Dienstzuteilung im Sinne des § 39 BDG 1979 vorliege. Eine solche sei aber ausnahmslos als Dienstzuteilung im dienst- und besoldungsrechtlichen Sinn zu werten, sodaß die Einstellung der Zuteilungsgebühr seit November 1995 jedenfalls als rechtswidrig zu betrachten wäre. Durch die Fortführung der Dienstzuteilung verfolge die Behörde im übrigen den Zweck, die Durchführung eines Versetzungsverfahrens zu vermeiden. Darüberhinaus werde die Notwendigkeit seiner eigenen Dienstzuteilung ausdrücklich darauf gestützt, daß die Zuteilung von "Kriminalbeamten" beim Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, unabdingbar erforderlich sei. Gleichzeitig werde jedoch im Verfahren betreffend die Einstellung und Kürzung der Nebengebühren behauptet, daß die Tätigkeit der Kriminalbeamten mehr oder weniger auch von Verwaltungsbeamten durchgeführt werden könne. Es liege somit eine offensichtliche Diskrepanz in der behördlichen Argumentation vor, sodaß der Beschwerdeführer beantrage, entweder die Dienstzuteilung umgehend aufzuheben oder die ausstehenden Reisegebühren bzw. sonstigen Nebengebühren umgehend auszusahlen.

Nach Wiedergabe der Rechtslage und verschiedener Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes führt die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides im wesentlichen weiter aus, aus den bereits dargestellten Stellungnahmen der Sektion III und des Bundesasylamtes gehe eindeutig hervor, daß für die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebes beim Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, die Dienstvernehmung von zwei Kriminalbeamten bzw. eines Kriminalbeamten und eines Verwaltungsbediensteten unabdingbar erforderlich sei, wobei gegen einen Wechsel in der Person der derzeit dienstvernehmenden Kriminalbeamten kein Einwand bestehe. Dem Bericht der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich sei aber dazu zu entnehmen, daß den Kriminalbeamten der Sicherheitsdirektion spezielle Fachgebiete zugewiesen seien, die einer jahrelangen Einarbeitung bedürft hätten, sodaß sie von diesen Funktionen unabkömmlich seien und ein Austausch dienstlich nicht tragbar wäre. Die belangte Behörde sei daher zur Ansicht gelangt, daß eine Aufhebung der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers

den ordnungsgemäßen Dienstbetrieb beim Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, gefährden würde. Ein Austausch des Beschwerdeführers durch einen anderen Kriminalbeamten sei auf Grund der nachvollziehbaren Ausführungen der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich nicht möglich, da dies zu einer nicht unwesentlichen Beeinträchtigung des Dienstbetriebes bei der Sicherheitsdirektion führen würde, sodaß sich die Aufrechterhaltung der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers als zwingend notwendig erweise. Daran könne auch der Hinweis des Beschwerdeführers, wonach die Tätigkeiten der Kriminalbeamten beim Bundesasylamt auch von Verwaltungsbediensteten erfüllt werden könnten, nichts ändern. Selbst wenn einzelne Aufgaben von Verwaltungsbediensteten durchgeführt werden könnten, bestünden bedingt durch die im Zusammenhang mit der Budgetkonsolidierung getroffenen Sparmaßnahmen derzeit weder freie Personalressourcen bei der Sicherheitsdirektion noch gebe es Planstellen für Verwaltungsbedienstete. Gleichmaßen müsse der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Dienstbehörde umgehe mit der in Rede stehenden Dienstzuteilung die Durchführung eines Versetzungsverfahrens, entgegengetreten werden. Die vom Beschwerdeführer bekleidete Planstelle sei im Planstellenbereich "1130 Bundespolizei" ausgewiesen. Im Stellenplan für das Bundesasylamt (Planstellenbereich 1152) seien jedoch keine Planstellen des Exekutivdienstes vorgesehen. Eine Versetzung wäre daher angesichts dieser Planstellensituation nicht durchführbar. Ebenso wenig lasse sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers über die Einstellung der Zuteilungsgebühr etwas für seinen Standpunkt gewinnen, weil die Frage der Anwendbarkeit der Reisegebührenvorschrift nicht Gegenstand dieses Verfahrens sei.

Zusammenfassend sei damit festzuhalten, daß im gegenständlichen Fall die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 gegeben seien. Die Befolgung des Dienstauftrages vom 6. Oktober 1993, demzufolge der Beschwerdeführer bis auf weiteres dem Bundesasylamt, Außenstelle Traiskirchen, dienstzugeteilt sei, zähle sohin zu seinen Dienstplichten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der kostenpflichtige Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, eine Gegenschrift erstattet und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer sieht sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Unterbleiben einer (amtswegigen) Dienstzuteilung, für welche die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 39 BDG 1979 nicht erfüllt sind, durch unrichtige Anwendung dieser Norm sowie der Vorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteiengehör und die Bescheidbegründung verletzt.

Eine Dienstzuteilung liegt nach § 39 Abs. 1 BDG 1979, BGBl. Nr. 333, 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. Eine Dienstzuteilung ist nach Abs. 2 der genannten Bestimmung 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. Eine darüber hinausgehende Dienstzuteilung ist nach Abs. 3 Z. 1 der genannten Bestimmung (- nur diesem Tatbestand kommt Entscheidungsbedeutung zu -) ohne Zustimmung des Beamten nur dann zulässig, wenn der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrechterhalten werden kann.

Bei der Dienstzuteilung handelt es sich demnach um ein der Versetzung verwandtes Rechtsinstitut. Sie unterscheidet sich aber von der Versetzung, weil es sich hierbei nur um eine vorübergehende Maßnahme (ohne schriftliche Zustimmung des Beamten höchstens 90 Tage in einem Kalenderjahr; keine endgültige organisatorische Eingliederung) handelt und es an dem für die Versetzung vorgesehenen Erfordernis des Vorliegens "wichtiger dienstlicher Interessen" (- die Dienstzuteilung ist aus "dienstlichen Gründen" zulässig -) mangelt. Da im § 39 eine dem § 38 Abs. 5 BDG 1979 ("Die Versetzung ist mit Bescheid zu verfügen ...") vergleichbare Bestimmung fehlt, ist sie grundsätzlich nicht mit Bescheid anzuordnen. Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, wenn der Beamte die bescheidmäßige Feststellung begehrt, daß die Befolgung einer konkret wirksamen Dienstzuteilungsverfügung nicht zu seinen Dienstplichten gehört, und (nicht) von der Möglichkeit der Remonstration nach § 44 Abs. 3 BDG 1979 Gebrauch gemacht worden ist. Als Begründung für eine Dienstzuteilung genügen für die ersten 90 Tage dienstliche Gründe; darüber hinaus müßte die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes im Sinne des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 anders nicht möglich sein (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 14. September 1994, Zl. 94/12/0060).

Im Zusammenhang mit der Remonstration hat der Verwaltungsgerichtshof bereits früher mit Erkenntnis vom 6. Februar 1989, Slg. N. F. Nr. 12.856/A, ausgesprochen, daß die Erlassung eines Bescheides darüber, ob ein Beamter zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden kann, solange unzulässig ist, als nicht eine Klärung dieser Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG 1979 versucht wurde.

§ 44 Abs. 3 BDG 1979 verpflichtet den Beamten - sofern nicht Gefahr im Verzug ist -, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen; nur dann ist eine Aussetzungswirkung hinsichtlich der Weisung gegeben. Das bedeutet jedenfalls, daß der Beamte die erteilte Weisung nur dann nicht befolgen muß und sich auf die Aussetzungswirkung berufen kann, wenn er seine Bedenken in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend gemacht hat (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1989, Slg. N. F. Nr. 12.962/A).

Der gesetzlichen Regelung ist nicht zu entnehmen, daß die Dienstzuteilung über 90 Tage hinaus und ohne Zustimmung des Beamten nur dann zulässig wäre, wenn der Dienstbetrieb bei der Zuteilungsdienststelle nicht auf andere Weise aufrechterhalten werden könne (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. November 1978, Zl. 804/77).

Der vorliegende Beschwerdefall unterscheidet sich von der im Zusammenhang mit der Remonstration ergangenen Vorjudikatur, insbesondere vom Erkenntnis vom 14. September 1994, Zl. 94/12/0060, schon deshalb entscheidend, weil im genannten Vorerkenntnis die Remonstration gegen die Dienstzuteilung innerhalb der 90-Tages-Frist des § 39 Abs. 2 BDG 1979, also jedenfalls in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Zuteilungsweisung, erfolgt war, während im Beschwerdefall die strittige Dienstzuteilung auf eine schriftliche Weisung vom 6. Oktober 1993 zurückgeht, die vom Beschwerdeführer jahrelang nicht beeinsprucht worden war.

Der in Form einer Feststellung, daß die Befolgung des Dienstauftrages vom 6. Oktober 1993 zu den Dienstplichten des Beschwerdeführers gehört, gehaltene Spruch des angefochtenen Bescheides ist im gegebenen Zusammenhang so zu verstehen, daß die belangte Behörde damit zum Ausdruck bringen wollte, daß die Dienstzuteilung des Beschwerdeführers auch für die Zukunft im Hinblick auf den Tatbestand des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 ohne seine Zustimmung weiter rechtmäßig ist. Bei der im Beschwerdefall gegebenen Sachlage erachtet der Verwaltungsgerichtshof den so zu verstehenden Bescheidabspruch im Hinblick auf das rechtliche Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit der auf eine bereits vor Jahren erfolgte Weisung zurückgehenden Dienstzuteilung in Ergänzung zu der vorher wiedergegebenen, auf den Weisungszusammenhang abstellenden Judikatur für zulässig.

Die belangte Behörde meint, daß die Aufhebung der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers den ordnungsgemäßen Dienstbetrieb bei der Zuteilungsdienststelle gefährden würde. Der Austausch des Beschwerdeführers durch einen anderen Kriminalbeamten - wie die fachzuständige Sektion angeregt habe - würde zu einer nicht unwesentlichen Beeinträchtigung des Dienstbetriebes bei der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich führen. Daß die Tätigkeit des Beschwerdeführers beim Bundesasylamt auch von Verwaltungsbeamten erfüllt werden könnte, wird von der belangten Behörde eingeräumt, eine Umsetzung dessen aber im Hinblick auf die im Zusammenhang mit der Budgetkonsolidierung getroffenen Sparmaßnahmen genauso als unmöglich bezeichnet wie eine Versetzung des Beschwerdeführers zum Bundesasylamt, weil dort keine Planstellen des Exekutivdienstes vorgesehen sind.

Diese Ausführungen genügen nicht, um die Aufrechterhaltung der schon Jahre dauernden Dienstzuteilung des Beschwerdeführers im Sinne des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 zu rechtfertigen. Aus der genannten gesetzlichen Regelung ("wenn der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrechterhalten werden kann") folgt klar, daß nur für die Dauer besonders gravierender Umstände, deren Beseitigung einer sinnvollen Gestaltungsmöglichkeit entzogen sind, die Aufrechterhaltung einer Dienstzuteilung gegen den Willen des Beamten über den zeitlichen Rahmen von 90 Tagen hinaus gerechtfertigt werden kann. Dieser zwingende Mangel an einer sinnvollen anderen Gestaltungsmöglichkeit ist nach den in der Begründung des angefochtenen Bescheides getroffenen Feststellungen vorliegendenfalls nicht gegeben. Der Ersatz des Beschwerdeführers durch einen anderen Beamten der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich wird wegen der "nicht unwesentlichen Beeinträchtigung des do. Dienstbetriebes" zwar als unmöglich bezeichnet. Diese angebliche "nicht unwesentliche Beeinträchtigung des Dienstbetriebes" erfüllt aber von vornherein schon nicht das Tatbestandserfordernis des § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979, das auf die Aufrechterhaltung, nicht also auf die bloße Beeinträchtigung des Dienstbetriebes abstellt. Aber selbst dann, wenn man der Argumentation der Behörde in diesem Punkt folgte, bleibt völlig offen, wieso nicht andere Kriminalbeamte, die nicht als "Fachspezialisten" in der Sicherheitsdirektion eingesetzt sind, anstelle des Beschwerdeführers herangezogen werden

können. Daß auf Grund der getroffenen Sparmaßnahmen keine entsprechenden Planstellen beim Bundesasylamt zur Verfügung stehen und die für eine allfällige Versetzung des Beschwerdeführers notwendigen Vorsorgen im Stellenplan nicht rechtzeitig getroffen worden sind, kann nicht zulasten des Beschwerdeführers gehen und auch nicht die Beibehaltung eines Zustandes, der gesetzlich nur als vorübergehende Personalmaßnahme konzipiert ist, in Form eines "Dauerprovisoriums" zulasten und gegen den Willen des betroffenen Beamten rechtfertigen. Es besteht auch rechtlich kein Zweifel daran, daß mit den genannten Sparmaßnahmen, die letztlich den obersten Vollzugsorganen und dem Bundesfinanzgesetzgeber zuzurechnen sind, nicht materiell-rechtlich vorgesehene Rechtspositionen beseitigt werden können bzw. deren Beseitigung im Vollzugsweg damit gerechtfertigt werden dürfen.

Aus den Feststellungen der belangten Behörde ist daher nicht ersichtlich, daß der Dienstbetrieb, sei es bei der Zuteilungsdienststelle, sei es sonst, nicht auf andere Weise - nämlich durch dem Sinn des Gesetzes entsprechende Personalmaßnahmen - aufrechterhalten werden könnte. Auch wenn der Behörde einzuräumen ist, daß die von ihr gewählte Vorgangsweise bezogen auf ihre Interessen zweckmäßig und kostengünstig ist, wäre sie vielmehr ab dem Zeitpunkt der nicht nur bloß vorübergehenden Zuweisung des Beschwerdeführers zum Bundesasylamt - soweit erkennbar also bereits vor Jahren - verpflichtet gewesen, für den mit der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers abgedeckten Personalbedarf in rechtlich entsprechender Weise (z.B. durch Versetzung des Beschwerdeführers oder eines anderen Beamten) vorzusorgen. Bei der im Beschwerdefall erkennbaren Sachlage kommt die Dienstzuteilung als vorübergehende Personalmaßnahme allenfalls für den Einsatz von verschiedenen Bediensteten (z.B. zu Ausbildungszwecken) in Frage, die Abdeckung eines durch Jahre hindurch dauernd bestehenden Personalbedarfes in Form der Dienstzuteilung durch einen Beamten ist aber zweifellos nicht im Sinne der gesetzlichen Regelungen über die Verwendung der Beamten (vgl. insbesondere §§ 36, 38 und 40 BDG 1979) gelegen.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als inhaltlich rechtswidrig; er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Bescheidbegriff Mangelnder Bescheidcharakter Weisungen Anspruch auf bescheidmäßige  
Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung konstitutive Bescheide

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1996120304.X00

#### **Im RIS seit**

07.06.2001

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.09.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

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