

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/6/24 W246 2221658-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.06.2020

## Entscheidungsdatum

24.06.2020

## Norm

BDG 1979 §44 Abs1

BDG 1979 §44 Abs3

BDG 1979 §51

BDG 1979 §52

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W246 2221658-1/9E

im namen der republik!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Heinz VERDINO als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch Mag. Otto ASCHAUER, Sekretär der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, gegen den Bescheid des Landespolizeipräsidenten für XXXX vom 13.05.2019, Zl. PAD/19/365737, betreffend die Feststellung, ob die Befolgung der Weisung vom 28.01.2019 zu den Dienstpflichten gemäß § 44 BDG 1979 zählt, zu Recht:

- A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
- B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 10.01.2019 remonstrierte der Beschwerdeführer, ein in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehender Beamter des Exekutivdienstes der Landespolizeidirektion XXXX , gegen Pkt. „II.8. Krankenhausaufenthalt“ der generellen Dienstanweisung des Landespolizeipräsidenten für XXXX (in der Folge: die Behörde) vom 28.12.2012, wonach auf Grundlage der §§ 51 und 52 BDG 1979 bei Exekutivbediensteten unbeschadet der Dauer ihres Krankenhausaufenthaltes vor Antritt des Dienstes eine amtsärztliche Untersuchung zur Feststellung ihrer Dienstfähigkeit anzuordnen sei.

Dazu führte der Beschwerdeführer aus, dass er am 10.03.2017 eine Dienstverletzung erlitten habe, die am 18.01.2019 eine stationäre Aufnahme und Operation notwendig mache. Seiner Ansicht nach sei diese generelle Dienstanweisung rechtswidrig, weil Chef- und Amtsärzte in einem Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis zum Dienstgeber bzw. den Dienstgebervertretern stehen würden und dies erfahrungsgemäß zum Nachteil der Bediensteten ausgenutzt werden könne. Als Bediensteter habe der Beschwerdeführer einen Anspruch darauf, dass Untersuchungen an ihm von einem unabhängigen Arzt durchgeführt würden. Im Fall des Beschwerdeführers sei dies besonders relevant, weil er derzeit ein Amtshaftungsverfahren gegen den Dienstgeber führe und dieser sich durch eine Untersuchung bei einem Arzt des Dienstgebers Vorteile in diesem Verfahren verschaffen könne.

2. Die Behörde teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18.01.2019 im Hinblick auf seine o.a. Remonstration mit, dass der von ihm angefochtene Punkt der generellen Dienstanweisung vom 28.12.2012 aufrecht bleibe und er diesen zu beachten habe.

3. Mit Schreiben vom 01.02.2019 ersuchte der Beschwerdeführer „aus verfahrensrechtlichen Gründen“ um Wiederholung der Weisung vom 18.01.2019, woraufhin die Behörde den Beschwerdeführer am 05.02.2019 davon in Kenntnis setzte, dass seinem Ansuchen um Wiederholung der Weisung bereits mit Schreiben der Behörde vom 18.01.2019 entsprochen worden sei.

4. In der Folge wurde der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28.01.2019 auf Grundlage der o.a. generellen Dienstanweisung vom 28.12.2012 dazu aufgefordert, aufgrund seines stationären Aufenthalts vom 18.01. bis 20.01.2019 im XXXX ab der fünften Kalenderwoche 2019 vor seinem neuerlichen Dienstantritt und sobald es ihm gesundheitlich möglich sei, beim amtsärztlichen Dienst vorstellig zu werden, um seine Dienstfähigkeit überprüfen zu lassen.

5. Mit Schreiben vom 07.02.2019 ersuchte der Beschwerdeführer um Wiederholung der Weisung vom 28.01.2019, so diese aufrecht bleibe. Dabei verwies der Beschwerdeführer auf ein beigelegtes Schreiben der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst vom 04.02.2019, in dem diese den Beschwerdeführer um das Verfassen eines Schreibens an die Dienstbehörde ersucht habe, ob die Weisung vom 28.01.2019 aufrecht bleibe oder ob diese aufgrund der bereits geäußerten Bedenken betreffend die Rechtswidrigkeit sowie Zumutbarkeit zurückgenommen werde.

6. Zu diesem Schreiben teilte die Behörde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 09.02.2019 mit, dass die Weisung vom 28.01.2019 aufrecht bleibe und die Wiederholung der Weisung dem Beschwerdeführer bereits mündlich mitgeteilt worden sei.

7. Daraufhin ersuchte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 20.02.2019 im Hinblick auf die Weisung vom 28.01.2019 um die Feststellung, ob diese Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre.

8. In dem im Spruch genannten Bescheid stellte die Behörde fest, dass die Befolgung der schriftlichen Weisung vom 28.01.2019 (wonach der Beschwerdeführer nach einem stationären Aufenthalt vom 18.01. bis 20.01.2019 im XXXX aufgefordert worden sei, ab der fünften Kalenderwoche 2019 beim amtsärztlichen Dienst vorstellig zu werden, um seine Dienstfähigkeit überprüfen zu lassen) zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers zähle.

Dabei führte die Behörde zunächst u.a. aus, dass der Beschwerdeführer vor seinem Feststellungsantrag den Rechtsbehelf der Remonstration ergriffen habe, woraufhin die gegenständliche Weisung schriftlich erteilt worden sei. Zum – von der Behörde trotz Befolgung der Weisung bejahten – Feststellungsinteresse des Beschwerdeführers hielt sie fest, dass dieses im Hinblick auf das Weiterbestehen der, der gegenständlichen Weisung zugrundeliegenden, generellen dienstrechtlichen Regelungen und dem somit möglichen Eintreten gleichgelagerter Sachverhalte in der Zukunft im vorliegenden Fall gegeben sei. Hinsichtlich der Befolgungspflicht der gegenständlichen Weisung verwies die Behörde auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Vorliegens von Willkür und führte dazu aus, dass sich die gegenständliche Weisung auf eine generelle Weisung und diese wiederum auf die §§ 51 sowie 52 BDG 1979 gründen würde, weshalb die gegenständliche Weisung im Ergebnis nicht als willkürlich zu qualifizieren und ihre Befolgung somit Dienstpflicht des Beschwerdeführers sei.

9. Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Bescheid im Wege seines Rechtsvertreters fristgerecht Beschwerde.

Darin führte er zunächst aus, dass sich sein Antrag nicht nur auf die Frage, ob die Befolgung der gegenständlichen Weisung zu seinen Dienstpflichten zähle, sondern auch auf jene ihrer Rechtmäßigkeit bezogen habe; da die Behörde über diesen Aspekt nicht abgesprochen habe, sei der Bescheid fehlerhaft. Weiters hielt der Beschwerdeführer fest,

dass es sich im vorliegenden Verfahren um einen Sonderfall handle, weil der Beschwerdeführer derzeit ein Amtshaftungsverfahren gegen den Dienstgeber führe und sich dieser durch die Untersuchung des Beschwerdeführers bei einem Arzt des Dienstgebers Vorteile in diesem Amtshaftungsverfahren verschaffen könne.

10. Die vorliegende Beschwerde und der Bezug habende Verwaltungsakt wurden dem Bundesverwaltungsgericht von der Behörde mit Schreiben vom 24.07.2019 vorgelegt.

11. Mit Schreiben vom 04.05.2020 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Parteien dazu auf, ihm einen allfälligen „Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der Weisung“ vorzulegen und bei Vorliegen eines solchen bekannt zu geben, ob dazu derzeit ein erstinstanzliches Verfahren geführt werde oder ob ein solches geführt worden sei.

12. Die Behörde gab mit Schreiben vom 06.05.2020 bekannt, dass der erstinstanzliche Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht in dem der Behörde vorliegenden – vollen – Umfang vorgelegt worden sei. Abgesehen von dem behandelten Antrag vom 20.02.2019 seien keine weiteren Anträge vom Beschwerdeführer eingebracht worden, weshalb den Ausführungen in der Beschwerde, dass auch über den „Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der Weisung“ abzusprechen gewesen wäre, seitens der Behörde nicht gefolgt werden könne.

13. Der Beschwerdeführer führte in seinem Schreiben vom 11.05.2020 im Wesentlichen aus, dass sein Antrag vom 20.02.2019 auch auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Weisung abgezielt habe. Einen anderen Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der Weisung gebe es nicht.

14. Mit Schreiben vom 25.05.2020 nahm die Behörde zum Schreiben des Beschwerdeführers vom 11.05.2020 Stellung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer ist ein in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehender Beamter des Exekutivdienstes der Landespolizeidirektion XXXX .

1.2. Vom 18.01. bis 20.01.2019 war der Beschwerdeführer aufgrund einer Operation infolge einer Dienstverletzung stationär im XXXX aufhältig.

Mit Schreiben vom 28.01.2019 forderte der Vorgesetzte des Beschwerdeführers diesen u.a. auf Grundlage des Pkt. „II.8. Krankenhausaufenthalt“ der generellen Dienstanweisung der Behörde vom 28.12.2012, Zl. XXXX , dazu auf, aufgrund dieses stationären Aufenthalts vor seinem neuerlichen Dienstantritt und sobald es ihm gesundheitlich möglich sei, beim amtsärztlichen Dienst vorstellig zu werden, um seine Dienstfähigkeit überprüfen zu lassen.

Am 14.02.2019 unterzog sich der Beschwerdeführer der angeordneten amtsärztlichen Untersuchung zur Überprüfung seiner Dienstfähigkeit.

Mit Schreiben vom 20.02.2019 beantragte der Beschwerdeführer Folgendes:

„In Bezugnahme auf die angefügte Weisung vom 28.01.2019 ersuche ich um einen Feststellungsbescheid, ob die Weisung zu meinen Dienstpflichten gehört.“

In dem im Spruch genannten Bescheid stellte die Behörde fest, dass die Befolgung der schriftlichen Weisung vom 28.01.2019 zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers zähle.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

2. Beweiswürdigung:

Die unter Pkt. II.1. getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem erstinstanzlichen Verwaltungsakt und dem Gerichtsakt. Diese Feststellungen sind unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idFBGBl. I Nr. 57/2018, (in der Folge: VwGVG) geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 1 leg.cit. trat dieses Bundesgesetz mit 01.01.2014 in Kraft. Nach § 58 Abs. 2 leg.cit. bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über

Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Nach § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 28 Abs. 2 leg.cit. hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Zu A) Abweisung der – zulässigen – Beschwerde:

3.1. Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des BDG 1979, BGBl. Nr. 333 idFBGBl. I Nr. 112/2019 (in der Folge: BDG 1979) lauten auszugsweise wie folgt:

„Dienstpflichten gegenüber Vorgesetzten

§ 44. (1) Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu unterstützen und ihre Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen. Vorgesetzter ist jeder Organwalter, der mit der Dienst- oder Fachaufsicht über den Beamten betraut ist.

(2) Der Beamte kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt worden ist oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.

(3) Hält der Beamte eine Weisung eines Vorgesetzten aus einem anderen Grund für rechtswidrig, so hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen. Der Vorgesetzte hat eine solche Weisung schriftlich zu erteilen, widrigenfalls sie als zurückgezogen gilt.

[...]

Ärztliche Untersuchung

§ 52. (1) Bestehen berechtigte Zweifel an der für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben erforderlichen gesundheitlichen Eignung des Beamten, so hat sich dieser auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

(2) Der infolge Krankheit, Unfalls oder Gebrechens vom Dienst abwesende Beamte hat sich auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zur Prüfung seines Gesundheitszustandes zu unterziehen. Wenn es zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich ist, sind Fachärzte heranzuziehen. Eine Anordnung im Sinne des ersten Satzes ist spätestens drei Monate nach Beginn der Abwesenheit vom Dienst und sodann in Abständen von längstens drei Monaten zu erteilen.“

3.2. Zum Feststellungsinteresse:

3.2.1. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann von einer gültigen Remonstration gemäß § 44 Abs. 3 BDG 1979 nur dann gesprochen werden, wenn der Beamte dabei seine rechtlichen Bedenken gegen die ihm erteilte Weisung erkennen lässt und zumindest andeutet, womit er seinen Standpunkt vertreten zu können glaubt. Die Bedenken dürfen einerseits kein mutwilliges, geradezu rechtsmissbräuchliches Vorbringen darstellen, andererseits ist für den Eintritt der im § 44 Abs. 3 leg.cit. vorgesehenen Rechtsfolge ohne Bedeutung, ob die geäußerten Bedenken des Beamten rechtlich zutreffen oder nicht (vgl. jeweils mit weiteren Judikaturhinweisen z.B. VwGH 26.02.2020, Ro 2018/09/0003; 15.09.2004, 2001/09/0023).

Nach seinem unmissverständlichen Wortlaut räumt § 44 Abs. 3 BDG 1979 dem Beamten die Remonstrationsmöglichkeit „vor“ Befolgung der Weisung ein. Dementsprechend schließt auch die Unaufschiebbarkeit der mit Weisung angeordneten Maßnahme bei Gefahr im Verzug die Remonstration aus (§ 44 Abs. 3 leg.cit.). Auch der Zusammenhang mit der Dienstpflicht, den Vorgesetzten zu unterstützen (§ 44 Abs. 1 leg.cit.), und die „Aussetzungswirkung“ einer Remonstration bis zur schriftlichen Bestätigung der Weisung (§ 44 Abs. 3 leg.cit.) sind ein Indiz dafür, dass die Remonstration als eine Präventivmaßnahme (gleichsam eine Art „Frühwarnsystem“) gedacht ist,

die den Vollzug einer als gesetzwidrig erachteten Weisung vor ihrer (erstmaligen) Umsetzung verhindern soll. Wird jedoch die vom Vorgesetzten erteilte Weisung befolgt, kommt die Remonstration als Rechtsbehelf zur Klärung der Zweifel betreffend die Gesetzwidrigkeit – „jedenfalls im Regelfall“ – nicht mehr in Frage. Damit besteht auch keine Unsicherheit über die (weitere) Befolgung einer bereits umgesetzten Weisung, weil die nachträgliche Mitteilung gesetzlicher Bedenken – jedenfalls im Regelfall – mangels Wertung als Remonstration nicht zur Aussetzung der Gehorsamspflicht führt (VwGH 20.11.2018, Ro 2018/12/0016, mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hält in seiner Judikatur weiters fest, dass die Remonstrationsmöglichkeit gerade nur für jenen Zeitraum, für den sie offensteht, wegen der Subsidiarität des Feststellungsbescheides den Antrag des Beamten auf Feststellung ausschließt. Wird die Weisung jedoch befolgt, steht die Remonstration – „jedenfalls im Regelfall“ – nicht mehr zur Verfügung. Die Unterlassung ihrer zeitgerechten Erhebung schließt aber ein Feststellungsbegehren nicht auf Dauer aus (s. VwGH 20.11.2018, Ro 2018/12/0016, mwN) und ist gerade die Feststellung, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten gehört, auch im Falle eines bereits zeitlich abgeschlossenen Geschehens zulässig, wenn dies einer Klarstellung für die Zukunft dient, was etwa der Fall ist, wenn die bescheidmäßige Feststellung der Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen gleicher Art dient (s. jeweils mit weiteren Judikaturhinweisen etwa VwGH 03.10.2018, Ra 2017/12/0089; 22.05.2012, 2011/12/0195).

3.2.2. Im vorliegenden Fall remonstrierte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10.01.2019 zunächst gegen die generelle Dienstanweisung der Behörde vom 28.12.2012 und führte dabei seine rechtlichen Bedenken gegen diese aus, woraufhin die Behörde ihm mit Schreiben vom 18.01.2019 mitteilte, dass diese generelle Dienstanweisung aufrecht bleibe und er sie zu beachten habe (s. näher oben unter Pkt. I.1. und I.2.). In der gegen die gegenständliche Weisung vom 28.01.2019 erfolgten Remonstration vom 07.02.2019 ersuchte der Beschwerdeführer um Wiederholung dieser Weisung und verwies dabei – ohne explizite Bedenken zu äußern – lediglich auf ein beigelegtes Schreiben der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst vom 04.02.2019 (vgl. oben unter Pkt. I.5.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob mit diesen „Ausführungen“ des Beschwerdeführers auch hinreichende Bedenken iSd o.a. Judikatur gegen die gegenständliche Weisung vom 28.01.2019 erhoben wurden (welche zur Zulässigkeit der Remonstration führten), zumal nach der dargelegten höchstgerichtlichen Judikatur selbst bei Unterlassung der – zeitgerechten – Erhebung einer Remonstration und bei bereits zeitlich abgeschlossenen Geschehen von einem Feststellungsinteresse ausgegangen werden kann, wenn eine solche Bescheiderlassung einer Klarstellung für die Zukunft bzw. der Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen gleicher Art dient. Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, weil auch zukünftige Anordnungen von Untersuchungen gegenüber dem Beschwerdeführer auf Grundlage der – weiterhin in Kraft stehenden – generellen Dienstanweisung vom 28.12.2012 keineswegs ausgeschlossen sind.

3.2.3. Im Ergebnis ist der Behörde somit nicht entgegenzutreten, wenn sie das Vorliegen eines Feststellungsinteresses bejaht.

3.3. Zur Befolgungspflicht:

3.3.1. Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Erlassung eines Feststellungsbescheides bejaht der Verwaltungsgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung in Bezug auf Weisungen/Dienstaufträge ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens kann einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, d.h., ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist danach dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1, dritter Satz, B-VG genannten Tatbestände vorliegt – also die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wird oder ihre Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstößt –, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Gleiches gilt, wenn die Personalmaßnahme in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die „schlichte“ Rechtswidrigkeit einer Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 28.02.2019, Ra 2018/12/0018; 20.11.2018, Ro 2018/12/0016; 22.05.2012, 2011/12/0170).

Der Verwaltungsgerichtshof führt in seiner ständigen Judikatur weiters aus, dass im Rahmen der „Sache“ der Befolgungspflicht einer Weisung die Behörde bei Erlassung ihres diesbezüglichen Feststellungsbescheides lediglich gehalten ist, eine „Grobprüfung“ derjenigen Weisung, deren Befolgungspflicht in Streit steht, auf „Willkür“

vorzunehmen; nichts Anderes gilt für die vom Verwaltungsgericht getroffene Entscheidung in dieser „Sache“ (VwGH 04.12.2019, Ra 2019/12/0073; 10.12.2018, Ra 2018/12/0060). Willkürliches Verhalten der Behörde liegt u.a. in der gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes vor, wobei auch eine denkmögliche Gesetzesanwendung Willkür indizieren kann. Willkür liegt aber auch dann vor, wenn eine Entscheidung nur aus subjektiven, in der Person des Beschwerdeführers liegenden Gründen erfolgt wäre. Demnach kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Dienstbehörde im einzelnen Fall entnommen werden, ob Willkür vorliegt (s. VwGH 17.10.2008, 2007/12/0049).

3.3.2. Dass die gegenständliche Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt worden wäre, ihre Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstieße oder sie nach erfolgter Remonstration von der Behörde nicht schriftlich wiederholt worden wäre, kam im Verfahren nicht hervor und wird vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet. Es ist somit vor dem Hintergrund der o.a. Judikatur zu prüfen, ob die Erteilung der gegenständlichen Weisung gegen das Willkürverbot verstößt:

Die gegenständliche Weisung vom 28.01.2019, mit der gegenüber dem Beschwerdeführer nach einem mehrtägigen stationären Krankenhausaufenthalt im Zuge einer Operation die Untersuchung durch den amtsärztlichen Dienst zur Überprüfung seiner Dienstfähigkeit angeordnet wurde, ist auf Grundlage der generellen Dienstanweisung vom 28.12.2012 erlassen worden. Diese sieht in Pkt. „II.8. Krankenhausaufenthalt“ vor, dass bei „Exekutivbediensteten [...] unbeschadet der Dauer des Krankenhausaufenthaltes vor Antritt des Dienstes eine amtsärztliche Untersuchung zur Feststellung der Dienstfähigkeit des Bediensteten anzuordnen“ sei, was für das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der gerade für Beamte des Exekutivdienstes bestehenden Erfordernisse nachvollziehbar ist. Diese generelle Dienstanweisung stützt sich wiederum auf den oben wiedergegebenen – vom Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach angewendeten und bisher offensichtlich nicht als verfassungsrechtlich bedenklich erachteten – § 52 BDG 1979, der in seinem Abs. 2 mit einer „Muss-Bestimmung“ anordnet, dass der „infolge Krankheit, Unfalls oder Gebrechens vom Dienst abwesende Beamte [...] sich auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zur Prüfung seines Gesundheitszustandes zu unterziehen“ hat (s. u.a. VwGH 24.01.2019, Ra 2018/09/0210; 29.03.2012, 2011/12/0095); die in der Beschwerde getroffenen Ausführungen, wonach sich im vorliegenden Fall keine für die Anordnung einer Untersuchung notwendigen „berechtigten Zweifel“ an der gesundheitlichen Eignung des Beschwerdeführers iSd § 52 Abs. 1 leg.cit. ergeben hätten, gehen somit ins Leere.

Ein bei Erlassung der gegenständlichen Weisung erfolgtes willkürliches Vorgehen der Behörde (insbesondere iS einer gehäuften Verkennung der Rechtslage oder einem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes) ist daher für das Bundesverwaltungsgericht keineswegs erkennbar.

3.3.3. Das Bundesverwaltungsgericht kommt daher nach einer – von der o.a. Judikatur geforderten – Grobprüfung der gegenständlichen Weisung zum Ergebnis, dass ihre Erteilung nicht willkürlich erfolgt ist.

3.3.4. Wie den oben getroffenen Feststellungen zu entnehmen ist, beehrte der Beschwerdeführer mit seinem Antrag vom 20.02.2019 lediglich die Feststellung, ob die Befolgung der gegenständlichen Weisung zu seinen Dienstpflichten zählt (s. oben unter Pkt. I.13. und II.1.2.). Ein Antrag auf Prüfung der Rechtswidrigkeit dieser Weisung wurde vom Beschwerdeführer hingegen nicht gestellt und ist daher auch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. hierzu die unter Pkt. II.3.3.1. wiedergegebene Judikatur, wonach die Frage, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten eines Beamten zählt, von der Frage ihrer Rechtswidrigkeit zu trennen ist), weshalb auf die in der Beschwerde dargelegten Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Weisung nicht einzugehen ist.

3.4. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

3.5. Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 EMRK noch Art. 47 GRC entgegenstehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass dienstrechtliche Streitigkeiten öffentlich Bediensteter unter den Begriff der „civil rights“ im Verständnis des Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen, insoweit derartige Streitigkeiten durch die innerstaatliche Rechtsordnung geregelte, subjektive Rechte oder Pflichten des jeweils betroffenen Bediensteten zum Gegenstand haben (vgl. VwGH 13.09.2017, Ro 2016/12/0024, mwN).

Demnach kann eine Verhandlungspflicht gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK nur dann entfallen, wenn die Ausnahmen für nicht übermäßig komplexe Rechtsfragen oder hochtechnische Fragen Platz greifen (s. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/12/0067).

Da sich im vorliegenden Fall der unstrittige Sachverhalt aus den vorliegenden Akten ergibt und es sich auch um keine übermäßig komplexe Rechtsfrage handelt, kann von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

4. 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 solchen Rechtsprechung; des Weiteren ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde bei den Erwägungen zu Spruchteil A) wiedergegeben. Insoweit die in der rechtlichen Beurteilung angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu früheren Rechtslagen ergangen ist, ist diese nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes auf die inhaltlich meist völlig gleichlautenden Bestimmungen der nunmehr geltenden Rechtslage unverändert übertragbar.

#### **Schlagworte**

ärztliche Untersuchung Befolgung einer Weisung Befolgungspflicht Dienstfähigkeit Dienstpflicht Feststellungsantrag Feststellungsbescheid Feststellungsinteresse Polizist Remonstration Sache des Verfahrens Überprüfung Weisung

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W246.2221658.1.00

#### **Im RIS seit**

18.11.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

18.11.2020

**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)