

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.03.2009

Geschäftszahl

2008/12/0070

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde des FS in S, vertreten durch Dr. Charlotte Böhm, Rechtsanwältin in 1020 Wien, Taborstraße 10/2, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 20. Februar 2008, Zl. LAD2-P-137.3900/93, betreffend Ausgleichszulage nach § 26 Abs. 4 DPL 1972 und Zuweisung einer Verwendung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt 1., soweit er sich auf Zeiträume ab dem 7. Juli 2005 bezieht, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Das Land Niederösterreich hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Niederösterreich. Er war (jedenfalls) bis 8. Mai 2005 mit der Funktion des Leiters des LPPH A (eines Heimes) betraut und bezog in dieser Eigenschaft eine Personalzulage sowie eine pauschalisierte quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung. Auch bezog er für den Betrieb des Heimcafes eine Nebentätigkeitsentschädigung.

Als Folge eines am 27. April 2005 zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten Dr. A geführten Gesprächs erklärte ersterer mit Schreiben vom 9. Mai 2005 seinen "Rücktritt" von der zuletzt inne gehaltenen Funktion. Mit (formlosem) Schreiben der belangten Behörde vom 7. Juli 2005 wurde der Beschwerdeführer mit Wirkung vom 9. Mai 2005 von der zitierten Funktion enthoben, ohne dass es zur gleichzeitigen Neuzuweisung einer Verwendung gekommen wäre.

Schließlich wurde der Beschwerdeführer mit (formlosem) Schreiben der belangten Behörde vom 11. Jänner 2006 mit Wirkung vom 1. Jänner 2006 zum Landesklinikum W und sodann mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2007 zum Landesklinikum X versetzt.

Mit Eingabe vom 30. Juli 2007 beantragte der Beschwerdeführer, ihm eine - der Höhe nach näher definierte - Ausgleichszulage für den Zeitraum vom 1. Mai 2005 bis 1. August 2007 und auch weiterhin "zu gewähren". Weiters stellte er den Antrag ihm einen "gemäß seiner Dienstverwendung bis 30.4.2005 zumutbaren Dienstposten" zuzuweisen.

In der genannten Eingabe vertrat der Beschwerdeführer insbesondere die Auffassung, der mit Schreiben vom 9. Mai 2005 erklärte "Rücktritt" sei unter Druck des Vorgesetzten Dr. A erfolgt. Auch sei seitens des Dr. A zugesagt worden, dass dem Beschwerdeführer in der Folge eine neue adäquate Aufgabe übertragen werde, was jedoch bisher nicht geschehen sei. Zwar sei der Beschwerdeführer mit 1. Jänner 2006 zum Landesklinikum W versetzt und dort mit dem Bereich "Öffentlichkeitsarbeit für mehrere Dienststellen" betraut worden. Diese Tätigkeit sei jedoch nicht näher umschrieben worden. Gemäß § 26 Abs. 4 der Dienstpragmatik der niederösterreichischen Landesbeamten 1972, LGBl. 2200 (im Folgenden: DPL 1972), dürfen die dienstrechtlichen Verhältnisse eines Beamten durch Maßnahmen der Versetzung oder Zuteilung "entgeltlich nur in dem dort beschriebenen Ausmaß verschlechtert" werden. Dem Beschwerdeführer sei daher entsprechend seiner bisherigen Verwendung ein zumutbarer Dienstposten mit entsprechender Verwendung zuzuweisen. Außerdem gebühre - neben einer Versetzungsgebühr - die beantragte Ausgleichszulage.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 20. Februar 2008 wurde der Antrag des Beschwerdeführers in Ansehung der Ausgleichszulage abgewiesen (Spruchpunkt 1.), in Ansehung der Zuweisung eines seiner Verwendung bis 30. April 2005 adäquaten Dienstpostens hingegen zurückgewiesen (Spruchpunkt 2.).

Nach Schilderung des Verfahrensganges stellte die belangte Behörde folgenden Sachverhalt fest (*Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof*):

"Sie stehen seit 15. Oktober 1975 im Dienstzweig 'Gehobener Verwaltungsdienst und Rechnungs- (Buchhaltungs-) dienst' in einem Dienstverhältnis zum Land Niederösterreich. Mit Wirkung 1. Juli 1978 wurden Sie in ein öffentlich rechtliches Dienstverhältnis zum Land NÖ übernommen. Mit Schreiben vom 7. März 1994 haben Sie die Versetzung zum LPPH B ... beantragt. Diesem Antrag wurde insofern entsprochen als Sie den Dienst am 1.6.1994 im LPPH B ... angetreten haben. Mit Wirkung 1.12.1994 wurden Sie zum Stellvertreter des dortigen Heimleiters bestellt und wurde Ihnen die für die Funktion vorgesehene qualitative und quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung angewiesen. Mit 16.1.1995 wurden Sie mit der vorläufigen Fortführung der Verwaltungsgeschäfte betraut, nachdem der Heimleiter der Funktion enthoben wurde. Mit Wirkung 1.8.1995 wurden Sie schließlich zum Leiter bestellt. Ab diesem Zeitpunkt wurde Ihnen eine Personalzulage in Höhe von 90 % von 19,6 % des jeweiligen Gehalts der Dienstklasse VII, Gehaltsstufe 1, angewiesen, zusätzlich eine pauschalierte quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung im Umfang von 10 Wochenstunden. Nach Abschluss des Speziallehrgangs für Leitungsfunktionen in der Sozialarbeit wurde die 10 % Kürzung der Personalzulage mit Wirkung 1.7.1996 aufgehoben. Mit 1. Jänner 1997 wurden Sie in die Dienstklasse VII befördert. Mit Wirkung 1.5.1998 wurde Ihnen zusätzlich zur bisherigen Funktion die Leitung des LPPH B ... übertragen, die Personalzulage gleichzeitig auf 24 % von VII/1 erhöht.

Mit Wirkung 1. Juli 2002 wurde diese zusätzliche Betrauung (Provisorium) aufgehoben, die Personalzulage wieder auf das ursprüngliche Ausmaß reduziert. Schließlich wurden Sie mit Wirkung 1.2.2004 zum LPPH A versetzt und mit der Funktion des Heimleiters bei gleicher Höhe der Personalzulage betraut. Mit Bescheid vom 19.2.2004 wurde Ihnen für den Zeitraum 2.2.2004 bis längstens 1.2.2007 zusätzlich eine Versetzungsgebühr zuerkannt.

Am 27.4.2005 kam es zu einem Gespräch zwischen Ihnen und Dr. A, in dem Ihnen die Aufgabe der Leitungsfunktion nahe gelegt wurde, um eine Enthebung durch die Dienstbehörde vermeiden zu können. In diesem Gespräch wurden Sie auch mit den Problemen im Zusammenhang mit der Personalführung sowie der Umsetzung von Projekten und Organisationsstrukturen konfrontiert.

Mit Schreiben des Leiters der Abteilung Krankenanstalten und Heime vom 21.6.2005 wurden Ihnen die Gründe (nochmals) ausführlich dargelegt, die den Leiter der Abteilung zu dem zitierten Gespräch veranlasst haben. Die Gründe waren primär Probleme in der Mitarbeiterführung und Mitarbeitermotivation, Probleme bei der Umsetzung von Ideen, Projekten, neuen Organisationsstrukturen und Vorstellungen, da sie die MitarbeiterInnen nicht zur Mitwirkung an der Umsetzung gewinnen konnten.

Mit Schreiben vom 9.5.2005 haben Sie schließlich - ohne Gründe dafür anzugeben - Ihren Rücktritt von der zuletzt innegehabten Funktion erklärt. Diese wurde mit Schreiben des Amtes der NÖ Landesregierung vom 7.7.2005 zur Kenntnis genommen, indem Sie mit Wirkung 9.5.2005 von der Funktion enthoben wurden. Mit Schreiben vom 18.5. bzw. 2.6. 2005 haben Sie der Abteilung Krankenanstalten und Heime mitgeteilt, dass Sie sich einerseits einem fachärztlichem Coaching mit der Diagnose 'psychisch infaus' (burn-out Syndrom) unterzogen haben.

Fest steht, dass von mehreren Seiten - dies sowohl von heiminternen als auch heimexternen Personen - über die im vorigen Absatz bereits zitierten Probleme bei der Personalführung, der Organisation, der Mitarbeitermotivation, der Umsetzung von Projekten usw. Beschwerde geführt wurde. Diese Beschwerden wurden schließlich von Dr. A auch zum Anlass genommen, die Situation einer näheren Prüfung durch die Pflegeaufsicht zu unterziehen, die dieses Bild in ihrem Bericht bestätigt hat.

Fest steht, dass Sie die an Sie als Heimleiter gestellten Anforderungen nicht bzw. nicht mehr bewältigen konnten - ob dies bereits auf die später diagnostizierte psychische Erkrankung zurückzuführen war, kann nicht mehr festgestellt werden - worunter einerseits der Dienstbetrieb andererseits auch der Heimbetrieb gelitten hat, da die Probleme bereits von Dritten aufgegriffen wurden, sodass es auch bereits zu ersten dem Ansehen des Landes NÖ als Träger der Sozialhilfeeinrichtungen abträglichen Beschwerden gekommen ist.

Fest steht weiters, dass Sie die Funktion erst nach reichlicher Überlegungsfrist zurückgelegt haben, ohne dass Sie bei dieser Entscheidung unter Zwang oder Druck von Dritten gestanden sind. Fest steht weiters, dass bei nicht freiwilliger Aufgabe der Funktion der Leiter der Abteilung Landeskrankenanstalten und Landesheime die Enthebung bei der Dienstbehörde beantragt hätte, wäre der Rücktritt nicht von Ihrer Seite erfolgt. Es wurde Ihnen somit eine Wahlmöglichkeit eingeräumt, nämlich entweder freiwillige Aufgabe der Funktion als gelinderes Mittel oder Abberufung durch die Dienstbehörde. Die Ausübung von Druck bzw. der Einsatz unzulässiger Mittel zur Erreichung Ihres Rücktritts konnte nicht festgestellt werden. Ebenso wenig konnte ein Einsatz von Mitteln festgestellt werden, die im Verhältnis zum angestrebten Ergebnis, in einem groben Missverhältnis stehen, da Ihnen durch Dr. A nur die Mängel an der Heimleitung und die beabsichtigte weitere Vorgehensweise - Enthebungsverfahren durch die Dienstbehörde - mitgeteilt wurde.

Die bisher für die Dauer der Innehabung der Funktion zustehende Personalzulage und die pauschale Mehrdienstleistungsentschädigung für 10 Wochenstunden sowie die Nebentätigkeitsentschädigung für den Betrieb des Heimcafes, die Ihnen ab 13.1.2005 zuerkannt wurde (Bescheid vom 7.2.2005; Höhe 14,6 % des jeweiligen Gehalts der Dienstklasse V, Gehaltsstufe 3; Rechtsgrundlage: § 74 DPL 1972), wurden mit Wirkung 9.5.2005 eingestellt.

Eine Überstellung in einen anderen Dienstzweig, als für den Sie aufgenommen wurden, ist nicht durchgeführt worden. Mit Wirkung 1.1.2006 (Schreiben vom 11.1.2006 des Amtes der NÖ Landesregierung) wurden Sie zum Landeskrankenhaus W versetzt und mit Tätigkeiten der Öffentlichkeitsarbeit für mehrere Dienststellen der Region Weinviertel betraut (Pressekoordinator). Über Ihr Ersuchen vom 21. Juni 2007 wurden Sie unter Erhebung von Ihrer bisherigen Dienstverwendung mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2007 zum Landeskrankenhaus X, Standort X, versetzt. Mit der vorher definierten und mit Ihnen akkordierten Stellenbeschreibung wurde Ihnen auf Antrag und eigenen Wunsch die Tätigkeit der Unterstützung der Landeskliniken in der Region Weinviertel bei der Informationsaufbereitung gesundheitsbezogene Themen betreffend übertragen."

Nach Wiedergabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen (bei denen die belangte Behörde auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides abstellte) führte die belangte Behörde in ihrer rechtlichen Beurteilung schließlich Folgendes aus:

"Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, dass eine Ausgleichszulage nur für ruhegenussfähige Nebengebühren vorgesehen ist, Personalzulagen sind nach der gesetzlichen Definition keine ruhegenussfähigen Nebengebühren. Eine Ausgleichszulage gebührt weiters nicht, wenn der Beamte die Versetzung oder Dienstzuteilung angestrebt oder sonst zu vertreten hat, letzteres etwa, wenn die weitere Eignung für die Funktion aus Gründen, die in der Person/Sphäre des Bediensteten gelegen sind, nicht oder nicht mehr gegeben ist, oder an die Dienststelle versetzt oder zugeteilt wird, an der er die Leistungen erbracht hat, die der Berechnung der Ausgleichszulage zu Grunde gelegt wurden.

Bereits daraus erhellt, dass ein Anspruch auf eine Ausgleichszulage nicht gebührt, da 2 Ausschlussgründe vorliegen: Neben der fehlenden Ausgleichsfähigkeit einer Personalzulage, kommt auch der

2. Ausschlussstatbestand, nämlich die Versetzung durch die Zurücklegung der Funktion angestrebt (dies infolge Ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung, wobei das Motiv, warum die Versetzung angestrebt wurde, irrelevant ist), zum Tragen, sodass der Antrag abzuweisen war.

Bezüglich des Antrags auf Zuweisung eines adäquaten Dienstpostens ist auf Ihren Antrag vom 21. Juni 2007 zu verweisen, dem inhaltlich durch Versetzung zum Landeskrankenhaus X, Standort X, vollinhaltlich entsprochen wurde, sodass der neuerliche Antrag wegen unterschiedener Sache zurück zu weisen war. Weiters war der Antrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, da Ihnen im Rahmen Ihres Dienstzweiges ein Dienstposten zugewiesen wurde. Dies hat nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen der DPL 1972 mit Weisung zu erfolgen, ein Recht auf bescheidmässige Erledigung besteht aber diesbezüglich nicht (§ 26 Abs. 2 und Abs. 3 DPL 1972).

Angemerkt wird, dass über den Anspruch auf Versetzungsgebühr mit Bescheid der Dienstbehörde vom 17. Jänner 2008, Zl. ..., gesondert entschieden wurde."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, wobei die belangte Behörde als "Amt der Niederösterreichischen Landesregierung" bezeichnet wird. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, ihn aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie primär die Zurückweisung der Beschwerde infolge Fehlbezeichnung der belangten Behörde, hilfsweise deren Abweisung als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Jahr 2005 stand § 26 Abs. 3 und 4 DPL 1972 wie folgt in Geltung (der dritte Absatz in der Fassung durch das Landesgesetz LGBI. 2200-30, der vierte Absatz in der Fassung durch das Landesgesetz LGBI. 2200-7):

"(3) Der Beamte kann, wenn es im Interesse des Dienstes notwendig ist, versetzt, zugeteilt oder nach Maßgabe seiner Eignung vorübergehend auch in einem anderen Dienstzweig als in dem, für den er aufgenommen wurde, verwendet werden. Beamte der Verwendungsgruppen KS4, KS, KL2V, KKK, KL3, KL3S und KMF können in einem anderen Dienstzweig als in dem, für den sie aufgenommen wurden, ohne Überstellung verwendet werden, wenn sie aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr fähig sind, den Anforderungen des Dienstes im bisherigen Dienstzweig nachzukommen, ohne aber dienstunfähig zu sein. Hierbei ist Voraussetzung, dass der Beamte dem Dienst im neuen Dienstzweig gesundheitlich gewachsen ist.

(4) Die dienstrechtlichen Verhältnisse eines Beamten dürfen durch eine Maßnahme gemäß den Abs. 2 oder 3, gemäß § 10 oder gemäß § 18 Abs. 4 nicht verschlechtert werden, sodass ruhegenussfähige Nebengebühren im Ausmaß des Durchschnittes der letzten fünf Jahre in der Höhe als jährliche Ausgleichszulage weitergebühren, als die für an der neuen Dienststelle erbrachte Leistungen zustehenden jährlichen Nebengebühren die jährliche Ausgleichszulage nicht erreichen; § 76 Abs. 6 gilt sinngemäß. Eine

Ausgleichszulage gebührt nicht, wenn der Beamte die Versetzung oder Dienstzuteilung angestrebt hat oder an die Dienststelle versetzt oder zugeteilt wird, an der er die Leistungen erbracht hat, die der Berechnung der Ausgleichszulage zu Grunde gelegt wurden."

Durch das am 1. Jänner 2006 in Kraft getretene Landesgesetz LGBI. 2200-58 wurde § 26 Abs. 4 DPL 1972 neu gefasst wie folgt:

"(4) Die dienstrechtlichen Verhältnisse eines Beamten dürfen durch eine Maßnahme gemäß den Abs. 2 oder 3, gemäß § 10 oder gemäß § 18 Abs. 4 nur insoweit verschlechtert werden, als der Durchschnitt der in den letzten fünf Jahren zuerkannten ruhegenussfähigen Nebengebühren in folgendem Ausmaß als jährliche Ausgleichszulage weitergebührt:

- o im ersten Jahr zu 100 %;
- o im zweiten Jahr zu 75 %;
- o im dritten und vierten Jahr zu 50 %;
- o im fünften und sechsten Jahr zu 25 %.

Die Ausgleichszulage gebührt in dem Umfang, als die für an der neuen Dienststelle erbrachte Leistungen zustehenden jährlichen Nebengebühren die jährliche Ausgleichszulage nicht erreichen. Eine Ausgleichszulage gebührt nicht, wenn der Beamte

- o die Versetzung oder Dienstzuteilung angestrebt oder sonst zu vertreten hat oder
- o an die Dienststelle versetzt oder zugeteilt wird, an der er die Leistungen erbracht hat, die der Berechnung der Ausgleichszulage zu Grunde gelegt wurden."

Die Übergangsbestimmung des Art. XXXI Abs. 1 der Anlage B der DPL 1972 in der Fassung der Novelle LGBI. 2200-58 lautet:

"(1) Auf Beamte, die bereits vor dem 1. Jänner 2006 Anspruch auf eine Ausgleichszulage gemäß § 26 Abs. 4 erworben haben, ist diese Bestimmung in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung mit der Maßgabe anzuwenden, dass das am 1. Jänner 2009 beginnende Jahr als zweites Jahr des Weitergebührens gilt."

In den Materialien zu dieser Novellierung (vgl. LAD 2-GV- 17/77-05, S. 3ff.) heißt es (auszugsweise):

"Die Ausgleichszulage, die im Falle bestimmter dienstrechtlicher Maßnahmen (Versetzung, Zuteilung) einen allfälligen Verlust an ruhegenussfähigen Nebengebühren ausgleichen soll, wird aus Vertrauensschutzerwägungen beibehalten. Die Ausgestaltung wird aber insofern modifiziert, als die Ausgleichszulage degressiv über 6 Jahre gebührt. Dadurch soll neben dem Vertrauensschutz auch die Leistungsorientierung der Entlohnung Berücksichtigung finden.

Durch die vorgesehene Übergangsbestimmung tritt die Kürzung bei Beamten, die im Zeitpunkt der Novelle bereits eine Ausgleichszulage beziehen, erst nach einer Übergangsfrist von 3 Jahren ein.

...

Zu Art. I Z. 3 (§ 26 Abs. 4):

Auf Grund des Umstandes, dass der Wegfall der Nebengebühren meist auf eine, vom Beamten an der neuen Dienststelle zu erbringende, geringere qualitative und/oder quantitative Dienstleistung zurückzuführen ist, erscheint es angebracht, die Ausgleichszulage degressiv auszugestalten.

Die Neugestaltung der Bestimmung über die Ausgleichszulage hat zum Ziel, die in Folge einer vom Beamten nicht zu vertretenden dienstrechtlichen Maßnahme (Versetzung, Zuteilung) manchmal eintretenden Verluste von ruhegenussfähigen Nebengebühren zeitlich befristet auszugleichen. Dies entspricht dem Vertrauensschutzgedanken und soll unmittelbare und überraschende Einkommenseinbußen des Beamten verhindern bzw. abmildern.

Wesentliche Änderungen bei der Ausgleichszulage sind, dass die Ausgleichszulage:

- a) nur noch zeitlich befristet gebührt (max. 6 Jahre) und
- b) in der Höhe abnimmt, sohin degressiv ausgestaltet wird.

Dementsprechend endet auch der Anspruch auf die Ausgleichszulage nach 6 Jahren.

Als Ausschlussgrund sollen künftig auch Gründe gelten, die der Beamte sonst zu vertreten hat. Dadurch soll z.B. eine 'negative' Beurteilung ('unter dem Durchschnitt') oder ein sonstiges nicht schuldlos bewirktes dienstliches Interesse an einer Versetzung anspruchvernichtend wirken.

...

Zu Art. I Z. 20 Artikel XXXI der Anlage B:

Durch die vorgesehene Übergangsbestimmung tritt die Wirksamkeit des Art. I Z. 2 (*richtig wohl: Z. 3*) bei Beamten, die im Zeitpunkt der Novelle bereits eine Ausgleichszulage beziehen, erst nach einer Übergangsfrist von 3 Jahren ein.

Weiters soll sichergestellt werden, dass nicht in Ansprüche auf Grund von bis zum Inkrafttreten angeordnete Versetzungen und Zuteilungen eingegriffen wird."

§ 69 Abs. 3 DPL 1972 lautet:

"(3) Von den Nebengebühren sind ruhegenussfähig:

a) Mehrdienstleistungsentschädigungen gemäß § 71 Abs. 1 bis 10, Ausgleichszulagen (gemäß § 26 Abs. 4) und Vergütungen für Mehrdienstleistungen gemäß § 61 des Gehaltsgesetzes 1956 in der Fassung der 28. Gehaltsgesetz-Novelle, BGBl. Nr. 396/1975.

b) Sonderzulagen gemäß § 72 mit Ausnahme der Fehlgeldentschädigungen und Schmutzzulagen."

§ 71 Abs. 9 DPL 1972 in der Fassung dieses Absatzes nach dem Landesgesetz LGBI. 2200-35 lautet:

"(9) Mehrdienstleistungsentschädigungen nach Abs. 1, 6 und 10 können im Einverständnis mit dem Beamten bei regelmäßig wiederkehrenden Mehrdienstleistungen unter Bedachtnahme auf den Jahresdurchschnitt pauschaliert werden. Die Pauschalvergütung beträgt 90 v.H. des Durchschnittsbetrages der Mehrdienstleistungsentschädigungen, berechnet auf ein volles Jahr. Die Festsetzung einheitlicher Pauschalien für im Wesentlichen gleichartige Dienste ist zulässig."

Demgegenüber findet die Personalzulage ihre Regelung in § 71 Abs. 11 DPL 1972, die Entschädigung für Nebentätigkeiten in § 74 leg. cit. I. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Die in der Gegenschrift ins Treffen geführte Bezeichnung der belangten Behörde in der Beschwerde als "Amt der Niederösterreichischen Landesregierung" statt richtig als "Niederösterreichische Landesregierung" schadet vorliegendenfalls deshalb nicht, weil eine derartige Bezeichnung dann als ausreichend anzusehen ist, wenn nach dem Inhalt der Beschwerde in Verbindung mit den maßgebenden Organisationsvorschriften kein Zweifel über das Organ besteht, für das die Dienststelle tätig wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Mai 1995, Zl. 92/06/0045, m. w.H.). Dies ist hier der Fall.

II. Zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides:

Eingangs ist vor auszuschicken, dass die Gebührlichkeit der Ausgleichszulage gemäß § 26 Abs. 4 DPL 1972, und zwar sowohl in seiner Fassung vor als auch in jener nach dem Inkrafttreten des Landesgesetzes LGBI. 2200-58, die dienstrechtliche Wirksamkeit einer gesetzten Personalmaßnahme, die (in Ermangelung eines Ausgleichs) zu bezugsrechtlichen Nachteilen in Ansehung ruhegenussfähiger Nebengebühren führte, voraussetzt. Wäre eine solche dienstrechtliche Maßnahme hingegen unwirksam, so bliebe es beim früheren besoldungsrechtlichen Anspruch (vgl. das zur insofern vergleichbaren Bestimmung des § 29 Abs. 5 NÖ GBDO idF LGBI. 2400-17 ergangene hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2008, Zl. 2003/12/0146, mwH).

Die in § 26 Abs. 3 DPL 1972 vorgesehenen Personalmaßnahmen (die keine Überstellung in einen anderen Dienstzweig erfordern) sind nicht in Bescheidform, sondern in Form eines Dienstauftrages vorzunehmen (vgl. hiezu etwa für den Fall der Versetzung den hg. Beschluss vom 9. Mai 1983, Zl. 82/12/0147). Die mit Verfügung (Weisung) vom 7. Juli 2005 verfügte Maßnahme einer Enthebung von einer näher genannten Funktion ohne gleichzeitiger Zuweisung einer neuen Verwendung sieht die DPL 1972 nicht ausdrücklich vor. Jedenfalls enthält das genannte Gesetz keine Regelung, dass eine solche Maßnahme der Bescheidform bedürfte.

Der Befolgungspflicht (Wirksamkeit) einer in Weisungsform vorgenommenen Personalmaßnahme könnte nur die Unwirksamkeit eben dieser Weisung entgegen stehen. Neben dem Außerkrafttreten einer Weisung wegen Nichterfüllung des Verlangens des Beamten auf ihre schriftliche Erteilung (§ 27 DPL 1972) wäre dies dann der Fall, wenn die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde, ihre Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstieße oder dem weisungserteilenden Vorgesetzten "Willkür" vorzuwerfen war (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, Zl. 2007/12/0049); Gleiches würde gelten, wenn eine rechtens in Bescheidform vorzunehmende Personalmaßnahme (etwa eine Überstellung) in Weisungsform vorgenommen würde, was hier nicht der Fall ist.

Auch für die drei erstgenannten Fälle der Unwirksamkeit einer Weisung besteht in Ansehung der hier getroffenen Personalmaßnahmen kein Hinweis. Der Beschwerdeführer behauptet freilich "Willkür" der getroffenen Personalmaßnahmen. Wäre diese Behauptung zutreffend, so folgte nach dem Vorgesagten schon daraus die mangelnde Berechtigung des geltend gemachten Anspruches auf Ausgleichszulage. Freilich ist der angefochtene Bescheid, der sich seinerseits nicht darauf beruft, dass die belangte Behörde bei Setzung der hier gegenständlichen Personalmaßnahmen Willkür geübt hätte, nicht auf Basis der Rechtsbehauptungen des Beschwerdeführers, sondern auf Basis der im angefochtenen Bescheid getroffenen Sachverhaltsannahmen darauf zu überprüfen, ob er mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet ist. Darüber, welche Umstände gegeben sein müssen, um einer Behörde "Willkür" anzulasten, lässt sich keine allgemeine Aussage treffen. Ob "Willkür" vorliegt, kann nur nach dem Gesamtbild des Verhaltens der Behörde im einzelnen Fall entnommen werden. Ein willkürliches Verhalten der Behörde liegt nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes u.a. in der gehäuften Verkenning der Rechtslage, dem Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Außerrachlassen des konkreten Sachverhaltes. Auch eine denkbare Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2002, Zl. 2001/12/0057). Entsprechendes gilt in Ansehung der Prüfung einer Weisung auf "Willkürlichkeit".

Die belangte Behörde geht im angefochtenen Bescheid offenbar davon aus, dass nicht erst die mit Wirkung vom 1. Jänner 2006 ausgesprochene Versetzung zur Landesklinikk W, sondern schon die mit Schreiben vom

7. Juli 2005 vorgenommene Enthebung von der Funktion des Heimleiters (rückwirkend) den Entzug der bisherigen Verwendung und die daran geknüpften bezugsrechtlichen Folgen bewirkt hat.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, wonach allein der Umstand, dass eine Abberufung von der bisherigen Verwendung ohne gleichzeitige Neuzuweisung einer Verwendung in der DPL 1972 nicht ausdrücklich geregelt ist, ohne nähere Feststellung der in diesem Zusammenhang herrschenden Umstände noch nicht "Willkür" einer solchen Maßnahme indiziert. Es erscheinen jedenfalls Fallkonstellationen denkbar, in denen die Frage der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme Gegenstand einer juristischen "Feinprüfung" bildet. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn - was im Beschwerdefall jedenfalls nicht auszuschließen ist - taugliche Zielarbeitsplätze nicht sofort zur Verfügung stehen.

Nach dem Vorgesagten ist daher davon auszugehen, dass die Personalmaßnahme vom 7. Juli 2005 nicht schon deshalb unwirksam war, weil sie eine im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Abberufung ohne gleichzeitige Neuzuweisung einer Verwendung beinhaltete.

Auch das Vorliegen eines dienstlichen Interesses an einer Abberufung des Beschwerdeführers von seiner bisherigen Verwendung (zu der er im Übrigen auch seine Zustimmung erteilt hatte) wurde auf Basis der getroffenen Bescheidfeststellungen jedenfalls nicht willkürlich angenommen.

Unvertretbar ist die der Personalmaßnahme vom 7. Juli 2005 zu Grunde liegende Rechtsansicht lediglich insoweit, als diese nicht ex nunc, sondern rückwirkend mit 9. Mai 2005 getroffen wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist nicht einmal eine bescheidförmig vorzunehmende Versetzung eines Beamten mit Rückwirkung zulässig (vgl. unter vielen etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Jänner 1990, Zl. 89/12/0117). Dies muss umso mehr für eine durch bloße Dienstanweisung gesetzte Personalmaßnahme, welche ja darauf abzielt, dienstliches Verhalten für die Zukunft zu regeln, gelten.

Nach dem Vorgesagten folgt somit, dass die Rückwirkungsanordnung der Personalmaßnahme vom 7. Juli 2005 als "willkürlich" unwirksam war, nicht jedoch die für die Zeit ab Setzung der Maßnahme vorgenommene Abberufung. Hieraus wiederum folgt, dass für die Zeit bis zur Setzung der in Rede stehenden Personalmaßnahme, also jedenfalls bis zum 6. Juli 2005, kein wirksamer Entzug der bisherigen Verwendung erfolgte, die Bezüge für diese Verwendung weiterhin zustanden und die Gebührlichkeit der hier allein entscheidungsgegenständlichen Ausgleichszulage ausgeschlossen ist. Die Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. Mai bis zum 6. Juli 2005 erweist sich daher im Ergebnis als berechtigt, sodass die Beschwerde gegen den Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides für diesen Zeitraum gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Hat aber nach dem Vorgesagten eine, wenngleich nicht ausdrücklich in § 26 Abs. 3 DPL 1972 genannte, jedoch dessen ungeachtet rechtswirksame Personalmaßnahme den Wegfall der Gebührlichkeit ruhegenussfähiger Nebengebühren bewirkt - dies ist hier in Ansehung der Mehrdienstleistungsentschädigung gemäß § 71 Abs. 9 DPL 1972 unstrittig der Fall -, so ist auch eine solche Maßnahme vom Schutzzweck des § 26 Abs. 4 DPL 1972 miterfasst (vgl. hierzu auch das zu der allerdings nur bedingt vergleichbaren Rechtslage für Tiroler Gemeindebedienstete ergangene hg. Erkenntnis vom 15. November 2006, Zl. 2006/12/0028).

Hieraus wiederum folgt, dass die Frage der Gebührlichkeit einer Ausgleichszulage aus Anlass der Personalmaßnahme vom 7. Juli 2005 nach Maßgabe des damals in Geltung gestandenen § 26 Abs. 4 DPL 1972 in der Fassung vor Inkrafttreten des Landesgesetzes LGBl. 2200-58 zu prüfen war. In dieser zuletzt zitierten Fassung kommt fallbezogen lediglich der von der belangten Behörde ins Treffen geführte Ausschlussgrund, wonach der Beamte die Personalmaßnahme im Sinne des letzten Satzes leg. cit. "angestrebt" habe, in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird eine Versetzung dann angestrebt, wenn der Beamte - aus persönlichen Gründen - von sich aus den Wunsch äußert, bei Fortbestehen seines bisherigen Arbeitsplatzes die bisherige Verwendung aufgeben zu wollen, um eine bestimmte Tätigkeit bei einer anderen Dienststelle auszuüben, d.h. die Initiative für die Versetzung von ihm ausgeht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zl. 2002/12/0209). Diese Voraussetzung lag vorliegendenfalls auch auf Basis der Feststellungen im angefochtenen Bescheid nicht vor, ging die Initiative zum "Rücktritt" des Beschwerdeführers doch klar und eindeutig von Seiten seines Vorgesetzten Dr. A aus. Der in Rede stehende Ausschlussgrund liegt daher nicht vor. Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des Landesgesetzes LGBl. 2200-58 ist es im Übrigen bedeutungslos, ob der Beamte die Personalmaßnahme sonst "zu vertreten" hatte.

Zutreffen könnte wohl die Auffassung der belangten Behörde, wonach die vom Beschwerdeführer bezogene Personalzulage gemäß § 71 Abs. 11 DPL 1972 mangels Anführung unter den ruhegenussfähigen Nebengebühren in § 69 Abs. 3 leg. cit. für die Berechnung der Ausgleichszulage nicht heranzuziehen ist; entsprechendes gilt für die nicht ruhegenussfähige Nebentätigkeitsentschädigung nach § 74 DPL 1972. Heranzuziehen ist jedoch - unstrittig - die ruhegenussfähige pauschalierte quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung gemäß § 71 Abs. 1 und 9 leg. cit. Im Übrigen ist die Übergangsbestimmung des Art. XXXI Abs. 1 der Anlage B DPL 1972 dahingehend auszulegen, dass die Ausschlussgründe des § 26 Abs. 4 letzter Satz DPL 1972 in der Fassung des Landesgesetzes LGBl. 2200-58 lediglich auf Personalmaßnahmen anzuwenden sind, welche nach Inkrafttreten dieser Novelle gesetzt wurden, die zitierte Übergangsbestimmung also lediglich - mit der dort angeführten zeitlichen Verzögerung - die degressive Gestaltung der Ausgleichszulage nach § 26 Abs. 4 DPL 1972 idF LGBl. 2200-58 für "Altfälle" übernimmt.

In diese Richtung deuten insbesondere die oben wiedergegebenen Materialien zu der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung, wo es etwa heißt: "Als Ausschlussgrund sollen *künftig* auch Gründe gelten, die der Beamte sonst zu vertreten hat. ..." Im Übrigen wäre wohl davon auszugehen, dass ein entsprechender Hinweis in die Materialien aufgenommen worden wäre, hätte sich der Niederösterreichische Landesgesetzgeber zu einem Eingriff in bereits gebührende Ausgleichszulagenansprüche (welche ja dann vielfalls deren sofortigen Wegfall bewirkt hätte) entschlossen hätte. Ein solcher Eingriff wäre auch mit dem in den Materialien gleichfalls betonten Vertrauensschutzgedanken schwer vereinbar.

Daraus folgt, dass sich die Frage der Gebührllichkeit der Ausgleichszulage dem Grunde nach für den Beschwerdeführer auch bezogen auf Zeiträume nach dem 1. Jänner 2006 nach § 26 Abs. 4 DPL 1972 in der Fassung vor Inkrafttreten des Landesgesetzes LGBl. 2200-58 richtete. Für die Berechnung der Höhe nach bzw. für die Befristung des Anspruches sind demgegenüber die vorzitierte Gesetzesbestimmung in der Fassung der eben zitierten Novelle in Verbindung mit Art. XXXI Abs. 1 der Anlage B leg. cit. maßgeblich.

Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid in seinem Spruchpunkt 1., soweit er Zeiträume ab dem 7. Juli 2005 betrifft, mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass dieser insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

III. Zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides:

Der von der belangten Behörde zurückgewiesene Antrag des Beschwerdeführers ist unzweifelhaft auf die Vornahme einer Personalmaßnahme, nämlich auf die Zuweisung einer der Verwendung als Heimleiter "adäquaten" Verwendung gerichtet. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in diesem Zusammenhang die Rechtsansicht, dass einem Beamten ein Antragsrecht auf Vornahme einer (hier ihrer Art nach) umschriebenen Personalmaßnahme nicht zukommt (vgl. hiezu auch die Judikatur der Berufungskommission betreffend Anträge auf Vornahme einer Versetzung im Bundesbereich, wonach solche nicht einmal eine Entscheidungspflicht der Dienstbehörde auslösen - so der Bescheid der Berufungskommission vom 6. September 2005, Zl. 82/11-BK/05). Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde unter dem Gesichtspunkt der Verletzung subjektiver Rechte des Beschwerdeführers nicht entgegen getreten werden, wenn sie seinen diesbezüglichen Antrag mangels Zulässigkeit bescheidförmig zurückgewiesen hat.

Das Recht des Beamten Feststellungsanträge über die Wirksamkeit bzw. die Zulässigkeit getroffener Personalmaßnahmen aus der Sicht seiner subjektiven Rechte zu stellen, bleibt von den eben getroffenen Aussagen unberührt.

Aus diesen Erwägungen war die Beschwerde gegen Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere auf § 50 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere auf deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 10. März 2009