

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

04.02.2009

Geschäftszahl

2008/12/0224

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Perauer, in der Beschwerdesache des FS in Z, vertreten durch Dr. Günter Gsellmann, Rechtsanwalt in 8041 Graz, Raiffeisenstraße 138 A, gegen das beim Vorstand der Österreichischen Postbus Aktiengesellschaft eingerichtete Personalamt wegen Verletzung der Entscheidungspflicht i.A. Feststellungsanträge betreffend Personalmaßnahmen, den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Begründung

Aus der Beschwerde und der mit ihr vorgelegten Beilagen ergibt sich Folgendes:

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienstbehörde ist die belangte Behörde.

Mit Eingabe vom 16. Jänner 2008 richtete der Beschwerdeführer an die belangte Behörde einen Antrag, in welchem es (auszugsweise) wie folgt lautet (*Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof; Hervorhebungen im Original*):

"Mit Wirkung vom 01.10.2002 wurde mir der Arbeitsplatz Verkehrsdisponent, Code 1312, PT 3/1, in der Verkehrsstelle G der Österr. PostBusAG auf Dauer zugewiesen.

Wegen behaupteter Fehler in meiner Personaldisposition wurde ich mit Wirksamkeit vom 01.05.2005 auf den Arbeitsplatz Code 0401, PT 4, Sachbearbeiter/administrativer Dienst, der mit 1. Mai 2006 von der Verkehrsstelle G zur Servicestelle des Regionalmanagement Steiermark verlegt worden ist, durch Dienstauftrag unterwertig verwendungsgeändert bzw. dienstzugeteilt.

Mit dem Schreiben der Österr. POSTBUS AG, Personalamt, 1100 Wien, vom 02.01.2007, GZ ..., wurde mir unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Stellungnahme gemäß § 38 Abs. 6 BDG 1979 die Absicht mitgeteilt, mich auf den genannten Arbeitsplatz Code 0401 zu versetzen.

Dagegen habe ich unter ausführlicher Stellungnahme zu den gegen mich erhobenen Vorwürfen fristgerecht Einwendungen erhoben (Schriftsatz vom 22.01.2007) und bis heute, also durch mehr als ein Jahr nach Ihrem Schreiben vom 02.01.2007, in der Sache keine Erledigung erhalten.

...

Nach meiner durch Dienstauftrag beendeten Dauerverwendung auf dem Arbeitsplatz Code 1312, PT 3/1, Verkehrsdisponent, wurde ich auf den Arbeitsplatz Code 0401, PT 4, Sachbearbeiter/administrativer Dienst in der Servicestelle des Regionalmanagement Steiermark eingesetzt und mit dem Haltestellenservice betraut.

In dieser Verwendung habe ich im Wesentlichen die folgenden, der Verwendungsgruppe PT 9 zuzuordnende Tätigkeiten wahrzunehmen:

...

Am 07.12.2007 teilte mir mein Vorgesetzter A tel. mit, dass ich ab 01.12.2007 von der Einheit 'W' innerhalb der ÖBB-Postbus GmbH betreut werde, welches sich meiner weiteren beruflichen Zukunft annehmen werde.

Mit dem Schreiben der ÖBB Dienstleistungs GmbH vom 10.12.07 (ohne GZ) wurde ich im Rahmen meiner Verfügbarkeitmeldung und der geplanten Übernahme in die Einheit W innerhalb der ÖBB-Postbus GmbH zu

einem Informationsgespräch in die DLG Region Süd in V eingeladen, welcher Aufforderung ich termingemäß nachgekommen bin.

Als Ergebnis dieser Besprechung wurde meine weitere Verwendung bei der

'Österreichischen Bundesbahnen/ÖBB-Holding AG/ÖBB-Dienstleistungs GMBH/DLG - HR Operations/DLG - HR-Entwicklungs Bildung - /Ausbilder & Lehrlinge / Regionalleitung Süd/DLG RLW LW G' (Bahn-Bistro-Küche)

mit der Anschrift G, ..., vorgesehen.

Mit Ablauf des 17.12.2007 habe ich meine Arbeit im Haltestellenservice beendet und war vom 18.12. bis 31.12.2007 von meiner Dienstleistung freigestellt.

Im Bahn-Bistro-Küche habe ich meinen Dienst am 02.01.2008 weisungsgemäß angetreten und werde seither in dieser Stelle als in der Verwendungsgruppe PT 4 ernannter Beamter im Küchendienst mit Hilfstätigkeiten wie Kartoffelschälen, Salatwaschen, Geschirrabwaschen, Abfallkübel entleeren, Lebensmittellager aus- und einräumen udgl. beauftragt.

Ich empfinde diese Vorgangsweise als meine psychische Gesundheit untergrabendes Mobbing, weil ich die mir als rechtswidrig erscheinenden Verfügungen meiner vorgesetzten Stelle jedenfalls als nicht gerechtfertigt ansehe.

Gemäß § 40 Abs. 1 BDG 1979 ist dem Beamten, der von seiner bisherigen unbefristeten oder befristeten Verwendung abberufen wird, gleichzeitig, wenn dies jedoch aus Rücksichten des Dienstes nicht möglich ist, spätestens zwei Monate nach der Abberufung eine neue Verwendung in seiner Dienststelle zuzuweisen.

Ferner ist die Abberufung eines Beamten von seiner bisherigen Verwendung einer Versetzung gleich zu halten, wenn die neue Verwendung der bisherigen Verwendung nicht mindestens gleichwertig ist, es sei denn, dass ihm nach einer drei Monate nicht übersteigenden Verwendung anschließend eine der bisherigen Verwendung zumindest gleichwertige Verwendung zugewiesen wird.

Diese Voraussetzungen sind

- weder bei meiner Verwendung bei der Einheit Dienstleistungsgesellschaft 'W' mit dem Sitz in V,
- noch bei der Verwendung im Haltestellenservice in der Dienststelle H,
- noch bei meiner derzeitigen Verwendung im Küchendienst bei der

'Österreichischen Bundesbahnen/ÖBB-Holding AG/ÖBB-Dienstleistungs GMBH/DLG - HR Operations/DLG - HR-Entwicklungs Bildung - /Ausbilder & Lehrlinge / Regionalleitung Süd/DLG RLW LW G' (Bahn-Bistro-Küche)

erfüllt.

Ich stelle daher den

Antrag,

mich wieder auf dem mir verliehenen Arbeitsplatz als Verkehrsdisponent, PT 3/1, Code 1312, in der Verkehrsstelle G, einzusetzen oder wenn für mich keine meiner dienstrechtlichen Stellung entsprechende Verwendung mehr möglich ist, mich vom Dienst frei zu stellen,

in eventu, wenn Sie dem nicht folgen können,

auf bescheidmäßige Feststellung, ob die Befolgung der Weisung, einer der drei vorgenannten unterwertigen Verwendungen nachzugehen, zu meinen Dienstpflichten gehört."

In der vorliegenden Säumnisbeschwerde vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, die Rechtssache sei im Sinne der Stattgebung seines Eventualantrages spruchreif. Folglich stelle er den Antrag, der Verwaltungsgerichtshof wolle in Stattgebung seiner Säumnisbeschwerde in der Sache selbst erkennen und feststellen, dass die Befolgung der Weisung, einer der genannten unterwertigen Verwendungen nachzugehen, nicht zu seinen Dienstpflichten gehöre.

In der Sachverhaltsschilderung der Säumnisbeschwerde wird erwähnt, dass der Beschwerdeführer nach seinem Dienstantritt in der Bahn-Bistro-Küche am 2. Jänner 2008 bis 15. September 2008 dort mit Hilfstätigkeiten beschäftigt worden sei.

In der Folge sei er vom 16. September bis November 2008 als Fotograf für die Ausstellung von Ausweisen der ÖBB-Mitarbeiter eingesetzt worden.

Ein näher genannter Vorgesetzter habe ihm mitgeteilt, es sei geplant, ihn in der Folge für weitere 13 Wochen im Küchendienst zu beschäftigen.

Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht nach Art. 132 B-VG kann nach § 27 VwGG erst erhoben werden, wenn die oberste Behörde, die im Verwaltungsverfahren angerufen werden konnte, von einer Partei angerufen worden ist und nicht binnen sechs Monaten, wenn aber das das einzelne Gebiet der Verwaltung regelnde Gesetz für den Übergang der Entscheidungspflicht eine kürzere oder längere Frist vorsieht, nicht binnen dieser in der Sache entschieden hat. Die Frist läuft von dem Tag, an dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war.

Wie das an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Urteilsbegehren zeigt, strebt der Beschwerdeführer mit der vorliegenden Säumnisbeschwerde ausschließlich eine Sachentscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über den von ihm am 16. Jänner 2008 gestellten Eventualantrag an. Allerdings liegt das Wesen eines - im Verwaltungsverfahren durchaus zulässigen - Eventualantrages darin, dass er unter der aufschiebenden Bedingung gestellt wird, dass der Primärantrag erfolglos bleibt. Wird bereits dem Primärantrag stattgegeben, so wird der Eventualantrag gegenstandslos. Wird ein Eventualantrag vor dem Eintritt des Eventualfalls erledigt, belastet dies die Erledigung mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit. Daraus wiederum folgt, dass eine Entscheidungspflicht der belangten Behörde über einen Eventualantrag so lange nicht entstehen kann, als der Primärantrag nicht rechtskräftig abgewiesen worden ist (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 9. Juli 2003, Zl. 2003/12/0097, mwH). Der in dieser Vorjudikatur angesprochenen rechtskräftigen Abweisung stünde eine rechtskräftige Zurückweisung des Hauptantrages bzw. dessen Zurückziehung gleich.

Vorliegendenfalls folgt daraus, dass mangels rechtskräftiger Entscheidung über den Hauptantrag (bzw. mangels Rückziehung dieses Hauptantrages) eine Säumnis der belangten Behörde mit dem Eventualantrag, der wiederum allein Gegenstand der vorliegenden Säumnisbeschwerde ist, nicht vorlag.

Daraus folgt, dass die Säumnisbeschwerde gemäß § 34 Abs. 1 VwGG mangels Berechtigung zu ihrer Erhebung zurückzuweisen war.

Für das weitere Verfahren sei noch Folgendes angemerkt:

Der erste Hauptantrag des Beschwerdeführers ist darauf gerichtet, ihn wieder auf den ihm verliehenen Arbeitsplatz als Verkehrsdisponent (PT 3/1) in der Verkehrsstelle G "einzusetzen". Die Bedeutung dieses Antrags ist unklar und wird - so der Hauptantrag nicht ohnedies zurückgezogen wird - von der belangten Behörde einer Klärung im Wege eines Verbesserungsverfahrens zuzuführen sein.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass in Ansehung weisungsförmig vorgenommener Personalmaßnahmen zwei Arten von Feststellungsbescheiden für zulässig erachtet werden:

1. Die auf die Wirkungslosigkeit der Weisung und das Fehlen von Befolgungspflicht gerichtete Feststellung, wonach die Befolgung einer konkreten Personalmaßnahme anordnenden Weisung nicht zu den Dienstpflichten eines Beamten gehört (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, Zl. 2007/12/0049). Ein solcher Antrag ist dann erfolgreich, wenn die in Weisungsform verfügte Personalmaßnahme von einem unzuständigen Organ erlassen wurde, ihre Befolgung einen strafgesetzwidrigen Erfolg herstellen würde oder dem weisungserteilenden Vorgesetzten "Willkür" vorzuwerfen ist. Unwirksamkeit einer solchen Personalmaßnahme liegt auch dann vor, wenn diese rechtens nicht in Weisungs-, sondern in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte.

2. Darüber hinaus wird die Feststellung für zulässig erachtet, dass eine - an sich wirksame - eine Dienstzuteilung verfügende Weisung subjektive Rechte des Beamten verletzt (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, Zl. 2007/12/0199). Die Konsequenz der Stattgebung eines derartigen Feststellungsbegehrens ist, dass die rechtswidrige Weisung - jedenfalls soweit sie noch Auswirkungen für die Zukunft zeitigt - zurückzuziehen ist.

Nach dem Antragsvorbringen war dem Beschwerdeführer - unstrittig wirksam - zunächst am 1. Oktober 2002 ein Arbeitsplatz als Verkehrsdisponent (PT 3/1) in der Verkehrsstelle G zugewiesen. Wenn die vom Beschwerdeführer in seinem Antrag geschilderten weiteren (weisungsförmigen) Personalmaßnahmen aus den oben unter

1. genannten Gründen unwirksam waren (worauf der Eventualantrag abzielte), hätte dies zur Folge, dass der Arbeitsplatz im Bereich der Verkehrsstelle G (nach wie vor) der dem Beschwerdeführer dienstrechtlich wirksam zugewiesene Arbeitsplatz ist, sodass es eines "Wiedereinsetzens" des Beamten auf diesem Arbeitsplatz nicht bedürfte.

Hätte (vgl. hiezu jedoch die tieferstehenden Ausführungen) es sich bei den in Rede stehenden Personalmaßnahmen um wirksam verfügte vorläufige Personalmaßnahmen (im Falle eines Dienststellenwechsels um Dienstzuteilungen) gehandelt, so wäre hiedurch die dienstrechtlich wirksame Zuweisung des Arbeitsplatzes als Verkehrsdisponent als Dauerverwendung des Beschwerdeführers nicht betroffen gewesen. Freilich könnte - was zu klären wäre - der erste Hauptantrag darauf abzielen, dass eine vom Beschwerdeführer zwar als wirksam, aber als seine Rechte verletzend angesehene Dienstzuteilung durch Rücknahme beendet werde, sodass sein Einsatz wieder im Bereich seiner Dauerverwendung zu erfolgen hätte. In diesem Verständnis könnte - was von der Behörde zu klären sein wird - der erste Hauptantrag dahingehend zu verstehen gewesen sein, dass der Beschwerdeführer die Rücknahme der in diesem Antrag erwähnten Weisungen, insbesondere der zuletzt genannten, begehrte, weil diese - obwohl sie rechtswirksam waren - ihn in seinen subjektiven Rechten verletzten. So gesehen wäre der Hauptantrag zulässig; seine inhaltliche Berechtigung setzte aber die Wirksamkeit und damit die Formgültigkeit der Vornahme dieser Personalmaßnahmen voraus (vgl. zu dieser inhaltlichen Frage auch die tiefer stehenden Ausführungen).

Der alternativ gestellte Hauptantrag, den Beschwerdeführer "vom Dienst freizustellen", erweist sich gleichfalls als deutungsbedürftig, jedenfalls aber als unzulässig. Sollte darin ein Antrag auf bescheidförmige Abberufung des Beschwerdeführers von seiner Dauerverwendung im Verständnis des § 40 Abs. 2 Z. 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979),

gemeint gewesen sein, ist der Beschwerdeführer darauf zu verweisen, dass ihm kein Antragsrecht auf Vornahme einer derartigen Personalmaßnahme zustünde. Nichts anderes würde gelten, wenn mit diesem Antrag nicht die Vornahme einer bescheidförmigen Abberufung von seiner Dauerverwendung, sondern bloß ein Verzicht des Dienstgebers auf seine Dienstleistung angestrebt würde. Auch darauf käme dem Beamten kein Antragsrecht zu.

Soweit die Anträge des Beschwerdeführers auf die Klärung der Wirksamkeit bzw. Rechtmäßigkeit von Personalmaßnahmen bzw. auf ihre Vornahme abzielten (das gilt für den ersten Hauptantrag, wenn er im oben aufgezeigten Sinne zu verstehen ist, für den Alternativhauptantrag, wenn er (unzulässigerweise) auf die Vornahme einer Abberufung gerichtet wäre, bzw. für die Eventualanträge, sofern durch die dort bekämpften Weisungen die Zuweisung zu einer Verwendung bzw. zu einer Dienststelle erfolgt ist), gilt in Ansehung des Rechtsschutzes (und zwar sowohl was die Zulässigkeit einer Berufung als auch im Säumnisfall die Zulässigkeit eines Devolutionsantrages betrifft) Folgendes:

Nach der Verfassungsbestimmung des § 41a Abs. 6 BDG 1979 entscheidet die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide in Angelegenheiten u.a. der §§ 38 und 40 leg. cit. Bei der Zuweisung auf den Arbeitsplatz eines Sachbearbeiters handelte es sich zunächst (bis 30. April 2006) um eine "Angelegenheit des § 40 BDG 1979". Soweit der Beschwerdeführer diese Maßnahme bekämpft besteht jedenfalls eine Zuständigkeit der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt als Berufungs- bzw. Devolutionsbehörde. Mit der Fortsetzung dieser Zuweisung nach der "Verlegung" dieses Arbeitsplatzes sowie mit den vom Beschwerdeführer bekämpften sonstigen Personalmaßnahmen könnte (vgl. jedoch auch die tiefer stehenden Ausführungen zur Äußerung vom 7. Dezember 2007) - gegenüber der Verkehrsstelle G der Österreichischen Postbus Aktiengesellschaft - jeweils ein Dienststellenwechsel verbunden gewesen sein. Bei diesen bekämpften (übrigen) Personalmaßnahmen könnte es sich somit entweder um "Angelegenheiten gemäß § 38 BDG 1979" - also um Angelegenheiten der Versetzung - gehandelt haben, für welche die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt als Berufungs- bzw. Devolutionsbehörde zuständig wäre, oder aber - im Falle der Verfügung bloß vorübergehender Maßnahmen - um "Angelegenheiten des § 39 BDG 1979", also um Angelegenheiten der Dienstzuteilung, in welchem Falle ein Rechtsschutz in Form einer Berufung bzw. Devolution gegen die hier belangte oberste Dienstbehörde nicht in Betracht käme.

Aus dem Grunde des § 39 Abs. 1 BDG 1979 liegt eine Dienstzuteilung vor, wenn ein Beamter *vorübergehend* einer anderen Dienststelle zur Dienstleistung zugewiesen wird und für die Dauer dieser Zuweisung mit der Wahrnehmung von Aufgaben eines in der Geschäftseinteilung dieser Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes betraut wird. Dem gegenüber stellt die Zuweisung eines Beamten an eine andere Dienststelle zur dauernden Dienstleistung eine Versetzung im Verständnis des § 38 Abs. 1 BDG 1979 dar, welche von der Dienstbehörde bescheidförmig zu verfügen ist. Eine weisungsförmig verfügte Versetzung wäre mangels Einhaltung der Rechtsform unwirksam.

In diesem Zusammenhang ist zunächst an die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. September 2008, Zl. 2007/12/0078) zu erinnern, wonach für die Qualifikation einer Personalmaßnahme als Versetzung oder Dienstzuteilung nicht maßgeblich ist, wie sie sich selbst "deklariert", sondern ihr tatsächlicher rechtlicher Gehalt.

Daher gilt für Dienstzuteilungen, dass diese schon bei ihrer Erteilung zu befristen sind. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass in der Dienstzuteilungsweisung ein datumsmäßig fixiertes Ende der Dienstzuteilung angegeben wird, oder aber dadurch, dass jenes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretende Ereignis präzise umschrieben wird, welches das Ende der Dienstzuteilung auslösen soll (also etwa der Wiederantritt des Dienstes durch einen vorübergehend erkrankten Beamten, den der Dienstzuteilte vertreten soll).

Ist aus dem Inhalt einer sich als Dienstzuteilung deklarierenden Weisung ein Fristende nicht zu ermitteln, so liegt keine "Angelegenheit des § 39 BDG 1979", sondern eine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979", also eine ihrem Inhalt nach als Versetzung zu qualifizierende Personalmaßnahme vor, welche zu Unrecht in Weisungsform verfügt wurde und daher unwirksam war.

In einem solchen Fall könnte daher ein Feststellungsantrag, wonach die Befolgung einer solchen Weisung nicht zu den Dienstpflichten des Beamten zähle, mit Erfolg gestellt werden. Die Entscheidung über einen derartigen Feststellungsantrag stellt - wie dargelegt - eine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979" im Verständnis des § 41a Abs. 6 leg. cit. dar, sodass in einer solchen Angelegenheit Berufung bzw. Devolution an die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt zulässig ist.

Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers in seinem Antrag ergibt sich nicht, dass die von ihm bekämpften weisungsförmig verfügten Personalmaßnahmen eine erkennbare Befristung aufgewiesen hätten. Fehlte aber eine solche, hätte es sich bei diesen Personalmaßnahmen bei materieller Betrachtung nicht um Dienstzuteilungen, sondern um Versetzungen gehandelt, sodass Feststellungsanträge betreffend die Rechtmäßigkeit und die Wirksamkeit solcher Maßnahmen "Angelegenheiten des § 38 BDG 1979" betroffen hätten.

Abschließend sei noch festgehalten, dass sich der in Rede stehende Antrag des Beschwerdeführers vom 16. Jänner 2008 ausschließlich auf die dort genannten Personalmaßnahmen bezog. Nur in Ansehung von Feststellungen zu diesen Personalmaßnahmen käme eine Säumnis der belangten Behörde überhaupt in

Betracht. Die Bekämpfung später gesetzter (anderer) Personalmaßnahmen hätte durch eigene Feststellungsanträge zu erfolgen.

Zweifelhaft erscheint schließlich, ob die im Antrag erwähnte Äußerung vom 7. Dezember 2007 überhaupt eine weisungsförmig verfügte Personalmaßnahme darstellte oder bloß einen Hinweis, der nicht Gegenstand eines Feststellungsbescheides sein kann. Dies hinge davon ab, ob die dort genannte "Einheit" eine Dienststelle verkörpert, bei der der Beschwerdeführer in Verwendung genommen werden sollte.

Wien, am 4. Februar 2009