

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.12.2012

Geschäftszahl

2012/12/0145

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und den Hofrat Dr. Zens sowie die Hofrätin Dr. Hinterwirth als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, in der Beschwerdesache des WK in M, vertreten durch Dr. Martin Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung und Sport vom 17. September 2012, Zl. P729259/74-PersB/2012, betreffend Zurückweisung eines Antrages auf "Feststellung einer Versetzung", den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Begründung

Aus der Beschwerde und der mit ihr vorgelegten Ausfertigung des angefochtenen Bescheides ergibt sich Folgendes:

Am 30. Dezember 2011 stellte der Beschwerdeführer folgenden

Antrag:

"Ich ersuche um bescheidmäßige Feststellung meiner Versetzung zum ARB sowie meiner Verwendung auf der Pos.Nr. X mit folgender

Begründung:

Ich bin seit 1. Juli 2008 zum ARB dienstzugeteilt und seit 1. November 2008 auf den Arbeitsplatz Pos.Nr. X eingeteilt. Gem. Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Qualifikation einer konkreten Personalmaßnahme als Dienstzuteilung oder Versetzung nicht darauf an, wie sie sich selbst 'deklariert', sondern auf ihren tatsächlichen rechtlichen Gehalt. In meinem Fall ist bei einer mehrjährigen Verwendung und bei in Summe sieben fortlaufend ausgesprochenen Dienstzuteilungen davon auszugehen, dass es sich im Grunde nach um eine unbefristete Dienstzuteilung handelt. Eine solche wiederum wäre einer Versetzung gleichzusetzen. Aufgrund meiner langjährigen Einteilung auf die Pos.Nr. X ARB, mit in Summe sieben fortlaufend ausgesprochenen Dienstzuteilungen, liegt in Wahrheit keine Dienstzuteilung, sondern eine Versetzung auf diesen Arbeitsplatz vor. Ich ersuche nun um bescheidmäßige Feststellung meiner Versetzung sowie meiner Verwendung auf der Pos.Nr. X beim ARB."

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 17. September 2012 wurde dieser Antrag gemäß § 39 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979), als unzulässig zurückgewiesen.

In der Begründung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei zunächst zwischen 1. Juni und 29. August 2008 und sodann jeweils befristet für die Zeit vom 1. März 2009 bis 30. Juni 2009, vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2009, vom 1. Jänner 2010 bis 30. Juni 2010, vom 1. Juli 2010 bis 31. Dezember 2010, vom 1. Jänner 2011 bis 28. Februar 2011, vom 1. März 2011 bis 30. September 2011 und zuletzt vom 1. Oktober 2011 bis 31. Dezember 2011 zur Dienststelle "ARB" dienstzugeteilt gewesen.

Sodann heißt es nach Wiedergabe des § 39 Abs. 1 BDG 1979 im angefochtenen Bescheid wie folgt:

"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 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 vergleichbare Bestimmung fehlt, ist sie grundsätzlich nicht mit Bescheid anzuordnen.

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.

Die Beibehaltung eines Zustandes, der gesetzlich nur als vorübergehende Personalmaßnahme konzipiert ist, in Form eines 'Dauerprovisoriums' zulasten und gegen den Willen des betroffenen Beamten ist dabei grundsätzlich nicht zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist weiter auf die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach für die Qualifikation einer Personalmaßnahme als Versetzung oder Dienstzuteilung nicht maßgeblich ist, wie sie sich selbst 'deklariert', sondern ihr tatsächlicher rechtlicher Gehalt ausschlaggebend ist.

Daher gilt für Dienstzuteilungen, dass diese schon bei ihrer Erteilung klar 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 den Wiederantritt des Dienstes durch einen vorübergehend erkrankten Beamten, den der Dienstzuteilte vertreten soll).

Im Sinne der ständigen Judikatur des VwGH kann hinsichtlich einer Versetzung noch angemerkt werden, dass einem Bediensteten überhaupt kein Rechtsanspruch auf Versetzung oder Verwendungsänderung zukommt. Des Weiteren besteht kein Rechtsanspruch auf eine Versetzung, Verwendungsänderung etc., auf einen bestimmten Arbeitsplatz und es gibt keinen Anspruch auf Zuweisung bzw. Versetzung auf einen höherwertigen Arbeitsplatz. Der Beamte ist grundsätzlich verpflichtet, seinen Dienst überall dort zu versehen, wo es im Interesse des Staates erforderlich ist.

...

Die eben angeführte Judikatur bezieht sich im Wesentlichen auf Dienstrechtsverfahren, bei denen Bedienstete einer Dienstzuteilung über 90 Tagen nicht zugestimmt haben. Dahinter steht die Absicht des VwGH eine Umgehung des Versetzungsschutzes nach § 38 BDG 1979 durch Dienstzuteilungen auf Dauer zu verhindern. Erst durch diese Umdeutung kann sich ein betroffener Beamte mittels Berufung gemäß § 38 BDG gegen die Personalmaßnahme wehren.

In Ihrer Angelegenheit ist jedoch genau das Gegenteil der Fall. Sie fühlen sich gerade darin beschwert, dass Ihre Dienstzuteilung zur IKTS/ARB nicht verlängert bzw. dass diese beendet wurde. Anders als in der oben zitierten Judikatur möchten Sie nicht an Ihrem angestammten Arbeitsplatz beim FüUZ bleiben, sondern Sie wollen bei der IKTS/ARB weiterhin dienstzugeteilt bleiben bzw. sie argumentieren, dass Sie ohnehin schon zur IKTS/ARB (konkludent) versetzt wurden.

Zudem qualifizieren Sie selber - in Ihrer Stellungnahme - die Dienstzuteilungen zum ARB als eine rechtswidrige Versetzung. Zweifelsfrei steht fest, dass sollten die oa. Dienstzuteilungen als Versetzung gewertet werden, dann läge eine rechtswidrige Personalmaßnahme vor, da kein Versetzungsverfahren iSd.

§ 38 BDG 1979 durchgeführt worden ist.

Folgt man nun Ihrer Argumentationslinie, so begehren Sie die Feststellung und Beibehaltung Ihrer 'Versetzung' und somit die Aufrechterhaltung einer eindeutig rechtswidrigen Personalmaßnahme.

Ihre Dienstzuteilungen zur IKTS/ARB waren immer klar befristet und Ihre Dienstbehörde hat immer den Konnex zu den Aufgaben eines konkreten Arbeitsplatzes ('Ref', PosNr.X, Wertigkeit MBO 1 in der Funktionsgruppe 3) hergestellt. Zudem bestand auf Grund des Personalmangels eine dienstliche Notwendigkeit, Sie mit den Aufgaben seines Arbeitsplatzes zu beauftragen. Demnach waren diese Personalmaßnahmen deklarativ und vom rechtlichen Gehalt her immer Dienstzuteilungen iSd.

§ 39 BDG 1979.

Im Übrigen wird abschließend angemerkt, dass auf Grund der jüngeren Judikatur des VwGH, die Manuduktionspflicht der Behörde nicht soweit geht, als dass die Partei dahingehend angeleitet werden muss, wie sie einen 'richtigen' Antrag - zB. ob in Ihrem Fall eine vorübergehende oder dauernde Betrauung vorliegt und wie sich die daraus resultierenden dienstrechtlichen Konsequenzen darstellen - zur Zielerreichung bzw. antragsgemäßen Rechtsdurchsetzung stellt.

Ihr vorliegendes Feststellungsbegehren war daher spruchgemäß zurückzuweisen."

Der Bescheid enthält die Belehrung, wonach gegen ihn kein ordentliches Rechtsmittel, wohl aber Beschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof oder dem Verwaltungsgerichtshof zulässig sei.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, den angefochtenen Bescheid aus diesen Gründen aufzuheben.

Gemäß § 41a Abs. 6 BDG 1979 entscheidet die Berufungskommission über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide u.a. "in Angelegenheit des § 38".

In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof etwa im hg. Erkenntnis vom 5. September 2008, Zl. 2007/12/0078, Folgendes ausgeführt:

"Jedenfalls für die Klärung der Abgrenzung zwischen dem Vorliegen einer Versetzung nach § 38 und einer Dienstzuteilung nach § 39 Abs. 1 BDG 1979 ist nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. den hg. Beschluss vom 31. März 2006, Zl. 2005/12/0096, sowie die hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2008, Zlen. 2007/12/0118 und 2008/12/0049) sowie der Berufungskommission (vgl. den Bescheid der Berufungskommission vom 30. November 2004, Zl. 120/11-BK/04) zur Entscheidung über eine diesbezüglich erhobene Berufung die Berufungskommission zuständig; es liegt insofern eine 'Angelegenheit des § 38 BDG 1979' im Sinne des § 41a Abs. 6 BDG 1979 vor. Nur dann, wenn die Rechtswidrigkeit einer Dienstzuteilung aus einem anderen Grund behauptet wird, ist zur Erledigung einer Berufung gegen einen diesbezüglichen Feststellungsbescheid die oberste Dienstbehörde zuständig (vgl. dazu die zitierten hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2008)."

Wie die belangte Behörde zutreffend erkannte, betraf diese Judikatur Fälle, in denen der Beamte die Rechtswidrigkeit einer Personalmaßnahme mit der Begründung behauptete, diese deklariere sich zwar als Dienstzuteilung, stelle jedoch von ihrem materiellen Gehalt her eine Versetzung dar und wäre folglich in Bescheidform zu erlassen gewesen.

Nichts anderes gilt jedoch für den hier vorliegenden Fall, in welchem der Beschwerdeführer behauptet, näher genannte Personalmaßnahmen, die sich als "Dienstzuteilungen" deklariert hätten, hätten im Hinblick darauf, dass sie von ihrem materiellen Gehalt her eine Versetzung darstellten, eine solche auch rechtlich bewirkt (vgl. hiezu freilich das hg. Erkenntnis vom 5. September 2008, Zl. 2007/12/0161, und den Bescheid der Berufungskommission vom 20. September 2010, Zl. 50/11-BK/10).

Die Entscheidung über das Begehren des Beschwerdeführers auf bescheidmäßige Feststellung seiner (seines Erachtens durch die Personalmaßnahmen wirksam erfolgten) Versetzung stellt somit gleichfalls eine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979" im Verständnis des § 41a Abs. 6 BDG 1979 dar. Dies gilt auch in Ansehung von Formalentscheidungen über derartige Feststellungsanträge (vgl. hiezu etwa den hg. Beschluss vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/12/0176), wie die hier erfolgte Zurückweisung des Antrages als unzulässig.

Aus dem Vorgesagten folgt, dass gegen den angefochtenen Bescheid der belangten Behörde - entgegen seiner Rechtsmittelbelehrung - die Berufung an die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt offen stand.

Aus diesem Grunde war die Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 1 lit. a VwGG gebildeten Senat gemäß § 34 Abs. 1 VwGG mangels Berechtigung zu ihrer Erhebung zurückzuweisen.

Wien, am 19. Dezember 2012