

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.04.2015

Geschäftszahl

Ra 2014/12/0003

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok, die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel sowie die Hofrätinnen Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Artmann, über die außerordentliche Revision der Landespolizeidirektion Kärnten gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 8. Mai 2014, Zl. W213 2003304-1/2E, betreffend Feststellungen i.A. einer Dienstzuteilung (mitbeteiligte Partei: HK in K, vertreten durch Dr. Martin Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs Kai 5), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründung

Der Mitbeteiligte steht als Gruppeninspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. In den Verwaltungsakten erliegt eine schriftliche Erledigung der Landespolizeidirektorin für Kärnten vom 18. September 2013, mit welcher er in der Zeit vom 1. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013 von seiner bisherigen Dienststelle in K zu einer Dienststelle in Wien dienstzugeteilt wurde.

Mit E-Mail vom 19. September 2013 wendete sich der Mitbeteiligte unter Berufung auf § 39 Abs. 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979), gegen diese Dienstzuteilung.

Mit einer bei der Dienstbehörde am 26. September 2013 eingelangten Eingabe vom 24. September 2013 begehrte der nunmehr anwaltlich vertretene Mitbeteiligte die bescheidmäßige Feststellung, dass die Befolgung der in Rede stehenden Dienstzuteilungsverfügung nicht zu seinen Dienstpflichten gehöre und er daher durch die Nichtbefolgung derselben keine Dienstpflichtverletzung begehe.

In dieser Eingabe vertrat er - zusammengefasst - die Auffassung, eine Berücksichtigung der in § 39 Abs. 4 BDG 1979 enthaltenen Verhältnisse stehe seiner Dienstzuteilung entgegen. In diesem Zusammenhang berief er sich insbesondere auf seine Eigenschaft als Alleinerzieher seines in Ausbildung befindlichen (volljährigen) Sohnes, welcher an einer psychischen Erkrankung leide.

In einer weiteren Eingabe vom 22. Oktober 2013 brachte der - zwischenzeitlich gewerkschaftlich vertretene - Mitbeteiligte vor, die Dienstzuteilungsweisung sei durch die als Remonstration zu wertende E-Mail vom 19. September 2013 außer Kraft getreten. Schon deshalb bestehe keine Befolgungspflicht.

Darüber hinaus werde weiterhin die Rechtsauffassung vertreten, dass die in Rede stehende Weisung rechtswidrig sei. Es wurde der ergänzende Antrag gestellt, die Rechtswidrigkeit der Weisung betreffend die Dienstzuteilung festzustellen.

Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Kärnten vom 11. Dezember 2013 stellte diese fest, "... dass durch die Weisungserteilung (Dienstzuteilung) keine Rechtsverletzung stattgefunden hat und daher die Weisung/die Dienstzuteilung rechtmäßig erfolgt ist".

In diesem Bescheid ging die Dienstbehörde davon aus, dass die in Rede stehende Dienstzuteilung bereits am 4. September 2013 durch den Postenkommandanten gegenüber dem Mitbeteiligten verfügt worden sei, wogegen der Mitbeteiligte schon am 5. September 2013 Einwände erhoben habe. Die Erledigung vom 18. September 2013 stelle somit bereits die schriftliche Wiederholung dieser Weisung dar.

Inhaltlich vertrat die Dienstbehörde (zusammengefasst) die Auffassung, dass die gemäß § 39 Abs. 4 BDG 1979 zu berücksichtigenden Verhältnisse vorliegendenfalls der Dienstzuteilung nicht entgegen stünden (wird in diesem Bescheid näher ausgeführt).

Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte am 19. Dezember 2013 Berufung, in welcher er mit näherer Begründung auf der Auffassung beharrte, § 39 Abs. 4 BDG 1979 stünde der Dienstzuteilung entgegen. Überdies sei die Dienstzuteilung für 92 Kalendertage verfügt worden, sodass sie aus dem Grunde des § 39 Abs. 2 BDG 1979 nur mit seiner Zustimmung hätte verfügt werden dürfen.

Der Mitbeteiligte stellte den Berufungsantrag, die Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Weisung festzustellen; hilfsweise wurde beantragt, die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an die Dienstbehörde zurückzuverweisen.

Mit dem angefochtenen Erkenntnis sprach das Bundesverwaltungsgericht über die als Beschwerde gewertete Berufung wie folgt ab:

"A)

1. Der angefochtene Bescheid wird in dem Umfang als

darin über die Verpflichtung des *Mitbeteiligten* die Dienstzuteilungsverfügung der Landespolizeidirektion Kärnten vom 18.9.2013, GZ. P6-191-PA2/2013, in der Zeit von 1. Oktober bis 14. Oktober 2013 zu befolgen abgesprochen wird, gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG aufgehoben.

2. Der angefochtene Bescheid wird in dem Umfang als

darin über die Verpflichtung des *Mitbeteiligten* die Dienstzuteilungsverfügung der Landespolizeidirektion Kärnten vom 18.9.2013, GZ. P6-191-PA2/2013, in der Zeit von 14. Oktober bis 31. Dezember 2013 zu befolgen abgesprochen wird, gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen."

Weiters sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision unzulässig sei.

Begründend führte das Bundesverwaltungsgericht nach Wiedergabe des Verfahrensganges sowie der angewendeten Gesetzesbestimmungen zu Spruchpunkt A) 1. des angefochtenen Erkenntnisses Folgendes aus:

"Im vorliegenden Fall geht die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides davon aus, dass dem BF durch den Kommandanten der PI X am 4.9.2013 die Weisung erteilt worden sei, dass er der Landespolizeidirektion Wien zur vorübergehenden Dienstleistung in deren PAZ zugewiesen sei. Diese Weisung sei am 18.9.2013 schriftlich wiederholt worden. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sowohl der Kommandant der PI X im Schreiben vom 6.9.2013, GZ. P6/69029/2013, als auch der BF (in seinem Schreiben vom 5.9.2013) übereinstimmend angegeben haben, dass der Kommandant der PI X lediglich den Auftrag hatte einen Beamten seiner PI für die in Rede stehende Dienstzuteilung zur LPD Wien namhaft zu machen. Folgerichtig wurde der Vorschlag des PI-Kommandanten durch den Leiter des SPK mit einer befürwortenden Stellungnahme an die Personalabteilung der belangten Behörde weitergeleitet. Diese verfügte dann mit dem Erlass vom 18.9.2013, dass der BF für die Zeit von 1.10. bis 31.12.2013 zur LPD Wien, PAZ Wien, dienstzugeteilt wird. Der Aktenlage ist klar zu entnehmen, dass erst dieser Erlass als Weisung im Sinne des § 44 BDG zu werten ist. Die durch den PI-Kommandanten erfolgt Nominierung des BF für die Dienstzuteilung stellt nur eine Vorbereitungshandlung dar. Dass der PI-Kommandant - wie die belangte Behörde vermeint - am 4.9.2013 die Dienstzuteilung des BF verfügt habe ist mit der Aktenlage, insbesondere dem Bericht des PI-Kommandanten vom 6.9.2013, GZ. P6/69029/2013, und der Stellungnahme des SPK Klagenfurt vom selben Tag nicht vereinbar.

Der BF hat in seinem Schreiben vom 5.9.2013 und in seinem Feststellungsantrag vom 22.9.2013 seine auf § 39 Abs. 4 BDG gestützten Bedenken gegen die obige Weisung vorgebracht, indem er unter Vorlage von ärztlichen Bestätigungen auf den seiner Ansicht nach gegebenen Betreuungsbedarf für seinen Sohn hinwies. Dieses Vorbringen ist in Ansehung der Verpflichtung auf die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse Bedacht zu nehmen, jedenfalls denkmöglich und nicht mutwillig bzw. rechtsmissbräuchlich. Es ist daher als wirksame Remonstration im Sinne des § 44 Abs. 3 BDG zu betrachten. Dies hat zur Folge, dass die Weisung, gegen die sich die Remonstration richtet als zurückgezogen gilt, wenn sie nicht schriftlich wiederholt wird (VwGH, 26.6.1997, GZ. 95/12/0230). Die Weisung der belangten Behörde vom 18.9.2013 wurde in weiterer Folge erst in deren Schreiben vom 10.10.2013, GZ. P 6-191- PA2/2013, das dem BF am 14.10.2013 zugestellt wurde, wiederholt. Für die Wiederholung der Weisung ist zwar die Schriftform, nicht aber der Gebrauch bestimmter Wendungen erforderlich. Es reicht, dass der objektive Erklärungswert einer solchen schriftlichen Äußerung dahingehend zu deuten ist, dass der weisungserteilende Vorgesetzte die in der Remonstration geltend gemachten Bedenken nicht teilt und daher die Weisung aufrecht erhalten möchte. Erst mit diesem Zeitpunkt erlangte sie daher rechtliche Verbindlichkeit und war vom BF zu befolgen (VwGH, 22.5.2012, GZ. 2011/12/0170). Der angefochtene Bescheid war daher in dem Umfang, als eine Befolgungspflicht bezüglich der in Rede stehenden Dienstzuteilungsverfügung für den Zeitraum vom 1.10. bis 14.10.2013 festgestellt wird, gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG in Verbindung mit § 44 Abs. 3 BDG aufzuheben."

Zu Spruchpunkt A) 2. wird in diesem Erkenntnis mit näheren Argumenten dargetan, dass das von der Dienstbehörde durchgeführte Ermittlungsverfahren - sowohl was die für die Dienstzuteilung sprechenden dienstlichen Interessen als auch was die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Interessen des Mitbeteiligten gemäß § 39 Abs. 4 BDG 1979 betreffe - mangelhaft geblieben sei, weshalb insofern die

Voraussetzungen des § 28 Abs. 3 VwGVG für eine Aufhebung des Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Dienstbehörde vorlägen.

Die Revision sei unzulässig, weil die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweiche, noch es an einer solchen fehle. Auch sei die bisher vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im vorliegenden Sachzusammenhang nicht uneinheitlich.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision der Landespolizeidirektion Kärnten vor dem Verwaltungsgerichtshof. Die Revisionswerberin macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Erkenntnisses sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, es aus diesen Gründen aufzuheben.

Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher primär die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung der Revision als unbegründet beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 39 BDG 1979 (Stammfassung) lautet:

"Dienstzuteilung

§ 39. (1) Eine Dienstzuteilung liegt 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.

(2) Eine Dienstzuteilung ist 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.

(3) Eine darüber hinausgehende Dienstzuteilung ist ohne Zustimmung des Beamten nur dann zulässig, wenn

1. der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrechterhalten werden kann oder
2. sie zum Zwecke einer Ausbildung erfolgt.

(4) Bei einer Dienstzuteilung ist auf die bisherige Verwendung des Beamten und auf sein Dienstalster, bei einer Dienstzuteilung an einen anderen Dienstort außerdem auf seine persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

(5) Die Abs. 2 bis 4 sind auch bei einer Verwendung in einer Außenstelle, die außerhalb des Dienstortes liegt, anzuwenden."

§ 44 BDG 1979 idF BGBl. I Nr. 10/1999 lautet:

"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."

§ 28 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes, BGBl. I Nr. 33/2013 (Stammfassung), lautet:

"4. Abschnitt

Erkenntnisse und Beschlüsse

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts

durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht

bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist."

Zur Zulässigkeit der außerordentlichen Revision bringt die Revisionswerberin u.a. vor, das Bundesverwaltungsgericht habe nicht in der "Sache" des bei ihm angefochtenen Bescheides erkannt, weil es Entscheidungen betreffend die Befolgungspflicht der in Rede stehenden Weisung getroffen habe, während der dienstbehördliche Bescheid über die Rechtmäßigkeit eben dieser Weisung abgesprochen habe.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Revisionswerberin einen Zulässigkeitsgrund ihrer Revision auf, weil - wie im Folgenden noch näher dargelegt wird - das Bundesverwaltungsgericht vorliegendenfalls nicht in der "Sache" des bei ihm angefochtenen verwaltungsbehördlichen Bescheides entschieden hat, ohne sich auf einen dazu ermächtigenden eindeutigen Gesetzeswortlaut oder auf diesbezügliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stützen zu können.

Eingangs ist an die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu erinnern, wonach die Frage, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, einerseits, und die Frage ihrer "schlichten" Rechtswidrigkeit (im Verständnis einer Verletzung subjektiver Rechte des Betroffenen), andererseits, unterschiedliche Gegenstände von Feststellungsverfahren bilden (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Februar 2014, Zl. 2013/12/0159). Die erstgenannte Frage ist demgegenüber mit jener, ob die Weisung zu befolgen ist, ident (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, Zl. 2011/12/0170).

Vorliegendenfalls hat der Mitbeteiligte im Verfahren vor der Dienstbehörde zunächst die oben erstgenannte Frage releviert (vgl. den am 26. September 2013 eingelangten Feststellungsantrag). In seiner Eingabe vom 22. Oktober 2013 hat er - darüber hinaus - die Feststellung der (schlichten) Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Weisung beantragt.

Die Revisionswerberin hat in ihrem Bescheid vom 11. Dezember 2013 lediglich über den zweitgenannten Antrag des Mitbeteiligten vom 22. Oktober 2013 abgesprochen. Demgegenüber ist sie mit dem Abspruch über den erstgenannten (die Befolgungspflicht betreffenden) Antrag des Mitbeteiligten nach der Aktenlage nach wie vor säumig.

War aber solcherart "Sache" des Abspruches der Dienstbehörde vom 11. Dezember 2013 lediglich die Frage der (schlichten) Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Dienstzuteilung, so konnte der Mitbeteiligte mit seiner in der Folge als Beschwerde gewerteten Berufung auch nur eine Entscheidung in dieser "Sache" durch die Berufungsbehörde bzw. in der Folge durch das Bundesverwaltungsgericht begehren. In diesem Sinne hat der Mitbeteiligte auch seinen oben wiedergegebenen Berufungsantrag vom 19. Dezember 2013 formuliert.

Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht nach dem (eindeutigen und daher auch aus den Entscheidungsgründen nicht abweichend interpretierbaren) Spruch seines Erkenntnisses sowohl die dort unter Punkt A) 1. ausgesprochene (ersatzlose) Aufhebung gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG als auch die dort unter Punkt A) 2. ausgesprochene Zurückverweisung gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG auf die - nicht "Sache" des angefochtenen Bescheides bildende - *Befolgungspflicht* der in Rede stehenden Weisung bezogen. Es hat dabei verkannt, dass "Sache" des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht jedenfalls nur jene Angelegenheit ist, welche den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat (vgl. hierzu die hg. Beschlüsse vom 17. Dezember 2014, Zl. Ra 2014/03/0049, und vom 22. Jänner 2015, Zl. Ra 2014/06/0055).

Hat das Verwaltungsgericht - wie hier - in einer anderen "Sache" entschieden als die Verwaltungsbehörde, so führt dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Aufhebung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2014, Zl. Ra 2014/07/0002).

Auf das weitere Revisionsvorbringen musste bei diesem Ergebnis nicht eingegangen werden.

Im fortzusetzenden Verfahren über die als Beschwerde gewertete seinerzeitige Berufung des Mitbeteiligten wird das Bundesverwaltungsgericht somit ausschließlich darüber zu entscheiden haben, ob die in Rede stehende Weisung rechtswidrig (im Verständnis einer Verletzung subjektiver Rechte des Mitbeteiligten) war. Die Beantwortung dieser Frage ist freilich unabhängig davon, ob - wie das Bundesverwaltungsgericht annahm - infolge einer Remonstration des Mitbeteiligten die Befolgungspflicht der Weisung erst am 14. Oktober 2013 einsetzte. Zwar trifft es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu, dass die Befolgungspflicht einer erteilten Weisung, gegen welche ordnungsgemäß remonstriert wurde, erst mit ihrer schriftlichen Bestätigung einsetzt (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 13. Dezember 2007, Zl. 2005/09/0130). Freilich gilt nach Maßgabe dieses Erkenntnisses für den Fall der schriftlichen Wiederholung der erteilten Weisung nach Remonstration, dass beide Anordnungen eine Einheit bilden, somit in Wahrheit nur eine Weisung vorliegt. Im Hinblick auf die Einheitlichkeit einer solchen Weisung wird das Bundesverwaltungsgericht auch auf Basis seiner Annahmen betreffend die Auswirkungen der Remonstration auf die Befolgungspflicht über den von der Dienstbehörde getroffenen Abspruch betreffend die Rechtmäßigkeit der Weisung zu befinden haben, wobei der diesbezüglichen Prüfung die Weisung in jener Form (mit jenem Inhalt), wie sie dem Mitbeteiligten am

18. September 2013 erteilt (und nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes am 14. Oktober 2013 schriftlich wiederholt) wurde, zu Grunde zu legen sein wird.

Die vom Bundesverwaltungsgericht relevierte Frage des zeitraumbezogenen Entfalles der Befolgungspflicht der in Rede stehenden Weisung wird demgegenüber zunächst von der revisionswerbenden Landespolizeidirektion Kärnten auf Grund des nach wie vor offenen Antrages des Mitbeteiligten vom 24. September 2013 zu entscheiden sein.

Wien, am 22. April 2015