



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Thoma sowie Hofrätin Mag.^a Nussbaumer-Hinterauer, die Hofräte Mag. Feiel und Mag. Cede sowie Hofrätin Mag. I. Zehetner, als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Sinai, über die Revision des A K in S, vertreten durch Pallauf Meißnitzer Staindl & Partner Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Petersbrunnstraße 13, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2019, W274 2213884-1/4E, betreffend Feststellung i.A. Weisung (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Kommando Streitkräfte), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Der Revisionswerber steht als Oberstleutnant in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Mit Schreiben vom 21. März 2018 remonstrierte er gegen die „beabsichtigte Anordnung“ einer (dreitägigen) Auslandsdienstreise nach Sofia, bei der er an „Expert Talks“ im Rahmen einer „EU Pooling und Sharing Mountain Training Initiative“ hätte teilnehmen sollen. Der Revisionswerber führte gegen die Weisung unter anderem ins Treffen, seine Teilnahme sei weder wirtschaftlich, noch sparsam oder zweckmäßig und stehe im Widerspruch zum Bundeshaushaltsgesetz. Zudem sei er gewählter Personalvertreter und dürfe daher nur mit seiner Zustimmung versetzt oder dienstzugeteilt werden. Die befohlene Auslandsdienstreise sei einer Dienstzuteilung gleichzuhalten, der er nicht zustimme.
- 2 Nachdem das Kommando Gebirgskampf die Weisung am 3. April 2018 schriftlich erteilte, beantragte der Revisionswerber mit Schreiben vom 4. April 2018 die bescheidmäßige Feststellung, dass deren Befolgung „ohne seine Zustimmung“ nicht zu seinen Dienstpflichten zähle. Zur Begründung verwies er auf § 27 Bundes-Personalvertretungsgesetz (PVG) und wiederholte das Vorbringen, dass die Anordnung der Dienstreise gegen diese Bestimmung verstoße, weil er gewählter Personalvertreter sei und der Dienstreise nicht zustimme. § 27 PVG diene dem Zweck zu verhindern, dass Personalvertreter



gegen ihren Willen an der Ausübung ihrer Funktion in der Dienststelle gehindert würden. Die Dauer seiner Verhinderung durch die Dienstreise sei unerheblich, weil in § 27 PVG „auf keine Dauer einer Dienstzuteilung eingegangen“ werde.

- 3 Die Dienstbehörde (im Bescheiderlassungszeitpunkt das Kommando Landstreitkräfte, nunmehr: Kommando Streitkräfte - siehe § 1 Z 1 und § 3 Z 1 Dienstrechtsverfahrens- und Personalstellenverordnung - BMLV 2019, BGBl. II Nr. 15/2019) wies diesen Antrag mit Bescheid vom 12. April 2018 zurück. Das Bundesverwaltungsgericht hob diesen Bescheid mit Erkenntnis vom 7. November 2018 mit der Begründung auf, dass über den Antrag meritorisch zu entscheiden sei.
- 4 Im fortgesetzten Verfahren erledigte die Dienstbehörde den Antrag des Revisionswerbers mit Bescheid vom 14. Dezember 2018 mit dem folgenden Spruch:

„Ihrem Antrag vom 4. April 2018 auf bescheidmäßige Feststellung, dass Sie eine rechtsgültige Weisung zu befolgen haben (eine Auslandsdienstreise nach SOFIA von 15 05 bis 17 05 2018 durchzuführen), wird gemäß den §§ 1 und 3 des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG in der gültigen Fassung, stattgegeben“.
- 5 In seiner gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde machte der Revisionswerber zusammengefasst geltend, er sei in Rechten verletzt, weil die angeordnete Dienstreise als Entsendung ins Ausland im Sinne des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG) zu qualifizieren sei, die gemäß § 4 Abs. 2 leg.cit. nur aufgrund freiwilliger Meldung zulässig gewesen wäre. Nur für die Durchführung von Übungen oder Ausbildungsmaßnahmen, die in Österreich mangels geeigneter Möglichkeiten nicht durchgeführt werden könnten (wie das Luftzielschießen der Flieger oder das Scharfschießen mit Fliegerabwehrlenk Waffen), sei keine Freiwilligkeit notwendig. Im Übrigen wiederholte er im Wesentlichen sein auf § 27 PVG gestütztes Vorbringen.



- 6 Mit Beschwerde vorentscheidung vom 18. Jänner 2019 behob die Behörde ihren Bescheid und setzte folgenden Spruch an dessen Stelle:
- „Aufgrund Ihrer Beschwerde ... wird nunmehr festgestellt, dass die rechtsgültige Weisung, eine Auslandsdienstreise nach SOFIA von 15.05. bis 17.05.2018 durchzuführen, zu Ihren Dienstpflichten zählt. Die Weisung Ihres Vorgesetzten vom 03. April 2018, GZ ..., an dieser Auslandsdienstreise teilzunehmen, war daher zu befolgen.“
- 7 Begründend führte die Behörde unter anderem aus, dass eine dreitägige Auslandsdienstreise mit dem Zweck, „eine Weiterführung der EU Pooling & Sharing Mountain Training Initiative“ zu gewährleisten, durch vorher eingeteiltes und fachlich zuständiges Kaderpersonal per definitionem nicht unter § 1 KSE-BVG falle. Zudem sei eine Auslandsdienstreise keine Dienstzuteilung. Die Legaldefinition einer Dienstzuteilung finde sich in § 39 BDG 1979. Eine solche liege vor, wenn ein Beamter 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 werde. Dies treffe bei der Teilnahme an einer zweitägigen Besprechung nicht zu, weshalb auch § 27 PVG nicht zur Anwendung komme.
- 8 Der Revisionswerber beantragte die Vorlage der Beschwerde.
- 9 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde „nicht Folge“ und bestätigte die Beschwerde vorentscheidung mit der Maßgabe, dass diese zu lauten habe: „Es wird festgestellt, dass die Befolgung der Weisung, eine Auslandsreise nach Sofia vom 15.05. bis 17.05.2018 durchzuführen, zu den Dienstpflichten des [Revisionswerbers] zählt“.
- 10 Das Bundesverwaltungsgericht stellte zusammengefasst fest, der Revisionswerber sei Oberstleutnant der Verwendungsgruppe MBO 2 und werde im Gebirgskampfbereich Saalfelden in den Referaten „Grundlagen“ und „Entwicklung“ verwendet. Nach der maßgeblichen Arbeitsplatzbeschreibung sei die Hauptaufgabe des Arbeitsplatzinhabers die Bearbeitung von Grundlagen für den Gebirgs- und Winterkampf. Dies umfasse unter anderem die Mitarbeit



in waffengattungsübergreifenden Projekten im Fachbereich im Rahmen der Heerestruppende (HTS), Einbringen der Fachexpertise und selbständige Wahrnehmung aller damit verbundenen Aufträge der Projektleitung, Leitung von fachspezifischen Projekten im Rahmen der HTS und Wahrnehmung aller damit verbundenen Absprachen mit Stellen des Bundesministeriums für Landesverteidigung und dessen nachgeordneten Dienststellen sowie Befehlsgebung, Dokumentation und Berichterstattung in Bezug auf das zu bearbeitende Projekt nach einem Projektauftrag.

- 11 Die Mountain Training Initiative (P & S MIT) sei eine EU-weite Initiative, die der Weiterentwicklung der Gebirgs- und Gebirgskampfausbildung diene, die in den drei Bereichen Koordinierung der Gebirgsausbildung und Ausbildungsplätze, Erstellung der Interoperabilität und Entwicklung eines „Lessons Identified/Lessons Learned Prozesses“ erfolge. Zur Bearbeitung dieser drei Bereiche sowie zur Weiterentwicklung dieser Initiative würden einmal jährlich „Expert Talks“ und eine Jahreskonferenz durchgeführt.
- 12 Mit der strittigen Weisung sei der Revisionswerber als Experte für die „Expert Talks“ in Sofia festgelegt und ihm der Dienstreiseauftrag erteilt worden. Der Revisionswerber sei zu diesem Zeitpunkt Vorsitzender des Dienststellenausschusses beim Gebirgskampfbereich gewesen.
- 13 In rechtlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht nach Ausführungen zur Rechtslage (mit näherer Begründung) aus, dass die Weisung angesichts der Arbeitsplatzbeschreibung für den Arbeitsplatz, auf dem der Revisionswerber eingesetzt sei, nicht als willkürlich anzusehen sei. Die in Bulgarien stattfindende Veranstaltung („Expert Talks“ im Rahmen der - der Weiterentwicklung der Gebirgs- und Gebirgskampfausbildung dienenden - „Mountain Training Initiative (P & S MIT)“), auf die sich der strittige Dienstreiseauftrag beziehe, sei unter keinen Tatbestand der lit. a bis d des § 1 Z 1 des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG) zu subsumieren. Es handle sich vielmehr um eine Maßnahme im Sinne von § 1 Z 2 leg.cit. (zur Durchführung von Übungen und Ausbildungsmaßnahmen im Bereich der militärischen Landesverteidigung).



Eine Entsendung gemäß dieser Bestimmung erfordere keine Freiwilligkeit des davon betroffenen Soldaten. Entgegen dem Vorbringen des Revisionswerbers sei der Dienstreiseauftrag auch mit § 27 Abs. 1 PVG vereinbar, weil diese Bestimmung nur im Fall einer Versetzung oder Dienstzuteilung die Zustimmung des betroffenen Personalvertreters verlange. Der in Rede stehende Dienstreiseauftrag sei jedoch weder als Versetzung noch als Dienstzuteilung zu qualifizieren (wird näher begründet).

- 14 Die Revision erklärte das Bundesverwaltungsgericht mit folgender Begründung für zulässig:

„Der Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision folgt dem Umstand, dass explizite Rechtsprechung des VwGH, ob die Anordnung mehrere Tage dauernder Auslandsdienstreisen von Personalvertretern mit § 27 PVG in Konflikt steht, sowie zur Auslegung des § 1 Z 2 KSE-BVG, nicht ersichtlich ist.“

- 15 Der Revisionswerber erhob gegen dieses Erkenntnis zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Mit Beschluss vom 26. Februar 2020, E 147/2020-5, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde ab und trat sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

- 16 In der Folge brachte der Revisionswerber die vorliegende ordentliche Revision ein, in der inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften verbunden mit dem Antrag geltend gemacht werden, der Verwaltungsgerichtshof möge das angefochtene Erkenntnis aus den genannten Gründen abändern, hilfsweise aufheben.

- 17 Zur Darlegung ihrer Zulässigkeit beruft sich die Revision auf die Zulassungsbegründung des Bundesverwaltungsgerichts und führt ergänzend dazu aus, dass sich der vorliegende Dienstreiseauftrag an insgesamt neun Personen gerichtet habe und dass „zukünftige derartige Dienstreiseaufträge“ zu erwarten seien. Einer „höchstgerichtlichen Klärung“ bedürfe die Frage, „wann österreichisches Militär ins Ausland entsendet werden“ dürfe. Nach Ansicht des Revisionswerbers seien die Aufgaben des Bundesheeres „insbesondere in Verbindung mit der Entsendung ins Ausland“ in Art. 79 B-VG in Verbindung mit dem KSE-BVG „abschließend (verfassungsrechtlich) geregelt“. Schließlich



stelle sich die Frage, „inwiefern eine Weisung im Sinne des § 44 BDG, welche in Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Bestimmungen stehe“, einzuhalten sei. Nach „einheitlicher Judikatur“ sei eine Weisung nicht einzuhalten, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt worden sei oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Gleiches müsse aber auch für Weisungen gelten, die „im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Bestimmungen stehen“. Diesbezüglich fehle es an höchstgerichtlicher Judikatur.

18 Über Einladung zur Erstattung einer Revisionsbeantwortung teilte die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde bloß mit, dass auf das „bisherige Vorbringen“ verwiesen werde.

19 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

20 Die Revision erweist sich schon im Hinblick auf das Vorbringen, es fehle Judikatur zur Befolgungspflicht bei Weisungen, die „im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Bestimmungen stehen“ (hier: bezogen auf das Erfordernis einer freiwilligen Meldung nach dem KSE-BVG), zur Klarstellung der Rechtslage als zulässig.

21 Sie ist aber nicht begründet.

22 Art. 20 Abs. 1 und 2 Bundes-Verfassungsgesetz - B-VG, BGBl. Nr. 1/1930 (Abs. 1 in der Fassung BGBl. I Nr. 2/2008 und Abs. 2 in der Fassung BGBl. I Nr. 51/2012), lauten:

„Artikel 20.

(1) Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.





(2) Durch Gesetz können Organe

1. zur sachverständigen Prüfung,
2. zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,
3. mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben,
4. zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht,
5. zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien,
6. zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts,
7. zur Durchführung und Leitung von Wahlen, oder,
8. soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist,

von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden. Durch Landesverfassungsgesetz können weitere Kategorien weisungsfreier Organe geschaffen werden. Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und - soweit es sich nicht um Organe gemäß den Z 2, 5 und 8 handelt - das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzurufen.“

23 §§ 1 und 4 des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG), BGBl. I Nr. 38/1997, § 1 in der Stammfassung und § 4 in der Fassung BGBl. I Nr. 30/1998, lauten auszugsweise:

„§ 1. Einheiten und einzelne Personen können in das Ausland entsendet werden

1. zur solidarischen Teilnahme an
 - a) Maßnahmen der Friedenssicherung einschließlich der Förderung der Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Schutz der Menschenrechte im Rahmen einer internationalen Organisation oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) oder in Durchführung von Beschlüssen der Europäischen Union im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik oder
 - b) Maßnahmen der humanitären Hilfe und der Katastrophenhilfe oder
 - c) Maßnahmen der Such- und Rettungsdienste oder



- d) Übungen und Ausbildungsmaßnahmen zu den in lit. a bis c genannten Zwecken sowie
- 2. zur Durchführung von Übungen und Ausbildungsmaßnahmen im Bereich der militärischen Landesverteidigung (Art. 79 Abs. 1 B-VG).

...

§ 4. (1) Für Zwecke nach § 1 können entsendet werden

- 1. Angehörige des Bundesheeres,
- 2. Angehörige der Wachkörper des Bundes und
- 3. andere Personen, wenn sie sich zur Teilnahme verpflichtet haben.

(2) Nach § 1 Z 1 lit. a bis d dürfen Personen nur auf Grund freiwilliger Meldung entsendet werden. Für Entsendungen nach § 1 von Personen, die den Grundwehrdienst oder Truppenübungen oder die ersten sechs Monate des Ausbildungsdienstes leisten, ist jedenfalls deren persönliche freiwillige Meldung in schriftlicher Form erforderlich.

...“

- 24 § 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 10. März 1967 über die Personalvertretung bei den Dienststellen des Bundes (Bundes-Personalvertretungsgesetz - PVG), BGBl. Nr. 133/1967, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2009, lautet:

„§ 27. (1) Eine Personalvertreterin oder ein Personalvertreter und ein Mitglied eines Wahlausschusses dürfen während der Dauer ihrer Funktion nur mit ihrem Willen zu einer anderen Dienststelle versetzt oder einer anderen Dienststelle zugeteilt werden. Gesetzliche Vorschriften über die Versetzung auf Grund eines Disziplinarverfahrens bleiben unberührt.“

- 25 § 44 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 - BDG 1979, BGBl. Nr. 333, in der Fassung 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.“

- 26 Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ist auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines solchen Feststellungsbescheides zu bejahen. Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens kann einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, das heißt, ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die „schlichte“ Rechtswidrigkeit der 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 (vgl. VwGH 28.4.2021, Ra 2020/12/0029, mwN).
- 27 Dass die Voraussetzungen für die Erlassung eines Feststellungsbescheides im Revisionsfall nicht gegeben wären, wurde weder behauptet, noch ist dies sonstwie hervorgekommen.
- 28 Die Frage, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, einerseits und die Frage der „schlichten“ Rechtswidrigkeit der Weisung andererseits bilden unterschiedliche Gegenstände von Feststellungsverfahren (VwGH 27.2.2014, 2013/12/0159; 22.4.2015, Ra 2014/12/0003).
- 29 Mit dem - in dieser Hinsicht eindeutigen - Spruch der Beschwerdevorentscheidung vom 18. Jänner 2019 hat die Dienstbehörde über den Antrag des Revisionswerbers dahingehend abgesprochen, dass festgestellt wurde, dass die angeordnete Dienstreise zu den Dienstpflichten des Revisionswerbers zählt und die Pflicht zur Befolgung der Weisung bejaht wurde. Gegenstand des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht war daher ausschließlich die - vom Vorliegen einer allfälligen „schlichten“



Rechtswidrigkeit unabhängige - Frage der Pflicht zur Befolgung der Weisung; auf diesen Gegenstand ist folglich auch das Revisionsverfahren beschränkt.

- 30 Soweit die Revision unter der Überschrift „Nichterledigung des Antrags“ vorbringt, der verfahrenseinleitende Antrag des Revisionswerbers habe auf die Feststellung abgezielt, dass die in Rede stehende Dienstreise nicht zu seinen Dienstpflichten zähle, und dass dieser Antrag „bis dato unerledigt geblieben“ sei, ist ihr nicht beizupflichten, weil dieser Antrag mit der im angefochtenen Erkenntnis getroffenen Feststellung der Befolgungspflicht, welche identisch ist mit jener, dass die Weisung zu den Dienstpflichten gehört, erledigt ist (zur Identität der Frage, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, mit jener, ob die Weisung zu befolgen ist, vgl. VwGH 17.10.2011, 2010/12/0157; 22.5.2012, 2011/12/0170; 22.4.2015, Ra 2014/12/0003).
- 31 Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 eine Personalmaßnahme in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte (vgl. VwGH 28.2.2019, Ra 2018/12/0018; 28.4.2021, Ra 2020/12/0029, mwN).
- 32 Dass die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt, nach Remonstration nicht schriftlich wiederholt worden wäre, gegen strafrechtliche Vorschriften verstoßen oder in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte, wird weder vom Revisionswerber behauptet, noch ist dies sonst ersichtlich.
- 33 Die Revision vertritt jedoch unter Berufung auf den Wortlaut des § 44 Abs. 1 BDG 1979 („soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist“) und im Hinblick auf den Verfassungsrang und Norminhalt des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG),



BGBL. I Nr. 38/1997 idF BGBL. I Nr. 30/1998, die These, dass die Befolgungspflicht - zusätzlich zu den dargestellten Kategorien - (verfassungskonform) auch dann zu verneinen sei, wenn die Weisung eine Verfassungsbestimmung verletze, was im Revisionsfall darin erblickt wird, dass eine mit dem „Freiwilligkeitserfordernis“ des KSE-BVG unvereinbare Entsendung angeordnet worden sei.

34 Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Aus der Ablehnungsregelung nach § 44 Abs. 2 BDG 1979, die inhaltlich Art. 20 Abs. 1 letzter Satz B-VG wiederholt, ist abzuleiten, dass auch eine (aus anderen als in § 44 Abs. 2 BDG 1979 genannten Gründen) potentiell gesetzwidrige Weisung zu befolgen ist (vgl. zB VwGH 15.9.2004, 2001/09/0023; 4.12.2019, Ra 2019/12/0073). Das Bestehen einer Befolgungspflicht auch bei „schlicht“ rechtswidrigen Weisungen ist dabei unabhängig davon, ob die (behauptete) Rechtswidrigkeit auf die Verletzung einfachgesetzlicher Normen oder von Normen höheren Ranges zurückgeht (zum Fall einer Weisung, die der Verwaltungsgerichtshof bei Auslegung des Gesetzes im Lichte verfassungsrechtlicher Bestimmungen als rechtswidrig qualifiziert hat, ohne dass davon die Befolgungspflicht berührt gewesen wäre, vgl. etwa VwGH 19.12.1963, 1211/61 [=VwSlg. 6191 A/1963]; weiters zur Pflicht zur Befolgung einer - nach dem „Grobprüfungskalkül“ nicht willkürlichen - Weisung trotz Vorliegens eines - bei „Feinprüfung“ festzustellenden - Verstoßes der Weisung gegen ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht [fallbezogen gem. § 1 Abs. 1 DSG 2000] VwGH 10.3.2009, 2008/12/0066; vgl. demgegenüber zu dem - von der „schlichten Rechtswidrigkeit“ abzugrenzenden - Fall einer nicht zu befolgenden Weisung bei [fallbezogen: verfassungsrechtlich bedingter] Unzuständigkeit des weisungserteilenden Organs etwa VwGH 27.6.2012, 2011/12/0172).

35 Im Besonderen folgt - entgegen dem Revisionsvorbringen - Gegenteiliges auch nicht aus der in § 44 Abs. 1 BDG 1979 enthaltenen, wörtlich aus Art. 20 Abs. 1 B-VG übernommenen Wendung „soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist“. Diese Anordnung normiert bloß eine Einschränkung der in § 44 BDG 1979 festgelegten Befolgungspflicht im Hinblick auf jene



Verfassungsbestimmungen, durch welche Ausnahmen von dem in Art. 20 B-VG normierten Grundsatz der Weisungsbindung begründet werden (sog. Weisungsfreistellungen und Weisungsfreiheit; vgl. in diesem Sinne bereits die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum BDG 1979, 11 BlgNR 15. GP, 85, wo es heißt: „Der Nebensatz ‚soweit verfassungsmäßig nicht anderes bestimmt ist‘ verweist auf die zahlreichen Weisungsfreistellungen verfassungsrechtlicher Natur (vgl. z.B. Art. 20 Abs. 1 B-VG, § 88 Abs. 4 oder § 102 Abs. 2 des Entwurfes)“).

- 36 Dem KSE-BVG ist keine derartige Weisungsfreistellung zu entnehmen. Dazu kommt, dass es sich bei der hier gegenständlichen Auslandsdienstreise (im Unterschied etwa zu dem dem Erkenntnis VfSlg. 17.507/2005 zu Grunde liegenden Fall) nicht um eine Auslandsentsendung handelte, auf die das KSE-BVG anzuwenden gewesen wäre. Dem Revisionswerber wurde die Weisung erteilt, auf der angeordneten Dienstreise an zwischenstaatlichen Expertengesprächen teilzunehmen, die die künftige Weiterentwicklung der Gebirgs- und Gebirgskampfausbildung zum Gegenstand hatten, aber - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts - nicht selbst als Übungs- oder Ausbildungsmaßnahmen (im Sinne von § 1 Z 1 lit. d oder Z 2 KSE-BVG) ausgestaltet waren und auch keinem sonstigen der Tatbestände des § 1 KSE-BVG zuzuordnen gewesen wären. Derartige Gespräche auf zwischenstaatlicher Ebene fallen nicht in den Anwendungsbereich des KSE-BVG (in diesem Sinne auch *Primosch/Siess-Scherz*, Auslandsentsenderecht KSE-BVG [1997] 13, wonach „[a]ndere Arten des Tätigwerdens österreichischer Organe im Ausland“ wie zum Beispiel „diplomatische oder konsularische Vertretung, Besuch internationaler Konferenzen, kriminalpolizeiliche Zusammenarbeit“ dem Anwendungsbereich des KSE-BVG nicht unterliegen). Angesichts dessen kommt auch eine (in der Revision im Übrigen gar nicht geltend gemachte) Unzuständigkeit des im Revisionsfall weisungserteilenden Organs aufgrund der in § 2 KSE-BVG für Auslandsentsendungen geregelten Zuständigkeiten nicht in Betracht.
- 37 Die in der Revision herangezogenen Bestimmungen des KSE-BVG zu Auslandsentsendungen, wonach eine freiwillige Meldung zum Auslandseinsatz



erforderlich ist, berühren daher im vorliegenden Fall die Befolgungspflicht des § 44 BDG 1979 nicht, weshalb das darauf gestützte Vorbringen ins Leere geht.

- 38 Zur Klarstellung ist festzuhalten, dass die Behauptung, eine Weisung verletze das im KSE-BVG für bestimmte Fälle der Entsendung vorgesehene Zustimmungserfordernis in Form einer freiwilligen Meldung, im - hier freilich nicht gegebenen - Fall der Anwendbarkeit des KSE-BVG allenfalls als Gegenstand eines Verfahrens zur Feststellung der „schlichten“ Rechtswidrigkeit der Weisung, also einer solchen, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt, in Betracht käme. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen (bloß) dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird. Letzteres ist im Zusammenhang mit der erforderlichen freiwilligen Meldung im Sinn des § 4 KSE-BVG zu bejahen, zumal diese Bestimmung nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes der von der Entsendung betroffenen Person ein subjektives (und verfassungsgesetzlich gewährleistetes) Recht einräumt, „nur nach Maßgabe ihrer freiwilligen Meldung zu den in Rede stehenden Zwecken in das Ausland entsendet zu werden“ (VfSlg. 17.507/2005). Der Verwaltungsgerichtshof teilt dieses Auslegungsergebnis.
- 39 Die (anhand des - über eine bloße Willkürprüfung hinausgehenden - „Feinprüfungskalküls“ vorzunehmende) Prüfung einer solchen allfälligen „schlichten“ Rechtswidrigkeit der Weisung war jedoch - wie in Rn. 28 und 29 dargelegt wurde - nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht und bildet daher auch nicht den Gegenstand des Revisionsverfahrens.
- 40 Abgesehen von den Fällen der Unzuständigkeit des weisungserteilenden Organs, Strafrechtswidrigkeit der Weisung oder der Unzulässigkeit, eine Personalmaßnahme nicht in Bescheidform zu treffen, ist die Dienstbehörde (das Verwaltungsgericht) im Rahmen der (hier allein vorliegenden) „Sache“ der Befolgungspflicht einer Weisung bei Erlassung des diesbezüglichen Feststellungsbescheides (Erkenntnisses) gehalten, eine Prüfung derjenigen Weisung, deren Befolgungspflicht in Streit steht, auf „Willkür“ vorzunehmen



(vgl. VwGH 23.10.2002, 2001/12/0057; 12.12.2008, 2008/12/0011; 29.1.2014, 2012/12/0152; 10.12.2018, Ra 2018/12/0060).

- 41 Darüber, welche Umstände gegeben sein müssen, um einer Behörde Willkür anzulasten, lässt sich keine allgemeine Aussage treffen. Ob Willkür vorliegt, kann nur 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 Verkenntung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes. Auch eine denk unmögliche Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren (vgl. zB VwGH 22.5.2012, 2011/12/0170; 4.12.2019, Ra 2019/12/0073, jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes).
- 42 Dass die dem Revisionswerber erteilte Weisung im Lichte dieses Kalküls als willkürlich einzustufen gewesen wäre, bringt die Revision nicht erfolgreich vor.
- 43 Es ist nicht unvertretbar (und daher auch nicht denk unmöglich oder willkürlich), wenn die Dienstbehörde von der Auffassung ausging, dass eine dreitägige Dienstreise zur Teilnahme an einer Besprechung im Rahmen der zwischenstaatlichen Kooperation weder eine „Versetzung“ noch eine „Dienstzuteilung“ im Sinn von § 27 PVG darstellt (zur diesbezüglichen Terminologie, an die das PVG im Zeitpunkt der Erlassung seiner Stammfassung augenscheinlich angeknüpft hat, vgl. den Allgemeinen Teil der Erläuterungen der Regierungsvorlage zu der - den Begriff „Dienstzuteilung“ einführenden - Dienstpragmatik-Novelle 1969, BGBl. Nr. 148, in welcher dieser Begriff als „Verwendung von Bundesbeamten bei anderen Dienststellen“ definiert wird, RV 356 BlgNR 11. GP, 11). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erfordert das Vorliegen einer „Versetzung“ oder einer „Dienstzuteilung“ im Sinne von § 27 Abs. 1 PVG den Wechsel zu einer



anderen Dienststelle (oder zu einem anderen Dienststellenteil, sofern für diesen Dienststellenteil eine andere Personalvertretung zuständig ist; vgl. zur letztgenannten Konstellation VwGH 26.11.1979, 1971, 1972/79) und liegt der Zweck des § 27 Abs. 1 PVG „im Funktionsschutz des Personalvertreters“. Der genannten Schutzbestimmung kommt nach der Rechtsprechung nur dann Bedeutung zu, „wenn die verfügte Personalmaßnahme einen Dienststellenwechsel bedingt“ (vgl. VwGH 2.9.1998, 97/12/0256, weiters VwGH 25.9.1989, 89/12/0127, wonach eine qualifizierte Verwendungsänderung, wenngleich sie gemäß § 40 Abs. 2 BDG 1979 einer Versetzung gleichzuhalten ist, keine Versetzung zu einer anderen Dienststelle im Sinne von § 27 PVG darstellt).

- 44 Vor dem Hintergrund des Vorgesagten zur Unanwendbarkeit des KSE-BVG auf die vorliegende Auslandsdienstreise gelingt es der Revision auch nicht aufzuzeigen, dass die Weisung als willkürlich einzustufen gewesen wäre.
- 45 Ob - worauf das Vorbringen der Revision abzustellen scheint - die Weisung in jeder Hinsicht richtig war, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht zu prüfen.
- 46 Aus diesen Erwägungen war die Revision gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

W i e n , am 9. März 2022