

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/9/5 2007/12/0078

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.09.2008

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §56;  
BDG 1979 §38 Abs1 idF 1994/550;  
BDG 1979 §38 Abs7 idF 1998/I/123;  
BDG 1979 §38 idF 1994/550;  
BDG 1979 §39 Abs1;  
BDG 1979 §39;  
BDG 1979 §41a Abs6 idF 1997/I/061;  
BDG 1979 §44 Abs3 idF 1999/I/010;  
B-VG Art18 Abs1;  
B-VG Art18 Abs2;  
B-VG Art83 Abs2;  
VwGG §42 Abs2 Z2;  
VwGG §42 Abs3;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß sowie Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Perauer, über die Beschwerde des J S in W, vertreten durch Dr. Peter Ringhofer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 15. März 2007, Zl. PM/PRB-502665/07-A01, betreffend Feststellung der Anhängigkeit eines Versetzungsverfahrens sowie des Vorliegens einer Dienstzuteilung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 180,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I. Der Beschwerdeführer steht als Oberinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Stammdienststelle ist die Postfiliale W, wo er bis zum Mai 2003 einen Arbeitsplatz im "Ständigen Außendienst" inne hatte. Nach der Auflassung sämtlicher Arbeitsplätze des "Ständigen Außendienstes" wurde der Beschwerdeführer mit Wirkung vom 1. Juni 2003 auf Grund einer Weisung dem Jobcenter Wien (nunmehr Karriere- und Entwicklungszentrum, KEC-Wien) zugeteilt.

Mit Bescheid des Personalamtes Wien vom 29. März 2004 wurde der Beschwerdeführer mit Wirkung vom 1. April 2004 zum Jobcenter Wien versetzt; auf Grund einer dagegen erhobenen Berufung wurde dieser Versetzungsbescheid von der nach § 41a BDG 1979 beim Bundeskanzleramt eingerichteten Berufungskommission mit Bescheid vom 17. Juni 2004 gemäß § 66 Abs. 2 AVG aufgehoben und die Angelegenheit an die Dienstbehörde erster Instanz zurückverwiesen.

Auch nach diesem aufhebenden Bescheid der Berufungskommission wurde der Beschwerdeführer weiterhin im Jobcenter Wien eingesetzt, wobei aus den Feststellungen im angefochtenen Bescheid und dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht ersichtlich ist, dass neuerliche Weisungen betreffend eine Dienstzuteilung ergangen wären.

Am 13. April 2006 richtete der Beschwerdeführer an das Personalamt Wien der Österreichischen Post Aktiengesellschaft folgende Eingabe:

"In Bezug auf mich ist ein erstinstanzlicher Versetzungsbescheid ergangen, der mit Bescheid der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt vom 17.6.2004 aufgehoben wurde. Obwohl seitdem nunmehr schon bald 2 Jahre vergangen sein werden, ist seither im diesbezüglichen Verfahren nichts geschehen oder mir jedenfalls nichts zur Kenntnis gelangt. Andererseits aber ist in einem Schreiben des Leiters PM-KEC Wien Dr. H behauptet worden, dieses Verfahren sei noch anhängig.

Auch unabhängig davon besteht für mich eine Unklarheit darüber, welches nun mein Arbeitsplatz ist oder sein soll, bzw. inwieweit eine Dienstzuteilung vorliegt und auf welcher Basis diese gerechtfertigt sein soll. Nach § 36 Abs.1 BDG 1979 ist jeder Beamte, der nicht vom Dienst befreit oder enthoben ist, mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines in der Geschäftseinteilung seiner Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes zu betrauen. In meinem Fall allerdings ist nicht einmal klar, welches die Dienststelle im Sinne dieser Bestimmung ist.

Andererseits habe ich im Sinne der einschlägigen Judikatur betreffend Feststellungsentscheidungen zweifellos ein rechtliches Interesse an Klärung aller dieser Gegebenheiten, da sie für die dienstrechtliche Stellung wesentlich sind.

Ich stelle sohin durch meinen Vertreter den

Antrag

bescheidmässig (feststellend) abzusprechen

1. über die Nichtanhängigkeit oder Anhängigkeit eines Versetzungsverfahrens - im Falle der Bejahung der Anhängigkeit über dessen Gegenstand (beabsichtigte Versetzung von welchem Arbeitsplatz zu welchem Arbeitsplatz);
2. über den von mir innegehabten Arbeitsplatz und falls eine derartige Innehabung nicht gegeben ist, über die Dienststellenzugehörigkeit;
3. über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Dienstzuteilung - im Falle der Bejahung des Vorliegens einer Dienstzuteilung über die Rechtsgrundlage hierfür und die vorgesehene weitere Dauer."

Mit Schreiben vom 5. Mai 2006 teilte das Personalmanagement-Personalamt dem Beschwerdeführer mit, dass das Versetzungsverfahren weiter anhängig sei und nach Abschluss der erforderlichen Ergänzungen ein neuer Versetzungsbescheid erlassen werde; die Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zum Jobcenter Wien bleibe daher bis zum rechtskräftigen Abschluss des Versetzungsverfahrens aufrecht.

In seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2006 führte der Beschwerdeführer aus, er stehe unverändert auf dem Standpunkt, dass eine Versetzung - wie auch eine Dienstzuteilung - zum Jobcenter unzulässig sei, weil es dort keine dem Gesetz entsprechenden Arbeitsplätze gibt. Zudem sei es im Hinblick auf die Verfahrensdauer völlig

unverständlich, dass nicht längst ein neuerlicher Versetzungsbescheid erlassen wurde, weshalb sein Antrag vom 13. April 2006 vollinhaltlich aufrecht erhalten werde.

Mit Bescheid vom 23. August 2006 sprach das Personalamt Wien folgendermaßen ab:

"Zu Ihrem Antrag vom 13. April 2006 betreffend Feststellung über

1. die Anhängigkeit oder Nichtabhängigkeit eines Versetzungsverfahrens (im Falle der Bejahung von welchem Arbeitsplatz zu welchem Arbeitsplatz),
2. den von Ihnen innegehabten Arbeitsplatz und falls eine derzeitige Innehabung nicht gegeben ist, über die Dienststellenzugehörigkeit, sowie
3. das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Dienstzuteilung (im Falle der Bejahung des Vorliegens einer Dienstzuteilung über die Rechtsgrundlage hierfür und die vorgesehene weitere Dauer)

wird festgestellt, dass es nach wie vor beabsichtigt ist, Sie von Ihrem im damaligen Postamt W eingerichteten ehemaligen Arbeitsplatz 'Ständiger Außendienst', Verwendungsgruppe (VwGr) PT3, Dienstzulagengruppe (DZ) 2, zum Jobcenter Wien, seit 1. Jänner 2006 Karriere und Entwicklungszentrum (KEC) Wien zu versetzen und in dieser Dienststelle auf einem Arbeitsplatz 'Mitarbeiter Jobcenter B9', VwGr. PT3, DZ2, zu verwenden.

Ihre zum KEC Wien verfügte Dienstzuteilung bleibt bis zum rechtskräftigen Abschluss des Versetzungsverfahrens im Sinne des § 39 Abs. 3 Z 1 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes aufrecht, da der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrechterhalten werden kann."

Nach Darstellung des Verfahrensganges und Wiedergabe der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen wird in der Begründung ausgeführt, dem Beschwerdeführer sei im ehemaligen Postamt W ein Arbeitsplatz "Ständiger Außendienst" (Verwendungsgruppe PT3, Dienstzulagengruppe 2) zugewiesen gewesen. Dieser sei mit Ablauf des 31. Mai 2003 eingezogen worden. Da der Beschwerdeführer somit arbeitsplatzverlustig geworden sei und für ihn auch kein gleichwertiger anderer freier Arbeitsplatz vorhanden war, wäre - um dem § 36 Abs. 1 BDG 1979 Genüge zu tun - eine Dienstzuteilung zum Jobcenter Wien erforderlich geworden. In dieser Organisationseinheit, einer Abteilung des Personalmanagements der Österreichischen Post AG, habe die Möglichkeit bestanden, dem Beschwerdeführer einen seiner letzten dienstrechtlichen Stellung entsprechenden Arbeitsplatz mit temporär und örtlich wechselnder Aufgabenstellung anzubieten. Nach Aufhebung des Versetzungsbescheides durch die Berufungskommission sei das Versetzungsverfahren nach wie vor anhängig, die Dienstzuteilung zum Jobcenter Wien bleibe aufrecht, da der Dienstbetrieb auf andere Weise nicht aufrecht erhalten werden könne.

Eine Dienstzuteilung sei auch dann zulässig, wenn der Dienstbetrieb bei der Stammdienststelle des Beamten auf andere Weise nicht aufrecht erhalten werden könne. Die weitere Verwendung des Beschwerdeführers bei seiner Stammdienststelle (bzw. bei den Nachfolgedienststellen Postfiliale W und Zustellbasis W) sei mangels eines freien Arbeitsplatzes nicht möglich. Eine gesetzlich nicht gedeckte allfällige Verwendung für sporadisch anfallende Dienstverrichtungen bei diesen Dienststellen wäre dem ordnungsgemäßen Dienstbetrieb nicht dienlich sondern störend, weshalb der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes bei den genannten Dienststellen auf andere Weise als durch Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zum nunmehrigen KEC Wien nicht aufrecht erhalten werden könne. Durch diese Dienstzuteilung werde das Rechtsinstitut der Versetzung nicht umgangen, da die Dienstbehörde noch umfangreiche Erhebungen zur Verfahrensergänzung vornehmen müsse und nach Abschluss dieser Erhebungen einen neuen Versetzungsbescheid erlassen werde.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter Berufung; darin wird das dienstliche Interesse am Abzug von seiner bisherigen Dienststelle in Frage gestellt, weil Arbeitsplätze an Vertragskräfte vergeben oder durch Auslagerung vernichtet werden, weil beim Jobcenter keine dem Beamtendienstrecht entsprechenden Arbeitsplätze bestünden und weil die Behörde erster Instanz nicht konkret dargelegt habe, welche Auswirkungen ein Verbleib des Beschwerdeführers bei seiner bisherigen Dienststelle auf den dortigen Dienstbetrieb hätte. Der Beschwerdeführer beantragte in dieser Berufung die Abänderung des angefochtenen Bescheides in der Richtung, dass die Rechtswidrigkeit eines Versetzungsverfahrens insbesondere zum Jobcenter festgestellt und dieses eingestellt werde, dass die Rechtswidrigkeit seiner Dienstzuteilung zum Jobcenter festgestellt und diese eingestellt werde, dass ein seiner Einstufung und Verwendung bis Mai 2003 entsprechender vollwertiger Arbeitsplatz zuzuweisen sei und zwar erforderlichenfalls unter Freimachung eines Arbeitsplatzes durch anderweitige Verwendung einer

Vertragskraft. Ferner weist der Berufungsschriftsatz darauf hin, dass durch den erstinstanzlichen Bescheid der Antrag vom 13. April 2006 insofern nicht vollständig erledigt worden sei, als der Ausspruch über die Dienststellenzugehörigkeit des Beschwerdeführers fehle; insofern wird die Erhebung eines Devolutionsantrages in Aussicht gestellt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung des Beschwerdeführers gegen den erstinstanzlichen Bescheid abgewiesen und dieser "vollinhaltlich bestätigt". Zur Zulässigkeit der Erlassung eines Feststellungsbescheides führte die belangte Behörde aus, ein solcher sei nur dann zu erlassen, wenn der Beamte die bescheidmäßige Feststellung begehre, dass die Befolgung einer konkret wirksamen Dienstzuteilungsverfügung nicht zu seinen Dienstpflichten gehöre und überdies nicht von der Möglichkeit der Remonstration nach § 44 Abs. 3 BDG 1979 Gebrauch gemacht worden sei. In diesem Zusammenhang habe der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Erlassung eines Bescheides darüber, ob ein Beamter zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden könne, solange unzulässig sei, als nicht die Klärung dieser Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG 1979 versucht worden sei. Dem habe der Verwaltungsgerichtshof jedoch in seinem Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, Zl. 96/12/0304, selbst widersprochen, wo er unter den dort genannten Umständen einen Feststellungsbescheid ungeachtet einer Remonstration für zulässig angesehen habe.

Weiters legte die belangte Behörde ausführlich dar, weshalb ihres Erachtens die in Rede stehende Dienstzuteilung durch § 39 BDG 1979 gedeckt sei. Insbesondere führte sie aus, dass Reorganisationsmaßnahmen im Rahmen der Österreichischen Post AG auf Grund der Markt- und Wettbewerbssituation erforderlich seien; beim KEC Wien handle es sich um eine Dienststelle im Sinne des BDG 1979, an welcher auch organisatorisch Arbeitsplätze im Verständnis des § 36 BDG 1979 eingerichtet seien. Nicht entscheidend für die Zulässigkeit einer Dienstzuteilung sei freilich, ob eine umfassende Auslastung der Arbeitskraft gegeben sei. Insbesondere sei es nicht rechtswidrig, einen Beamten zu einer Dienststelle zuzuteilen, zu der er später versetzt werden solle. Die Notwendigkeit der Dienstzuteilung zum KEC Wien begründet die belangte Behörde damit, dass der Beschwerdeführer durch den Wegfall der Arbeitsplätze "Ständiger Außendienst" bei der Postfiliale W seines Arbeitsplatzes verlustig geworden sei und eine Rückkehr des Beschwerdeführers zu dieser Stammdienststelle eine empfindliche Störung des Dienstbetriebes bedeuten würde. Die Dienstzuteilung zum KEC Wien müsse daher aufrecht erhalten werden, wobei sie nach Meinung der belangten Behörde auf Grund des laufenden Versetzungsverfahrens nicht als Umgehung der Bestimmungen der §§ 38 und 40 Abs. 2 BDG 1979 anzusehen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und beantragt, den Bescheid aus diesen Gründen aufzuheben.

II. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

II.1. Zur Rechtslage:

Gemäß § 38 Abs. 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979) idFBGBl. Nr. 550/1994 liegt eine Versetzung vor, wenn der Beamte einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird.

Nach § 38 Abs. 7 erster Halbsatz BDG 1979 idFBGBl. I Nr. 123/1998 ist die Versetzung mit Bescheid zu verfügen.

§ 39 Abs. 1 bis 3 BDG 1979 (Stammfassung = BGBl. Nr. 333) lauten:

"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.

..."

§ 41a BDG 1979 (Abs. 1 idF BGBl. Nr. 550/1994, Abs. 6 idF BGBl. I Nr. 61/1997) - soweit dem für den Beschwerdefall Bedeutung zukommt - lautet:

"Berufungskommission

§ 41a. (1) Beim Bundeskanzleramt ist eine Berufungskommission einzurichten, die aus dem Vorsitzenden, den erforderlichen Stellvertretern und weiteren Mitgliedern besteht.

...

(6) (Verfassungsbestimmung) Die Berufungskommission entscheidet über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide in Angelegenheiten der §§ 38, 40, 41 Abs. 2, 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2."

§ 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."

II.2. Vorweg ist festzuhalten, dass der erstinstanzliche Bescheid über den verfahrenseinleitenden Antrag insofern nicht vollständig abgesprochen hat, als er keinen Abspruch über die in Punkt 2 dieses Antrages begehrte Feststellung des Arbeitsplatzes und der Dienststellenzugehörigkeit getroffen hat. Durch die vollständige Abweisung der Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid und dessen vollinhaltliche Bestätigung durch den angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde eine mit dem erstinstanzlichen Bescheid inhaltlich gleichartige Erledigung getroffen. Hinsichtlich der Z. 2 des verfahrenseinleitenden Antrages enthält somit auch der angefochtene Bescheid keinen Abspruch. Auf das darin gestellte Begehren war daher auf Grund der vorliegenden Bescheidbeschwerde nicht weiter einzugehen.

II.3. Nach der Verfassungsbestimmung des § 41a Abs. 6 BDG 1979 entscheidet die Berufungskommission über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide u.a. "in Angelegenheiten" der §§ 38 und 40 BDG 1979. Die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes legt den Begriff "Angelegenheiten" weit aus; hiezu zählt nicht nur die bescheideförmige Verfügung einer Versetzung oder Verwendungsänderung durch die Dienstbehörde, sondern etwa auch deren Entscheidung über den Antrag eines Beamten, festzustellen, ob eine qualifizierte oder schlichte Verwendungsänderung vorliegt (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 29. März 2000, Zl. 99/12/0323 = VwSlg. 15.389/A, und vom 28. Jänner 2004, Zl. 2003/12/0173). Dies gilt auch in Ansehung von Formalentscheidungen über derartige Feststellungsanträge, wie etwa die Zurückweisung eines solchen mangels rechtlichen Interesses (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. November 2002, Zl. 2000/12/0139). Gleiches gilt schließlich auch für die Entscheidung über die Frage, ob eine bestimmte Maßnahme eine mit Bescheid zu verfügende Versetzung oder aber eine Dienstzuteilung ist: Jedenfalls für die Klärung dieser Abgrenzung (Vorliegen einer Versetzung nach § 38 oder 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 schon zitierten hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2008, Zlen. 2007/12/0118 und 2008/12/0049).

II.4. Mit dem erstinstanzlichen Bescheid wurde einerseits über den unter Z. 1 im verfahrenseinleitenden Anbringen gestellten Antrag betreffend Anhängigkeit und Gegenstand eines Versetzungsverfahrens entschieden, wobei in der dagegen erhobenen Berufung ausdrücklich die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Versetzung begehrt wurde. Diese Anträge und der darüber getroffene Ausspruch im Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz betreffen die Zulässigkeit einer Versetzung und somit eine Angelegenheit im Sinne des § 38 BDG 1979.

Die belangte Behörde wäre daher nicht zur Entscheidung über die vom Beschwerdeführer erhobene Berufung zuständig gewesen. Sie hätte die Berufung gemäß § 6 AVG an die zuständige Berufungsbehörde (Berufungskommission beim Bundeskanzleramt) weiterzuleiten gehabt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2007, ZI. 2004/12/0135, mwN). Indem sie dies verkannt und durch die Abweisung der Berufung eine meritorische Entscheidung getroffen hat, hat sie ihren Bescheid insoweit mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit belastet.

II.5. Gleiches gilt im Ergebnis auch für den von der belangten Behörde bestätigten Abspruch der Dienstbehörde erster Instanz über das Vorliegen einer Dienstzuteilung. Bei verständiger Würdigung umfasst der unter Z. 3 seines verfahrenseinleitenden Anbringens gestellte Antrag nämlich zwei Begehren:

-

Einerseits wird ein Abspruch über das "Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Dienstzuteilung" begehrt. Wie das Vorbringen sowohl im verfahrenseinleitenden Antrag wie auch in der weiteren Äußerung vom 22. Mai 2006 zeigen, bemängelt der Beschwerdeführer u. a. die Dauer der Dienstzuteilung. Auch in der vorliegenden Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wird die Gesetzwidrigkeit der verfügten Personalmaßnahme insbesondere damit begründet, dass sie "von vornherein auf Dauer beabsichtigt ist und dennoch als 'Dienstzuteilung' deklariert wird".

-

Ferner wird eventualiter ("im Falle der Bejahung ...") die Feststellung der Rechtmäßigkeit und der weiteren Dauer der Dienstzuteilung beantragt.

II.5.1. Bei der Dienstzuteilung handelt es sich insofern um ein der Versetzung verwandtes Rechtsinstitut, als bei beiden eine Zuweisung eines Beamten zur Dienstleistung an eine andere Dienststelle erfolgt. Die Dienstzuteilung unterscheidet sich von der Versetzung allerdings dadurch, dass es sich dabei nur um eine vorübergehende Maßnahme handelt, während die Versetzung auf Dauer erfolgt und dass die Zulässigkeit der Dienstzuteilung nach anderen Kriterien zu beurteilen ist als jene der Versetzung. Da im § 39 eine dem § 38 Abs. 7 BDG 1979 vergleichbare Bestimmung fehlt (wonach die Versetzung mit Bescheid zu verfügen ist), ist sie grundsätzlich nicht mit Bescheid anzuordnen. Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, wenn der Beamte die bescheidmäßige Feststellung begehrt, dass die Befolgung einer konkret wirksamen Dienstzuteilungsverfügung nicht zu seinen Dienstplichten gehört, und (nicht) von der Möglichkeit der Remonstration nach § 44 Abs. 3 BDG 1979 Gebrauch gemacht worden ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, ZI. 96/12/0304 = VwSlg. 14.764/A, sowie das hg. Erkenntnis vom 3. Juli 2008, ZI. 2007/12/0118, und die dort angeführte Rechtsprechung zur Rechtzeitigkeit einer erhobenen Remonstration).

Entgegen der in der vorliegenden Beschwerde vertretenen Auffassung 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. Ob eine Versetzung vorliegt, die nur unter den Voraussetzungen des § 38 BDG 1979 (durch Bescheid) verfügt werden darf, richtet sich somit nicht danach, ob sie sich selbst als solche "deklariert", sondern ob dadurch ihrem normativen Gehalt entsprechend eine dauernde Zuweisung zu einer anderen Dienststelle erfolgt. Diese auf den tatsächlichen rechtlichen Gehalt einer Personalmaßnahme abstellende Auffassung liegt auch ersichtlich der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Berufungskommission zu Grunde, wonach über die strittige Abgrenzung zwischen Dienstzuteilung und Versetzung im Einzelfall durch die Berufungskommission zu entscheiden ist, wobei voraussetzungsgemäß die zu prüfende Personalmaßnahme nicht nach ihrer "Selbstdeklaration" sondern nach ihrem tatsächlichen Gehalt anhand der gesetzlichen Bestimmungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen ist.

Somit ist eine Personalmaßnahme, mag sie sich selbst auch als "Dienstzuteilung" deklarieren, dennoch als Versetzung zu qualifizieren, wenn durch sie eine dauernde Zuweisung eines Beamten zur Dienstleistung an eine andere Dienststelle erfolgt, was zur weiteren Folge hat, dass die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme anhand des § 38 BDG 1979 zu messen ist.

Richtet sich ein Antrag wie im vorliegenden Fall ausdrücklich auf die Feststellung des "Vorliegens oder Nichtvorliegens" einer Dienstzuteilung, so erfordert eine derartige Feststellung - da sich Versetzung und Dienstzuteilung in ihren Rechtswirkungen durch die zeitliche Dimension unterscheiden - die Klärung, ob die in Rede stehende Personalmaßnahme wegen ihrer zeitlichen Auswirkungen nach ihrem tatsächlichen Gehalt als Versetzung oder als bloße Dienstzuteilung zu qualifizieren ist. Dies gilt insbesondere, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine übermäßig lange Dauer der Dienstzuteilung in den Raum gestellt wird.

Obwohl der Beschwerdeführer mit seinem verfahrenseinleitenden Antrag nicht ausdrücklich die Feststellung begehrte, dass die von ihm bekämpfte Personalmaßnahme als Versetzung zu qualifizieren sei, zielt sein Antrag somit der Sache nach zumindest auch auf einen bescheidförmigen Abspruch darüber, dass in Wahrheit keine Dienstzuteilung, sondern eine Versetzung vorliegt. Zur Entscheidung über eine Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid, mit dem über diesen Antrag abgesprochen wurde, ist aber nach der dargestellten Rechtsprechung ausschließlich die Berufungskommission nach § 41a Abs. 6 BDG 1979 zuständig. Für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Berufungskommission nach § 41a Abs. 6 BDG 1979 kann es nämlich nicht auf die - zufällige oder bewusste - Wortwahl eines verfahrenseinleitenden Antrages ankommen, sondern es ist diesbezüglich auf dessen tatsächlichen sachlichen Gehalt desselben abzustellen, durch den die in Verhandlung stehende Verwaltungssache konstituiert wird.

Diese Auslegung hält der Verwaltungsgerichtshof auch aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten: Käme es nämlich für die Zuständigkeit der Berufungskommission darauf an, dass im verfahrenseinleitenden Antrag dezidiert die Feststellung des Vorliegens einer Versetzung begehrt wird, hätte die Berufungskommission nur dann über die Abgrenzung zwischen Versetzung und Dienstzuteilung zu entscheiden, wenn ein solches dezidiert formuliertes Begehren vorliegt; würde hingegen - wie im vorliegenden Fall - lediglich das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Dienstzuteilung beantragt, hätte im Berufswege die oberste Dienstbehörde zu entscheiden. Ein solches Ergebnis hätte aber zur Folge, dass über ein und dieselbe Frage - nämlich die Abgrenzung zwischen vorübergehender und dauernder Zuweisung zur Dienstleistung an eine andere Dienststelle - zwei verschiedene Behörden zuständig wären. Schon wegen der notwendigen verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen verbietet sich aber die Annahme zweier nebeneinander und gleichzeitig geltender Zuständigkeiten zweier verschiedener Verwaltungsorgane zur Entscheidung in derselben Sache, weil derartige miteinander konkurrierende Zuständigkeitsbestimmungen das verfassungsrechtliche Gebot strikter Zuständigkeitsgrenzen, wie es sowohl dem Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 B-VG als auch Art. 83 Abs. 2 B-VG zu entnehmen ist, zuwiderlaufen (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 13.886/1994).

Die oberste Dienstbehörde ist daher zur Erledigung von Berufungen gegen Bescheide betreffend Dienstzuteilungen nur dann zuständig, wenn darin nicht über die Abgrenzung zwischen Versetzung und Dienstzuteilung entschieden wird, d.h. wenn die Rechtswidrigkeit einer Dienstzuteilung aus einem anderen Grund in Rede steht.

II.5.2. Im gegenständlichen Fall hat die Dienstbehörde erster Instanz über den verfahrenseinleitenden Antrag - der, wie gezeigt, ein Haupt- und ein Eventualbegehren umfasst - in undifferenzierter Weise derart abgesprochen, dass die Aufrechterhaltung der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zum KEC Wien ausgesprochen wurde. Die belangte Behörde hat durch die Abweisung der Berufung und die vollinhaltliche Bestätigung des erstinstanzlichen Bescheides einen damit übereinstimmenden Bescheid erlassen. Die Formulierung des Spruches des erstinstanzlichen Bescheides ist schon aus dem Grund verfehlt, dass sowohl die Verfügung wie auch die Anordnung der Aufrechterhaltung einer Dienstzuteilung nicht durch Bescheid, sondern durch Dienstauftrag zu erfolgen hat. Bei verständiger Auslegung dieses Spruches im Lichte des verfahrenseinleitenden Antrages wird damit offenkundig die Feststellung getroffen, dass eine Dienstzuteilung vorliegt, dass sie rechtmäßig ist und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Versetzungsverfahrens dauert.

Angesichts der dargestellten Zuständigkeitsverteilung zwischen oberster Dienstbehörde und Berufungskommission war die belangte Behörde zum Abspruch über die Berufung insofern nicht zuständig, als darin über den unter Z. 3 des verfahrenseinleitenden Anbringens gestellten Antrag auf Feststellung des Vorliegens einer Dienstzuteilung abgesprochen wurde.

Hinsichtlich der Berufung gegen die sonstigen im erstinstanzlichen Bescheid getroffenen Absprüche über das unter Z. 3 des verfahrenseinleitenden Antrages gestellte Begehren ist davon auszugehen, dass es sich nach der Formulierung des Antrages um ein Eventualbegehren handelt, das nur für den Fall der Bejahung des Vorliegens einer Dienstzuteilung

gestellt wurde. Ein solcher Eventualantrag ist im Verwaltungsverfahren durchaus zulässig. Das Wesen eines solchen Antrages liegt 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 Eventualfalles erledigt, belastet dies jedoch die Erledigung mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 28. April 2008, Zl. 2005/12/0148).

Da der unter Z. 3 gestellte Antrag insofern, als es um Rechtmäßigkeit und Dauer der Dienstzuteilung geht, als Eventualantrag im Verhältnis zu dem Antrag auf Feststellung des Vorliegens einer Dienstzuteilung formuliert war, führt die Aufhebung des Abspruches über den Hauptantrag (betreffend Vorliegen einer Dienstzuteilung) notwendig auch zur Aufhebung des Abspruches über den Eventualantrag: Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG tritt nämlich durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides hinsichtlich seines Abspruches über das (Nicht-)Vorliegen einer Dienstzuteilung die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte. Durch die Aufhebung dieses Abspruches fällt somit uno actu und rückwirkend auch die Voraussetzung für die Entscheidung über den Eventualantrag betreffend die Rechtmäßigkeit und Dauer der Dienstzuteilung weg. Auf Grund der Rückwirkung des aufhebenden Erkenntnisses in Ansehung des Hauptantrages ist nun davon auszugehen, dass es der belangten Behörde mangels der (positiven) Entscheidung über den Hauptantrag an einer Zuständigkeit zur inhaltlichen Behandlung des eventualiter gestellten Antrages des Beschwerdeführers fehlte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. September 2000, Zl. 2000/17/0042).

Aus diesen Gründen ist der angefochtene Bescheid somit insoweit, als damit über die Berufung gegen den Abspruch über die Z. 3 des verfahrenseinleitenden Antrages entschieden wurde, mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde belastet.

II.6. Angesichts dieses Ergebnisses braucht auf die Vorwürfe der vorliegenden Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid nicht im Einzelnen eingegangen zu werden. Beizufügen ist lediglich, dass die belangte Behörde auch hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens einer Dienstzuteilung von einer unzutreffenden Auslegung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen ausgegangen ist und für die Klärung dieser Frage wesentliche Feststellungen unterlassen hat: Der zentrale Unterschied zwischen Dienstzuteilung und Versetzung liegt darin, dass erstere nur eine vorübergehende Zuweisung zur Dienstleistung an eine andere Dienststelle ausspricht. Dabei kommt es auch für die Abgrenzung zwischen Dienstzuteilung und Versetzung im Sinne des BDG 1979 - insofern nicht anders als für die Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute nach der Reisegebührenvorschrift (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Juni 1999, Zl. 97/12/0255, und vom 11. Dezember 2002, Zl. 97/12/0376, mwN) - darauf an, dass schon aus der Anordnung der Zuweisung deutlich wird, ob diese auf Dauer oder nur vorübergehend erfolgen soll. Eine Dienstzuteilung im Sinne des § 39 BDG 1979 kann daher nur dann angenommen werden, wenn die zeitliche Begrenzung von vornherein absehbar ist. Dies setzt zwar nicht notwendig eine datumsmäßig konkretisierte zeitliche Begrenzung voraus, wohl aber eine Erkennbarkeit, dass es sich lediglich um eine Zuteilung für einen absehbaren (also nicht für einen zwar endlichen, aber unabsehbar langen) Zeitraum handeln werde (vgl. auch dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2002, Zl. 97/12/0376, zur Reisegebührenvorschrift). Wie der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, sind die gesetzlichen Regelungen über die Dienstzuteilung auch im Dienstrecht (§ 39 BDG 1979) ersichtlicher Weise nicht auf jahrelange Zuweisungen abgestellt (vgl. auch dazu die schon zitierten hg. Erkenntnisse vom 23. Juni 1999, Zl. 97/12/0255, und vom 11. Dezember 2002, Zl. 97/12/0376). Insbesondere hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass eine nur als vorübergehende Personalmaßnahme konzipierte Dienstzuteilung nicht zu Lasten des Beamten als "Dauerprovisorium" verwendet werden darf (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, Zl. 96/12/0304 = VwSlg. 14.764/A).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage hätte die Bejahung des Vorliegens der Dienstzuteilung des Beschwerdeführers daher konkrete Feststellungen einerseits zur Frage erfordert, wie der ursprüngliche Dienstauftrag formuliert war (dazu enthält weder der erstinstanzliche Bescheid noch der angefochtene Bescheid nähere Aussagen). Ferner wären auch Feststellungen dazu notwendig gewesen, ob der Beschwerdeführer gegen den ursprünglichen Dienstauftrag (rechtzeitig) Remonstration erhoben und ob - bejahendenfalls - die Weisung schriftlich wiederholt wurde; im Falle der (rechtzeitigen) Remonstration hätte die Weisung ohne schriftliche Wiederholung nach § 44 Abs. 3 BDG 1979 als zurückgezogen gegolten, sodass schon aus diesem Grund keine Dienstzuteilung vorliegen könnte.

II.7. Aus den angeführten Gründen war der angefochtene Bescheid somit zur Gänze nach § 42 Abs. 2 Z. 2 VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuheben.



III. Der Kostenzuspruch gründet sich - im Rahmen des in der Beschwerde gestellten Begehrens, "den gesetzlichen Aufwandsatz von EUR 180,-- zuzusprechen" - auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 5. September 2008

**Schlagworte**

Besondere RechtsgebieteAnspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung FeststellungsbescheideRechtsgrundsätze Auflagen und Bedingungen VwRallg6/4Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2007120078.X00

**Im RIS seit**

03.10.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

07.02.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)