

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/7/3 2007/12/0118

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.07.2008

## Index

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

### Norm

BDG 1979 §38;

BDG 1979 §39;

BDG 1979 §41a Abs6 idF 1997/I/061;

BDG 1979 §44 Abs3 idF 1999/I/010;

### Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde des JJ in Wien, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz-Josefs Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 20. Juni 2007, Zi. PM/PRB-510977/07-A01, betreffend Feststellung i.A. Dienstzuteilung, zu Recht erkannt:

### Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Oberoffizial in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Stammdienststelle ist die Zustellbasis 1010 Wien, wo er einen Arbeitsplatz im Vorverteildienst inne hat. Mit Wirkung vom 1. September 2004 wurde der Beschwerdeführer auf Grund einer Weisung dem Jobcenter dienstzugeteilt.

Am 30. August 2004 richtete der Beschwerdeführer an das Personalamt (offenbar gemeint: Wien) der Österreichischen Post Aktiengesellschaft folgende Eingabe:

"Meine Dienststelle ist das Postamt 1103 Wien. Von der Regionalleitung Distribution wurde ich schriftlich mit Wirkung 1.9.2004 dem 'Jobcenter' der Österreichischen Post AG dienstzugeteilt. Diese Dienstzuteilung ist gesetzwidrig.

Das ergibt sich daraus, dass das Jobcenter samt den dortigen Arbeitsplätzen nicht den Bestimmungen der §§ 36 ff BDG 1979 entspricht. Dem 'Jobcenter' sind keine oder fast keine Arbeitsagenden zugewiesen, es gibt daher dort überhaupt keine Arbeitsplätze iSd § 36 leg.cit. Dementsprechend ist das 'Jobcenter' in seiner Gesamtheit keine

Dienststelle im gesetzlichen Sinne. Es stellt sich vielmehr als eine Art Dienststellenfiktion dar, der man Beamte zuteilt, welchen man keine echten Arbeitsplätze zuweisen will.

Was den die Dienstzuteilung direkt regelnden § 39 leg.cit. betrifft, ist daher schon das Erfordernis nicht erfüllt, dass ich einer 'Dienststelle' zugewiesen werde. Es ist aber auch das weitere Erfordernis nicht erfüllt, dass ich einer Dienststelle zur 'Verwendung' zugewiesen werde. Vielmehr erfolgt die Zuweisung zur Nichtverwendung.

Überdies kommt schliesslich noch hinzu, dass Abs. 1 dieser Norm auch ausdrücklich voraussetzt, dass der Beamte zufolge der Dienstzuteilung mit der Wahrnehmung von Aufgaben 'eines in der Geschäftseinteilung dieser Dienststelle vorgesehen Arbeitsplatzes betraut wird'. Die gegenständliche schriftliche Dienstzuteilung enthält nicht einmal die Behauptung, dass ich im 'Jobcenter' die Aufgabe eines bestimmten Arbeitsplatzes wahrzunehmen hätte und es ist dergleichen entsprechend den notorischen Gegebenheiten auch keineswegs vorgesehen.

Ich stelle daher durch meinen Vertreter den

Antrag

bescheidmässig über meine 'Dienstzuteilung' zum 'Jobcenter' abzusprechen und zwar dahingehend, dass diese als gesetzwidrig rückgängig zu machen ist und rückgängig gemacht wird, sowie dass die Befolgung der darin zum Ausdruck gelangenden Weisung nicht zu meinen Dienstpflichten zählt.

Unter einem füge ich in Ansehung des § 44 Abs. 3 BDG 1979 hinzu:

Meine obigen Ausführungen sind als Remonstrierung gegen die in Form der Dienstzuteilung erteilte Weisung zu werden. Für den Fall, dass die Weisung nicht zurückgenommen wird, beantrage ich die Bescheiderlassung gemäss dem vorstehenden Antrag."

Mit Eingabe vom 2. September 2004 berichtigte der Beschwerdeführer seinen Antrag dahingehend, dass es statt "Postamt 1103 Wien", richtig heißen solle "Postamt 1010 Wien".

Mit einem an die belangte Behörde gerichteten Devolutionsantrag vom 9. Jänner 2006 machte der Beschwerdeführer den Übergang der Entscheidungspflicht auf die belangte Behörde in Ansehung seines Antrages vom 30. August 2004 unter Berücksichtigung der Berichtigung vom 2. September 2004 geltend. Dort brachte er ergänzend vor, die - nach wie vor aufrechterhaltene - Dienstzuteilung sei auch deshalb gesetzwidrig, weil sie länger als 90 Tage pro Jahr aufrecht erhalten worden sei.

Der Beschwerdeführer beantrage sohin eine positive Entscheidung im Sinne seines Antrages vom 30. August 2004 unter Berücksichtigung der Antragsberichtigung vom 2. September 2004.

Nach Erhebung einer (zur hg. Zl. 2007/12/0057 protokollierten) Säumnisbeschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof erließ die belangte Behörde den nunmehr angefochtenen Bescheid vom 20. Juni 2007, dessen Spruch wie folgt lautet:

"Gemäß Ihrem (ursprünglichen) Antrag vom 30. August 2004 und gleichlautenden Antrag vom 9. Jänner 2006 wird festgestellt, dass die Befolgung der Dienstzuteilungsverfügung zum Karriere- und Entwicklungscenter Wien (vormals Jobcenter - Wien) mit Wirksamkeit 1. September 2004 bis dato zu ihren Dienstpflichten zählt."

Zur Zulässigkeit der Erlassung eines Feststellungsbescheides führte die belangte Behörde einleitend 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 der dort versäumten Möglichkeit rechtzeitig zu remonstrieren für zulässig angesehen habe.

Weiters legte die belangte Behörde dar, weshalb ihres Erachtens die in Rede stehende Dienstzuteilung durch § 39 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979) gedeckt sei. Insbesondere führte sie aus, dass es sich beim Karriere- und Entwicklungscenter Wien (vormals Jobcenter - Wien) um eine Dienststelle im Sinne des BDG 1979 handle, 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. § 36 Abs. 2 BDG 1979 vermitte kein subjektives Recht des Beamten auf durchgehende Auslastung seines Arbeitsplatzes in seiner bisherigen dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung. Auch sei es nicht rechtswidrig, einen Beamten zu einer Dienststelle zuzuteilen, zu der er später versetzt werden solle.

Im Übrigen sah die belangte Behörde auch das Erfordernis nach § 39 Abs. 3 Z. 1 BDG 1979 im Beschwerdefall als erfüllt an.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 38 Abs. 1 BDG 1979 idF der Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBI Nr. 550 liegt eine Versetzung vor, wenn der Beamte einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird.

Aus dem Grunde des § 38 Abs. 7 erster Halbsatz BDG 1979 idFBGBI. I Nr. 123/1998 ist die Versetzung mit Bescheid zu verfügen.

§ 39 Abs. 1 bis 3 BDG 1979 (Stammfassung) lauten:

"§ 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 Geschäftsteilung dieser Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes betraut wird.

(2) Eine Dienstzuteilung ist nur aus dienstlichen Gründen zulässig. Sie darf ohne schriftlicher 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 aufrecht erhalten werden kann oder
2. sie zum Zweck einer Ausbildung erfolgt."

Gemäß der Verfassungsbestimmung des § 41a Abs. 6 BDG 1979 idFBGBI. I Nr. 61/1997 entscheidet die Berufungskommission über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide u.a. in Angelegenheiten des § 38 BDG 1979.

§ 44 BDG 1979 in der Fassung dieser Bestimmung zuletzt nach dem BundesgesetzBGBI. I Nr. 10/1999 lautet:

"§ 44. (1) Der Beamte hat seinen Vorgesetzten zu unterstützen und seine Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen. Vorgesetzter ist jeder Organwalter, der mit der Dienst- oder Fachaufsicht über den Beamten vertraut 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 verstößen 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."

Nach übereinstimmender Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 31. März 2006, Zi. 2005/12/0096) und der Berufungskommission (vgl. den Bescheid der Berufungskommission vom 30. November 2004, Zi. 120/11-BK/04) gilt Folgendes:

Ist strittig, ob eine bestimmte Maßnahme eine mit Bescheid zu verfügende Versetzung oder aber eine Dienstzuteilung ist, kann der Beamte, der behauptet, durch eine solche ohne Bescheid vorgenommene Personalmaßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein, einen Feststellungsbescheid beantragen; zur Entscheidung über eine dagegen erhobene

Berufung und auch als Devolutionsbehörde ist die Berufungskommission zuständig; es liegt insofern eine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979" im Sinne des § 41a Abs. 6 BDG 1979 vor.

Wird hingegen die Rechtswidrigkeit einer Dienstzuteilung aus einem anderen Grund behauptet, so ist zur Erledigung der Berufung gegen einen diesbezüglichen Feststellungsbescheid bzw. als Devolutionsbehörde die oberste Dienstbehörde zuständig.

Die durch den Antrag des Beschwerdeführers vom 30. August 2004 konstituierte "Sache" bildet zweifelsohne keine "Angelegenheit des § 38 BDG 1979" im Verständnis des § 41a Abs. 6 BDG 1979, für welche als Devolutionsbehörde die Berufungskommission zuständig wäre, stützte sich dieser Antrag doch nicht etwa darauf, dass eine Dauermaßnahme verfügt worden wäre, sondern vielmehr (ausschließlich) auf die fehlende Dienststelleneigenschaft des Jobcenters bzw. auf das Fehlen von dort eingerichteten organisationsplanmäßigen Arbeitsplätzen.

Der Devolutionsantrag des Beschwerdeführers vom 9. Jänner 2006 kann sich bei gesetzeskonformer Deutung dieses Begehrens nur auf die durch den Antrag vom 30. August 2004 konstituierte "Sache", mit deren Erledigung die erstinstanzliche Behörde behauptetermaßen säumig war, beziehen. Auch der Wortlaut der Antragstellung im Devolutionsantrag in Richtung einer "positiven Entscheidung im Sinne des Antrages vom 30. August 2004 unter Berücksichtigung der Berichtigung vom 2. September 2004" deutet darauf hin, dass eine Entscheidung der Devolutionsbehörde in der ursprünglichen "Sache" begeht wird.

Gegen die Zuständigkeit der belangten Behörde über die Zulässigkeit bzw. gegebenenfalls über die inhaltliche Berechtigung des Devolutionsantrages als Devolutionsbehörde zu erkennen bestehen nach dem Vorgesagten keine Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes.

Die belangte Behörde hätte in diesem Zusammenhang zunächst die Zulässigkeit des Devolutionsantrages und in diesem Zusammenhang die Frage zu prüfen gehabt, inwieweit eine Säumnis der erstinstanzlichen Behörde mit der Erledigung der Eingabe vom 30. August 2004 überhaupt vorlag. In diesem Zusammenhang wäre Folgendes zu beachten gewesen:

Der Beschwerdeführer hat in seinem Antrag vom 30. August 2004 ausdrücklich ausgeführt, dass seine Ausführungen als Remonstration gegen die (erst am 1. September 2004 rechtswirksam werdende) Weisung, mit der die Dienstzuteilung ausgesprochen wurde, zu werten sei. Aufgrund dessen hätte sich die belangte Behörde aber mit der Frage auseinanderzusetzen gehabt, ob - in Ermangelung von Hinweisen auf eine schriftliche Wiederholung der Dienstzuteilung - die Personalmaßnahme nicht schon aus dem Grunde des § 44 Abs. 3 letzter Satz BDG 1979 als zurückgezogen galt.

Die belangte Behörde erwähnt in der Begründung des angefochtenen Bescheides zwar das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, Zl. 96/12/0304 = Slg. 14.764/A; eine mit der dort behandelten vergleichbare Konstellation liegt hier jedoch nicht vor, zumal die hier gegenständliche Remonstration nicht erst nach Ablauf einer 90-Tagefrist, sondern zu einem Zeitpunkt erhoben wurde als die Dienstzuteilung noch gar nicht wirksam geworden ist. Im Hinblick auf den zuletzt genannten Umstand stehen auch die hg. Erkenntnisse vom 16. März 1998, 97/12/0269 = Slg. 14.856/A zur Wr. DO, vom 15. März 1998, 94/12/0241 zu DP/Stmk und vom 26. Mai 1999, Zl. 94/12/0299 = Slg. 15.148/A zum BDG 1979 der Rechtzeitigkeit der hier gegenständlichen Remonstration nicht entgangen.

Hätte - was nach der Aktenlage nahe liegt - der Beschwerdeführer rechtzeitig remonstriert und wäre die Dienstzuteilung auf Grund dieser Remonstration nicht schriftlich wiederholt worden, hätte sie aus dem Grunde des § 44 Abs. 3 letzter Satz BDG 1979 als zurückgezogen gegolten.

Nun hat der Beschwerdeführer aber seinen Antrag auf Bescheiderlassung ausdrücklich nur für den Fall gestellt, dass die Weisung "nicht zurückgezogen" werde. Wäre durch die Unterlassung einer (zeitnahen) schriftlichen Wiederholung der Weisung die Rückziehungsfigur des letzten Satzes des § 44 Abs. 3 BDG 1979 eingetreten, so wäre auch der Antrag des Beschwerdeführers auf Bescheiderlassung nicht wirksam geworden. Eine Säumnis der erstinstanzlichen Behörde wäre (bei Erhebung des Devolutionsantrages) nicht vorgelegen, sodass dieser rechtens zurückzuweisen gewesen wäre. Die Dienstzuteilung selbst wäre niemals wirksam geworden.

Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid in inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aus diesem Grunde aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet auf die §§ 47 ff VwGG iVm mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II

Nr. 333. Wien, am 3. Juli 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2007120118.X00

**Im RIS seit**

03.08.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

08.04.2010

**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)