

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/3 W122 2146852-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.09.2018

## Entscheidungsdatum

03.09.2018

## Norm

BDG 1979 §39

BDG 1979 §40

BDG 1979 §44 Abs1

BDG 1979 §44 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

## Spruch

W122 2146852-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Gregor ERNSTBRUNNER als Vorsitzender sowie die fachkundige Laienrichterin Mag. Dr. Susanne VON AMELUNXEN und den fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang KÖLPL als Beisitzer über die Beschwerde von Revierinspektor XXXX , vertreten durch Dr. Farhad PAYA, 9020 Klagenfurt, Herrengasse 12, gegen den Bescheid der LPD Kärnten vom 18.10.2016, Zl. P4/52460/2016, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A) Der Bescheid wird aufgehoben und der Antrag vom 26.07.2016

zurückgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1.1. Vorverfahren

Mit Weisung vom 24.02.2016 hob der Vorgesetzte des Beschwerdeführers dessen Zuteilung zur Durchführung der Grenzkontrolle auf dem Grenzübergang XXXX mit Ablauf des Monats XXXX 2016 auf.

Mit Weisung vom 01.03.2016 ordnete der Kommandant des BPK (Bezirkspolizeikommando) Klagenfurt an, dass der

Beschwerdeführer in seiner Stammdienststelle PI (Polizeiinspektion) XXXX ausgenommen bei dringender dienstlicher Notwendigkeit über Anordnung der Dienstführung und im Beisein eines zweiten Beamten, dem die Dienst- und Fachaufsicht über den Beschwerdeführer übertragen wurde, keinen Außendienst verrichten dürfe.

#### 1.2. Antrag

Am 26.07.2016 beantragte der Beschwerdeführer, die Dienstbehörde möge mit Bescheid feststellen, dass die ihm gegenüber von seinem Vorgesetzten, dem Kommandanten des BPK (Bezirkspolizeikommando) mit Weisung erfolgte Aufhebung der Zuteilung zum Grenzübergang rechtswidrig wäre, und die Weisung, wonach der Beschwerdeführer in seiner Stammdienststelle bis auf Widerruf Außendienst nicht allein verrichten dürfe, eine qualifizierte Verwendungsänderung darstelle.

#### 1.3. Bescheid

Mit dem bekämpften Bescheid vom 18.10.2016, zugestellt am 20.10.2016, wurde festgestellt, dass die schriftliche Weisung der Landespolizeidirektion Kärnten, Erlass vom 24.02.2016, GZ P6/735-PA2/2015, womit die Dienstzuteilung des Beschwerdeführers zur PI XXXX mit Ablauf des XXXX aufgehoben wurde rechtmäßig wäre, und die Weisung wonach der Beschwerdeführer keinen Außendienst versehen dürfe und er im Streifendienst nicht "Streifenkommandant" wäre, keine qualifizierte Verwendungsänderung darstelle.

#### 1.4. Beschwerde

Mit Beschwerde vom 04.11.2016 beantragte der Beschwerdeführer, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass festgestellt werde, dass die Weisung betreffend Aufhebung der Dienstzuteilung rechtswidrig gewesen wäre und festzustellen, dass die Weisung wonach der Beschwerdeführer Außendienst nicht alleine versehen dürfe und im Streifendienst nicht Streifenkommandant wäre, eine qualifizierte Verwendungsänderung darstelle in eventu den Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.

Der Beschwerdeführer führte an, dass die belangte Behörde den Bescheid, ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und ohne Wahrung des Parteiengehörs erlassen hätte.

Um den Zweck des Ersatzes eines an der Grundausbildung teilnehmenden Beamten zu erfüllen, hätte die Dienstzuteilung bereits mit 21.02.2016 aufgehoben werden müssen. Der wahre Grund für die Beendigung der Dienstzuteilung wäre in einer diffamierenden Meldung eines Polizeibeamten gelegen. Es hätten sich von Slowenien aus zwei private Personenkraftwagen dem Grenzübergang genähert. Trotz Stopptafel hätte das Fahrzeug, in dem sich der Meldungsleger befand, den Grenzübergang passiert und der Beschwerdeführer wäre den beiden Fahrzeugen mit Blaulicht nachgeeilt. Das Fahrzeug wäre von Soldaten des Assistenzdienstes weitergewunken worden. Der Beschwerdeführer hätte darauf hingewiesen, dass nach den Bestimmungen des Grenzkontrollgesetzes die Einreisekontrolle den Organen der Bundespolizei, nicht des Bundesheeres obliege. Der Beschwerdeführer hätte sich für die Unannehmlichkeiten entschuldigt.

Der Beschwerdeführer wäre entsprechend der Verordnung zur Minderung eines Konfliktes mit Betroffenen vorgegangen. Er hätte den Einsatz am Grenzübergang gerne und mit großem Engagement verrichtet.

Dem Beschwerdeführer sei Gefährdungspotenzial unterstellt worden und er hätte nicht die Möglichkeit gehabt, dazu Stellung zu nehmen. Ohne Überprüfung des Sachverhalts hätte die Dienstbehörde die Dienstzuteilung aufgehoben.

Die Behörde hätte gegen ein Überraschungsverbot und gegen die Begründungspflicht verstoßen. Die Begründung des Bescheides hinsichtlich des Personalmangels und die Ausführungen des Vorgesetzten des Beschwerdeführers hinsichtlich Gefährdungsgefahr für den Beschwerdeführer selbst sowie für Personen gegen die eingeschritten wird, wären nicht in Einklang zu bringen.

Rechtlich führte der Beschwerdeführer Judikatur zur Dienstzuteilung an und beschrieb die rechtliche Situation betreffend der angeordneten Grenzkontrolle. Der Beschwerdeführer hätte seinen Dienst anstandslos verrichtet. Das unterstellte Gefährdungspotenzial liege nicht vor.

Unabhängig davon dass der Soldat das Fahrzeug durchgewunken hätte, hätte das Fahrzeug bei der Stopptafel anhalten müssen. Der Beschwerdeführer begründete weitwendig, warum er rechtens gehandelt hätte. Der Beschwerdeführer

hätte sich bereits für verschiedene Stellen erfolglos beworben. Die Aufhebung der Dienstzuteilung würde gegen das Willkürverbot verstößen.

Betreffend der Anordnung zur Dienstversehung führte der Beschwerdeführer nach der Zitierung der Rechtslage und zahlreicher Judikatur an, dass er Angehöriger des Wachkörpers der Bundespolizei wäre. Der Exekutivdienst bestünde aus dem Streifen- und Überwachungsdienst, der Ausübung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht und der Gefahrenabwehr sowie aus dem Ermittlungs- und Erkennungsdienst. Der Beschwerdeführer würde der Dienst- und Fachaufsicht gegenüber dem zweiten Beamten unterliegen - unabhängig von dessen Dienstgrad und Dienstalter. Dies stelle eine Diskriminierung dar. Der Beschwerdeführer verfüge über sämtliche fachliche Voraussetzungen, um den Außendienst alleine auszuüben. Betreffend der Dienst- und Fachaufsicht stünde die Weisung im Widerspruch zum Bescheid.

Die Verwendungsänderung wäre als Mobbing zu werten. Die Verwendungen wären nicht gleichwertig und es läge eine qualifizierte Verwendungsänderung vor, die in Bescheidform ergehen hätte sollen.

#### 1.5. Verfahren vor dem BVwG

Mit Schreiben vom 02.02.2017 legte die belangte Behörde den gegenständlichen Verwaltungsakt und die Beschwerde samt Beilagen sowie den Bescheid dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

Am 18.06.2018 wurde in den Räumlichkeiten des Bundesverwaltungsgerichtes in Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer angab, nicht remonstriert zu haben. Der oben angeführte Spruch wurde am selben Tag nach nicht-öffentlicher Sitzung und Beschluss des Senates verkündet.

#### II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

##### 1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist als eingeteilter Beamter des Exekutivdienstes (E2b) der Landespolizeidirektion Kärnten zur Dienstleistung zugewiesen.

Mit den oben angeführten Weisungen wurde der Beschwerdeführer einerseits von einer vorübergehenden Zuteilung zum genannten Grenzübergang vorzeitig abberufen und andererseits angewiesen, den Außendienst grundsätzlich nicht alleine zu verrichten.

Der Beschwerdeführer hat gegen die beiden gegenständlichen Weisungen nicht remonstriert. Er wäre in der Lage gewesen zu remonstrieren und könnte dies auch noch an seiner Stammdienststelle durchführen. Sowohl an seiner Stammdienststelle als auch während der vorübergehenden Verwendung am Grenzübergang hatte der Arbeitsplatz des Beschwerdeführers die Wertigkeit E2b. Eine besoldungsrechtliche Schlechterstellung trat nicht ein.

##### 2. Beweiswürdigung:

Auf die in der mündlichen Verhandlung am Bundesverwaltungsgericht näher erläuterte Frage, ob der Beschwerdeführer dem Weisungsgeber Rechtswidrigkeit vorgehalten hätte, antwortete dieser:

"Nein, das habe ich ihm nicht gesagt, ich habe es in mich hineingefressen. Ich habe mir einen Rechtsanwalt zu Hilfe geholt, weil ich nicht mehr weitergewusst habe. Es wurde mir auch keine Möglichkeit gegeben, mit dem Vorgesetzten zu sprechen. Ich habe mir erwartet, dass mich der Vorgesetzte Oberstleutnant XXXX zu einem Gespräch bittet und mir die Möglichkeit zu einer Stellungnahme einräumt. Dazu ist es weder schriftlich noch persönlich gekommen.

..."

Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der Schriftsätze des Rechtsvertreters und der betreffenden Aktenstücke zweifelsfrei, dass der Beschwerdeführer nicht remonstriert hat, seinem vorgesetzten weisungserteilenden Organ gegenüber Rechtswidrigkeit also nicht vorgehalten hat.

##### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Für den Fall von Versetzungen und Verwendungsänderungen normiert § 135a Abs.1 BDG 1979 Senatzuständigkeit.

Zu A)

§ 39 Abs. 1 bis 4 BDG 1979 Bundesgesetz vom 27. Juni 1979 über das Dienstrecht der Beamten (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 - BDG 1979), BGBl. Nr. 333/1979 (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 Dienstalter, bei einer Dienstzuteilung an einen anderen Dienstort außerdem auf seine persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse Bedacht zu nehmen."

§ 44 BDG 1979 lautet auszugsweise:

"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.

...

(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."

Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, 2001/12/0072, 13.09.2001, folgend ist ein Feststellungsbescheid über die Befolgungspflicht einer Weisung nicht zulässig, wenn es an einer Remonstration mangelt:

"§ 44 Abs. 3 BDG 1979 verpflichtet den Beamten - sofern nicht Gefahr im Verzug ist -, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen; nur dann ist eine Aussetzungswirkung hinsichtlich der Weisung gegeben. Das bedeutet jedenfalls, dass der Beamte die erteilte Weisung nur dann nicht befolgen muss und sich auf die Aussetzungswirkung berufen kann, wenn er seine Bedenken in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend gemacht hat (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1989, Slg. N. F. Nr. 12.962/A).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat (siehe dazu etwa die Erkenntnisse vom 6. Februar 1989, Zl. 87/12/0112 = Slg. NF Nr. 12.856/A, oder auch vom 22. Oktober 1990, Zl89/12/0026), scheidet vor dem Hintergrund der Funktion des Feststellungsbescheides als subsidiärem Rechtsbehelf die Erlassung eines solchen Bescheides darüber, ob ein Beamter (infolge einer derartigen Weisung) zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden kann, jedenfalls so lange aus, als nicht eine Klärung dieser strittigen Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG versucht wurde. Denn vor Durchführung dieses einer möglichen Konfliktbewältigung durch Klarstellung, Erläuterung, Modifizierung oder (ausdrückliche oder entsprechend dem letzten Satz dieser Bestimmung vermutete) Zurückziehung der Weisung dienlichen Verfahrens steht ja der endgültige Inhalt der Weisung, um deren Rechtmäßigkeit es geht, gar nicht fest und muss demnach bis zum Abschluss dieses Verfahrens, auch wenn dieser nicht in der Erlassung eines Bescheides besteht, schon deshalb das Interesse an der Erlassung eines entsprechenden Feststellungsbescheides verneint werden."

Dies bestätigte der Verwaltungsgerichtshof auch mit Erkenntnis vom 19.10.2016, Ra 2016/12/0094: Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ist unzulässig, wenn die Möglichkeit einer Remonstration besteht.

Durch Befolgung der Weisungen hat sich der Beschwerdeführer nicht der Möglichkeit einer Remonstration entledigt, da die beiden Weisungen bei der täglichen Dienstverrichtung immer wieder aufs Neue zu befolgen sind. Die Konstellation einer befogten Weisung, gegen die nicht mehr remonstriert werden kann (Verwaltungsgerichtshof, 19.03.2003, 2000/12/0110) ist daher hier nicht gegeben.

Weder die gegenständliche Beschwerde noch die vom Beschwerdeführer erfolgte Kritik an den Folgen einer Vorfallsmeldung, worunter auch die Abberufung vom vorübergehenden Arbeitsplatz gemeint sein könnte, stellen eine Remonstration gegen die beiden Weisungen dar.

Aufgrund der Subsidiarität eines Feststellungsbescheides gegenüber einer Remonstration war daher der darauf gerichtete Antrag des Beschwerdeführers zurückzuweisen.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Aussage des Beschwerdeführers "unrichtige Anschuldigungen" und "nicht seinem Ausbildungsstandard entsprechend eingesetzt" einerseits Willkür und andererseits Verwendung entgegen der Ernennungsvoraussetzungen implizieren hätte können. Selbst mit anwaltlicher Unterstützung gelang es dem Beschwerdeführer jedoch nach Ansicht des erkennenden Senates nicht, den Weisungen Rechtswidrigkeit zu unterstellen. Ein Hinweis auf unrichtige Anschuldigungen im Vorfeld einer Weisung und unpassende Ausbildungsstandards zeigten nicht hinreichend auf die Rechtswidrigkeit einer Weisung. Zudem verneinte der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung remonstriert zu haben.

### **Schlagworte**

Arbeitsplatz, Befolgungspflicht, Dienstzuteilung, ersatzlose Behebung, Feststellungsbescheid, Gehorsamspflicht, Polizist, rechtliches Interesse, Remonstration, Verwendungsänderung, Weisung, Zurückweisung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W122.2146852.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

14.11.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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