

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/7 W213 2194905-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2018

## Entscheidungsdatum

07.11.2018

## Norm

BDG 1979 §44 Abs1

BDG 1979 §44 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

## Spruch

W213 2194905-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG als Einzelrichter über die Beschwerde von XXXX gegen den Bescheid des Kommandos Landstreitkräfte vom 12.04.2018, Zl. P402041/66-KdoLaSK/G1/2018, zu Recht erkannt:

A)

In Erledigung der Beschwerde wird der bekämpfte Bescheid gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG ersatzlos aufgehoben.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer steht als Oberstleutnant der Verwendungsgruppe MBO2 des XXXX in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienststelle ist das XXXX .

Der Beschwerdeführer remonstrierte mit Schreiben vom 21.03.2018 gegen den Dienstauftrag in der Zeit vom 15.05.2018 bis 17.05.2018 eine Auslandsdienstreise nach Sofia zur Teilnahme an Expert Talks im Rahmen der EU Pooling & Sharing Mountain Training Initiative (MTI) anzutreten. Er begründete dies damit, dass er bereits im September 2017 an einer derartigen Veranstaltung in Slowenien teilgenommen habe, wobei im Vergleich zum betriebenen Aufwand keinen Erfolg zu verzeichnen gewesen sei. Er habe darauf hingewiesen, dass MTI erst dann

erfolgreich sein könne, wenn eigens dafür in Österreich Arbeitsplätze systemisiert würden. Bereits vor der Reise nach Slowenien habe er darauf hingewiesen, dass der Sinn der Arbeit des Syndikats "Standardisierung" nicht ersichtlich sei. Seine damalige Dienstreise sei absolut überflüssig gewesen und habe eine reine Geldverschwendung dargestellt. Dies gelte auch für die gegenständlichen ExpertTalks in Sofia. Seine Teilnahme an den Gesprächen in Sofia sei daher weder wirtschaftlich noch sparsam noch zweckmäßig und stehe im Widerspruch zum Bundeshaushaltsgesetz. Darüber hinaus sei er gewählter Personalvertreter, der nur mit seiner Zustimmung versetzt oder dienstzuteilt werden könne.

Mit Schreiben des XXXX vom 03.04.2018 wurde gemäß § 44 Abs. 3 BDG, dass der Beschwerdeführer die Dienstreise nach Sofia anzutreten habe. Begründend wurde ausgeführt, dass diese Dienstreise der Weiterführung der EU Pooling & Sharing Mountain Training Initiative diene. Auf Ebene der Dienststelle des Beschwerdeführers ist dieser für deren Betreuung zuständig. Der Befehl sei von einer für den Beschwerdeführer zur Stelle ergangen. Das Antreten der in Rede stehenden Auslandsdienstreise verstoße auch nicht gegen strafrechtliche Bestimmungen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stelle der Auftrag nach Sofia zufrieden und dort an einer Besprechung teilzunehmen keine Dienstzuteilung im Sinne des § 39 BDG dar, weshalb auch § 27 PVG nicht anzuwenden sei.

Mit Schreiben vom 04.04.2018 beantragte die beschiedmäßige Feststellung, dass die Befolgung des Befehls eine Dienstreise nach Sofia anzutreten und dort an einer Besprechung teilzunehmen ohne seine Zustimmung nicht zu seinen Dienstpflichten zähle. Begründend führte er aus, dass er als gewählter Personalvertreter nur mit seiner Zustimmung auf eine Dienstreise geschickt werden könne, weil das aus seiner Sicht eine Zuteilung im Sinne des § 27 PVG gleichzuhalten sei. Unter Hinweis auf das Schreiben seiner Dienststelle vom 03.04.2018 bekräftigte der Beschwerdeführer, dass § 27 PVG verhindern solle, dass Personalvertreter gegen ihren Willen an der Ausübung ihrer Funktion an ihrer Dienststelle gehindert würden. Die gegen seinen Willen angeordnete Auslandsdienstreise hindere ihn an der Ausübung seiner Funktion als Vorsitzender des Dienststellenausschusses. Da in § 27 PVG auf keine Dauer einer Dienstzuteilung eingegangen werde, sei auch die Dauer der Verhinderung durch eine Dienstreise unerheblich und bedürfe jedenfalls seiner Zustimmung.

Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge den nunmehr bekämpften Bescheid, dessen Spruch nachstehenden Wortlaut hatte:

"Ihr Antrag vom 4. April 2018 auf beschiedmäßige Feststellung, dass sie eine rechtsgültige Weisung zu befolgen haben (eine ADR nach SOFIA von 15 05 bis 17 05 2018 durchzuführen), wird gemäß den §§ 1 und 3 des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984-DVG und Fassung

zurückgewiesen."

Begründend wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges ausgeführt, dass nach der Legaldefinition des § 39 Abs. 1 BDG eine Dienstzuteilung vorliege, 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 - auch wenn diese im Ausland sei - jedenfalls nicht zu. Daher treffe § 27 PVG nicht zu und der Beschwerdeführer habe die Dienstreise anzutreten.

Nach Wiedergabe einschlägiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden und Verweis auf die §§ 1 und 3 DVG führte die belangte aus, dass das Bestellen auf die Feststellung von Tatsachen gerichtet sei. In diesem Falle sei die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zulässig, die aber den bestehenden Bestimmungen nicht zu entnehmen sei.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und brachte nach Wiedergabe des Verfahrensganges vor, dass der von ihm beantragte Feststellungsbescheid geeignet sei im konkreten Fall ein Recht oder Rechtsverhältnis die Zukunft darzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung zu beseitigen. Derzeit sehe er sich in seinen Rechten als Personalvertreter verletzt, solange nicht klargelegt sei, ob nicht jede "Entfernung" eines Personalvertreters aus seinem Verbreitungskreis nur mit seinem Willen erfolgen könne. § 27 PVG verbiete es einen Personalvertreter ohne seine Zustimmung zu einer anderen Dienststelle zu versetzen oder zuzuteilen. Dabei sei im Gesetz keine Dauer erwähnt, weshalb auch eine nur zweitägige Dienstzuteilung ohne Zustimmung des Personalvertreters unzulässig sei. Es könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er es dem Dienstgeber ermögliche einen unliebsamen Personalvertreter dadurch kaltzustellen, dass er ihn möglichst oft und möglichst lange

ohne seine Zustimmung auf Dienstreisen schickte.

Es werde daher beantragt

\* den angefochtenen Bescheid aufzuheben,

\* in eventu den angefochtenen Bescheid zur neuerlichen Entscheidung an die belangte

Behörde zurückzuverweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht als Oberstleutnant der Verwendungsgruppe MBO2 des XXXX in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienststelle ist das XXXX .

Mit Schreiben vom 21.03.2018 remonstrierte der Beschwerdeführer gegen eine für die Zeit vom 15.05. bis 17.05.2018 in Aussicht genommene Auslandsdienstreise nach Sofia zur Weiterführung der EU Pooling & Sharing Mountain Training Initiative. Ob und wann bzw. von wem dem Beschwerdeführer ein konkreter Dienstauftrag zum Antritt dieser Reise erteilt wurde geht aus den vorgelegten Akten nicht hervor.

Die Dienststelle des Beschwerdeführers erteilte jedenfalls mit Schreiben vom 04.04.2018 dem Beschwerdeführer gemäß § 44 Abs. 3 BDG den Befehl die in Rede stehende Auslandsdienstreise nach Sofia anzutreten.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers sowie der unstrittigen Aktenlage. Dabei ist hervorzuheben, dass den vorgelegten Akten kein der Remonstration vom 21.03.2018 vorgelagerter konkreter Dienstauftrag an den Beschwerdeführer, die in Rede stehende Auslandsdienstreise anzutreten, entnommen werden kann. In dem auf die Remonstration vom 21.03.2018 hin ergangenen Schreiben der Dienststelle des Beschwerdeführers vom 03.04.2018 ist lediglich davon die Rede, dass ein - wohl an eine vorgesetzte Dienststelle gerichteter - Antrag auf Genehmigung einer Auslandsdienstreise kein Befehl/Weisung sei.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

§§ 44 BDG lautet wie folgt:

"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."

Der Verwaltungsgerichtshof bejaht in seiner ständigen Rechtsprechung auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Wie er in seinen Erkenntnissen vom 17.10.2008, 2007/12/0049 und 2007/12/0199, mit näherer Begründung klargestellt hat, kann Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, d. h., ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen: Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn die Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. 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 bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 22.05.2012, 2011/12/0170, 2011/12/0171 und 2011/12/0195; 27.02.2014, 2013/12/0159).

Vor dem Hintergrund der Funktion des dienstrechtlichen Feststellungsbescheides als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet die Erlassung eines solchen Bescheides darüber, ob ein Beamter zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden kann, jedenfalls solange aus, als nicht eine Klärung dieser strittigen Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG 1979 versucht wurde. Denn vor Durchführung dieses einer möglichen Konfliktbewältigung durch Klarstellung, Erläuterung, Modifizierung oder (ausdrückliche oder entsprechend dem letzten Satz der genannten Bestimmung vermutete) Zurückziehung der Weisung dienlichen Verfahrens steht ja der endgültige Inhalt der Weisung, um deren Zugehörigkeit zu den Dienstpflichten bzw. 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 (VwGH 13.03.2002, 2001/12/0181).

Schließlich ist einer Weisung die Rechtswirksamkeit und damit die Pflicht zu ihrer Befolgung dann abzusprechen, wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Willkürliches Verhalten der Behörde liegt unter anderem in der gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes. Auch eine denkmögliche Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren. Willkür liegt aber auch dann vor, wenn eine Entscheidung nur aus subjektiven, in der Person des Beschwerdeführers liegenden Gründen erfolgt wäre. Demnach kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Dienstbehörde im einzelnen Fall entnommen werden, ob Willkür vorliegt (vgl. VwGH, 17.10.2008, GZ. 2007/12/0049 mwN).

Im vorliegenden Fall geht schon aus dem Wortlaut des verfahrenseinleitenden Antrages des Beschwerdeführers klar hervor, dass sein Begehren auf die Feststellung gerichtet war ob die Befolgung des Befehls eine Dienstreise nach Sofia anzutreten zu seinen Dienstpflichten zählte. Es liegt daher auf der Hand, dass es sich keinesfalls um einen Antrag auf Feststellung einer Tatsache handelte, sondern - wie der Beschwerdeführer ausdrücklich in der Beschwerde anführt - um ein Recht bzw. ein Rechtsverhältnis handelt, dessen Klärung zur Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen erforderlich ist.

Die belangte Behörde hätte daher - nach Abklärung ob bzw. wann und von wem ein der Remonstration vom 21.03.2018 vorgelagerter konkreter Dienstauftrag an den Beschwerdeführer die in Rede stehende Auslandsdienstreise anzutreten ergangen ist - gegebenenfalls inhaltlich im Sinne der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs prüfen müssen ob der Antritt der in Rede stehenden Dienstreise nach Sofia in der Zeit vom 15. bis 17.05.2018 zu den Dienstpflichten des zählte. Indem die belangte Behörde ohne meritorische Prüfung den Feststellungsantrag des Beschwerdeführers zurückgewiesen hat, ist sie zu Unrecht von der Unzulässigkeit des gegenständlichen Feststellungsantrages ausgegangen. Im Hinblick auf die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. hierzu VwGH 09.09.2016, Ro 2016/12/0002) ist daher der bekämpfte Bescheid ersatzlos aufzuheben, da dem Bundesverwaltungsgericht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine Zurückweisung eine meritorische Entscheidung verwehrt ist.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG aufzuheben.

Zu B)

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 nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Wie oben dargestellt wurde, ist die hier zu lösende Rechtsfrage der Befolgungspflicht bzw. Rechtswidrigkeit einer Weisung gemäß § 44 BDG bzw. der Zulässigkeit eines diesbezüglichen Feststellungsbegehrens auf Grundlage der obenzitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs eindeutig gelöst.

#### **Schlagworte**

Auslandsdienstreise, Dienstpflicht, ersatzlose Behebung,  
Feststellungsantrag, Feststellungsbescheid, Gehorsamspflicht,  
meritorische Entscheidung, Remonstration, Weisung

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W213.2194905.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.02.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

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