



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel, Hofrätin Mag.<sup>a</sup> Nussbaumer-Hinterauer und Hofrat Mag. Feiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Artmann, über die außerordentliche Revision des K S in W, vertreten durch Mag. Helmut Hohl, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Ungargasse 15/1/4, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 2. September 2015, Zl. W106 2112286-1/3E, betreffend Versetzung (vor dem Bundesverwaltungsgericht belangte Behörde: das beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichtete Personalamt), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 Der Revisionswerber steht als Beamter der Verwendungsgruppe PT 8 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist der Österreichischen Post Aktiengesellschaft zur Verwendung zugewiesen.
- 2 Mit Vorhalt vom 5. November 2014 setzte das beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichtete Personalamt den Revisionswerber davon in Kenntnis, dass seine Abberufung von seinem bisherigen Arbeitsplatz mit Wertigkeit PT 8 im Postarbeitsmarkt Ost (vormals: KEC; im Folgenden: PAM/KEC) und seine Zuweisung auf einen Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe PT 8, Verwendungscode 0866, in der Abteilung Operations, Sicherheitsmanagement Security Filialen, in der Unternehmenszentrale beabsichtigt sei.

==



- 3 Im folgenden Verfahren vor der Dienstbehörde erhob der Revisionswerber insbesondere nachstehende Einwendungen:
- 4 Der in Rede stehende Zielarbeitsplatz sei mit einem näher genannten anderen Arbeitnehmer besetzt. Eine Organisationsänderung bzw. eine Auflassung von Arbeitsplätzen liege nicht vor, zumal sein bisheriger Arbeitsplatz weiterhin organisatorisch eingerichtet sei. Darüber hinaus sei die Tätigkeit am Zielarbeitsplatz mit fallweise schwerer Trageleistung verbunden, wofür es dem Revisionswerber im Hinblick auf sein fortgeschrittenes Alter an der Eignung fehle. Insbesondere aber fehle es ihm an einer Ausbildung zur Arbeitsplatzaufgabe der Anhaltung verdächtiger Personen. Auch sei er dafür gesundheitlich nicht geeignet.
- 5 Mit Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 7. Juli 2015 wurde - gestützt auf § 38 Abs. 1, 2 und 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979) - die im Schreiben vom 5. November 2014 in Aussicht genommene Personalmaßnahme mit Wirksamkeit vom 1. August 2015 verfügt.
- 6 Den Einwendungen des Revisionswerbers entgegnete die Dienstbehörde Folgendes:

„Wie bereits im Schreiben vom 05. November 2014 ausgeführt, sind Sie Beamter der Verwendungsgruppe PT 8 und wurden bisher im Post-Arbeitsmarkt Ost, vormals Karriere- und Entwicklungscenter (KEC) für die Mitarbeit in wechselnden Projekten, vom 02. März 2009 bis 31. Jänner 2011 und zuletzt seit 01. November 2011 im Projekt ‚Sicherheit‘ eingesetzt. Dieses Projekt wurde ins Leben gerufen, um die Sicherheit in den Filialen zu erhöhen.

Aufgrund der erfolgreichen Projektergebnisse wurde seitens des Bereiches Vertrieb Filialen beschlossen, mit Wirksamkeit 01. April 2014 eine eigene Organisationseinheit ‚Security Filialen‘ mit entsprechenden Arbeitsplätzen in PT 8, Verwendungscode 0866, in der Abteilung Operations, Sicherheitsmanagement einzurichten. Die Tätigkeiten laut Arbeitsplatzbeschreibung dieser neuen Arbeitsplätze sind ident mit jenen Tätigkeiten, die im Projekt ‚Sicherheit‘ zu leisten waren.

Bei der Ihnen mit Schreiben vom 05. November 2014 übermittelten Arbeitsplatzbeschreibung handelt es sich daher um eine



Arbeitsplatzbeschreibung mehrerer identer Arbeitsplätze. Mit Wirksamkeit 01. Mai 2014 wurden Sie der genannten Abteilung der Unternehmenszentrale, auf einen freien Arbeitsplatz PT 8, Verwendungscodes 0866, zur Dienstleistung zugeteilt.

Da Sie seit Dienstantritt mit 03. September 1973 dienst- und besoldungsrechtlich in PT 8 eingestuft sind, wird daher mit der geplanten Versetzung auf diesen freien Arbeitsplatz PT 8, Verwendungscodes 0866 (OBJID 90696), die schonendste Variante gewählt. Diese Maßnahme wirkt sich auf Ihre besoldungsrechtliche Stellung in keiner Weise verschlechternd aus.

Wie bereits oben erwähnt, waren Sie im Post-Arbeitsmarkt im Projekt ‚Sicherheit‘ eingesetzt und die Tätigkeiten dieselben, die Sie seit Ihrer Dienstzuteilung mit 01. Mai 2014 zur Abt. Operations, Security Filialen zu leisten haben. Die von Ihnen behauptete Innehabung eines Arbeitsplatzes ‚Sicherheitsmann‘ konnte mangels Einrichtung eines solchen nicht verifiziert werden.

Der oben erwähnte Arbeitsplatz (OBJID 90696) wurde entsprechend der darauf anfallenden Tätigkeiten gemäß Post-Zuordnungsverordnung 2012 in der zuletzt gültigen Fassung in PT 8 eingestuft und dem Verwendungscodes 0866 ‚sonstige angeleitete Arbeiter‘ zugeordnet. Die diesem Arbeitsplatz hinterlegte Arbeitsplatzbeschreibung mit der genauen Beschreibung der Tätigkeiten und dem Anforderungsprofil wird Ihnen mit diesem Schreiben noch einmal übermittelt. Eine besondere körperliche Eignung für diesen Arbeitsplatz ist nicht erforderlich.

Da Sie diese Tätigkeiten bereits seit 01. November 2011 ausüben und davor bereits fast zwei Jahre für diese Tätigkeiten verwendet wurden, war eine Besteignung gegeben und eine Suche nach besser geeigneten Mitarbeitern obsolet.

Eine Änderung Ihres bisherigen Dienstortes Wien ist durch die Maßnahme der geplanten Versetzung nicht beabsichtigt. Für den Ersatz der Kosten bei Dienstverrichtung im Dienstort sowie bei Dienstreisen kommen die Richtlinien der Reisegebührenvorschrift 1955 in der letztgültigen Fassung zur Anwendung.

Die Dienstzeiten werden - wie bisher - im Normaldienstplan festgelegt und erfolgt zeitgerecht im 14-tägigen Rhythmus.

Zu der von Ihnen vorgebrachten Einwendung hinsichtlich der Diebstahlprävention in der Tätigkeitsbeschreibung des Arbeitsplatzes, nämlich dass das Anhalten einer verdächtigen Person grundsätzlich nur der Polizei zukäme, wäre festzuhalten, dass Sie bei Verdacht der Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung (§ 80 Abs. 2 StPO), wie z.B. Diebstahl, auch Privatpersonen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Andere festhalten dürfen. Nach der Anhaltung ist sofort die Polizei zu verständigen.



Ihrem Antrag, von der Versetzung abzusehen und das Verfahren einzustellen, wird nicht näher getreten.“

- 7 Gegen diesen Bescheid erhob der Revisionswerber Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, in welcher er die schon im Verfahren vor der Dienstbehörde erhobenen Einwendungen aufrecht erhielt.
- 8 Insbesondere handle es sich bei seinem bisherigen Arbeitsplatz um einen „fixen Arbeitsplatz“, welcher auch nicht durch eine Organisationsmaßnahme untergegangen sei.
- 9 Zum Zuweisungsinteresse an den Zielarbeitsplatz führte der Revisionswerber in seiner Beschwerde Folgendes aus (Hervorhebungen im Original):

„Wenn die Behörde zudem ins Treffen führen möchte, dass ein freier Arbeitsplatz besetzt werden muss, so ist mitzuteilen, dass dieser besetzt ist (Beilage 1 und 2) und dass der Dienstnehmer eben gerade nicht der geeignete Bewerber dafür ist, zumal er die Planstellenbeschreibung und Arbeitsplatz OBJID90696 unter einem Verwendungscode 0866, PT8 überhaupt nicht erfüllen kann. Diese Planstellenbeschreibung oktroyiert dem Beschwerdeführer auch eine Obliegenheit auf, die er überhaupt nicht erfüllen kann, zumal **aufgrund seines hohen Alters mit Sicherheit keine jungen verdächtigen gefährlichen Personen anhalten kann, da ihm diese körperlich bei weitem überlegen wären und darüber hinaus sich der Beschwerdeführer einer Gefahr der Gesundheit sowie Leib und Leben aussetzen würde. Zudem hat er Angst vor körperlichen Konfrontationen, weshalb ihm das überhaupt nicht möglich ist. Der Dienstnehmer verfügt weder über die Ausbildung noch über die notwendigen Kenntnisse oder Kraft und ist diese Obliegenheit mit dem Anhalterecht des § 80 StPO insofern nicht zu vergleichen, weil der § 80 StPO ein ‚Kann-Bestimmung‘ ist und das Anforderungsprofil eine ‚Muss-Bestimmung‘ bzw. Pflichterfüllung darstellt.**

Wie bereits mehrfach mitgeteilt, ist der Beschwerdeführer 58 Jahre alt und wurde von ihm bis dato nicht verlangt, dass er irgendwie verdächtige Personen anhalten muss oder diesbezüglich schwere Hebe- und Tragleistungen verrichten müsste, weshalb die Geeignetheit des Bediensteten diesbezüglich ausscheidet, was die Behörde völlig ignoriert und deshalb auch den Sachverhalt unrichtig beurteilt. Sie unterstellt den Arbeitsplatz auch unterschiedlichen Anforderungsprofilen, weshalb der Bescheid überhaupt nicht überprüfbar ist, zumal widersprechende Unterlagen vorliegen (Beilagen 1, 2, 3, 4).

Tatsache ist ferner, dass im Post-Arbeitsmarktservice **jüngere Mitarbeiter** sind, die **wesentlich geeigneter wären, die auch über die notwendigen**



**Kenntnisse, Kraft, Statur und keine Konfrontationsängste haben, diese aber überhaupt nicht als geeignete Personen für die Auswahl in Betracht gezogen wurden, weshalb diesbezüglich hinsichtlich der Eignung des Dienstnehmers mangels Prüfung der Geeignetheit die belangte Behörde den Sachverhalt völlig falsch beurteilt hat und damit den Verfahren mit der Rechtswidrigkeit des Inhalts behaftet hat.**

Diesbezüglich wurden auch die Zeugen A und B als Zeugen benannt. Das zum Beweis dafür, dass es andere geeignetere Bewerber gäbe.“

- 10 Der Revisionswerber wiederholt an anderer Stelle seiner Beschwerde den Einwand der mangelnden gesundheitlichen Eignung im Hinblick darauf, dass er an Konfrontationsangst leide. Auf seinem bisherigen Arbeitsplatz habe er niemals Leute anhalten oder sich in eine Situation der körperlichen Konfrontation mit verdächtigen Personen begeben müssen, wobei er sich zum Beweis dieses Vorbringens auf die Einvernahme näher genannter Zeugen sowie auf seine Parteienvernehmung berief.
- 11 Der Revisionswerber stellte in seiner Beschwerde auch ausdrücklich den Antrag, eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen.
- 12 Ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung bzw. ohne sonstige weitere Ermittlungsschritte vorzunehmen gab das Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis der Beschwerde keine Folge und bestätigte den dienstbehördlichen Bescheid gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG iVm § 38 BDG 1979. Es sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 13 Nach ausführlicher Schilderung des (auch als „Sachverhalt“ bezeichneten) Verfahrensganges, jedoch ohne eigenständige Feststellung eines konkreten Sachverhaltes, heißt es zu Beginn des Erwägungsteiles:

„Das Bundesverwaltungsgericht geht vom oben dargelegten unstrittigen Sachverhalt aus. Die Sachverhaltsfeststellungen konnten unmittelbar auf Grund der Aktenlage getroffen werden.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG Abstand genommen werden, da der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint und eine mündliche Erörterung die weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Dem Entfall der Verhandlung stehen auch



weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958 noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegen.“

- 14 Nach Wiedergabe der angewendeten Gesetzesbestimmung erwog das Bundesverwaltungsgericht in der Sache Folgendes:

„Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der BF von seinem bisherigen Arbeitsplatz im Post-Arbeitsmarkt Ost, vormals Karriere- und Entwicklungszentrum (Verwendungsgruppe PT 8) abberufen und zur Unternehmenszentrale, Bereich Vertrieb Filialen, Abteilung Operations Sicherheitsmanagement, Security Filialen, auf den Arbeitsplatz Code 0866 ‚Sonstige angelernte Arbeiter‘ der Verwendungsgruppe PT 8 versetzt. Das wichtige dienstliche Interesse an der gesetzten Personalmaßnahme wird von der Behörde damit begründet, dass der BF bereits seit 2009 für die Mitarbeit im ‚Projekt Sicherheit‘ eingesetzt wurde und dass nach erfolgreichem Abschluss dieses Projektes eine eigene Organisationseinheit ‚Security Filialen‘ mit entsprechenden Arbeitsplätzen in PT 8, Code 0866, eingerichtet wurden. Der BF sei bereits seit 01.05.2014 auf dem nun verfahrensgegenständlichen Arbeitsplatz dienstingeteilt gewesen, er sei daher für die Besetzung des vakanten Arbeitsplatzes der bestgeeignete Mitarbeiter.

Damit hat die Behörde die Personalmaßnahme zunächst auf das wichtige dienstliche Interesse an der dauernden Besetzung des Arbeitsplatzes in der Abteilung Operations Sicherheitsmanagement, Security Filialen, gemäß § 38 Abs. 3 Z 3 BDG gestützt. Darüber hinaus besteht aber auch ein Abzugsinteresse vom bisherigen Arbeitsplatz aufgrund des Umstandes, dass der Einsatz von Dienstnehmern in der Regelorganisation einem Projekteinsatz im Post-Arbeitsmarkt, welcher eine Betreuungseinrichtung darstellt, die arbeitsplatzverlustige Beamtinnen und Beamte bei der Reintegration in die Regelorganisation unterstützt, vorzuziehen ist. Die Ausführungen in der Beschwerde zum Versetzungsgrund aus Anlass einer Organisationsänderung gehen somit ins Leere.

Dem Einwand des BF, dass er für den Arbeitsplatz weder ausgebildet noch von seiner körperlichen Konstitution her geeignet sei, er spricht dabei sein Lebensalter von 58 Jahren an, seine Ängste bei körperlicher Konfrontation bei Anhaltung fremder Personen und die Notwendigkeit der fallweisen Verrichtung schwerer Hebe- und Trageleistungen, die er an seinem Stammarbeitsplatz im PAM/KEC nicht verrichten musste, ist zu entgegnen, dass er bereits seit 2009 im ‚Projekt Sicherheit‘ eingesetzt wurde, nach erfolgreichem Abschluss dieses Projektes eine eigene Organisationseinheit ‚Security Filialen‘ mit Arbeitsplätzen in der Verwendungsgruppe PT 8 eingerichtet wurde, und er seit 01.05.2014 auf einen solchen freien Arbeitsplatz dienstzugeteilt war.



Nach der aktenkundigen ‚Planstellenbeschreibung‘ wird der Aufgabenbereich des vom BF besetzten Arbeitsplatzes wie folgt beschrieben:

‚Beobachtung innerhalb und außerhalb der Filialen:

- Beurteilung der Kunden durch Beobachtung nach auffälligem Verhalten, Rundgang in der Nähe der Filialen mit Augenmerk auf Auffälligkeiten, gegebenenfalls Verständigung der Behörden
- Führen von Aufzeichnungen besonderer Vorkommnisse im Dienstblatt
- Kontrolle der Türen, ob verschlossen, bzw. Funktion der Schlösser

Diebstahlsprävention: Anhalten von verdächtigen Personen

Kundenbetreuung: Hilfestellung bei Orientierung der Kunden in der Postfiliale (Zuweisung zu zuständigem Schalter, etc), Beschwichtigung erregter Personen bei längeren Wartezeiten, Unterstützung der Filialmitarbeiter bei der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung in der Filiale‘

Anhaltspunkte dafür, dass der BF aus gesundheitlichen Gründen die beschriebenen Aufgaben nicht erfüllen könnte, sind im Verfahren nicht hervorgekommen, insbesondere hat der BF keine ärztlichen Atteste vorgelegt, die seine Nichteignung aus medizinischer Sicht belegen würden. Wenn der BF meint, dass von einem 58-jährigen Dienstnehmer keine Tätigkeiten abverlangt werden können, die er zuvor nicht verrichten musste und der Dienstnehmer dazu weder in der Lage noch fähig sei, diese zu verrichten - wofür es im Beschwerdefall keine Nachweise gibt - ist dies für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar. Die Notwendigkeit der Verrichtung schwerer Hebe- und Trageleistungen ist der oben wieder gegebenen Aufgabenbeschreibung nicht zu entnehmen.

Es kann nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn die Behörde von der Eignung des BF für den vakanten Arbeitsplatz ausgegangen ist, zumal der BF bereits seit 01.11.2011 im Projekt ‚Sicherheit‘ die identen Tätigkeiten zu verrichten hatte und seit 01.05.2014 auf dem nunmehrigen gleichwertigen Arbeitsplatz dienstzugeteilt war.

Inwieweit sich die Aufgaben des neuen Arbeitsplatzes von dem auf dem Stammarbeitsplatz im PAM/KEC unterscheiden, ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Personalmaßnahme nicht relevant.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die Zuweisung eines Arbeitsplatzes grundsätzlich dem freien Ermessen der Dienstbehörde obliegt und dabei die Behörde ihre dienstlichen Maßnahmen nicht vorrangig an den Interessen des Bediensteten, sondern an den Interessen des Dienstes zu orientieren hat (BerK 24.10.2002, GZ 80/12-BK/02; 16.09.2013, GZ 58/12-BK/13).



Für das Bundesverwaltungsgericht war daher kein Indiz für eine rechtswidrige oder gar willkürliche Vorgangsweise der Behörde zu erkennen. Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.“

- 15 Die Revision sei gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, zumal „auf Grund der unstrittigen Sachlage und der zit. Rechtsprechung“ sowohl ein Besetzungsinteresse am neuen vakanten Arbeitsplatz als auch ein Abberufungsinteresse zu bejahen sei.
- 16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof.
- 17 In seiner abgesonderten Zulässigkeitsbegründung führt der Revisionswerber die Rechtsfrage ins Treffen, ob das Bundesverwaltungsgericht ohne Feststellung einer Organisationsänderung oder eines Wegfalles eines Arbeitsplatzes ein Abberufungsinteresse zu Recht schon allein deshalb bejaht habe, weil es sich beim PAM/KEC um eine „Betreuungseinrichtung“ handle. Dies stehe im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach beim KEC eingerichtete Arbeitsplätze „normale Arbeitsplätze“ seien.
- 18 In Ansehung des vom Bundesverwaltungsgericht angenommenen Zuweisungsinteresses wirft der Revisionswerber die Frage auf, ob ein solches auch in Ansehung von Beamten bestehe, die nicht über die für den Zielarbeitsplatz erforderliche Ausbildung oder Eignung aufweisen.
- 19 Eine grundsätzliche Rechtsfrage des Verfahrensrechts erblickt der Revisionswerber darin, dass das Bundesverwaltungsgericht zu Unrecht von einem unstrittigen Sachverhalt ausgegangen sei. Vielmehr seien u.a. folgende Fragen strittig gewesen:
1. Ob eine Änderung der Verwaltungsorganisation stattgefunden habe.
  2. Ob der Zielarbeitsplatz überhaupt unbesetzt sei
  3. Ob der Revisionswerber für die am Zielarbeitsplatz zu verrichtende Tätigkeit ausgebildet sei.





4. Ob der Revisionswerber für die dort zu verrichtende Tätigkeit gesundheitlich ausreichend geeignet ist.

5. Ob andere geeignete Bewerber vorhanden seien.

20 Alle diese entscheidungserheblichen Fragen hätte das Bundesverwaltungsgericht amtswegig - und ohne einen „Nachweis“ zu verlangen einer Klärung zuzuführen gehabt.

21 In der Ausführung seiner Revision macht der Revisionswerber Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, der Verwaltungsgerichtshof möge in der Sache selbst entscheiden; hilfsweise wird die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften beantragt.

22 Die vor dem Bundesverwaltungsgericht belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher sie die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung der Revision als unbegründet beantragt.

23 In der Revisionsbeantwortung wird darauf hingewiesen, dass am 18. November 2015 ein Verfahren zur Versetzung des Revisionswerbers in den Ruhestand gemäß § 14 BDG 1979 eingeleitet wurde.

24 Der Revisionswerber erstattete eine Äußerung zur Revisionsbeantwortung, in welcher er ausführt, die Einleitung dieses Ruhestandsversetzungsverfahrens zeige seine mangelnde gesundheitliche Eignung für den Zielarbeitsplatz.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

25 § 38 Abs. 1 bis 4 BDG 1979 in der Fassung dieses Paragrafen nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 120/2012 lautet:

„Versetzung

§ 38. (1) Eine Versetzung liegt vor, wenn der Beamte einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird.



(2) Die Versetzung ist von Amts wegen zulässig, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse daran besteht. Während des provisorischen Dienstverhältnisses ist eine Versetzung auch ohne wichtiges dienstliches Interesse zulässig.

(3) Ein wichtiges dienstliches Interesse liegt insbesondere vor

1. bei Änderungen der Verwaltungsorganisation,
2. bei der Auflassung von Arbeitsplätzen,
3. bei Besetzung eines freien Arbeitsplatzes einer anderen Dienststelle, für den keine geeigneten Bewerberinnen oder Bewerber vorhanden sind,
4. wenn die Beamtin oder der Beamte nach § 81 Abs. 1 Z 3 den zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufgewiesen hat oder
5. wenn über die Beamtin oder den Beamten eine Disziplinarstrafe rechtskräftig verhängt wurde und wegen der Art und Schwere der von ihr oder ihm begangenen Dienstpflichtverletzung die Belassung der Beamtin oder des Beamten in der Dienststelle nicht vertretbar erscheint.

(4) Bei einer Versetzung an einen anderen Dienstort von Amts wegen sind die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse des Beamten zu berücksichtigen. Eine solche Versetzung ist - ausgenommen in den Fällen des Abs. 3 Z 4 und 5 sowie in jenen Fällen, in denen abweichend vom Abs. 3 Z 5 noch keine rechtskräftige Disziplinarstrafe verhängt worden ist - unzulässig, wenn sie

1. für die Beamtin oder den Beamten einen wesentlichen wirtschaftlichen Nachteil bedeuten würde und
2. eine andere geeignete Beamtin oder ein anderer geeigneter Beamter derselben Dienststelle und derselben Verwendungsgruppe zur Verfügung steht, bei der oder dem dies nicht der Fall ist.“

26 § 38 Abs. 3 BDG 1979 erhielt die oben wiedergegebene Fassung durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 35/2012 mit Wirkung vom 1. Juli 2012.

27 Bis zum 30. Juni 2012 lautete dieser Absatz wie folgt:

„(3) Ein wichtiges dienstliches Interesse liegt insbesondere vor

1. bei Änderungen der Verwaltungsorganisation einschließlich der Auflassung von Arbeitsplätzen oder
2. bei Besetzung eines freien Arbeitsplatzes einer anderen Dienststelle, für den keine geeigneten Bewerber vorhanden sind, wenn der Beamte die für diesen Arbeitsplatz erforderliche Ausbildung und Eignung aufweist, oder



3. wenn der Beamte nach § 81 Abs. 1 Z 3 den zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufgewiesen hat oder

4. wenn über den Beamten eine Disziplinarstrafe rechtskräftig verhängt wurde und wegen der Art und Schwere der von ihm begangenen Dienstpflichtverletzung die Belassung des Beamten in der Dienststelle nicht vertretbar erscheint.“

28 In den Erläuterungen zur Novellierung des § 38 Abs. 3 BDG 1979 durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 35/2012 (RV 1685 BlgNR XXIV. GP, 44 f) heißt es:

„Zu § 38 Abs. 3 BDG:

Die Aufzählung der Tatbestände zum ‚wichtigen dienstlichen Interesse‘ in § 38 Abs. 3 wird präzisiert und entschlackt. So erscheint es zweckmäßig, eine Aufteilung der Z 1 auf zwei Tatbestände (und zwei ‚Ziffern‘) vorzunehmen. Ebenso entfällt der Bezug auf die ‚erforderliche Ausbildung und Eignung‘ in Z 2, um insbesondere bei ressortübergreifenden Versetzungen ‚Versetzungsbarrieren‘ abzubauen. Es ist davon auszugehen, dass die Eignung für den Zielarbeitsplatz eine vom Dienstgeber zu berücksichtigende Voraussetzung der Versetzung ist.“

29 Mit seinem oben wiedergegebenen abgeordneten Zulässigkeitsvorbringen zeigt der Revisionswerber auf, dass die Revision entgegen der den Verwaltungsgerichtshof nicht bindenden Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichtes zulässig ist:

30 Zum einen fehlt Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Rechtsprechung der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt stellt keine „Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes“ im Verständnis des Art. 133 Abs. 4 B-VG dar; vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 21. Jänner 2015, Ra 2014/12/0024) zu der vom Bundesverwaltungsgericht bejahten Frage, ob der Umstand, wonach die Dienststellen des PAM/KEC nicht Teil der „Regelorganisation“ sind, schon per se ein wichtiges dienstliches Interesse an der Abberufung von Beamten, denen dort eine Dauerverwendung zugewiesen wurde, begründet. Vielmehr spricht die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eher gegen diese Annahme (vgl. Rz 37 ff).

31 Auch zur Frage, ob ein wichtiges Zuweisungsinteresse vor dem Hintergrund des § 38 Abs. 3 Z 3 BDG 1979 in der Fassung dieses Absatzes nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 35/2012 angenommen werden darf, obwohl der



Beamte die für den Zielarbeitsplatz erforderliche Ausbildung nicht aufweist bzw. für den Zielarbeitsplatz nicht geeignet ist, fehlt Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Diese Rechtsfrage ist insbesondere vor dem Hintergrund des im Folgenden behandelten verfahrensrechtlichen Zulässigkeitsgrundes von Bedeutung, weil letzterer auch die Frage der Eignung des Revisionswerbers für den Zielarbeitsplatz betrifft.

32 Aber auch die vom Revisionswerber ins Treffen geführten verfahrensrechtlichen Zulassungsgründe zeigen Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf. Solche können nicht nur solche des materiellen, sondern auch solche des Verfahrensrechtes sein. Eine erhebliche Bedeutung kommt derartigen Fragen jedenfalls dann zu, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechts auf dem Spiel stehen (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 10. September 2015, Ra 2015/09/0053). Dies ist hier der Fall, hat das Bundesverwaltungsgericht doch - wie im Folgenden noch gezeigt werden wird - in grundsätzlicher Verkennung des Amtswegigkeitsgrundsatzes jedwede Ermittlungstätigkeit zu entscheidungserheblichem Vorbringen des Revisionswerbers unterlassen. Diese Unterlassung wiegt umso schwerer als der Revisionswerber für seine diesbezüglichen Behauptungen auch ausdrückliche Beweisanbote gestellt hat.

33 Die Revision erweist sich im Ergebnis auch als berechtigt:

I. Zum angenommenen Abberufungsinteresse:

34 Wie der Revisionswerber zutreffend ausführt, hat das Bundesverwaltungsgericht weder eine Änderung der Verwaltungsorganisation noch eine organisationsrechtliche Auflfassung des Arbeitsplatzes des Revisionswerbers festgestellt. Ein wichtiges dienstliches Interesse im Verständnis des § 38 Abs. 3 Z 1 oder 2 BDG 1979 lag somit nicht vor.

35 Das Bundesverwaltungsgericht hat ein wichtiges dienstliches Abberufungsinteresse vielmehr schon allein in dem Umstand erblickt, dass der Einsatz von Dienstnehmern in der Regelorganisation einem Projekteinsatz im PAM/KEC, welcher eine Betreuungseinrichtung darstelle, die



arbeitsplatzverlustige Beamtinnen und Beamte bei der Reintegration in die Regelorganisation unterstütze, vorzuziehen sei.

36 Dem ist Folgendes zu erwidern:

37 Offenbar gehen sowohl die Dienstbehörde als auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass es sich bei der bisherigen Verwendung des Revisionswerbers im Bereich des PAM/KEC um eine Dauerverwendung gehandelt hat, von welcher er durch die in Rede stehende Personalmaßnahme abberufen werden soll (andernfalls wäre auch nicht das Abberufungsinteresse von diesem Arbeitsplatz maßgeblich). Aus dem Charakter der Verwendung des KEC als Dauerverwendung hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass die dort eingerichteten Arbeitsplätze Maßstab für die vorzunehmende Primärprüfung der Dienstunfähigkeit des jeweiligen Beamten in einem Verfahren nach § 14 BDG 1979 sind und in diesem Zusammenhang auch als mögliche Verweisungsarbeitsplätze nach Abs. 3 leg. cit. in Betracht kommen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 10. September 2009, 2008/12/0230 und vom 17. Oktober 2008, 2005/12/0110).

38 Dementsprechend gilt hier, dass es sich bei der zulässigerweise zugewiesenen Dauerverwendung im Bereich PAM/KEC um einen organisatorisch eingerichteten Arbeitsplatz handelt, für dessen Inhaber die gleichen Kriterien des Versetzungsschutzes anzuwenden sind wie für Inhaber anderer Arbeitsplätze. Die Tauglichkeit eines bei dieser Dienststelle eingerichteten Arbeitsplatzes als Dauerverwendung schließt die Annahme des gleichzeitigen Bestehens eines (von sonstigen Abberufungs- oder Zuweisungsinteressen im Gewicht des § 38 Abs. 3 BDG 1979 unabhängigen) wichtigen Abberufungsinteresses von solchen Arbeitsplätzen aus. Zwar ist einzuräumen, dass ein dienstliches (betriebliches) Interesse bestehen mag, einen Beamten auf einem anderen Arbeitsplatz einzusetzen als auf jenem, den er derzeit innehat. Eine Versetzung kann aber nur durch ein wichtiges dienstliches Interesse gerechtfertigt werden. Ein solches müsste in seinem Gewicht den in § 38 Abs. 3 Z 1, 2, 4 und 5 BDG 1979 beispielsweise umschriebenen Abberufungsinteressen gleichkommen, was hier nicht der Fall ist.



II. Zum angenommenen Zuweisungsinteresse:

- 39 Unstrittig ist, dass mit der Ausübung der dem Revisionswerber zugewiesenen Verwendung auch das „Anhalten von verdächtigen Personen“ verbunden ist. Der Revisionswerber hat sowohl im Verwaltungsverfahren als auch in seiner Beschwerde bestritten, über die für diese Tätigkeit erforderliche Ausbildung bzw. über die dafür erforderliche Eignung zu verfügen.
- 40 Vor diesem Hintergrund ist hier die Rechtsfrage maßgeblich, inwiefern ein Zuweisungsinteresse vom Gewicht des § 38 Abs. 3 Z 3 BDG 1979 das Vorliegen einer Ausbildung bzw. einer Eignung des Beamten für den Zielarbeitsplatz voraussetzt.
- 41 In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die in § 38 Abs. 3 Z 2 BDG 1979 in seiner bis 30. Juni 2012 in Kraft gestandenen Fassung für die Bejahung eines wichtigen Zuweisungsinteresses ausdrücklich umschriebene Voraussetzung, wonach der Beamte die für den Zielarbeitsplatz erforderliche Ausbildung und Eignung aufzuweisen hat, durch die Novelle BGBl. I Nr. 35/2012 weggefallen ist.
- 42 Wie sich aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Novellierung ergibt, sollte letztere dem Abbau von „Versetzungsbarrrieren“ dienen, wobei jedoch weiterhin die Eignung des Beamten für den Zielarbeitsplatz zu prüfen ist.
- 43 Aus dem Vorgesagten folgt zunächst, dass das Fehlen einer Ausbildung für am Zielarbeitsplatz zu verrichtende Tätigkeiten der Annahme eines wichtigen dienstlichen Zuweisungsinteresses per se nicht mehr entgegensteht, wohl aber die Eignung des Beamten für den Zielarbeitsplatz weiterhin zu prüfen ist. Dafür sprechen insbesondere die Gesetzesmaterialien sowie der Umstand, dass ein wichtiges dienstliches Interesse an der Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem dafür ungeeigneten Beamten nicht angenommen werden kann.
- 44 Die nach wie vor für die Annahme eines wichtigen Zuweisungsinteresses erforderliche „Eignung“ kann somit auch dann vorliegen, wenn der Beamte am Zielarbeitsplatz erst im Zuge einer Einarbeitungsphase unter besonderer Aufsicht seiner Vorgesetzten für einzelne Tätigkeiten ausgebildet werden muss.



Dies setzt allerdings voraus, dass die gesundheitliche, körperliche und psychische Verfassung des Beamten erwarten lässt, er werde nach einer zumutbaren Ausbildungs- und Einarbeitungsphase die volle Eignung für den Zielarbeitsplatz erlangen.

- 45 Das Bundesverwaltungsgericht hat zu diesen Fragen keine Beweise aufgenommen, sondern lediglich ausgeführt, dass der Revisionswerber schon vergleichbare Tätigkeiten ausgeübt habe. Es hat aber nicht geprüft, ob in diesem Zusammenhang die Anhaltung verdächtiger Personen durch den Revisionswerber überhaupt erfolgt ist, was dieser ausdrücklich bestritten hat.
- 46 Es kann daher keinesfalls davon ausgegangen werden, dass das Bundesverwaltungsgericht mängelfrei festgestellt hätte, der Revisionswerber sei für die oben umschriebene Aufgabe seines Arbeitsplatzes ausgebildet und geeignet. Die Prüfung dieser Frage hätte eine eingehende Auseinandersetzung mit dem oben wiedergegebenen Vorbringen des Revisionswerbers in seiner Beschwerde und eine Aufnahme der hiezu angebotenen Beweise durch das Bundesverwaltungsgericht bedurft.
- 47 Insbesondere hätte es auch dem Vorbringen des Revisionswerbers betreffend seine - einer Anhaltung verdächtiger Personen offenkundig entgegenstehenden - „Konfrontationsängste“ nachzugehen gehabt. Es hätte sich in diesem Zusammenhang nicht auf das Argument zurückziehen dürfen, der Revisionswerber habe es unterlassen (gleichsam initiativ) eine ärztliche Bestätigung darüber vorzulegen. Vielmehr wäre es gehalten gewesen, zunächst die für die Richtigkeit dieser Behauptung ins Treffen geführten Beweismittel, insbesondere die Parteienvernehmung des Revisionswerbers durchzuführen und bei Verdichtung der Hinweise auf eine derartige Beeinträchtigung in Befolgung des Amtswegigkeitsgrundsatzes eine medizinische Abklärung auch ohne ausdrücklich darauf gerichteten Antrag des Revisionswerbers zu veranlassen. An die Prüfung der Zulässigkeit von Versetzungen bei in ihrer körperlichen Leistungsfähigkeit eingeschränkten Beamten ist im Hinblick auf die auch den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber treffende Fürsorgepflicht ein strenger Maßstab anzulegen. Dabei ist zu klären, ob der Beamte auf Grund seiner gesundheitlichen Verfassung in der Lage ist, die Aufgaben eines



Zielarbeitsplatzes überhaupt zu erfüllen (vgl. hierzu etwa den Bescheid der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt vom 15. November 2010, 74/11-BK/10, dessen hier zitierten Aussagen sich der Verwaltungsgerichtshof anschließt). Verneinendenfalls wäre die Zuweisung eines solchen Zielarbeitsplatzes selbst bei vorliegendem Abberufungsinteresse von der bisherigen Verwendung unzulässig.

- 48 Selbst wenn der Revisionswerber aber im Sinne des Vorgesagten für den Zielarbeitsplatz „geeignet“ wäre, wäre ein dem § 38 Abs. 3 Z 3 BDG 1979 entsprechendes wichtiges Zuweisungsinteresse nur dann zu bejahen, wenn darüber hinaus auch „keine geeigneten Bewerberinnen oder Bewerber vorhanden sind“.
- 49 Anders als der für eine amtswegige Versetzung an einen anderen Dienstort im Verständnis des § 38 Abs. 4 Z 2 BDG 1979 „zur Verfügung stehende“ Beamte ist ein „geeigneter Bewerber“ nur ein solcher, der von sich aus, also freiwillig seine Betrauung mit dem in Rede stehenden Arbeitsplatz anstrebt.
- 50 Das Vorhandensein geeigneter Bewerber hat der Revisionswerber in seiner Beschwerde ausdrücklich behauptet und hierfür auch Beweisanbote gestellt, über die sich das Bundesverwaltungsgericht gleichfalls hinweggesetzt hat. Um die Voraussetzung des „Nichtvorhandenseins geeigneter Bewerber“ nachzuweisen, hätte die Dienstbehörde darzulegen gehabt, in welchem Zeitraum und wodurch für die vakante Stelle eine Interessentensuche nach „geeigneten Bewerbern“ durchgeführt wurde und welche Ergebnisse diese erbracht hat. Feststellungen in diese Richtung enthält weder der dienstbehördliche Bescheid noch das angefochtene Erkenntnis.
- 51 Auch enthält das angefochtene Erkenntnis keine nachvollziehbare Widerlegung der Behauptung des Revisionswerbers, der Zielarbeitsplatz sei besetzt.
- 52 Darüber hinaus wird in der Ausführung seiner Revision auch zutreffend gerügt, dass es das Bundesverwaltungsgericht unterlassen hat, die beantragte mündliche Verhandlung durchzuführen.



- 53 Art. 6 Abs. 1 EMRK ist nämlich auch auf dienstrechtliche Streitigkeiten öffentlich Bediensteter anzuwenden, insoweit derartige Streitigkeiten durch die innerstaatliche Rechtsordnung geregelte, subjektive Rechte oder Pflichten des jeweils betroffenen Bediensteten zum Gegenstand haben. Dazu gehört auch ein Versetzungsverfahren (vgl. hiezu etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. September 2010, B 1368/08 = VfSlg. Nr. 19.145). Ein Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht erfolgt. Im Hinblick darauf, dass vorliegendenfalls - wie aufgezeigt - zahlreiche Sachverhaltsfragen strittig waren, durfte sich das Bundesverwaltungsgericht auch nicht auf die Ausnahme von der Verhandlungspflicht für (nicht besonders komplexe) Rechtsfragen und rein technische Sachverhaltsfragen stützen.
- 54 Das angefochtene Erkenntnis ist aus den dargelegten Gründen sowohl inhaltlich rechtswidrig als auch mit den aufgezeigten Verfahrensmängeln behaftet. Da sich der Verwaltungsgerichtshof zu einer Entscheidung in der Sache selbst nicht veranlasst sieht, war es infolge Prävalierens des Aufhebungsgrundes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 55 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013. Neben dem Pauschalbetrag für den Ersatz des Schriftsatzaufwandes sind Kosten aus dem Titel der Umsatzsteuer nicht zuzusprechen.
- 56 Von der vom Revisionswerber beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte aus dem Grunde des § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG Abstand genommen werden, weil die Schriftsätze der Parteien und die Akten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache, soweit sie für den Ausgang des Revisionsverfahrens von Bedeutung ist, nicht erwarten lässt. Art. 6 Abs. 1 EMRK steht dem nicht entgegen, weil mit dem vorliegenden Erkenntnis dem Rechtsstandpunkt des Revisionswerbers weitgehend Rechnung getragen wurde und er darüber hinaus im fortgesetzten Verfahren vor dem



Bundesverwaltungsgericht ohnedies das Recht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch dieses hat.

W i e n , am 22. Juni 2016

