

Verfassungsgerichtshof  
Judenplatz 11, 1010 Wien  
B 2379/07-11

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. K o r i n e k

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Dr. H o l z i n g e r ,

Dr. K a h r ,

Dr. L i e h r und

Dr. M ü l l e r

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. K o p e t z ,

(3. März 2008)

in der Beschwerdesache des Mag. Roland H o r n g a c h e r ,  
(...) , vertreten durch das Rechtsanwaltsbüro Soyer und Embacher,  
Kärntner Ring 6, 1010 Wien, gegen den Bescheid der  
Berufungskommission beim Bundeskanzleramt vom 5. November 2007,  
GZ 166/10-BK/07, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung  
gemäß Art. 144 B-VG zu Recht erkannt:

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen  
Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten  
Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm  
in seinen Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den  
Verwaltungsgerichtshof wird abgewiesen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. 1.1. Der Beschwerdeführer ist Beamter der Verwendungs-  
gruppe E1 bei der Sicherheitsdirektion Wien. Mit Bescheid der  
Sicherheitsdirektion Wien (als Dienstbehörde 1. Instanz) vom  
14. Mai 2007 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 40 Abs. 2 Z 1 iVm  
§ 38 Abs. 2 und 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG  
1979 aus wichtigem dienstlichen Interesse von seiner bisherigen  
Verwendung als Landespolizeikommandant des Landespolizeikommandos  
Wien, Verwendungsgruppe E1/Funktionsgruppe 12, abberufen und mit  
einem Arbeitsplatz im Büro für Budget, Logistik und Infrastruktur  
als leitender Beamter im Kraftfahrreferat, Verwendungsgruppe  
E1/Funktionsgruppe 3, betraut; zudem wurde gemäß § 38 Abs. 7 BDG  
1979 festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Gründe für die  
Verwendungsänderung zu vertreten habe.

In der Folge wurden die Bezüge des Beschwerdeführers mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2007 entsprechend dem neu zugewiesenen Arbeitsplatz umgestellt.

1.2. Gegen diesen Verwendungsänderungsbescheid erhob der Beschwerdeführer am 29. Mai 2007 Berufung bei der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt. Diese setzte das Berufungsverfahren gemäß § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung des beim Landesgericht für Strafsachen Wien gegen den Beschwerdeführer anhängigen gerichtlichen Strafverfahrens aus.

1.3. Mit Schreiben vom 23. August 2007 beantragte der Beschwerdeführer bei der Sicherheitsdirektion Wien (als Dienstbehörde 1. Instanz) gemäß § 12 Abs. 2 des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, seiner Berufung gegen den Verwendungsänderungsbescheid die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, da auf Grund der Aussetzung des Berufungsverfahrens eine Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides in naher Zukunft nicht absehbar sei und dies eine erhebliche Bezugskürzung auf unbestimmte Dauer bedeute.

Mit Bescheid vom 18. September 2007 wurde dieser Antrag von der Sicherheitsdirektion Wien gemäß § 38 Abs. 7 BDG 1979 abgewiesen. Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass gemäß § 41f BDG 1979 der § 64 Abs. 2 AVG im Verfahren vor der Berufungskommission nicht anwendbar sei und demzufolge auch § 12 Abs. 2 DVG, der auf § 64 AVG Bezug nehme, nicht einschlägig sei. § 38 Abs. 7 BDG 1979 schließe die aufschiebende Wirkung einer Berufung gegen einen Verwendungsänderungsbescheid ausdrücklich aus. Daher sei dem Beschwerdeführer mit Zustellung des Bescheides vom 14. Mai 2007 rechtswirksam eine neue Verwendung zugewiesen worden, weshalb ihm ab 1. Juni 2007 der Monatsbezug entsprechend seiner neuen Verwendung in der Verwendungsgruppe E1/Funktionsgruppe 3 gebühre. Ein Ermessensspielraum der Dienstbehörde bei der Zuerkennung einer allfälligen aufschiebenden Wirkung bestehe nicht.

1.4. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung bei der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt und beantragte, den angefochtenen Bescheid der Sicherheitsdirektion Wien vom 18. September 2007 ersatzlos aufzuheben und seiner Berufung vom 29. Mai 2007 die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt gab der Berufung mit Bescheid vom 5. November 2007 keine Folge.

2. Gegen diesen Bescheid der Berufungskommission vom 5. November 2007 richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Unversehrtheit des Eigentums sowie in Rechten wegen Anwendung der behaupteter Maßen verfassungswidrigen Bestimmung des § 38 Abs. 7 zweiter Satz BDG 1979, BGBl. 333 idF BGBl. I 123/1998, geltend gemacht und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides, für den Fall der Abweisung der Beschwerde oder der Ablehnung der Beschwerdebehandlung die Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG beantragt wird.

Die Berufungskommission legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

II. 1. Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

1.1. Die §§ 38, 40 und 41f BDG 1979, BGBl. 333 idF BGBl. I 123/1998, lauten auszugsweise:

#### "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 pro-

visorischen Dienstverhältnisses ist eine Versetzung auch ohne wichtiges dienstliches Interesse zulässig.

(3)-(6) ...

(7) Die Versetzung ist mit Bescheid zu verfügen; in diesem ist festzustellen, ob der Beamte die für die Versetzung maßgebenden Gründe gemäß §§ 141a, 145b oder 152c BDG 1979 zu vertreten hat oder nicht. Eine Berufung gegen diesen Bescheid hat keine aufschiebende Wirkung. Der vom Beamten zuletzt innegehabte Arbeitsplatz darf bis zur Rechtskraft des Bescheides nicht auf Dauer besetzt werden.

(8) ..."

#### "Verwendungsänderung

§ 40. (1) Wird der Beamte von seiner bisherigen unbefristeten oder befristeten Verwendung abberufen, so ist ihm gleichzeitig, wenn dies jedoch aus Rücksichten des Dienstes nicht möglich ist, spätestens zwei Monate nach der Abberufung eine neue Verwendung in seiner Dienststelle zuzuweisen. § 112 wird hiedurch nicht berührt.

(2) Die Abberufung des Beamten von seiner bisherigen Verwendung ist einer Versetzung gleichzuhalten, wenn

1. die neue Verwendung der bisherigen Verwendung des Beamten nicht mindestens gleichwertig ist oder

2. durch die neue Verwendung eine Verschlechterung für die Beförderung des Beamten in eine höhere Dienstklasse oder Dienststufe zu erwarten ist oder

3. dem Beamten keine neue Verwendung zugewiesen wird.

(3) Die neue Verwendung ist der bisherigen Verwendung gleichwertig, wenn sie innerhalb derselben Verwendungsgruppe derselben Funktions- oder Dienstzulagengruppe zugeordnet ist.

(4) ..."

#### "Anwendung des AVG und des Zustellgesetzes

§ 41f. (1) Soweit in diesem Abschnitt nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren vor der Berufungskommission

1. das AVG mit Ausnahme der §§ 2 bis 4, 12, 42 Abs. 1 und 2, 51 und 51a, 57, 63 Abs. 1, 64 Abs. 2, 64a, 67a bis 68 und 75 bis 80 sowie

2. das Zustellgesetz, BGBl. Nr. 200/1982, anzuwenden. Auf das Verfahren über die Berufung gegen einen Einleitungs- oder Verhandlungsbeschluß der Disziplinkommission ist § 105 anzuwenden.

(2) ..."

1.2. § 64 AVG, BGBl. 51/1991, lautet:

"§ 64. (1) Rechtzeitig eingebrachte Berufungen haben aufschiebende Wirkung.

(2) Die Behörde kann die aufschiebende Wirkung ausschließen, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen."

1.3. Die §§ 1 und 12 DVG, BGBl. 29/1984 idF BGBl. I 80/2005, lauten auszugsweise:

"Anwendungsbereich

§ 1. (1) Auf das Verfahren in Angelegenheiten des öffentlich-rechtlichen Dienst-, Ruhe- oder Versorgungsverhältnisses (im folgenden 'Dienstverhältnis' genannt) zum Bund, den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51, mit den nachstehenden Abweichungen anzuwenden.

(2) ...

(3) Auf das Verfahren in Disziplinar-(Dienststraf)-angelegenheiten ist dieses Bundesgesetz nicht anzuwenden, wenn die Gesetze und Verordnungen dafür ein besonderes Verfahren vorschreiben.

(4) ..."

"Zu den §§ 63 und 64 AVG

§ 12. (1) Im Dienstrechtsverfahren steht der Partei das Recht der Berufung zu, soweit dieses Recht nicht durch Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen ist.

(2) Berufungen haben im Dienstrechtsverfahren keine aufschiebende Wirkung, sofern nicht in den Gesetzen und Verordnungen die aufschiebende Wirkung ausdrücklich zuerkannt ist oder durch Bescheid die aufschiebende Wirkung ausgesprochen wird. Die aufschiebende Wirkung ist auszusprechen, wenn mit dem Bescheid Rechte des Bediensteten aberkannt oder gemindert werden, es sei

denn, daß die vorzeitige Vollstreckung im Interesse des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzuge dringend geboten ist.

(3) Wird der angefochtene Bescheid zugunsten des Berufungswerbers abgeändert, so kann in der Berufungsentscheidung ausgesprochen werden, daß die Entscheidung auf den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides zurückwirkt. Die Rückwirkung ist auszusprechen, wenn sich dies zugunsten der Partei auswirkt."

2.1. Die Berufungskommission begründet ihre Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

"Der BW [di. der Beschwerdeführer im vorliegenden verfassungsgerichtlichen Verfahren] vermeint, die erstinstanzliche Behörde habe der Berufung gegen den Verwendungsänderungsbescheid aufschiebende Wirkung zuerkennen müssen, da sich dies aus § 64 Abs. 1 AVG und § 12 Abs. 2 DVG ergebe. Diesen rechtlichen Ausführungen in der Berufung kann nicht gefolgt werden: Die vom BW vertretene Rechtsansicht würde voraussetzen, dass das DVG (und damit sein § 12 Abs. 2) vorliegendenfalls überhaupt anwendbar wäre.

Nun ordnet aber § 41f Abs. 1 Z 1 BDG an, dass 'im Verfahren vor der Berufungskommission' das AVG mit Ausnahme der in dieser Ziffer ausdrücklich angeführten Bestimmungen anzuwenden ist. Demgegenüber findet sich in der genannten Bestimmung keine Anordnung der Anwendbarkeit des DVG. Dieses bestimmt zwar in seinem § 1 Abs. 1, dass u.a. auf das Verfahren in Angelegenheiten eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zum Bund das AVG mit den nachstehenden (im DVG geregelten) Abweichungen Anwendung findet. § 41f Abs. 1 Z 1 BDG geht aber für das Verfahren vor der Berufungskommission als *lex specialis* und *lex posterior* dem § 1 Abs. 1 DVG vor, wodurch die Anwendung der im DVG geregelten Abweichungen vom AVG (mithin auch der § 12 DVG) im Verfahren vor der Berufungskommission nicht in Betracht kommt.

...

§ 12 Abs. 2 DVG ist aber auch deshalb nicht anwendbar, weil ... mit § 38 Abs. 7 BDG ein abschließendes Regime für die Wirkung von Berufungen gegen Bescheide betreffend Versetzung und qualifizierte Verwendungsänderung besteht. Dieses wiederum stellt ein sowohl dem DVG als auch dem § 41f BDG vorrangiges Regulationssystem dar. In Ansehung der letztgenannten Norm ergibt sich dies aus dem dort enthaltenen Vorbehalt selbst, in Ansehung des DVG daraus, dass § 38 Abs. 7 BDG *lex specialis* und *lex posterior* ist.

§ 64 Abs. 1 AVG, der die aufschiebende Wirkung einer Berufung vorsieht, ist demnach zwar grundsätzlich auf das Verfahren vor der Berufungskommission nach § 41f Abs. 1 Z 1 BDG anzuwenden, allerdings gelangt im vorliegenden Fall § 64 Abs. 1 AVG auf Grund der Sonderbestimmung des § 40 Abs. 2 iVm § 38 Abs. 7 Satz 2 BDG nicht zur Anwendung. Demnach kommt einer Beru-

fung gegen einen Versetzungs- oder Verwendungsänderungsbescheid keine aufschiebende Wirkung zu. ..."

2.2. Der Beschwerdeführer bringt dazu im Wesentlichen Folgendes vor:

"Der von der Berufungsbehörde herangezogene § 41f BDG normiert, dass lediglich § 64 Abs 2 AVG nicht, Abs 1 allerdings sehr wohl zur Anwendung kommt. Daraus ist abzuleiten, dass rechtzeitig eingebrachten Berufungen im Disziplinarrecht der Beamten aufschiebende Wirkung im Sinne des Rechtsschutzprinzips gem § 64 Abs 1 AVG zukommt.

...

Gemäß § 12 Abs. 2 DVG haben Berufungen im Dienstrechtsverfahren keine aufschiebende Wirkung, sofern nicht in den Gesetzen und Verordnungen die aufschiebende Wirkung ausdrücklich zuerkannt ist oder durch Bescheid die aufschiebende Wirkung ausgesprochen wird. § 12 Abs. 2 DVG normiert weiters, dass die aufschiebende Wirkung auszusprechen ist, wenn mit dem Bescheid Rechte des Bediensteten aberkannt oder gemindert werden, es sei denn, dass die vorzeitige Vollstreckung im Interesse des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzuge dringend geboten ist.

Aus dem Sinnzusammenhang des § 12 DVG ergibt sich für den Berufungswerber folglich, dass die Behörde unter den in § 12 Abs 2 zweiter Satz DVG normierten Voraussetzungen eine aufschiebende Wirkung auszusprechen hat bzw. gehabt hätte. Dies wird im Hinblick auf § 64 AVG betont.

...

Einen derartigen Fehler [dh. einen Fehler, der mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist,] hat die Behörde durch die Anwendung des § 38 Abs 7 zweiter Satz BDG 1979 begangen. Sie hat nämlich die gesetzliche Vorschrift des § 64 Abs 1 AVG, die der Anwendung des § 38 Abs 7 BDG entgegensteht, angewendet [sic!]. Eine derartige Gesetzesanwendung ist einer Gesetzlosigkeit gleichzuhalten, weshalb der Beschwerdeführer im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Unversehrtheit des Eigentums nach Art 1 des 1. ZPEMRK verletzt ist.

...

Dem angefochtenen Bescheid ist weiters anzulasten, dass er sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützt, nämlich auf § 38 Abs 7 zweiter Satz BDG 1979 idGF BGBl I Nr. 123/1998 ('Eine Berufung gegen diesen Bescheid hat keine aufschiebende Wirkung'). Dadurch ist aber der Beschwerdeführer in seinem (einfachgesetzlich/verfassungsgesetzlich) gewährleisteten Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums verletzt.

...

Durch die Wortfolge 'Eine Berufung gegen diesen Bescheid hat keine aufschiebende Wirkung' in § 38 Abs 7 zweiter Satz BDG ist der verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechtsschutz der betroffenen Partei nicht gewährleistet. Wie bereits in der Berufung dargelegt, ergibt sich dies aus der dem rechtsstaatlichen Prinzip hervorgehenden rechtsschutzfreundlichen Auffassung des VfGH, der eine aufschiebende Wirkung eines Bescheides bejaht, wenn dieser für den Berufungswerber eine nachteilige Rechtswirkung entfaltet (Hengstschläger/Leeb, AVG, 3. Teilband, § 64 Rz 14). Die gegen- teilige Auslegung des § 38 Abs 7 zweiter Satz BDG widerspricht einer verfassungskonformen Interpretation.

Wenn die belangte Behörde daher - entgegen diesen Aus- führungen - eine aufschiebende Wirkung der Berufung nicht zuer- kennt, widerspricht der hier angefochtene Bescheid den bundesver- fassungsrechtlichen Prinzipien über den Rechtsschutz (VfSlg 14.671/1996)."

III. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Der Behauptung des Beschwerdeführers, § 38 Abs. 7 zweiter Satz BDG 1979, BGBl. 333 idF BGBl. I 123/1998, sei verfassungswidrig, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Wie sich aus den Gesetzesmaterialien (vgl. RV 1577 BlgNR 18. GP, 158) ergibt, soll der Berufung gegen den Versetzungs- bescheid deshalb keine aufschiebende Wirkung zukommen,

"um die vor allem bei Änderungen der Organisation der Bundesverwaltung (zB Auflassung von Arbeitsplätzen oder Dienst- stellen) gebotenen dienstrechtlichen Maßnahmen ohne unnötigen Verzug setzen zu können. Dem Rechtsschutzinteresse des zu ver- setzenden Beamten wird dort, wo der Arbeitsplatz weiter bestehen bleibt, dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß er, falls er im Verfahren vor der Berufungskommission obsiegt, ein Anrecht auf die Rückkehr auf seinen bisherigen Arbeitsplatz hat. Dies soll dadurch sichergestellt werden, daß der vom Beamten zuletzt inne- gehabte Arbeitsplatz bis zur Rechtskraft des Versetzungsbeschei- des nicht auf Dauer, sondern nur provisorisch besetzt werden darf."

Der Verfassungsgerichtshof vertritt in ständiger Recht- sprechung (vgl. zB VfSlg. 11.196/1986 und 17.346/2004) die Auf-

fassung, dass es unter dem Aspekt des rechtsstaatlichen Prinzips nicht angehe, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist; zu berücksichtigen seien in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur seine Position, sondern auch Zweck und Inhalt der Regelung, ferner die Interessen Dritter sowie schließlich das öffentliche Interesse; der Gesetzgeber habe unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich zu schaffen, wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt und dessen Einschränkung nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig sei.

Vor diesem Hintergrund bestehen aber gegen die hier in Rede stehende Regelung insofern keine verfassungsrechtlichen Bedenken, als der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des § 38 Abs. 7 zweiter und dritter Satz BDG 1979 den verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich zwischen dem Rechtsschutzinteresse des betroffenen Beamten einerseits und dem (öffentlichen) Interesse des Dienstgebers andererseits, die hier in Betracht kommenden dienstlichen Maßnahmen ohne unnötigen Verzug setzen zu können, geschaffen hat.

Der Beschwerdeführer ist somit durch den bekämpften Bescheid nicht in Rechten wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verletzt.

2. Durch einen verfahrensrechtlichen Bescheid kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 13.414/1993 mwH) in ein anderes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht als in das Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz und in das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter nicht eingegriffen werden.

Die Auffassung der belangten Behörde, dass die vom Beschwerdeführer begehrte Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung für seine Berufung gegen den Verwendungsänderungsbescheid im Hin-

blick auf § 38 Abs. 7 zweiter Satz BDG 1979 ausgeschlossen sei, ist - wie sich aus Pkt. III.1. ergibt - zutreffend.

Eine Verletzung des Beschwerdeführers im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter ist durch den angefochtenen Bescheid offenkundig nicht bewirkt worden.

Die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte hat sohin nicht stattgefunden.

3. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

4. Die vom Beschwerdeführer für den Fall der Abweisung seiner Beschwerde oder der Ablehnung der Beschwerdebehandlung beantragte Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof kommt nicht in Frage. Die Berufungskommission ist gemäß § 41a BDG 1979 als Kollegialbehörde nach Art. 133 Z 4 B-VG eingerichtet. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes ist in Angelegenheiten der Berufungskommission ausgeschlossen.

Der (Eventual-)Antrag, die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten, war daher abzuweisen.

5. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 3. März 2008

Der Präsident:

Dr. K o r i n e k

Schriftführerin:

Dr. K o p e t z

