

## Entscheidende Behörde

Berufungskommission

## Entscheidungsdatum

03.11.2011

## Geschäftszahl

108/13-BK/11

## Rechtssatz

Der in Berufung gezogene Bescheid nimmt eine einer Versetzung gleichzuhaltende qualifizierte Verwendungsänderung des Berufungswerbers (BW) vor. Für deren Rechtmäßigkeit ist nach § 38 Abs. 2 BDG das Vorliegen eines wichtigen dienstlichen Interesses Voraussetzung. Dieses wichtige dienstliche Interesse erblickt die Erstbehörde darin, dass der BW die Fähigkeiten oder den Willen nicht aufweise, um die Tätigkeit als Leiter des Generalstabes auszuüben. Es mangle ihm auch an der notwendigen sozialen Kompetenz und es sei aus näher dargestellten Gründen zu Konfliktsituationen und einem Vertrauensverlust (seines Vorgesetzten, des Ministers) in ihn gekommen. Gegen den BW war wegen der ihm nun vorgeworfenen Verhaltensweisen weder in der Vergangenheit noch jetzt ein DiszVerf anhängig.

Zum Vorliegen eines wichtigen dienstlichen Interesses im Zusammenhang mit dem hier als entscheidend angenommenen Vertrauensverlust des Vorgesetzten in den BW hat der VwGH wiederholt ausgesprochen, dass ein "wichtiges dienstliches Interesse" dann berührt wird, wenn ordnungsgemäß festgestellte Tatsachen den Schluss rechtfertigen, dass ein Bea die ihm in seiner Verwendung übertragenen Aufgaben nicht erfüllen will oder aus inneren oder äußeren Gründen nicht oder nicht mehr erfüllen kann. Der Versetzungsschutz (Schutz vor qualifizierten Verwendungsänderungen) bezweckt, den Bea vor sachlich nicht gerechtfertigten Personalmaßnahmen zu sichern. Vertrauensentzug kann ein wichtiges dienstliches Interesse an der Versetzung nicht begründen, wenn es an Feststellungen im vorher dargestellten Sinne fehlt. Andernfalls wäre nämlich der Bea Entschlüssen, Gesinnungen oder Gesinnungsänderungen seines Vorgesetzten in der Frage seiner Versetzung (Verwendungsänderung) ausgeliefert, selbst wenn diese Entschlüsse, Gesinnungen oder Gesinnungsänderungen durch nur in der subjektiven Sphäre des Vorgesetzten eingetretene und daher der Rechtskontrolle unzugängliche Momente bewirkt wären (siehe insbesondere das zur vergleichbaren Rechtslage nach der Dienstpragmatik ergangene Erk des VwGH vom 4.5.1972, VwSlg. 8230/A, und die Erk des VwGH zum BDG 1979 vom 27.2.1989, 88/12/0204, sowie vom 6.2.1989, 88/12/0164, und vom 25.1.1995, 94/12/0256). Auch im Sinne der Rechtsprechung (Rsp) der BerK kann ein für die Versetzung relevanter Vertrauensverlust nur dann vorliegen, wenn er sich auf Grund eindeutiger Sachverhaltsdarstellung ergibt. Der bloße Entzug des Vertrauens ist hierfür nicht ausreichend (BerK 22.8.2007, GZ 87/15- BK/07). Auch nicht jede Störung des Arbeitsklimas rechtfertigt bereits eine Versetzung (VwGH 27.2.1989, 88/12/0204). Der bewusste Verstoß gegen eine bestimmte Weisung des Vorgesetzten durch den Bea muss zu einer schweren Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Vorgesetzten und dem Bea führen, welche eine weitere Verwendung in der Leitungsfunktion nicht mehr zulässt. Dabei muss das Verhalten des Bea objektiv und vor dem Hintergrund der rechtlichen Rahmenbedingungen beurteilt werden (BerK 5.6.2008, GZ 22/24-BK/08). Bei der objektiven Prüfung des Vertrauensverlustes ist auf alle Umstände zu achten, die geeignet sind, als Indizien für fehlendes oder aber weiterhin bestehendes Vertrauen gegenüber dem betroffenen Bea herangezogen zu werden. Aus der Rsp ist ableitbar, dass dabei zB auf Belohnungen (vgl. BerK 7.4.2008, GZ 144/17- BK/07) und Beförderungen (VwGH 7.4.1987, 86/12/0246; in diesem Sinne auch VwGH 25.9.1989, 89/12/0127), die nach den vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen und in Kenntnis dieser erfolgten, aber auch auf den Aspekt des für die Ergreifung dienstrechtlicher Maßnahmen ungenützten Zeitablaufes nach der vorgeworfenen Dienstpflichtverletzung Bedacht zu nehmen ist. Solche Umstände sprechen gegen die Berechtigung der Annahme, es sei ein Vertrauensverlust eingetreten bzw noch immer aufrecht. (Vgl. grundlegend zum Aspekt des Zeitablaufes zwischen Verfehlung und dienstrechtlicher Maßnahme VwGH 14.12.1994, 94/12/0217, VwSlg 14.184 A/1994). Der Aspekt des Zeitablaufes nach einer bekannt gewordenen Verfehlung wird auch im Arbeitsrecht bei arbeitsrechtlichen Schritten wie Kündigung bzw Entlassung maßgeblich berücksichtigt. Auch wenn die dort zur Anwendung gelangenden Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht keine Rolle spielen, so ist doch der Grundgedanke, wonach ein zu spätes Reagieren des Dienstgebers auf ein Fehlverhalten des Dienstnehmers zur Verwirkung von Kündigungs(Entlassungs)gründen führt, im Grundsatz auch auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis übertragbar. So hat der VwGH zu § 105 ArbVG ausgesprochen, dass die Befugnis zur Geltendmachung von Gründen, auf die sich die Kündigung stützt, untergeht, wenn der Arbeitgeber nicht rechtzeitig die Kündigung erklärt (Verschweigung, Verwirkung); die Kündigung ist daher grundsätzlich ehestens auszusprechen (vgl. VwGH 12.3.1980, 1140/77, 5.7.1977, 283/76).

Hinzuweisen ist auch auf die Rsp der Zivilgerichte zu § 27 AngG bzw. § 32 VBG, wonach eine Kündigung vom Arbeitgeber bei sonstiger Verwirkung des Kündigungsrechtes unverzüglich auszusprechen ist, nachdem ihm der Kündigungsgrund bekannt geworden ist (vgl. unter vielen OGH 10.10.2001, 9 ObA 140/01f, oder – auf die Entlassung bezogen – OGH 2.4.2009, 8 ObA 66/08a).

Aus diesen in der Rsp entwickelten Grundsätzen ergibt sich zusammengefasst, dass zu langes Zuwarten der DBeh nach einer Verfehlung des Bea zum einen oder ungeachtet der Verfehlungen vorgenommene Belohnungen und Beförderungen zum anderen eine Änderung des Sachverhaltes dahingehend bewirken können, dass diese Gründe nicht (oder nicht mehr) herangezogen werden können, um als Grundlage für das hinter einer Versetzung stehende wichtige dienstliche Interesse, insbesondere den Aspekt des Vertrauensverlustes, herangezogen zu werden.

Dies gilt aber umso mehr in einem Fall, in dem einem Bea in dem Zeitraum, in dem er die ihm nun vorgeworfenen Verfehlungen begangen haben soll, wiederholt, ausdrücklich und auch in der Öffentlichkeit seitens seines Vorgesetzten das Vertrauen ausgesprochen wird. Ausdrückliche Erklärungen, einem Bea zu vertrauen und sich auch in weiterer Zukunft auf ihn stützen zu wollen, weisen auf ein ungestörtes Vertrauensverhältnis, auf das Fehlen von Spannungen zwischen dem Vorgesetzten und dem Bea und auch darauf hin, dass der Vorgesetzte an der Erfüllung der Aufgaben des ArbPl durch den Bea in inhaltlicher Hinsicht nichts auszusetzen hat.

Im angefochtenen Bescheid ist davon die Rede, dass die näher dargestellten verschiedenen Vorfälle in den Jahren 2008 bis 2011 dazu geführt hätten, das Vertrauen des Vorgesetzten, also des Ministers, in den BW zu erschüttern. Dabei geht die DBeh davon aus, dass dem Vorgesetzten diese Verhaltensweisen des BW bekannt waren. Sie vertritt dabei die Ansicht, dass die mehrmaligen "Ermahnungen" zur auftragsgemäßen Erledigung der an den BW ergangenen Aufträge darauf hinwiesen, dass der Minister seit der Ernennung des BW bemüht gewesen sei, auf eine ordnungsgemäße Zusammenarbeit im Sinne eines möglichst effizienten und reibungslosen Dienstbetriebes hinzuwirken. Damit scheint die Erstbehörde zu meinen, die genannten Urgenzen verschiedener Erledigungen stellten "Ermahnungen" des Vorgesetzten gegenüber dem BW dar. Dieser Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zu folgen.

Zum einen deshalb, weil den diesbezüglich vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen ist, dass der Minister – als einziger Vorgesetzter des BW – selbst unmittelbar in die entsprechenden Aktenverläufe eingeschaltet gewesen sei und dabei gegenüber dem BW in dienstrechtlicher Hinsicht aktiv geworden wäre. Zum anderen ist nach Ansicht der BerK die Urgenz einer Erledigung qualitativ etwas völlig anderes als eine Ermahnung durch den Vorgesetzten; davon, dass der Vorgesetzte des BW diesen im genannten Zeitraum immer wieder "ermahnt" habe, kann daher keine Rede sein (vgl dazu näher RS 4). Der BW bringt in der Berufung in Bezug auf den Zeitraum des ihm vorgeworfenen Fehlverhaltens auch vor, dass sein Vorgesetzter ihm im Jahr vor der Abberufung mehrfach und auch öffentlich das Vertrauen ausgesprochen habe. Aus den Vertrauensbekundungen des Ministers gegenüber dem Generalstabschef, auch in der Öffentlichkeit (Ersuchen des Bundesministers am 18. Jänner 2010 und neuerlich im September 2010 an den BW, "zumindest so lange als Chef des Generalstabes zu fungieren, als er Minister sei"; öffentliche Äußerungen am 26. Februar 2010 und gleichlautend anlässlich einer Nationalratsdebatte über die Einsatzfähigkeit des Bundesheeres am 20. Mai 2010, wonach „zwischen ihn (den Minister) und den BW kein Blatt Papier passe“; Äußerung des Ministers in der genannten Nationalratsdebatte, wonach der BW "der beste Mann im Bundeheer sei", Interview des Ministers in "Heute" am 19. Jänner 2011, wonach "zwischen ihn und den Generalstab kein Blatt Papier passe."), insbesondere den wiederholten Ersuchen, sein Amt so lang zu bekleiden, als er Minister sei, ist im hier relevanten Zusammenhang der Schluss zu ziehen, dass die dem BW in diesem Zeitraum und davor nun angekreideten Verhaltensweisen nicht die Schwere gehabt haben können, um zu einer Beeinträchtigung oder gar zu einem Wegfall des Vertrauens in den BW durch den Minister zu führen. Auch die dem BW attestierte Unfähigkeit oder der Unwille, seinen Aufgaben nachzukommen, kann in der Vergangenheit kein derartiges Ausmaß erreicht haben, wie die DBeh darstellt, zumal nicht anzunehmen ist, dass der Minister in Kenntnis der Unfähigkeit und des Unwillens des BW, sein Amt zufriedenstellend zu erfüllen, ihm dennoch in dieser besonderen Form und wiederholt sein Vertrauen ausgesprochen hätte.

Ersuchen dieser Art, die den Weiterverbleib des BW auf seinem ArbPl mit der Dauer des Amtes des Ministers selbst eng verknüpfen, stellen nach Ansicht der BerK einen ungewöhnlichen Vertrauensbeweis gegenüber dem BW dar, der bei ihm und nach außen zu Recht den Eindruck erwecken konnte, der Minister wäre mit seiner geleisteten Arbeit mehr als zufrieden.

Diese Erklärungen zeigen ein besonders gutes Einvernehmen zwischen den Genannten. Die BerK geht daher davon aus, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Minister und dem BW bis einschließlich 19. Jänner 2011 aufrecht war und kein Vertrauensverlust vorlag. Aus diesem Grund können Vorfälle, die sich in diesem Zeitraum (2008 bis 19. Jänner 2011) ereigneten und wo es keine Hinweise gibt, dass sie dem Vorgesetzten unbekannt geblieben wären, als Grundlage für das hinter der qualifizierten Verwendungsänderung stehende wichtige dienstliche Interesse ("Vertrauensverlust", aus mehreren Gründen mangelhafte Wahrnehmung der Aufgaben) nicht herangezogen werden. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen durch die DBeh aufgelisteten (angeblichen) Fehlleistungen des BW in diesem Zeitraum erübrigte sich daher. Nur ein Vorfall nach dem 19. Jänner 2011 hätte daher zu einem allenfalls auch für eine derartige einschneidende Maßnahme wie eine

Versetzung (qualifizierte Verwendungsänderung) ausreichenden, nach objektiven Kriterien zu prüfenden Vertrauensverlust führen können.

Nach der Rsp könnte auch eine einmalige schwer wiegende Dienstpflichtverletzung, die gegen den Kernbereich der Dienstpflichten eines Bea verstößt und auch sonst in keiner Weise eine Entschuldigung oder Rechtfertigung erfahren kann, zu einem Vertrauensverlust in den Bea und somit zu seiner Untragbarkeit führen (vgl. VwGH 18.4.2002, 2000/09/0176).

Der einzige nach dem 19. Jänner 2011 liegende, von der DBeh genannte Vorfall stellt das Interview mit dem BW am 23. Jänner 2011 dar.

Zu prüfen ist daher, ob das Interview vom 23. Jänner 2011 einen Vorgang darstellt, der vor dem Hintergrund der Rechtslage bei objektiver Betrachtung geeignet ist, einen Vertrauensverlust des Ministers in den Chef des Generalstabs zu rechtfertigen, der also so gravierend ist, dass die einschneidende rechtliche Maßnahme der qualifizierten Verwendungsänderung (Versetzung) damit (allein) gerechtfertigt werden kann.

Darauf, dass der BW mit der Darstellung seiner Einschätzung zum Thema „Abschaffung der Wehrpflicht“ das Recht der freien Meinungsäußerung missbraucht hätte oder dass er dieses Interview nicht mit diesem Inhalt hätte geben dürfen, hat die Dienstbehörde ihren Bescheid nicht gestützt. Ausdrücklich heißt es dort, dass die Dienstbehörde davon ausgehe, dass dem BW das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und Art. 13 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG) unbestritten auch in Bezug auf dieses Interview zustehe. Diese Ansicht der Dienstbehörde ist zutreffend. Art. 10 Abs. 2 MRK sieht zwar die Möglichkeit der Einschränkung des Rechtes auf Meinungsfreiheit vor; dass im vorliegenden Fall einer dieser Einschränkungen zutreffen würde, ist nicht erkennbar. Das Recht der freien Meinungsäußerung galt daher im Zusammenhang mit diesem Interview auch für den BW.

Die Dienstbehörde stellt weiters zutreffend fest, dass die politische Willensbildung betreffend der Agenden des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport dem Bundesminister für Landesverteidigung und Sport obliegt, dass aber wegen des verbrieften Rechts auf freie Meinungsäußerung in keiner Weise davon ausgegangen worden sei, dass sich der BW (bei Meinungsäußerungen) an die Auffassungen des Bundesministers für Landesverteidigung und Sport zu halten habe. Der Vorwurf der DBeh geht vielmehr in die Richtung, dass aus einer konkreten Passage des Interviews der Schluss ableitbar sei, der BW würde den Minister als einen unvernünftigen Menschen bezeichnen. Diese negativ deutbare Aussage in Bezug auf seinen Vorgesetzten sei als eine Überschreitung der sachlichen Grenzen zu werten, die sich mit der Funktion des BW als Chef des Generalstabes und oberster Berater des Ministers nicht vereinbaren lasse; es liege eine offensichtliche Beleidigung vor. Bei der Formulierung durch den BW „Warum soll ich ein neues System einführen, .... Kein vernünftiger Mensch würde das tun.“ erscheint der BerK der Charakter der Beleidigung des Vorgesetzten allerdings nicht so offenkundig wie der DBeh. Dem BW ist zuzugestehen, dass diese Formulierung üblicherweise nicht dazu dient, jemandem Verstandeskraft abzusprechen, sondern lediglich dazu, eine besondere Akzentuierung in der Sache zum Ausdruck zu bringen. Üblicherweise wird diese Formulierung neutral verwendet („Warum sollte man das tun ..... Kein vernünftiger Mensch würde das tun...“) und dient zur Stärkung der eigenen Argumentation in einer eher groben sprachlichen Form. Im vorliegenden Kontext bezieht sich diese Formulierung zudem ausdrücklich auf den BW selbst („Warum sollte ich ....?“). Umgekehrt ist der DBeh zu konzederen, dass die Argumentationsverstärkung durch Verwendung dieser starken sprachlichen Ausdrucksform auch missverstanden werden und den Eindruck erwecken kann, als wollte der Interviewte alle in dieser Sache andersdenkenden Personen, und damit keineswegs nur den Minister allein, als „unvernünftige Menschen“ bezeichnen.

Zwingend ist diese Annahme aber – auch bei objektivem Verständnis dieser Passage – nicht; eine „offensichtliche“, also auf der Hand liegende, Beleidigung des Ministers - wie die Dienstbehörde meint – ist ihr nach Ansicht der BerK nicht zu entnehmen, weil es dazu auch an einem unmittelbaren Bezug zur konkreten Person des Ministers, insbesondere an seiner namentlichen Nennung, fehlt.

Wollte man aber tatsächlich in dieser Passage eine Beleidigung des Ministers erblicken, so ist auf die Rsp des EGMR zu Art 10 MRK zu verweisen, wonach bei kritischen Äußerungen gegenüber Politikern (beim Minister handelt es sich um einen solchen) die Grenzen zulässiger Kritik weiter sind. Der Politiker hat selbstverständlich das Recht auf den Schutz seines guten Rufes, auch wenn er nicht als Privatmann handelt. Aber die Notwendigkeit dieses Schutzes muss abgewogen werden mit den Interessen einer offenen Diskussion politischer Fragen (EGMR 1.7.1997, NJW 1999, 1321 Nr. 29 – Oberschlick/Österreich; EGMR 17.12.2004, 49017/99, Nr. 80, NJW 2006, 1645 – Pedersen u Baadsgard/Dänemark; vgl. dazu auch Meyer-Ladewig, Handkommentar zur EMRK,

3. Auflage, S 248, Rz 56 und Thienel, Rsp des EGMR 2010, ÖJZ 2011/S. 451 ff). Die dort aufgezeigten weiteren Grenzen zulässiger Kritik an einem Politiker führen aber dazu, dass im hier vorliegenden Fall die Eignung der in Rede stehenden Äußerung als "Beleidigung" und damit als Grundlage für einen Verlust des Vertrauens in den BW weiter schwindet. Dem BW kann im Zusammenhang mit dieser Passage des Interviews daher (nur) der Vorwurf gemacht werden, wegen der Gefahr der Missverständlichkeit dieser Äußerung nicht eine andere, vorsichtiger Wortwahl getroffen zu haben. Dieses in der Unvorsichtigkeit der Wortwahl liegende

Fehlverhalten erscheint aber für sich allein genommen und bei objektiver Betrachtung nicht geeignet, einen Vertrauensverlust seines Vorgesetzten herbeizuführen, der als Grundlage für die gesetzte einschneidende dienstrechtliche Maßnahme herangezogen werden kann. Dass der BW nicht gewillt wäre, in Zukunft die politischen Vorgaben des Ministers zu erfüllen, auch wenn er sie inhaltlich nicht teilt, wurde dem BW ebenfalls nicht vorgeworfen. Dafür gibt es auch keinen Anhaltspunkt.

Ein weiterer Vorwurf im Zusammenhang mit dem Interview geht dahin, dass der BW dieses Interview durchgeführt habe, ohne seinen Vorgesetzten hiervon in Kenntnis zu setzen. Hier bleibt aber offen und wird auch im angefochtenen Bescheid bzw in der Stellungnahme der DBeh nicht näher klargestellt, aufgrund welcher dem BW gegenüber ergangenen Weisung eine Verpflichtung bestand, den Minister vor bzw. nach – auch dies bleibt offen – dem Interview zu benachrichtigen.

Das vor dem 19. Jänner 2011 dem BW vorgeworfene Verhalten war bei der Wertung des Vertrauensverlustes aus den näher dargestellten Gründen nicht zu berücksichtigen. Dafür, dass die Vorwürfe – sollten sie nicht bereits verfristet sein und auch inhaltlich zu Recht bestehen – im Zeitraum zwischen dem letzten Vertrauensbeweis in den BW (19. Jänner 2011) bis zur (wenn auch in rechtswidriger Form erfolgten) Abberufung des BW von seinem ArbPl mit Weisung vom 24. Jänner 2011 bzw zur Dienstzuteilung vom 28. Februar 2011 ausgereicht hätten, um die Verwendungsänderung zu begründen, gibt es keine Anhaltspunkte. Das Interview vom 23. Jänner 2011 begründet schließlich ebenfalls keine ausreichenden Gründe für die Annahme, der BW wäre aus wichtigen dienstlichen Interessen zu versetzen.

Die im angefochtenen B genannten Gründe für ein wichtiges dienstliches Interesse an der qualifizierten Verwendungsänderung des BW liegen somit nicht vor. Der angefochtene B war daher gemäß § 66 Abs. 4 AVG ersatzlos zu beheben. Hinsichtlich der Zuständigkeit zur Erteilung von Weisungen s RS 2.