



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38710
Telefax: (43 01) 4000 99 38710
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-171/083/10084/2018-12
A. B.

Wien, 09.05.2019
Pet

Geschäftsabteilung: VGW-N

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine RichterInnen Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits L.L.M. als Vorsitzenden, Mag. Viti als Berichterin, Mag. Hornschall als Beisitzerin und Mag. Hassfurther sowie Kurt Wessely als fachkundige Laienrichter über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 13.07.2018 gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 2, Personalservice vom 14.06.2018, Zl. ..., betreffend Feststellung eines Urlaubsverbrauches, nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 08.01.2019 und am 25.02.2019,

zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 28 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, der angefochtene Bescheid behoben und festgestellt, dass Herr A. B. im Zeitraum vom 22.02.2017 bis einschließlich 27.02.2017, keinen gesetzlichen Urlaub (auf nämlich insgesamt 32 Urlaubsstunden) verbraucht hat.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Spruch und die Begründung des an den Beschwerdeführer gerichteten Bescheides lauten wie folgt:

I. Aufgrund Ihres Antrages vom 24. Mai 2018 wird festgestellt, dass Sie gemäß § 48 Abs. 1 der Dienstordnung 1994 (DO 1994), LGBl. Nr. 56 in der geltenden Fassung im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 gesetzlichen Urlaub, nämlich insgesamt 32 Urlaubsstunden, verbraucht haben.

II. Der Eventualantrag vom 24. Mai 2018, die Magistratsabteilung 2 des Magistrats der Stadt Wien möge die ab 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 festgesetzte Beurlaubung mit Dienstrechtsbescheid bestätigen bzw. festsetzen, wird als unzulässig zurückgewiesen.

B e g r ü n d u n g

Sie sind am 6. September 1982 in den Dienst der Stadt Wien eingetreten und stehen seit dem 1. November 1986 als Werkmeister in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien und waren zuletzt bei X. tätig.

Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 2-Personalservice, vom 24. Februar 2017, ZI. ..., wurden Sie vorläufig und mit Bescheid der Disziplinarkommission, Senat ..., vom 29. März 2017, ZI. ... endgültig vom Dienst suspendiert. Ihre dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien, GZ: VGW-171/008/7408/2017, vom 13. Juni 2017 als unbegründet abgewiesen.

Mit Schreiben vom 13. September 2017 brachten Sie, rechtsfreundlich vertreten, im Wesentlichen vor, dass Sie wegen des Vorwurfes der Geschenkkannahme am 20. Februar 2017 aufgefordert worden seien Ihre Dienststelle zu verlassen. Am 21. Februar 2017 seien Sie von der Stabstelle Interne Revision (von X., Anm.) davon in Kenntnis gesetzt worden, dass eine Beurlaubung bis einschließlich 5. März 2017 festgesetzt werde und Sie sich während dieser Beurlaubung für allfällige von der Dienstgeberin festgesetzte Termine bereit zu halten haben. In der Monatsübersicht Februar 2017 scheine im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 ein „in Anspruch genommener Erholungsurlaub“ auf. In den Kalenderwochen 8 und 9 sei von Ihnen zu keinem Zeitpunkt ein Erholungsurlaub beansprucht bzw. davor auch kein entsprechender Antrag gestellt worden. Sie hätten sich ausdrücklich gegen eine einseitige Festlegung eines Erholungsurlaubes in diesem Zeitraum ausgesprochen, da weder eine Anhörung stattgefunden habe, noch mit dieser Verfügung auf ihre persönlichen Verhältnisse Rücksicht genommen worden sei. Beide Voraussetzungen für die Festsetzung eines Erholungsurlaubes seien jedoch seitens der Dienstgeberin nicht erfüllt worden. Sie seien am 21. Februar 2017 im Zuge Ihrer Zwangsbeurlaubung ausdrücklich aufgefordert worden, sich bis einschließlich 5. März 2017 der Dienstgeberin zur Verfügung zu halten. Es sei Ihnen sohin in diesem Zeitraum verwehrt gewesen, sich zu Erholungszwecken freizügig zu bewegen. Sie hätten daher Ihre Dienststelle aufgefordert von dieser einseitig und rechtswidrig erfolgten Festsetzung eines Erholungsurlaubes in den

Kalenderwochen 8 und 9 des Jahres 2017 Abstand zu nehmen und das Personal- bzw. Zeitkonto entsprechend zu korrigieren.

Seitens des von X. beauftragten rechtsfreundlichen Vertreters wurde mit Stellungnahme vom 25. September 2017 ausgeführt, dass § 48 der Dienstordnung 1994 (im Folgenden: DO 1994) nicht auf ein ausdrückliches Ansuchen bzw. einen Antrag des Beamten abstelle. Es komme daher beim Erholungsurlaub auf die faktische Beanspruchung an. In diesem Zusammenhang habe der Verwaltungsgerichtshof bereits festgehalten, dass ein „Dienstversehen...nicht schon bei einer bloßen Beeinträchtigung der Freizeit erfüllt sei“ (vgl. VwGH vom 26.2.1990, ZI. 90/12/0103). Sie seien bereits am 20. Februar 2017 über den bestehenden Verdacht der rechtswidrigen Geschenkkannahme unterrichtet worden. Daher sei es offensichtlich gewesen, dass allfällige weitere Termine nur zur Klärung des Sachverhaltes stattfinden würden und Sie keinesfalls aus Versehen zum Dienst aufgefordert würden. Sohin könne aus der Tatsache, dass Sie sich bereithalten sollten, nicht abgeleitet werden, dass Sie dadurch Ihren Dienst erfüllten und deswegen keinen Erholungsurlaub gehabt hätten. Nach der klaren Formulierung sei es bloß um allfällige weitere Termine zur Klärung gegangen. Dies stehe schon auf Grund des zu erwartenden geringen Aufwandes sowie der geringen Wahrscheinlichkeit weiterer Termin einem Erholungszweck nicht entgegen. Zudem werde festgehalten, dass die angeforderte Bereithaltung auch eine allfällige Terminverschiebung auf Ihr Ersuchen hin keinesfalls ausgeschlossen hätte. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass durch dieses Ersuchen der faktische Erholungszweck und somit der faktische Erholungsurlaub untergraben worden sei. Festgehalten werde, dass keine gesetzliche Vorgabe über die Dokumentation der „Anhörung“ gemäß § 48 Abs. 1 DO 1994 bestünde. Die gesetzlich geforderte Anhörung sei an keinerlei Formalvoraussetzungen geknüpft. § 48 Abs. 1 DO 1994 sehe bei der Festsetzung des Erholungsurlaubes eine angemessene Rücksichtnahme auf die Interessen des Beamten vor. Der Begriff „angemessen“ impliziere eine Abwägung zwischen den dienstlichen Interessen und den persönlichen Interessen. Die Interessensabwägung habe ergeben, dass aufgrund des bestehenden Verdachtes der Geschenkkannahme Ihre weitere dienstliche Tätigkeit den Interessen der Dienstgeberin widerspreche. Zudem habe die Gefahr der Beschädigung des Ansehens des Amtes bestanden. Die genannten schwerwiegenden Gründe führten zu einer Nachreihung Ihrer persönlichen Interessen hinsichtlich der Festsetzung des Urlaubes. Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 DO 1994 über die Festsetzung des Urlaubes seien eingehalten worden, weil Ihnen sehr wohl Gelegenheit zur Äußerung eingeräumt worden sei und Ihre persönlichen Verhältnisse im Rahmen einer Interessensabwägung angemessen berücksichtigt worden seien. Der Begriff „festsetzen“ im § 48 DO 1994 weise eindeutig auf einen einseitigen Akt des Leiters der Dienststelle hin. Zudem sei gemäß § 48 Abs. 2 DO 1994 eine abändernde Verfügung der Urlaubszeit nicht ausgeschlossen. Bei Vorliegen von zwingenden dienstlichen oder in der Person des Beamten liegenden Gründen könne eine einseitige Abänderung des bereits festgesetzten Urlaubes erfolgen. Im vorliegenden Fall liegen auf Grund des bestehenden Verdachts sowohl in der Person des Beamten liegende Gründe als auch zwingende dienstliche Gründe vor, die eine Beurlaubung aus Sicht der Dienstgeberin unumgänglich gemachten haben. Vor diesem Hintergrund sei die Dienstgeberin berechtigt gewesen den Urlaub festzusetzen. Im Ergebnis könne in der Mitteilung, dass Sie sich für weitere Termine zur Verfügung zu halten haben, keinerlei Anordnung zur Dienstverrichtung oder zur Bereithaltung zur Dienstverrichtung erblickt werden.

Daher sei dieses Ersuchen auch nicht als Hindernis für eine faktische Vornahme des Erholungsurlaubes zu betrachten.

Mit Schreiben vom 23. November 2017 verwiesen Sie im Wesentlichen darauf, dass Sie am 21. Februar 2017 von der Stabstelle Interne Revision der Stadt Wien (von X., Anm.) davon in Kenntnis gesetzt worden seien, dass Sie sich während einer festgesetzten Beurlaubung für allfällige vom Arbeitgeber festgesetzte Termine bereit zu halten haben. Es erhebe sich daher die Rechtsfrage, ob die Aufforderung der Stabstelle Interne Revision der Stadt Wien (von X., Anm.), sich während der festgelegten Beurlaubung für allfällige vom Arbeitgeber festgesetzte Termine bereit zu halten, dem angestrebten Erholungszweck des Urlaubsanspruches zuwider laufe. Zu dieser Rechtsfrage habe sich beispielsweise das deutsche Bundesarbeitsgericht dahingehend geäußert, dass der Arbeitgeber zur Erfüllung des gesetzlichen Urlaubsanspruches den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen zu habe. Dem Arbeitnehmer sei uneingeschränkt zu ermöglichen, anstelle der geschuldeten Arbeitsleistung, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruches zustehende Freizeit selbstbestimmt zu nutzen. Das sei dann nicht gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer trotz der Freistellung damit rechnen müsse, zur Arbeit abgerufen zu werden. Eine derartige Arbeitsbereitschaft lasse sich mit der Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaubes nicht vereinbaren.

In der Stellungnahme vom 4. Dezember 2017 verwies der rechtsfreundliche Vertreter von X. ua. darauf, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 20. Juni 2000 keine Relevanz für die österreichische Arbeitsrechtslage habe. Zudem liege dieser ein gänzlich anders gelagerter Sachverhalt zu Grunde, zumal darüber abgesprochen werde, ob ein Arbeitgeber berechtigt sei einen Arbeitnehmer, der sich in seinem in Anspruch genommenen Urlaub befindet, zurück zu beordern und anzuweisen seine Arbeitstätigkeiten wieder aufzunehmen. Seitens X. sei zu keinem Zeitpunkt gefordert worden, dass Sie Ihre Tätigkeit aufnehmen sollten oder sich zur Dienstaufnahme bereit zu halten hätten. Vielmehr sei Ihnen vermittelt worden, dass Sie Ihren Dienst nicht zu verrichten haben. Die angeführten potentiellen Gespräche seien keinesfalls als Arbeitsbereitschaft zu deuten gewesen. Entgegen der deutschen Arbeitsrechtslage sei es in Österreich sehr wohl möglich einen Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme seiner Tätigkeit aus dem Urlaub zurück zu holen. Es bestehe somit weder ein Konnex zur österreichischen Rechtslage noch zum gegenständlichen Sachverhalt. § 48 Abs. 2 DO 1994 sehe eine Abänderung des festsetzten Urlaubes explizit vor. Im Zusammenhang mit der Einschränkung des Erholungszweckes des Urlaubes habe der Verwaltungsgerichtshof bereits festgehalten, dass ein Dienstversehen nicht schon bei einer bloßen Beeinträchtigung der Freizeit erfüllt sei. Die Aufforderung sich für ein kurzes Gespräch bereit zu halten, stelle genau solch eine nicht beachtliche bloße Beeinträchtigung dar. Diese Aufforderung könne nicht als Verpflichtung zur Arbeitsbereitschaft betrachtet werden und stehe daher dem Erholungszweck des Urlaubes nicht entgegen. Somit könne in der Mitteilung, dass Sie sich für weitere Termine zur Verfügung zu halten gehabt haben, keinerlei Anordnung zur Wiederaufnahme Ihrer Tätigkeit oder zur Bereithaltung zur Dienstverrichtung erblickt werden.

In der Folge verwiesen Sie mit Stellungnahme vom 4. Dezember 2017 nochmals darauf, dass durch die getroffene Anordnung der Stabstelle Internen Revision der Stadt Wien (von X., Anm.) der vom Gesetz angestrebte Erholungszweck des Urlaubsanspruches bereits im Voraus vereitelt worden sei und verwiesen

nochmals auf die Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichtes vom 20. Juni 2000. Ihnen sei es dadurch jedenfalls unmöglich gemacht worden beispielsweise einen Urlaub im fernen Ausland anzutreten.

Mit weiterem Schreiben der rechtsfreundlichen Vertretung von X. vom 22. Dezember 2017 wurde zusammengefasst nochmals darauf hingewiesen, dass von keiner dem Erholungszweck des Urlaubes zuwiderlaufenden Arbeitsbereitschaft auszugehen gewesen sei.

Mit Schreiben vom 28. März 2018, eingelangt in der Magistratsabteilung 2 am 13. April 2018, beantragten Sie schließlich die Erlassung eines Dienstrechtsmandates über die Festsetzung Ihrer Beurlaubung ab dem 22. Februar 2017 bis 27. Februar 2017.

Mit Schreiben der erkennenden Behörde vom 9. Mai 2018 wurden Sie aufgefordert Ihren Antrag entsprechend zu konkretisieren.

In Entsprechung dieses Auftrages beehrten Sie mit Schreiben vom 24. Mai 2018 die Feststellung, dass im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 von Ihnen kein gesetzlicher Urlaub verbraucht worden sei und stellten hilfsweise den Eventualantrag die ab 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 festgesetzte Beurlaubung mit Dienstrechtsbescheid zu bestätigen bzw. festzusetzen. Dazu wiederholten Sie im Wesentlichen Ihr bisheriges Vorbringen, wonach Sie am 21. Februar 2017 von X. davon in Kenntnis gesetzt worden seien, dass Ihre Beurlaubung bis einschließlich 5. März 2017 festgesetzt werde und Sie sich während dieser Beurlaubung für allfällige von der Dienstgeberin festgesetzte Termine bereit zu halten hätten. In der Monatsübersicht „Februar 2017 zur Zeiterfassung“ schein im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 ein „in Anspruch genommener Erholungsurlaub“ auf. Am bzw. ab dem 28. Februar 2017 sei die mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien vom 24. Februar 2017 vorläufig verfügte Suspendierung vermerkt. Im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 seien Sie sohin noch nicht vorläufig suspendiert gewesen. Sie hätten sich bereits ausdrücklich gegen eine einseitige Festlegung eines Erholungsurlaubes in diesem Zeitraum ausgesprochen, da weder eine Anhörung stattgefunden habe, noch mit dieser Verfügung auf Ihre persönlichen Verhältnisse Rücksicht genommen worden sei. Ein Dienstrechtsmandat im Sinne des § 9 DVG iVm § 57 AVG hinsichtlich der Festsetzung Ihrer Beurlaubung sei weder schriftlich noch mündlich erlassen worden.

Weiters brachten Sie vor, dass Sie ein rechtliches Interesse daran haben, dass Ihr Urlaubsanspruch im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 nicht verbraucht worden sei. Sollte Ihr öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis im Anschluss an Ihre bisherige Suspendierung beendet werden, verblieben Ihnen entsprechende Entgeltanspruch aus Ihrem nicht verbrauchten gesetzlichen Urlaubsanspruch. Sollte Ihr öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis auch künftig nach Aufhebung der Suspendierung aufrecht bleiben, verbleibe Ihnen aus diesem ein vermehrter, weil noch nicht verbrauchter Urlaubsanspruch.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Zu Spruchpunkt I:

§ 9 Abs. 1 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG lautet wie folgt:

„Soweit es sich nicht um die Begründung, Änderung oder Beendigung des Dienstverhältnisses, um die Änderung der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung oder um die Entscheidung über das Bestehen des Dienstverhältnisses handelt, ist die Dienstbehörde berechtigt, einen Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen (Dienstrechtsmandat). Ein solcher Bescheid ist ausdrücklich als Dienstrechtsmandat zu bezeichnen und hat außer dem Spruch jedenfalls eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten.“

§ 20 DO 1994 lautet wie folgt:

„(1) Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu unterstützen und ihre Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen.

(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 aus einem anderen Grund für gesetzwidrig, so kann er, bevor er die Weisung befolgt, seine Bedenken dem Vorgesetzten mitteilen.

Bestätigt jedoch der Vorgesetzte diese Weisung schriftlich, so hat der Beamte die Weisung zu befolgen.

(4) Der Beamte hat eine Weisung, die er für gesetzwidrig hält, ohne schriftliche Bestätigung zu befolgen, wenn es sich bei Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt.“

§ 48 DO 1994 lautet auszugsweise:

„(1) Die Urlaubszeit ist nach Zulässigkeit des Dienstes und nach Anhören des Beamten festzusetzen, wobei auf die persönlichen Verhältnisse des Beamten angemessene Rücksicht zu nehmen ist. Der Beamte hat Anspruch, soweit nicht dienstliche Gründe entgegenstehen, mindestens die Hälfte des jährlichen Erholungsurlaubes ungeteilt zu verbrauchen.

(2) Die Festsetzung der Urlaubszeit schließt eine abändernde Verfügung nicht aus, sofern dies aus zwingenden dienstlichen oder in der Person des Beamten liegenden Gründen notwendig ist. Ist die abändernde Verfügung aus zwingenden dienstlichen Gründen erfolgt, so ist dem Beamten der Antritt oder die Fortsetzung des Erholungsurlaubes, sobald es der Dienst zulässt, zu ermöglichen. Weiters sind dem Beamten, der aus zwingenden dienstlichen Gründen den Erholungsurlaub nicht zum festgesetzten Tag antreten konnte oder aus dem Urlaub zurückberufen wurde, die hiedurch entstandenen unvermeidlichen Mehrauslagen zu ersetzen. Letzteres gilt auch für die von dieser Maßnahme betroffenen, mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden nahen Angehörigen im Sinn des § 61 Abs. 5, wenn ihnen ein Urlaubsantritt oder eine Fortsetzung des Urlaubes ohne den Beamten nicht zumutbar ist.

(2a) Der Verbrauch des Erholungsurlaubes ist grundsätzlich nur tageweise zulässig und darf in den ersten sechs Monaten des Dienstverhältnisses für jeden begonnenen Monat desselben ein Zwölftel des jährlichen Ausmaßes nicht übersteigen, wobei sich hiebei ergebende Teile von Urlaubseinheiten auf ganze Einheiten aufzurunden sind. Im unmittelbaren Zusammenhang mit einem mindestens zwei Tage umfassenden Urlaub oder mit der wöchentlichen Ruhezeit oder zur Erreichung einer zumindest tageweisen Dienstbefreiung kann der Verbrauch des Erholungsurlaubes auch stundenweise erfolgen, wenn dies unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Beamten dem Erholungszweck nicht zuwiderläuft. Dem Beamten ist für die Zeit des Erholungsurlaubes so viel Urlaub als verbraucht anzurechnen, wie der im Gleitzeitdienstplan vorgesehenen Sollzeit entspricht oder wie der Beamte in diesem Zeitraum nach dem Fixdienstplan Dienst zu leisten hätte oder, sofern ein solcher Dienstplan für den Beamten nicht vorliegt oder auf den Beamten § 26c anzuwenden ist, wie der vom Beamten in diesem Zeitraum durchschnittlich zu erbringenden Normalarbeitszeit entspricht.

(3) Der Erholungsurlaub ist nach Möglichkeit in dem Urlaubsjahr zu verbrauchen, in dem der Anspruch auf ihn entstanden ist. Der Anspruch auf den jährlichen Erholungsurlaub verfällt, wenn der Beamte den Erholungsurlaub nicht bis zum 31. Dezember des zweiten dem Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres verbraucht hat; dies gilt auch, wenn dem Beamten ein Verbrauch des Erholungsurlaubes bis zu diesem Zeitpunkt nicht möglich war. Hat der Beamte eine Eltern-Karenz gemäß §§ 53 bis 53b oder gemäß § 54 oder eine Pflegefreistellung gegen Entfall der Bezüge gemäß § 61a in Anspruch genommen, wird der Verfallstermin um den Zeitraum der Eltern-Karenz, der Summe der Eltern-Karenzen oder der Summe aus Eltern-Karenz und Pflegefreistellung gegen Entfall der Bezüge hinausgeschoben.

[...]"

§ 74 DO 1994 lautet:

„Das Dienstverhältnis des Beamten des Dienst- oder Ruhestandes wird durch Entlassung aufgelöst

1. durch Verhängung der Disziplinarstrafe der Entlassung;
2. durch Verurteilung durch ein inländisches Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen, wenn
 - a) die verhängte Freiheitsstrafe ein Jahr übersteigt,
 - b) die nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe sechs Monate übersteigt oder
 - c) die Verurteilung ausschließlich oder auch wegen eines Vorsatzdelikts gemäß den §§ 92, 201 bis 217 und 312a StGB erfolgt ist;
3. durch eine Verfügung gemäß § 10 Abs. 4 dritter Satz.“

Gemäß § 41a Abs. 1 der Besoldungsordnung 1994 (BO 1994) gebührt dem Beamten anlässlich des Ausscheidens aus dem Dienststand oder aus dem Dienstverhältnis eine Ersatzleistung für den noch nicht verbrauchten Erholungsurlaub, wenn er nicht unmittelbar in ein anderes Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien übernommen wird (Urlaubersatzleistung). Die

Urlaubsersatzleistung gebührt nur insoweit, als der Beamte das Unterbleiben des Verbrauches des Erholungsurlaubes nicht zu vertreten hat.

Nach § 41a Abs. 2 leg.cit. hat der Beamte das Unterbleiben des Verbrauchs insbesondere dann zu vertreten, wenn er den Verbrauch durch

1. ein Verhalten, welches eine Kündigung gemäß § 72 der Dienstordnung 1994, an der ihn ein Verschulden trifft, zur Folge hatte,
2. ein Verhalten, welches eine Auflösung des Dienstverhältnisses gemäß § 33 Abs. 1 oder § 74 der Dienstordnung 1994 zur Folge hatte, oder
3. Versetzung in den Ruhestand über Antrag gemäß § 68b Abs. 1 Z 1, 3 oder 4, § 68c Abs. 1 oder § 115i der Dienstordnung 1994

unmöglich gemacht hat. Das Unterbleiben des Verbrauchs ist vom Beamten jedoch insoweit nicht zu vertreten, als ein Verbrauch wegen einer Dienstverhinderung durch Krankheit, Unfall oder Gebrechen ausgeschlossen war.

Gemäß § 13 Abs. 1 Z 9 der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien (GOM) obliegt den Dienststellenleiterinnen bzw. den Dienststellenleitern die Festsetzung der Urlaubszeit. Im gegenständlichen Fall wurde für Sie im Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 ein Urlaub festgesetzt. Mit Antrag vom 24. Mai 2018 beehrten Sie die Feststellung, dass in dem in Rede stehenden Zeitraum von Ihnen kein Urlaub verbraucht worden sei.

Ein Dienstrechtsmandat gemäß § 9 Abs. 1 Dienstrechtsverfahrensgesetz (DVG) ist, genauso wie ein Mandatsbescheid gemäß § 57 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), eine behördliche Entscheidung, die ohne Ermittlungsverfahren zustande kommt und ein sogenanntes verkürztes Verfahren darstellt. Ob diese Verfahrensart in Anspruch genommen wird, obliegt der Dienst- bzw. Verwaltungsbehörde. Ein Rechtsanspruch auf Erlassung eines Dienstrechtsmandats besteht nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH iZm § 13 AVG kommt es nicht auf die Bezeichnung des Anbringens durch den Einschreiter, sondern auf den Inhalt der Angabe an (vgl. VwGH 18.9.2002, 2000/07/0086). Von der Erlassung eines Dienstrechtsmandats wurde im gegenständlichen Fall Abstand genommen und seitens der erkennenden Behörde das ordentliche Verfahren eingeleitet.

Weder die DO 1994 noch eine sonstige landesrechtliche Bestimmung sieht die Erlassung von Feststellungsbescheiden in den Angelegenheiten, die Inhalt Ihres Antrages sind, vor. Nach Lehre und Rechtsprechung sind aber die Verwaltungsbehörden nicht nur berechtigt, außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Einzelermächtigungen im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit (vgl. VwGH vom 23. Jänner 1969, Zl. 206/67) von Amts wegen Feststellungsbescheide über Rechte oder Rechtsverhältnisse zu erlassen, sofern ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist und die Verwaltungsvorschriften nicht ausdrücklich anderes bestimmen, sondern kommt auch der Partei des Verwaltungsverfahrens unter der zuletzt genannten Voraussetzung die Berechtigung zu, die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechte zu begehren, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse der Partei liegt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem

Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet der Feststellungsbescheid jedenfalls dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen Verfahrens (mit einem das rechtliche Interesse abdeckenden Ergebnis) zu entscheiden ist (vgl. dazu z.B. VwGH vom 6. Februar 1989, 87/12/0112 = Slg. N.F. Nr. 12.856/A). Die bescheidförmige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist überdies nur auf Grund einer ausdrücklich gesetzlichen Regelung zulässig (vgl. VwGH vom 31. März 2006, Zlen. 2005/12/0161, 0168, mwN); darüber hinaus kann die Behörde weder über die Anwendbarkeit von gesetzlichen Vorschriften noch über ihre Auslegung und über das Vorliegen von Anspruchsvoraussetzungen spruchmäßig entscheiden (vgl. Beschluss des VwGH vom 9. April 1976, Slg. 9035 A, und das Erkenntnis vom 13. März 1990, Zl. 89/07/0157). Auch die rechtliche Qualifikation eines Sachverhaltes kann nicht Gegenstand eines Feststellungsbescheides sein (vgl. zB das Erkenntnis vom 1. Juli 1992, Zl. 92/01/0043).

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 (vgl. VwGH 22.05.2012, 2011/12/0170, 2011/12/0171 und 2011/12/0195; 27.02.2014, 2013/12/0159). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Weisung auch dann rechtsunwirksam, weshalb ihre Pflicht zu ihrer Befolgung entfällt, wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt (vgl. etwa VwGH vom 17.12.2007, 2007/12/0022; 17.10.2008, 2007/12/0049, mwN).

Darüber, welche Umstände vorliegen müssen, um Willkür anzulasten, lässt sich keine allgemeine Aussage treffen. Ob Willkür vorliegt, kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Behörde im einzelnen Fall entnommen werden. Ein willkürliches Verhalten liegt nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes u.a. in der gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes (vgl. hierzu etwa VwGH 10.03.2009, 2008/12/0066; 01.03.2012, 2011/12/0104 mwN).

Entsprechendes gilt in Ansehung der Prüfung einer Weisung auf "Willkürlichkeit" (vgl. VwGH vom 17.10.2011, 2010/12/0157 und 23.11.2011, 2010/12/0009; 22.05.2012, 2011/12/0170).

Ein rechtliches Interesse muss also im Zeitpunkt der Erlassung des über den Feststellungsantrag absprechenden Bescheides (noch) bestehen. Eine an ein - im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides - abgeschlossenes Geschehen anknüpfende Feststellung über ein Recht oder Rechtsverhältnis muss der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung des Antragstellers dienen (vgl. VwGH vom 19. März 1990, 88/12/0103, vom 26. November 2008, 2008/08/0189, und vom 22. Dezember 2010, 2009/08/0277).

Wendet man diese Grundsätze auf den gegenständlichen Fall an, so ergibt sich daraus, dass jedenfalls im Zeitpunkt der Antragstellung vom 24. Mai 2018 kein Feststellungsanspruch von Ihnen mehr gegeben war, da der in Rede stehende Zeitraum vom 22. Februar 2017 bis 27. Februar 2017 im Zeitpunkt Ihrer Antragstellung längst verstrichen war. Zwar stellt die Tatsache allein, dass die konkreten Auswirkungen eines an die Vergangenheit anknüpfenden Geschehens grundsätzlich noch kein Hindernis für die Erlassung eines Feststellungsbescheides dar (vgl. die Erkenntnisse vom 4. Februar 1971, Zl. 948/70, Slg. Nr. 7961/A, und vom 13. Jänner 1972, Zl. 848/71, Slg. Nr. 8143/A); nach den obigen Ausführungen muss aber die an ein abgeschlossenes Geschehen anknüpfende Feststellung über ein Recht oder Rechtsverhältnis der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung des Antragstellers dienen (vgl. Verwaltungsgerichtshof vom 23. November 1972, Zl. 1667/72, und vom 9. April 1984, Zl. 83/12/0085, Slg. Nr. 11393/A, und vom 1. März 1973, Zl. 1828/72, vom 10. November 1977, Zl. 1926/77, vom 18. Oktober 1978, Zl. 65/78, Slg. Nr. 9662/A, und vom 13. September 1982, Zl. 82/12/0011).

Mit dem verfahrenseinleitenden Antrag wird die Feststellung begehrt, ob die Urlaubsfestsetzung zu Recht erfolgte. Das Begehren festzustellen, dass zu dem in Rede stehenden Zeitraum kein gesetzlicher Urlaub von Ihnen verbraucht worden ist, wird auch als Feststellung einer "schlichten" Rechtswidrigkeit des Dienstauftrages gewertet. Es kann grundsätzlich das Interesse an der Klarstellung, hinsichtlich der Klärung des Ausmaßes Ihres Erholungsurlaubes, weil darüber Streit besteht und es daher in Ihrem rechtlichen Interesse liegt, dass die Frage bescheidmäßig entschieden wird, nicht abgesprochen werden.

Der gegen Sie gerichtete Verdacht der Geschenkkannahme ist Gegenstand dienst- und strafrechtlicher Ermittlungen. Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 2, vom 24. Februar 2017 wurde wegen dieses Verdachtes die vorläufige Suspendierung ausgesprochen und wurde dieser Bescheid von Ihrem rechtsfreundlichen Vertreter am 27. Februar 2017 übernommen. Im Vorfeld des Ausspruches der vorläufigen Suspendierung wurde mit Ihnen die Niederschrift vom 21. Februar 2017 aufgenommen und die in Rede stehende Urlaubsfestsetzung getroffen. Festzuhalten ist, dass der Dienstgeberin als Instrument der Ahndung des Verdachtes von Dienstpflichtverletzungen die (vorläufige) Suspendierung zur Verfügung steht. Im gegenständlichen Fall wurde diese auch unverzüglich bescheidmäßig verfügt, jedoch erst mit 28. Februar 2017 de facto wirksam. Aufgrund der gegen Sie im Verdachtsbereich bestehenden Vorwürfe war es jedoch erforderlich Sie unverzüglich vom Dienst abziehen. Da es im Beamtenrecht jedoch an einer Rechtsgrundlage für eine sogenannte „Dienstfreistellung“, also dem Verzicht der Dienstgeberin auf die

Erbringung der Dienstleistung durch den Bediensteten fehlt, wurde der in Rede stehende Urlaub seitens der Dienststellenleitung von X. festgesetzt.

Zu Ihrem Vorbringen, wonach durch diese Vorgangsweise Ihr Erholungszweck vereitelt worden sei, wird festgehalten, dass unter Urlaub jene Zeit zu verstehen ist, in der der dienstfähige Beamte unter Aufrechterhaltung des vollen Anspruches auf seine Bezüge von der Verpflichtung zur effektiven Dienstleistung befreit ist. Daraus ergibt sich, dass sich der Erholungsurlaub einerseits und andere Abwesenheiten vom Dienst wie etwa Dienstunfähigkeit, Haft, Präsenz- oder Zivildienst andererseits, ausschließen. Festzuhalten ist, dass kein Bediensteter Anspruch darauf hat, seinen Urlaub in einem bestimmten Zeitraum zu konsumieren. Der Urlaub ist vielmehr nach der Zulässigkeit des Dienstes von der Dienststellenleiterin bzw. vom Dienststellenleiter festzulegen. Durch die Gewährung desurlaubes werden die Rechte des Beamten bzw. der Kreis seiner Pflichten verändert. Es trifft ihn während desurlaubes keine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen. Die Festsetzung darf lediglich nicht einen Zeitraum umfassen während dem der Beamte aus anderen Gründen keinen Dienst zu leisten braucht.

Während der Urlaubsanspruch (einschließlich seines Ausmaßes) unmittelbar kraft Gesetz zusteht, hängt das Recht, den Erholungsurlaub in einer kalendermäßig bestimmten Zeit tatsächlich in Anspruch zu nehmen - und damit vom Dienst abwesend zu sein - vom Gesetz her von der Festlegung durch den Leiter der Dienststelle ab (vgl. Erkenntnisse des VwGH vom 29. Juli 1992, Zl. 88/12/0199, und vom 19. Dezember 2001, Zl. 2000/12/0251). Eine solche Festsetzung ist in Ihrem Fall auch erfolgt. Bei der Festsetzung desurlaubes handelt es sich um eine Personalmaßnahme durch einen sogenannten inneren Verwaltungsakt, auch als Dienstverfügung oder Weisung bezeichnet. Gemäß § 13 Abs. 1 Z 9 der GOM ist die Direktorin bzw. der Direktor von X., als Dienststellenleiterin bzw. als Dienststellenleiter, für die Festsetzung der Urlaubszeit zuständig. Die gegenständlich erfolgte „Beurlaubung“ ist als Personalmaßnahme in Form einer Weisung iSd § 20 Abs. 1 DO 1994 zu verstehen, „ist doch unter „Weisung“ eine [...] individuelle, [...] konkrete Norm zu verstehen, die an einen [...] von dem Weisungsgeber untergeordneten Verwaltungsorganwaltern ergeht. Sie ist ein interner Akt im Rahmen der Verwaltungsorganisation und an keine besonderen Formerfordernissen gebunden.“ (vgl. VwGH 12.11.2013, 2012/09/0057). Zu den Dienstpflichten des Beamten gehört auch die Pflicht, Weisungen des Vorgesetzten zu befolgen, wobei der Beamte nur dann frei ist, wenn es sich um die Weisung eines unzuständigen Organes oder um eine Weisung handelt, deren Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Damit ist aber der Beamte gesetzlich verpflichtet, alle sonstigen Weisungen, mögen sie im Einzelfall auch gesetzwidrig sein, zu befolgen (vgl. VwGH 17.12.1979, 555/78). Dabei ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeit der Dienstbehörde zur Erlassung von Weisungen dieser Art ihre Schranke in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten wie dem Gleichheitsgrundsatz und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie dem Schutz der Privatsphäre findet (vgl. VwGH 19.12.2001, 98/12/0139). Dass die verfahrensauslösende Weisung von zuständigen Organen ergangen sind, ist nicht zweifelhaft. Dass im gegenständlichen Fall an der Festsetzung des in Rede stehendenurlaubes ein dienstliches bzw. betriebliches Interesse bestand, ist ersichtlich und nachvollziehbar. Für die erkennende Behörde ist kein Indiz für eine rechtswidrige oder gar eine willkürliche Vorgangsweise zu erkennen. Der Gesetzeswortlaut des

§ 48 Abs. 1 DO 1994 stellt anders als andere Bestimmung der Dienstordnung 1994 - wie etwa § 27 oder § 47 DO 1994 - gerade nicht auf einen Antrag des Bediensteten ab, sondern auf die Festsetzung durch die Dienststellenleitung. Auch der vom Gesetzgeber verwendete Begriff „festsetzen“ im § 48 DO 1994 weist eindeutig auf einen einseitigen Akt hin. Zudem ist gemäß § 48 Abs. 2 DO 1994 eine nachträgliche Abänderung der Urlaubszeit jedenfalls möglich. Festgehalten wird, dass keine gesetzliche Vorgabe über die Dokumentation der „Anhörung“ gemäß § 48 Abs. 1 DO 1994 besteht. Die gesetzlich geforderte Anhörung ist eben an keinerlei Formalvoraussetzungen geknüpft. § 48 Abs. 1 DO 1994 sieht bei der Festsetzung des Erholungsurlaubes eine angemessene Rücksichtnahme auf die Interessen des Beamten vor. Der Begriff „angemessen“ impliziert jedenfalls eine Abwägung zwischen den dienstlichen Interessen und den persönlichen Interessen. Dass nach dem Gesetz beim Urlaubsverbrauch auf die Erfordernisse des Dienstes und die Erholungsmöglichkeit des Bediensteten Rücksicht zu nehmen ist, spricht nur gegen die Zulässigkeit einer Urlaubsfestsetzung, mit der vorweg der Verbrauch des gesamtenurlaubes erfolgen würde. Den wechselnden Bedürfnissen des Bediensteten ist aber auch dadurch Rechnung getragen worden, dass - wie im gegenständlichen Fall - nur ein sehr geringer Teil des Urlaubsanspruches durch eine einseitige Festsetzung durch die Dienststellenleitung zeitlich gebunden wurde, zumal es sich lediglich um 32 Stunden handelt und Ihnen immer noch ein bestehendes Resturlaub von 304 Stunden verblieben ist. Dass nach der Bestimmung des § 48 DO 1994 das Schwergewicht auf der Erholungsmöglichkeit des Bediensteten liegen würde, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Festzuhalten ist zudem, dass im gegenständlichen Fall, Ihre Interessen an einer möglichst freien Urlaubsgestaltung, insbesondere durch Freibleiben eines ausreichend langen, individuell bestimmbaren Urlaubsrests nicht zu kurz gekommen sind. Im gegenständlichen Fall wurde auch auf Ihre persönlichen Verhältnisse angemessen Rücksicht genommen und erfolgte auch eine Anhörung, zumal Sie ja selbst angeben, dass Sie sich gegen eine derartige Festsetzung ausgesprochen haben, die Niederschrift mit der Festsetzung jedoch ohne weiteren Zusatz unterfertigt haben. Die erforderliche Interessensabwägung hat ergeben, dass wegen des gegen Sie gerichteten Verdachtes der Geschenkkannahme eine weitere dienstliche Tätigkeit den Interessen der Dienstgeberin bis zur verfügbaren Suspendierung abträglich ist.

Zudem bestand die Gefahr einer Schädigung des Ansehens des Amtes sowie einer Verschlechterung des Betriebsklimas, sodass diese Gründe zu einer Nachreihung Ihres persönlichen Interesses führten. Das dienstliche Interesse war durch den bestehenden Verdacht der Begehung von Dienstpflichtverletzungen von Ihnen, deren Feststellung und Bewertung im Disziplinarverfahren abgeführt wird, also von Umständen, die in Ihrer Rechtssphäre liegen, begründet, um eben die Zeit bis zur bescheidmäßigen Verfügung der vorläufigen Suspendierung überbrücken zu können. Dies deshalb, da von Ihrer Dienststelle keineswegs mehr gewünscht war, dass Sie in irgendeiner Form noch Ihren Arbeitsverpflichtungen bei X. nachkommen sollen. Im gegenständlichen Fall haben Sie die Niederschrift vom 21. Februar 2018 eigenhändig unterschrieben und somit letztlich die Festlegung der Dienstgeberin akzeptiert, sodass Sie auch daran gebunden sind.

Durch den an Sie gerichteten Auftrag durch Ihre Dienststelle, sich für allfällige Termine bereit zu halten, wurde entgegen Ihrer Ansicht der Erholungszweck nicht beeinträchtigt. Die bloße Ankündigung des sich fallweisen Bereithaltens, wobei von vornherein aufgrund der Besonderheiten des gegenständlichen Falles

festgestanden ist, dass damit keinesfalls eine tatsächliche Dienstverrichtung gemeint war, vermag für sich allein eine derartige Beeinträchtigung des Erholungszweckes nicht zu begründen. Zudem ist festzuhalten, dass die geforderte Bereithaltung auch eine allfällige Terminverschiebung auf Ihr Ersuchen hin keinesfalls ausgeschlossen hätte und es Ihnen freigestanden wäre sich „frei zu bewegen“. Darüber hinaus ist zu entgegnen, dass nicht jede dienstlich bedingte Beeinträchtigung der Freizeit dazu führt, dass diese dann als Dienstzeit zu werten ist und der Begriff des "Dienstversehens" nicht schon bei einer bloßen Beeinträchtigung der Freizeit erfüllt ist (vgl. VwGH vom 26.02.1990, ZI. 90/12/0103). Im Übrigen darf auch auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hingewiesen werden, wonach Weisungen, welche die Geltendmachung subjektiver Rechte des Beamten gegenüber den gesetzlichen Vorschriften erschweren, keine Befolgungspflicht auslösen (vgl. etwa VwGH vom 13.9.2006, ZI. 2006/12/0011 und vom 16.12.2009, ZI. 2009/12/0006).

Unabhängig davon tritt gemäß § 48 Abs. 3 DO 1994 der Verfall des Urlaubs unter allen Umständen ein, selbst wenn dem Beamten ein Verbrauch des Urlaubes nicht möglich war. Es wird nicht darauf Bedacht genommen, aus welchen Gründen der Bedienstete den Erholungsurlaub nicht bis zum 31. Dezember des zweiten dem Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres verbrauchen konnte. Für einen verfallenen Urlaub gebührt auch keine Geldentschädigung. Der Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht in jedem Kalenderjahr und ist ohne gesetzliche Einschränkung gegeben, sodass dieser jedem Bediensteten im Dienststand auch zusteht. Eine Abwesenheit vom Dienst infolge Suspendierung führt somit auch nicht zu einem Hinausschieben des Verfallstermins des § 48 Abs. 3 DO 1994, zumal der Zweck der Suspendierung die Nichtzulassung zur Dienstleistung durch die Urlaubsgewährung in keiner Weise beeinträchtigt wird. Dass Ihnen der vermehrte Urlaubsanspruch im Fall der Aufhebung der Suspendierung verbleiben sollte, vermag keine derartige zukünftige Rechtsgefährdung aufzuzeigen, zumal Sie bedenken müssen, dass Ihnen der Urlaub im Fall der Nichtkonsumation verfallen wird, zumal die Suspendierung kein Hindernis für die Konsumation Ihres Erholungsurlaubes darstellt. Faktum ist, dass Sie den in Rede stehenden Urlaub angetreten und somit konsumiert haben. Weitergehende Entgeltansprüche im Fall der Beendigung Ihres öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses im Anschluss an die Suspendierung bestehen ebenfalls nicht, auch nicht gemäß § 41a BO 1994, zumal diese gemäß § 74 DO 1994 explizit ausgeschlossen wurden.

Soweit Sie wiederum auf die Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichtes vom 20. Juni 2000 verweisen, ist seitens der erkennenden Behörde darauf hinzuweisen, wie auch bereits in der Stellungnahme vom 4. Dezember 2017 festgehalten wurde, dass diese keine Relevanz für das Dienstrecht der Beamtinnen der Stadt Wien hat und somit für den vorliegenden Fall hat. Festgehalten wird seitens der erkennenden Behörde, dass zu keinem Zeitpunkt gefordert wurde, dass Sie Ihre dienstliche Tätigkeit wieder aufnehmen sollen oder sich zur Dienstaufnahme bereit zu halten hätten. Vielmehr ist Ihnen vermittelt worden, dass Sie Ihren Dienst nicht mehr zu verrichten haben. Im gegenständlichen Fall ist Ihnen jedenfalls keine Arbeitsbereitschaft, worin ein Abberufen aus dem Urlaub, um Ihre Arbeit wieder aufzunehmen zu verstehen ist, während Ihres Urlaubes auferlegt worden. Im Übrigen ist nochmals festzuhalten, dass gemäß § 48 Abs. 2 DO 1994 entgegen der deutschen Arbeitsrechtslage nach dieser Bestimmung es sehr wohl möglich ist einen Bediensteten aus dem Urlaub zurück zu holen.

Der Zeitraum für den der Erholungsurlaub festgesetzt wurde (22. Februar 2017 bis 27. Februar 2017), war im Zeitpunkt Ihrer Antragstellung (am 24. Mai 2018) bereits verstrichen. Im Hinblick darauf, dass die Urlaubsfestsetzung rechtmäßig erfolgte, ist Ihr rechtliches Interesse im Sinne einer Klarstellung für künftige Fälle nach den eingangs dargelegten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides allerdings erschöpft und kann auch nicht von einer zukünftigen Rechtsgefährdung ausgegangen werden.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II:

Hinsichtlich des Begehrens die Magistratsabteilung 2 möge die ab 22. Februar 2017 bis einschließlich 27. Februar 2017 festgesetzte Beurlaubung mit Dienstrechtsbescheid bestätigen bzw. festsetzen, handelt es sich um ein Eventualbegehren. Ein solcher Eventualantrag ist im Verwaltungsverfahren durchaus zulässig. Das Wesen eines solchen Antrages liegt darin, dass er unter der aufschiebenden Bedingung gestellt wird, dass der Primärantrag erfolglos bleibt. Der Eventualantrag stellt keine bloße "Ergänzung" des Hauptantrages oder eine "Antragsänderung" dar; es handelt sich dabei um einen eigenständig zu beurteilenden (weiteren Antrag) unter der obgenannten aufschiebenden Bedingung. Eine Entscheidung über den Eventualantrag ist somit überhaupt erst zulässig, wenn über den Hauptantrag (abschlägig) entschieden worden ist.

Da der Eventualantrag im gegenständlichen Fall im Hauptbegehren jedoch uneingeschränkt Deckung findet, war dieser als unzulässig zurückzuweisen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die gegenständliche Beschwerde, in welcher vorgebracht wird:

„Der Beschwerdeführer ficht den Bescheid der belangten Behörde vom 14.6.2018 zur Geschäftszahl ... in vollem Umfang an und macht als Beschwerdegrund die Verletzung einfachgesetzlich gewährleisteter Rechte (Rechtswidrigkeit) geltend.

1. Sachverhalt

Die Unternehmung X. ist gemäß § 1 Verordnung des Gemeinderates, mit der ein Statut für die Unternehmung „X.“ erlassen wird, eine wirtschaftliche Einrichtung, der der Gemeinderat der Stadt Wien die Eigenschaft einer Unternehmung im Sinne des § 71 Wiener Stadtverfassung (WStV) zuerkannt hat. Diese Unternehmung besitzt keine Rechtspersönlichkeit.

Personalangelegenheiten der Bediensteten der Unternehmung X. werden gemäß § 2 Abs. 4 der Verordnung des Gemeinderates, mit der ein Statut für die Unternehmung „X.“ erlassen wird, von den nach der Geschäftseinteilung für den Magistrat der Stadt Wien zuständigen Dienststellen wahrgenommen. Die allgemein in Personalangelegenheiten bestehenden Zuständigkeiten der Gemeindeorgane gelten gemäß § 71 Abs. 3 WStV auch für die Unternehmungen der Stadt Wien.

Der Beschwerdeführer ist Beamter der Stadt Wien und war bis zu seiner Suspendierung bei der Unternehmung X. tätig.

Am 21.2.2017 wurde der Beschwerdeführer von der Direktion der Unternehmung X. davon in Kenntnis gesetzt, dass seine Beurlaubung bis einschließlich 5.3.2017 festgesetzt wird und er sich während Beurlaubung für allfällige vom Dienstgeber festgesetzte Termine bereit zu halten hat.

In der Monatsübersicht Februar 2017 zur Zeiterfassung betreffend den Beschwerdeführer scheint jedenfalls ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 ein „in Anspruch genommener Erholungsurlaub“ des Beschwerdeführers auf (Zeichen „ U “). Am bzw. ab 28.2.2017 ist die mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien vom 24.2.2017 vorläufig verfügte Suspendierung (Zeichen „T4“) vermerkt. In dem Zeitraum vom 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 war der Beschwerdeführer sohin noch nicht (vorläufig) suspendiert.

Der Beschwerdeführer hat sich insbesondere mit seinen Mitteilungen vom 9.3.2017, 14:11 Uhr, 13.3.2017, 11:25 Uhr und 15.3.2017, 14:24 Uhr ausdrücklich gegenüber dem Dezernat Personalmanagement der Unternehmung X. als auch gegenüber der belangten Behörde gegen eine einseitige Festlegung eines Erholungsurlaubes in diesem Zeitraum ausgesprochen, da weder eine Anhörung stattgefunden hat, noch mit dieser Verfügung auf seine persönlichen Verhältnisse Rücksicht genommen worden ist. Ein Dienstrechtsmandat ist jedoch nicht erlassen worden.

Mit Schreiben seines ausgewiesenen Rechtsvertreters vom 13.9.2017 wiederholte der Beschwerdeführer seine rechtlichen Einwände gegen seine ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 festgesetzte Beurlaubung gegenüber der Stadt Wien, konkret gegenüber dem Dezernat Personalmanagement der Unternehmung X.. Ohne Erlassung eines Dienstrechtsmandats wurde die Angelegenheit an die Rechtsanwaltskanzlei C. GmbH zur Stellungnahme an den ausgewiesenen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers übergeben, welche auch mit Schreiben vom 25.9.2017 erfolgte. Auch die „Rechtsvertretung“ der Stadt Wien bzw. der Unternehmung X. in Dienstrechtssachen lehnte die erhobenen Einwände des Beschwerdeführers gegen seine festgesetzte Beurlaubung ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 ab. In weiterer Folge ergab sich ein ausführlicher Schriftwechsel mit dem ausgewiesenen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, welcher jedoch zu keiner für den Beschwerdeführer zufriedenstellenden Lösung führte, sodass sich der Beschwerdeführer letztlich mangels Einigung veranlasst sah, einen Antrag auf Erlassung eines Dienstrechtsmandats zu stellen.

Mit seinem Schriftsatz vom 28.3.2018 stellte der Beschwerdeführer sodann den Antrag auf Erlassung eines Dienstrechtsmandats über die Festsetzung seiner Beurlaubung ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017, worauf ohne Erlassung eines Dienstrechtsbescheides das behördliche Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist.

Wie von der belangten Behörde mit ihrer Verfügung vom 9.5.2018 aufgetragen, konkretisierte der Beschwerdeführer sein Vorbringen und modifizierte seinen Antrag, wobei ausdrücklich der ursprünglich gestellte Antrag auf Erlassung eines

Dienstrechtsbescheides eventualiter aufrecht erhalten wurde.

Beweis:

wie bisher

UR elektronischer Schriftverkehr des Beschwerdeführers ab 9.3.2017 bis 31.3.2017

UR Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 13.9.2017

UR Schreiben der C. GmbH vom 25.9.2017

UR Schreiben der C. GmbH vom 22.12.2017

2. Maßgebliche verwaltungsrechtliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 45 Dienstordnung der Bundeshauptstadt Wien 1994 (DO 1994) hat der Beamte Anspruch auf einen jährlichen Erholungsurlaub. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

Gemäß § 48 Abs. 1 DO 1994 ist die Urlaubszeit nach Zulässigkeit des Dienstes und nach Anhören des Beamten festzusetzen, wobei auf die persönlichen Verhältnisse des Beamten angemessene Rücksicht zu nehmen ist. Gemäß § 48 Abs. 2 DO 1994 schließt die Festsetzung der Urlaubszeit eine abändernde Verfügung nicht aus, sofern dies aus zwingenden dienstlichen oder in der Person des Beamten liegenden Gründen notwendig ist. Ist die abändernde Verfügung aus zwingenden dienstlichen Gründen erfolgt, so ist dem Beamten der Antritt oder die Fortsetzung des Erholungsurlaubes, sobald es der Dienst zulässt, zu ermöglichen.

Gemäß § 48 Abs. 3 DO 1994 ist der Erholungsurlaub nach Möglichkeit in dem Urlaubsjahr zu verbrauchen, in dem der Anspruch auf ihn entstanden ist. Der Anspruch auf den jährlichen Erholungsurlaub verfällt, wenn der Beamte den Erholungsurlaub nicht bis zum 31. Dezember des zweiten dem Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres verbraucht hat.

Gemäß § 41a Abs. 1 Besoldungsordnung der Bundeshauptstadt Wien 1994 (BO 1994) gebührt dem Beamten anlässlich des Ausscheidens aus dem Dienststand oder aus dem Dienstverhältnis eine Ersatzleistung für den noch nicht verbrauchten Erholungsurlaub, wenn er nicht unmittelbar in ein anderes Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien übernommen wird (Urlaubersatzleistung). Die Urlaubersatzleistung gebührt nur insoweit, als der Beamte das Unterbleiben des Verbrauchs des Erholungsurlaubes nicht zu vertreten hat.

Der Beamte hat gemäß § 41a Abs. 2 BO 1994 das Unterbleiben des Verbrauchs dann zu vertreten, wenn er den Verbrauch unter anderem durch ein Verhalten, welches eine Auflösung des Dienstverhältnisses gemäß § 33 Abs. 1 DO 1994 („Amtliche Aufforderung zur Rückkehr in den Dienst“) oder § 74 DO 1994 („Entlassung“) zur Folge hatte, unmöglich gemacht hat (Z 2). Gemäß § 74 DO 1994 wird das Dienstverhältnis des Beamten durch Verhängung der Disziplinarstrafe der Entlassung, durch Verurteilung von einem inländischen Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen, wenn die verhängte Freiheitsstrafe ein Jahr übersteigt, die nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe sechs Monate übersteigt oder die Verurteilung ausschließlich oder auch wegen eines Vorsatzdelikts gemäß den §§ 92, 201 bis 217 und 312a StGB erfolgt ist, oder durch eine Verfügung gemäß

§ 10 Abs. 4 dritter Satz DO 1994 („Verfahren bei ungenügender Beschreibung“) durch Entlassung aufgelöst.

Gemäß § 1 Abs. 1 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 (DVG 1984) ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) mit den im DVG angeführten Abweichungen auf Verfahren in Angelegenheiten des öffentlich-rechtlichen Dienst-, Ruhe- oder Versorgungsverhältnisses („Dienstverhältnisses“) zum Bund, den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden anzuwenden. Gemäß § 1 Abs. 2 DVG 1984 ist dieses Bundesgesetz auch auf die öffentlich-rechtlichen Bediensteten von Stiftungen, Fonds und Anstalten anzuwenden, die von Organen des Bundes oder Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hierzu von Organen des Bundes bestellt sind.

Gemäß § 9 Abs. 1 DVG 1984 ist in Abweichung der Bestimmung des § 57 AVG, soweit es sich nicht um die Begründung, Änderung oder Beendigung des Dienstverhältnisses, um die Änderung der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung oder um die Entscheidung über das Bestehen des Dienstverhältnisses handelt, die Dienstbehörde berechtigt, einen Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen (Dienstrechtsmandat). Ein solcher Bescheid ist ausdrücklich als Dienstrechtsmandat zu bezeichnen und hat außer dem Spruch jedenfalls eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten. Gemäß § 9 Abs. 3 DVG 1984 kann gegen ein Dienstrechtsmandat bei der Dienstbehörde, die es erlassen hat, binnen zwei Wochen Vorstellung erhoben werden.

3. Erholungszweck des gesetzlichen Urlaubes

Urlaub ist ganz allgemein die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entspringende Verpflichtung zur Freistellung des Arbeitgebers von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts und soll entsprechend den Intentionen des Gesetzgebers periodisch konsumiert werden, damit der Erholungszweck verwirklicht werden kann (vgl. bspw. LÖSCHNIGG, Arbeitsrecht Rz 6/683). Der Arbeitgeber hat sohin den Arbeitnehmer zur Erfüllung dessen gesetzlichen Urlaubsanspruches von der Arbeit freizustellen. Dem Arbeitnehmer ist uneingeschränkt zu ermöglichen, anstelle der geschuldeten Arbeitsleistung die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit selbstbestimmt zu nutzen. Das ist dann nicht gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer trotz der Freistellung damit rechnen muss, zur Arbeit abgerufen zu werden. Eine derartige Arbeitsbereitschaft lässt sich daher mit der Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaubs nicht vereinbaren (vgl. bspw. dBAG 20.6.2000, 9 AZR 405/99 mwN.).

4. Verletzung einfachgesetzlich gewährleisteter Rechte des Beschwerdeführers

Der Auftrag der Stabstelle Interne Revision der Stadt Wien vom 21.2.2017 an den Beschwerdeführer, er habe sich während seiner festgelegten Beurlaubung für allfällige vom Arbeitgeber festgesetzte Termine bereit zu halten, läuft jedenfalls dem angestrebten Erholungszweck des gesetzlichen Urlaubes zuwider. Zudem fand weder eine Anhörung des Beschwerdeführers statt, noch wurde mit dieser Festsetzung auf seine persönlichen Verhältnisse Rücksicht genommen. Gerade durch die gleichzeitig mit der Festsetzung des Urlaubes angeordnete Bereithaltung für allfällige von der Dienstgeberin während des Urlaubes festgesetzte Termine wird der vom Gesetzgeber intendierte Erholungszweck eines Urlaubes bereits vor Urlaubsantritt vereitelt, da der Beschwerdeführer nicht

selbstbestimmt die ihm zustehende Freizeit, beispielsweise für den Antritt einer Fernreise, nutzen konnte. Eine (nachträglich) abändernde Verfügung im Sinne des § 48 Abs. 2 DO 1994 liegt nicht vor.

Zum Zeitpunkt dieser Anordnungen als auch während des festgesetzten Urlaubes war der Beschwerdeführer noch nicht einmal (vorläufig) suspendiert sodass er keinesfalls ein Unterbleiben des Verbrauches seines Urlaubsanspruches im Sinne des § 41a Abs. 2 BO 1994 zu vertreten hat. Der Urlaubsanspruch des Beschwerdeführers ist gemäß § 48 Abs. 3 DO 1994 auch noch nicht verfallen.

Der Beschwerdeführer wurde sohin in seinen in § 45 DO 1994 einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt.

Trotz schriftlicher Einwände des Beschwerdeführers als auch nachfolgend erhobener Einwände seines ausgewiesenen Rechtsvertreters wurde kein Dienstrechtsmandat im Sinne des § 9 DVG iVm. § 57 AVG hinsichtlich der Festsetzung der Beurlaubung des Beschwerdeführers ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 schriftlich oder mündlich erlassen, obwohl die Erlassung eines Dienstrechtsmandats (auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren) in § 9 Abs. 1 DVG ausdrücklich vorgesehen ist. Auch wenn diese Bestimmung die Dienstbehörde „lediglich“ berechtigt, ein Dienstrechtsmandat zu erlassen, liegt es nicht im freien Ermessen der Dienstbehörde im Falle dienstrechtlicher Streitigkeiten mit dem Beamten kein Dienstrechtsmandat zu erlassen, da ansonsten diesem mangels eines anhängigen Verwaltungsverfahrens ansonsten keine rechtliche Möglichkeit zur Durchsetzung seiner einfachgesetzlich gewährten Rechte zur Verfügung stünde. Richtigerweise wäre daher bereits nach den erhobenen Einwänden des Beschwerdeführers gegen die (gleichzeitig mit der Bereithaltungsanordnung) vorgenommene Festsetzung des Urlaubes ein Dienstrechtsmandat zu erlassen gewesen, um dem Beschwerdeführer den gesetzlich vorgesehenen Rechtsweg zu einer (allfälligen) Anfechtung zu ermöglichen.

Der Beschwerdeführer wurde sohin ebenfalls in seinen in § 9 Abs. 1 DVG einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt.

5. Feststellungsinteresse des Beschwerdeführers

Mit Feststellungsbescheiden wird das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts (d.h. strittige Rechtsverhältnisse) verbindlich festgestellt (vgl. bspw. VwGH 26.11.1991, 91/05/0165; VfSlg 4032/1961).

Ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nicht im Gesetz ausdrücklich vorgesehen oder besteht hierfür kein öffentliches Interesse, muss der Feststellungsbescheid für die ihn beantragende Partei ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung sein, mit dem sie eine zukünftige Rechtsgefährdung abzuwenden vermag (vgl. bspw. VfSlg 13.425 A/1991; VfSlg 11.697/1988). Das bedeutet im Einzelnen, dass ein rechtliches (Feststellungsinteresse der antragstellenden Partei vorliegen muss, die Klarstellung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft von Bedeutung sein muss (vgl. bspw. VwGH 18.10.1978, 65/78 und 17.12.1996, 94/01/0797) und die Feststellung der strittigen Rechtsfrage nicht in einem anderen gesetzlich vorgezeichneten (Gerichts- oder Verwaltungs-)Verfahren zu entscheiden ist.

Von der Erlassung eines Dienstrechtsmandats wurde im verfahrensgegenständlichen Fall Abstand genommen, obwohl die Erlassung eines Dienstrechtsmandats (auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren) in § 9 Abs. 1 DVG ausdrücklich vorgesehen ist, und stattdessen von der belangten Behörde das Ermittlungsverfahren eingeleitet.

In der angefochtenen Entscheidung der belangten Behörde wird dem Beschwerdeführer ein, mangels Erlassung eines Dienstrechtsmandats „erzwungenes“, rechtliches Interesse nunmehr im Wesentlichen mit der Begründung abgesprochen, dass der festgesetzte Urlaub ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 bereits konsumiert worden wäre und der nunmehr erstrangig alternativ gestellte Feststellungsantrag daher nicht der Abwendung einer künftigen Rechtsgefährdung diene, ihm sohin ein rechtliches Feststellungsinteresse fehle.

Wie auch die belangte Behörde selbst in ihrer rechtlichen Begründung ausführt, sieht § 41a Abs. 1 BO 1994 anlässlich seines Ausscheidens aus dem Dienststand oder Dienstverhältnis eine Urlaubersatzleistung für den noch nicht verbrauchten Erholungsurlaub unter der Voraussetzung vor, dass der Beamte das Unterbleiben des Verbrauches des Erholungsurlaubes nicht zu vertreten hat. Ein Unterbleiben des Verbrauches des Erholungsurlaubes hätte der Beschwerdeführer jedoch lediglich im Falle einer Entlassung gemäß § 74 DO 1994 zu vertreten. Zum Zeitpunkt der Festsetzung desurlaubes und der gleichzeitigen Anordnung seiner Bereithaltung für allfällig von der Arbeitgeberin festgesetzte Termine während des festgesetzten Urlaubes war der Beschwerdeführer jedoch lediglich (vorläufig) suspendiert und ist dies bis heute.

Der Beschwerdeführer hat sohin ein entsprechendes rechtliches Interesse an der Feststellung, dass der ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 festgesetzte Urlaub unter der gleichzeitig zu beachtenden Anordnung, sich während des Urlaubes für allfällig von der Dienstgeberin festgesetzte Termine bereitzuhalten, dem vom Gesetzgeber intendierten Erholungszweck des gesetzlichen Urlaubes ausdrücklich widerspricht, sodass er richtigerweise ab 22.2.2017 bis einschließlich 27.2.2017 zur Erbringungen der Arbeitsleistung zwar bereit war, welche von der Arbeitgeberin jedoch nicht angenommen wurde und er daher in diesem Zeitraum keinen Urlaub verbraucht hat, ihm sohin sein (zukünftiger) Anspruch auf Zahlung einer Urlaubersatzleistung gemäß § 41a Abs. 1 BO 1994 im Falle der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses erhalten bleibt. Für die Klärung der verfahrensgegenständlichen strittigen Rechtsfragen und die damit verbunden erforderliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses ist über das verwaltungsrechtliche Dienstrechtsverfahren hinaus kein anderes (Gerichts- oder Verwaltungs-)Verfahren gesetzlich vorgesehen.“

Am 08.01.2019 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt, bei der der Beschwerdeführer, sein rechtsfreundlicher Vertreter, sowie eine Vertreterin der MA 2 anwesenden waren.

Am 25.02.2019 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt, bei der der Beschwerdeführer, sein rechtsfreundlicher Vertreter, sowie eine Vertreterin der MA 2 anwesenden waren.

Als Zeugen wurden gehört: Ing. D. E. (nunmehr: F.), Leiterin des Dezernates ... und direkte Vorgesetzte des Bf, G. H., Mitarbeiterin der Internen Revision und I. J., Mitarbeiter der Internen Revision.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschwerdeführer ist am 06.09.1982 in den Dienst der Stadt Wien eingetreten und steht seit dem 01.11.1986 als Werkmeister in einem öffentlich rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien und war zuletzt bei X. tätig.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 2 – Personalservice vom 24.02.2017, ZI. ... wurde der Beschwerdeführer vorläufig und mit Bescheid der Disziplinarkommission, Senat ... vom 29.03.2017, ZI. ..., endgültig vom Dienst suspendiert. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien, ZI. VGW-171/008/7408/2017, vom 13.06.2017 als unbegründet abgewiesen.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem unbestritten gebliebenen Akteninhalt.

Am 21.02.2017 erfolgte eine Niederschrift bei der Direktion X., Stabsstelle Interne Revision in Wien. Diese Niederschrift lautet:

„Niederschrift

Gegenstand: Strafrechtliche Vorwürfe im Zusammenhang mit der Unternehmung X. als Dienstgeberin

Aufgenommen am: 21. Februar 2017
 Zeit: Beginn: 07:47 Uhr Ende: 07:50 Uhr
 Ort: Wien, ...

TeilnehmerInnen: WKM A. B.,
 Mitarbeiter im Dezernat ...
 Ing.in D. E., Leiterin des Dezernates
 ...

G. H., Mitarbeiterin der Internen Revision

Schriftführerin: I. J., Mitarbeiter der Internen Revision

Dem Bediensteten WKM A. B. wird mitgeteilt, dass eine Beurlaubung bis einschließlich 5. März 2017 festgesetzt wird.

Während der Beurlaubung hat sich der Mitarbeiter für allfällige vom Dienstgeber festgesetzte Termin bereit zu halten.

Das Poststück der Magistratsabteilung 2 wurde am 20.2.2017 ausgehändigt und der Zustellschein unterfertigt.“

Diese Niederschrift ist Aktenbestandteil und ist inhaltlich unbestritten geblieben.

Angesichts der divergierenden Zeugenaussagen zum Inhalt des Gespräches am 21.02.2017 kann lediglich festgestellt werden, dass dieses Gespräch 3 Minuten gedauert hat, dem Beschwerdeführer eine Beurlaubung ab sofort mitgeteilt wurde und er sich für etwaige, vom Dienstgeber festgesetzte Termine bereitzuhalten gehabt hatte. Solche Termine kamen nicht zu Stande.

Aus den im Akt aufliegenden und unbestritten gebliebenen EDV-Aufzeichnungen ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer vom 22.02.2017 bis 27.02.2017 ein Urlaub eingetragen wurde. Ab dem 28.02.2017 ist für den Beschwerdeführer die vorläufige Suspendierung wirksam geworden. Diese Feststellungen ergeben sich aus den EDV-Auszügen die im Akt aufliegen und unbestritten geblieben sind.

Der Beschwerdeführer hat für die Zeit vom 22.02.2017 bis einschließlich 27.02.2017 weder einen Urlaubsantrag abgegeben noch einer Festsetzung desurlaubes zugestimmt.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt und aus der Mitteilung der MA 2 an das Verwaltungsgericht Wien vom 17.10.2018, die wie folgt lautet:

„Unter Bezugnahme auf die Aufforderung vom 9. Oktober 2018, eingelangt am 12. Oktober 2018, erlaubt sich die belangte Behörde binnen offener Frist mitzuteilen, dass im gegenständlichen Fall eine Urlaubsfestsetzung gemäß § 48 Abs. 1 der Dienstordnung 1994 erfolgt ist. Wie bereits auf den Seiten 15 bis 16 des in Beschwerde gezogenen Bescheides durch die belangte Behörde ausgeführt wurde, kommt es gerade nicht auf eine Beantragung durch den Beschwerdeführer an, sondern ist gemäß § 13 Abs. 1 Z 9 der GOM die Direktorin bzw. der Direktor von X., als Dienststellenleiterin bzw. als Dienststellenleiter, für eine derartige Festsetzung zuständig.“

Rechtliche Beurteilung:

§ 48 Abs. 1 der Dienstordnung 1994 (DO 1994) besagt:

„(1) Die Urlaubszeit ist nach Zulässigkeit des Dienstes und nach Anhören des Beamten festzusetzen, wobei auf die persönlichen Verhältnisse des Beamten angemessene Rücksicht zu nehmen ist. Der Beamte hat Anspruch, soweit nicht dienstliche Gründe entgegenstehen, mindestens die Hälfte des jährlichen Erholungsurlaubes ungeteilt zu verbrauchen.“

Gemäß § 13 Abs. 1 Z 9 der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien (GOM) obliegt den Dienststellenleitern und Dienststellenleiterinnen die Festsetzung der Urlaubszeit.

Der VwGH stellt in seiner Entscheidung vom 18.05.1981, ZI. 0703/80 zu § 64 BDG 1979 fest:

„Das "Festsetzen" der Urlaubszeit umfasst nicht nur die zeitliche Einteilung und die Bestimmung des konkreten Ausmaßes des betreffenden Erholungsurlaubes, sondern auch die grundsätzliche Entscheidung, ob dem betreffenden Beamten im Erholungsurlaub im gegenständlichen Zeitpunkt überhaupt zusteht. Voraussetzung für die Entscheidung darüber, ob ein Erholungsurlaub einem Beamten zu gewähren ist, ist ein konkreter Antrag desselben, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes Urlaub konsumieren zu wollen.“

Im Erkenntnis des VwGH vom 29.07.1992, ZI. 88/12/0199 wird ausgeführt:

„Nach den Normen des BDG 1979 über den Erholungsurlaub ist der Anspruch auf diesen Urlaub und sein Ausmaß (§§ 64 bis 67, 72 und 78) von seinem Verbrauch (§§ 68, 70, 71 und 77) und dem Verfall (§ 69) zu unterscheiden (so schon das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Februar 1989, ZI. 88/12/0012). Während dem Beamten der Urlaubsanspruch (einschließlich seines Ausmaßes) kraft Gesetzes unmittelbar zusteht, hängt sein Recht, den Erholungsurlaub in einer kalendermäßig bestimmten Zeit tatsächlich in Anspruch zu nehmen (zu verbrauchen) von der Festlegung dieser Zeit durch den Leiter seiner Dienststelle

ab, wobei dafür eine Abstimmung zwischen den dienstlichen Interessen und den persönlichen Verhältnissen des Beamten maßgebend ist (vgl. dazu § 68 erster Satz BDG 1979 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Z 1 DVV 1981) (so im Ergebnis bereits das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Oktober 1973, ZI. 1348/73 zu der diesbezüglich mit dem BDG 1979 vergleichbaren Rechtslage nach § 41 Abs. 1 und 13 DPL 1972, LGBl. für Niederösterreich Nr. 2200-0). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes kann es keinem Zweifel unterliegen, dass diese Festlegung (Einteilung) im Regelfall im Vorhinein zu erfolgen hat, weil nur so eine funktionsgerechte Verwaltung sichergestellt ist (vgl. auch den Zusammenhang mit § 48 Abs. 1 BDG 1979). Eine derartige Festlegung (Einteilung) durch den Dienststellenleiter des Beschwerdeführers ist in Ansehung des strittigen Zeitraumes nicht erfolgt.

Die gesetzliche Regelung des BDG 1979 über den Verbrauch des Erholungsurlaubes und den Verfall des Erholungsurlaubes stellt zwar im Gegensatz zur Regelung betreffend Urlaubsvorgriff (§ 70), den Sonderurlaub (§ 74) oder den Karenzurlaub (§ 75 BDG 1979) nicht auf einen ausdrücklichen Antrag des Beamten ab (vgl. in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 1989, ZI. 89/12/0160). Dessen ungeachtet ist aber aus der Regelung des Erholungsurlaubes im 7. Abschnitt des BDG 1979 ("Rechte des Beamten"), aus der Bestimmung des § 68 zweiter Satz BDG 1979 (demnach hat der Beamte unter bestimmten Voraussetzungen auch einen Rechtsanspruch bezüglich des Verbrauches des Erholungsurlaubes) und schließlich auch aus dem Zweck des Erholungsurlaubes abzuleiten, dass der Zugriff auf den Resturlaub jedenfalls nicht nachträglich gegen den Willen des Beamten erfolgen kann. Dies folgt auch aus § 69 BDG 1979, der den Verfall des Erholungsurlaubes zur Disposition des Beamten stellt (wobei auch hier ein Interessensausgleich vorgesehen ist, wenn der Verbrauch innerhalb eines bestimmten Zeitraumes aus dienstlichen Gründen nicht möglich ist).

Auf Grund dieser Regelungszusammenhänge ist daher auch (die nicht ausdrücklich geregelte) nachträgliche Bewertung einer Dienstabwesenheit durch die Dienstbehörde als Erholungsurlaub zulässig, allerdings nur dann, wenn dem der Beamte unmissverständlich zugestimmt hat."

Nach der Ansicht des erkennenden Senates ist die obzitierte, zum BDG 1979 ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung auf die DO 1994 übertragbar:

Auch die DO 1994 setzt für die Festsetzung des Erholungsurlaubes nach § 48 Abs. 1 DO 1994 nicht ausdrücklich einen Antrag des Beamten voraus. Im Unterschied dazu stellen hingegen die Regelungen betreffend Sonderurlaub (§ 52 leg. cit.) und Karenzurlaub (§ 56 leg. cit.) auf einen Antrag des Beamten ab. Sämtliche der genannten Bestimmungen befinden sich im 4. Abschnitt der DO 1994 unter der Überschrift „Rechte“ (Anm.: des Beamten). Ferner räumt § 48 Abs. 1 zweiter Satz DO 1994 dem Beamten einen Rechtsanspruch darauf ein, mindestens die Hälfte des jährlichen Erholungsurlaubes ungeteilt zu verbrauchen, soweit dem nicht dienstliche Gründe entgegenstehen.

Während der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.05.1981, ZI. 0703/80, explizit zu entnehmen ist, dass Voraussetzung für die kalendermäßige Festlegung bzw. Festsetzung des Erholungsurlaubes dennoch ein konkreter Antrag des Beamten ist, so kann diese Rechtsansicht aus der Entscheidung vom 29.07.1992, ZI. 88/12/0199, implizit abgeleitet werden: Wenn, so der Verwaltungsgerichtshof, sogar „der Zugriff auf den Resturlaub jedenfalls nicht nachträglich gegen den Willen des Beamten erfolgen kann“ und nur dann zulässig ist, „wenn dem der Beamte unmissverständlich zugestimmt hat“, so setzt nach der vom erkennenden Senat vertretenen Rechtsansicht auch die Festsetzung des Erholungsurlaubes im Vorhinein einen Antrag oder zumindest die Zustimmung des Beamten voraus.

Nach den getroffenen Feststellungen lag gegenständlicher Festsetzung des Erholungsurlaubes jedoch weder ein Antrag noch eine Zustimmung des Beschwerdeführers zugrunde.

Den das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis regelnden Bestimmungen ist grundsätzlich abschließender Charakter beizumessen (vgl. VwGH vom 04.09.2014, Ro 2014/12/0008, vom 22.04.2009, ZI. 2008/12/0071; vom 24.04.1996, ZI. 96/12/0024, u.a.). Die DO 1994 sieht eine Beurlaubung oder

Dienstfreistellung eines Beamten vor Ausspruch der (vorläufigen) Suspendierung gem. § 94 DO 1994 nicht vor. Vielmehr erfüllt gerade die (vorläufige) Suspendierung den Zweck, den Bediensteten für die Dauer eines Disziplinarverfahrens von der Erbringung seiner Dienstleistung abzuhalten. Der (vorläufigen) Suspendierung eine – als Erholungsurlaub zu wertende – Beurlaubung bzw. Dienstfreistellung vorzuschalten, findet in der DO 1994 somit keine Deckung.

Aufgrund obiger Erwägungen war daher die für den Beschwerdeführer eingetragene Zeit von 22.2.2017 bis 27.2.2017 nicht als Verbrauch von Erholungsurlaub zu sehen und daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil im vorliegenden Fall keine eindeutige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Erholungsurlaub (Festsetzung des Erholungsurlaubes ohne Antrag und Zustimmung des Bediensteten) zum Zweck der Vorwegnahme einer (vorläufigen) Suspendierung vorliegt.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist

der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits L.L.M.
Vorsitzender