

TE Vwgh Erkenntnis 2011/3/30 2010/12/0046

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.03.2011

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
60/03 Kollektives Arbeitsrecht;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;
63/02 Gehaltsgesetz;
63/07 Personalvertretung;
91/02 Post;

Norm

ArbVG §117;
BDG 1979 §38 impl;
BDG 1979 §40 impl;
BDG 1979 §49 Abs1;
BDG 1979 §49;
GehG 1956 §15 Abs1 Z1 idF 1972/214;
PBVG 1996 §65 Abs1;
PBVG 1996 §66;
PBVG 1996 §67 Abs1;
PBVG 1996;
PVG 1967 §25 Abs4;
VwGG §42 Abs2 Z1;
1. ArbVG § 117 heute
2. ArbVG § 117 gültig ab 01.01.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2010
3. ArbVG § 117 gültig von 01.07.1993 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 460/1993
1. BDG 1979 § 38 heute
2. BDG 1979 § 38 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2012
3. BDG 1979 § 38 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
4. BDG 1979 § 38 gültig von 01.07.1997 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/1998
5. BDG 1979 § 38 gültig von 01.01.1995 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 43/1995
6. BDG 1979 § 38 gültig von 01.01.1995 bis 31.12.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 550/1994
7. BDG 1979 § 38 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1994
1. BDG 1979 § 40 heute

2. BDG 1979 § 40 gültig ab 01.01.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 550/1994
3. BDG 1979 § 40 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1994
1. BDG 1979 § 49 heute
2. BDG 1979 § 49 gültig ab 30.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022
3. BDG 1979 § 49 gültig von 23.12.2018 bis 29.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018
4. BDG 1979 § 49 gültig von 18.06.2015 bis 22.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2015
5. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2008 bis 17.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2007
6. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2003
7. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002
8. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
9. BDG 1979 § 49 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/1998
10. BDG 1979 § 49 gültig von 01.07.1997 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
11. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 873/1992
12. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1992
1. BDG 1979 § 49 heute
2. BDG 1979 § 49 gültig ab 30.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022
3. BDG 1979 § 49 gültig von 23.12.2018 bis 29.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018
4. BDG 1979 § 49 gültig von 18.06.2015 bis 22.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2015
5. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2008 bis 17.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2007
6. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2003
7. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002
8. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
9. BDG 1979 § 49 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/1998
10. BDG 1979 § 49 gültig von 01.07.1997 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
11. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 873/1992
12. BDG 1979 § 49 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1992
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des JW in S, vertreten durch Dr. Thomas Walzel Wiesentreu, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Schöpfstraße 6b, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 29. Jänner 2010, Zl. PM/PRB-593272/10-A01, betreffend Abgeltung von Überstunden eines dienstfreigestellten Personalvertreters (§ 67 Abs. 1 PBVG), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des JW in S, vertreten durch Dr. Thomas Walzel Wiesentreu, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Schöpfstraße 6b, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 29. Jänner 2010, Zl. PM/PRB-593272/10-A01, betreffend Abgeltung von Überstunden eines dienstfreigestellten Personalvertreters (Paragraph 67, Absatz eins, PBVG), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Beamter des PT-Schemas in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Am 1. Juli 1989 wurde er Mitglied des Personalausschusses I und in dieser Eigenschaft fortan gänzlich vom Dienst freigestellt. Als solcher wurde er zuletzt der Österreichischen Post Aktiengesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen. Der Beschwerdeführer steht als Beamter des PT-Schemas in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Am 1. Juli 1989 wurde er Mitglied des Personalausschusses römisch eins und in dieser Eigenschaft fortan gänzlich vom Dienst freigestellt. Als solcher wurde er zuletzt der Österreichischen Post Aktiengesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen.

In einer Eingabe vom 31. März 2008 beehrte der Beschwerdeführer, ihm auch ab Jänner 2008 - so wie bisher üblich - eine Überstundenvergütung für 20 Überstunden pro Monat zur Auszahlung zu bringen.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 29. Jänner 2010 wurde dieser Antrag nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens (vgl. hierzu die tieferstehende Wiedergabe der Bescheidebegründung) abgewiesen, "soweit er das Überstundenausmaß von 9,82 Mehrleistungsstunden pro Monat überschreitet". Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 29. Jänner 2010 wurde dieser Antrag nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens vergleiche hierzu die tieferstehende Wiedergabe der Bescheidebegründung) abgewiesen, "soweit er das Überstundenausmaß von 9,82 Mehrleistungsstunden pro Monat überschreitet".

In der Bescheidebegründung heißt es (auszugsweise) (Hervorhebungen im Original):

"Mit Bescheid des für Beamte bei Betriebsstellen der Österreichischen Post Aktiengesellschaft in Tirol und Vorarlberg zuständigen Personalamtes Innsbruck vom 06. März 2009, GZ PMI/PMT- 539356/08-E03 ist Ihr mit 31. März 2008 gestellter Antrag auf Auszahlung einer Monatspauschale von 20 Überstunden ab Jänner 2008, soweit er das Überstundenausmaß von 9,82 Mehrleistungsstunden pro Monat überschreitet, abgewiesen worden.

Gegen diesen Bescheid haben Sie innerhalb offener Frist eine Berufung eingebracht, die Sie im Wesentlichen wie folgt begründen.

Der ermittelten Vergleichsbasis, aufgrund derer die erstinstanzliche Behörde zur Feststellung gelangt, dass für die Mitarbeiter der Österreichischen Post AG, die eine idente dienst- bzw. besoldungsrechtliche Einstufung wie Sie aufweisen, fehle es an der entsprechenden Repräsentativität und Aussagekraft. Zuzufolge der Unvollständigkeit der angezogenen Ermittlungsgrundlagen seien die sich in der verwendeten Vergleichsbasis niederschlagenden Ergebnisse nicht verwertbar.

Tatsächlich hätten Sie seit Antritt Ihrer Personalvertretertätigkeit mit 01. April 1989 pro Monat durchschnittlich ca. 20 Überstunden geleistet, welche Ihnen bis Dezember 2007 regelmäßig anstandslos ausbezahlt wurden.

Die nunmehrige unvollständige Abgeltung der von Ihnen in den Monaten Jänner bis Dezember 2008 geleisteten und ordnungsgemäß geltend gemachten Überstunden widerspräche einerseits der lang andauernden betrieblichen Übung innerhalb des Betriebes und verstoße andererseits gegen das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot.

Die von der erstinstanzlichen Behörde vorgenommene Durchschnittsbetrachtung verbiete sich auch aufgrund Ihrer tatsächlichen Überstundenleistung. In Ihrer Eigenschaft als Vorsitzender des Personalausschusses für Tirol und Vorarlberg hätten Sie 3.000 Arbeitnehmer in zwei Bundesländern in unterschiedlichen Angelegenheiten zu betreuen und würden dabei als quasi-öffentliches Organ im Allgemeininteresse tätig werden. Viele dieser Tätigkeiten, wie etwa Dienststellenbesuche in den Postämtern Verteilzentren, und Zustellbasen, Teilnahme an Betriebsversammlungen, könnten Sie nur außerhalb der zwischen 07:30 Uhr und 15:30 Uhr liegenden Normalarbeitszeiten bzw. Kernarbeitszeiten der Personalvertretung ausüben. Auch die Dienstreisen im Zusammenhang mit den Sitzungen des Zentralausschusses führten zur Überschreitung Ihrer Normalarbeitszeit.

Die tatsächliche Erbringung der Überstundenleistungen sei auf Grund des Benachteiligungsverbot es zwingend als ein den Anspruch auf Auszahlung der Monatspauschale begründender Umstand zu berücksichtigen.

Da Ihnen seit nahezu 20 Jahren regelmäßig geleistete Überstunden ausbezahlt wurden, sei auf Grund der lang dauernden, regelmäßigen betrieblichen Übung ein einseitiges Abweichen des Dienstgebers nicht möglich.

Weiters hätte die erstinstanzliche Behörde gegen das das gesamte Dienstverhältnis umfassende Benachteiligungsverbot in Bezug auf die entgeltliche Stellung der Mitglieder von Personalvertretungsorganen verstoßen.

Nach dem Ausfallsprinzip hätten Sie einen Anspruch auf Ersatz des mutmaßlichen Verdienstes, abgestellt auf ihre individuelle Arbeitstätigkeit. Ihr mutmaßlicher Verdienst entspräche primär dem vor der Freistellung bezogenen tatsächlichen Verdienst.

Auch bei Heranziehung der Durchschnittsbetrachtung müsse man auf die Durchschnittskarriere des Betriebsratsmitglieds abstellen, wobei entsprechend dem Wahrnehmungsbericht des Rechnungshofes darauf zu achten wäre, dass Vergleichsbeamte und Personalvertreter einander entsprechen.

Da Mehrleistungen im Rahmen der Personalvertreterstätigkeit zur Abwehr eines Schadens für die Arbeitnehmer dienten, würden kumulativ auch die Erfordernisse des § 49 Abs. 1 BDG vorliegen. Da Mehrleistungen im Rahmen der Personalvertreterstätigkeit zur Abwehr eines Schadens für die Arbeitnehmer dienten, würden kumulativ auch die Erfordernisse des Paragraph 49, Absatz eins, BDG vorliegen.

Sie stellten die Anträge, die Berufungsbehörde möge den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass Ihrem Antrag auf Auszahlung einer Monatspauschale von 20 Überstunden ab Jänner 2008 vollinhaltlich stattgegeben wird, in eventu diesen aufheben und in der Sache selbst entscheiden oder an die erstinstanzliche Behörde zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

Auf Grund der der Berufungsbehörde vorliegenden Aktenlage und der von der Berufungsbehörde ergänzend vorgenommenen Erhebungen ergibt sich folgender Sachverhalt:

Sie stehen seit 01.10.1971 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Sie wurden mit 1. Jänner 1998 in die Verwendungsgruppe PT 3, Dienstzulagengruppe 1, ernannt und waren bis zu Ihrer gänzlichen Dienstfreistellung als Mitglied des Personalausschusses I am 01.07.1989 Leiter des Rundfunkamtes Innsbruck. Sie stehen seit 01.10.1971 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Sie wurden mit 1. Jänner 1998 in die Verwendungsgruppe PT 3, Dienstzulagengruppe 1, ernannt und waren bis zu Ihrer gänzlichen Dienstfreistellung als Mitglied des Personalausschusses römisch eins am 01.07.1989 Leiter des Rundfunkamtes Innsbruck.

In Anwendung der in diesem Zeitraum noch angewandten, vom Bundeskanzleramt und in weiterer Folge vom Bundesministerium für Finanzen mit Note vom 21. November 1994, GZ 923.226/1-II/3/94, bzw. mit Note vom 31. Juli 1997, GZ 923.226/1-VII/3/97, erlassenen Beförderungsrichtlinien für dienstfreigestellte Personalvertretungsmitglieder der seinerzeitigen Post- u. Telegraphenverwaltung bzw. Post und Telekom Austria AG wurden Sie gemäß diesen Richtlinien mehrmals befördert bzw. bezugsgeregelt. Dementsprechend wurden Sie zuletzt am 14. März 2001 auf eine Planstelle der Verwendungsgruppe PT 2, Dienstzulagengruppe 2, ernannt.

Auf Grund der einschlägigen Rechtsprechung der Höchstgerichte und der Empfehlung des Rechnungshofs, wonach dienstfreigestellte Personalvertreter einen Anspruch auf Zahlung von Nebengebühren in jenem Ausmaß haben, die ein vergleichbarer nicht freigestellter Beamter in gleicher besoldungsrechtlicher Stellung in der Verwendung bezieht, die der Personalvertreter ohne Freistellung ausgeübt hätte, waren Ihre Nebengebühren als dienstfreigestellter Personalvertreter ab Jänner 2008 neu zu bemessen.

Ausgehend von Ihrem Karriereverlauf gemäß den damals noch zur Anwendung gelangenden Beförderungsrichtlinien des BKA für dienstfreigestellte Personalvertreter und der sich dadurch für Sie ergebenden maßgeblichen besoldungsrechtlichen Einstufung in die Verwendungsgruppe PT 2, Dienstzulagengruppe 2, hatte das Personalamt Innsbruck als erstinstanzliche Dienstbehörde für Beamte bei Betriebsstellen der Österreichischen Post Aktiengesellschaft in Tirol und Vorarlberg in seinem Zuständigkeitsbereich im Beobachtungszeitraum 01. Jänner 2007 bis 31. Dezember 2007 die Überstundenleistungen von jenen Mitarbeitern ermittelt, die im Beobachtungszeitraum die gleiche dienst- bzw. besoldungsrechtliche Einstufung wie Sie aufgewiesen haben. Konkret waren dies:

...

(es folgt nun die namentliche Anführung der betroffenen Mitarbeiter sowie die Zahl der dem jeweiligen Mitarbeiter im Jahr 2007 abgegoltenen Überstunden)

Der daraus errechnete Überstundenwert (Monatsdurchschnitt bezahlter Überstunden je Mitarbeiter), der als Grundlage für die Ihnen ab Jänner 2008 gebührende Monatspauschale für Mehrdienstleistungen heranzuziehen war, ergab durchschnittlich 9,82 Mehrleistungsstunden pro Monat.

Dazu wird Folgendes festgestellt:

Nach § 65 Abs. 1 PBVG ist das Mandat der Mitglieder der Personalvertretung ein Ehrenamt, das, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, neben den Berufspflichten auszuüben ist. Nach Paragraph 65, Absatz eins, PBVG ist das Mandat der Mitglieder der Personalvertretung ein Ehrenamt, das, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, neben den Berufspflichten auszuüben ist.

Gemäß § 67 Abs. 1 Z 1 lit. a) PBVG sind abweichend von § 65 Abs. 1 PBVG Mitglieder des Personalausschusses und des Zentralausschusses in Unternehmen, in denen Vertrauenspersonenausschüsse, mindestens ein Personalausschuss und ein Zentralausschuss errichtet worden sind, unter Fortzahlung ihres Entgeltes freizustellen. Gemäß Paragraph 67, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a,) PBVG sind abweichend von Paragraph 65, Absatz eins, PBVG Mitglieder des Personalausschusses und des Zentralausschusses in Unternehmen, in denen Vertrauenspersonenausschüsse, mindestens ein Personalausschuss und ein Zentralausschuss errichtet worden sind, unter Fortzahlung ihres Entgeltes freizustellen.

Der Rechnungshof hat in seinem Wahrnehmungsbericht vom Februar 2003, Zl. 860.018/002-E1/03, unter Bezugnahme auf das in der Betriebsverfassung verankerte Ausfallsprinzip im Zusammenhang mit der Auszahlung von Überstunden ausgeführt, dass für die Fortzahlung von Überstundenvergütungen jene Überstundenleistungen heranzuziehen sind, die ein vergleichbarer, nicht freigestellter Beamter in gleicher besoldungsrechtlicher Stellung in der Verwendung bezieht, die der Personalvertreter ohne Freistellung ausgeübt hätte. Der Rechnungshof kommt daher auch zu dem Ergebnis, dass es auf Grund der §§ 65 und 67 PBVG ausgeschlossen ist, 'dass zur Erledigung von Personalvertretungsaufgaben Überstunden außerhalb der Dienstzeit anfallen können, wenn ein Personalvertreter gänzlich vom Dienst freigestellt ist!' Der Rechnungshof hat in seinem Wahrnehmungsbericht vom Februar 2003, Zl. 860.018/002-E1/03, unter Bezugnahme auf das in der Betriebsverfassung verankerte Ausfallsprinzip im Zusammenhang mit der Auszahlung von Überstunden ausgeführt, dass für die Fortzahlung von Überstundenvergütungen jene Überstundenleistungen heranzuziehen sind, die ein vergleichbarer, nicht freigestellter Beamter in gleicher besoldungsrechtlicher Stellung in der Verwendung bezieht, die der Personalvertreter ohne Freistellung ausgeübt hätte. Der Rechnungshof kommt daher auch zu dem Ergebnis, dass es auf Grund der Paragraphen 65, und 67 PBVG ausgeschlossen ist, 'dass zur Erledigung von Personalvertretungsaufgaben Überstunden außerhalb der Dienstzeit anfallen können, wenn ein Personalvertreter gänzlich vom Dienst freigestellt ist!'

Es ist somit bei der Berechnung des Mehrleistungsentgeltes nicht auf eine allfällige zeitliche Mehrleistung in Ihrer Funktion als Personalvertreter (Vorsitzender des Personalausschusses für Tirol und Vorarlberg) abzustellen, da dies auch mit dem Charakter des an und für sich unbesoldeten Ehrenamtes eines Personalvertreters inkompatibel wäre, sondern auf Ihren mutmaßlichen Verdienst (siehe z.B. VwGH vom 30.5.2006, GZ 2005/12/0261). Es war somit zu errechnen, welche Abgeltungen für zeitliche Mehrleistungen Sie aktuell unter Zugrundelegung Ihrer besoldungsrechtlichen Stellung erhalten würden, wenn Sie nicht dauernd unter Fortzahlung Ihres Entgeltes von der Dienstleistungsverpflichtung freigestellt wären (vgl. Strasser/Jabornegg, Arbeitsverfassungsgesetz³ (1999), 575, E 9), weshalb auch nicht auf Überstundenleistungen auf der vor Ihrer dauernden Dienstfreistellung als Mitglied des Personalausschusses I am 01. Juli 1989 innegehabten Verwendung als Leiter des Rundfunkamtes Innsbruck abzustellen war. Es ist somit bei der Berechnung des Mehrleistungsentgeltes nicht auf eine allfällige zeitliche Mehrleistung in Ihrer Funktion als Personalvertreter (Vorsitzender des Personalausschusses für Tirol und Vorarlberg) abzustellen, da dies auch mit dem Charakter des an und für sich unbesoldeten Ehrenamtes eines Personalvertreters inkompatibel wäre, sondern auf Ihren mutmaßlichen Verdienst (siehe z.B. VwGH vom 30.5.2006, GZ 2005/12/0261). Es war somit zu errechnen, welche Abgeltungen für zeitliche Mehrleistungen Sie aktuell unter Zugrundelegung Ihrer besoldungsrechtlichen Stellung erhalten würden, wenn Sie nicht dauernd unter Fortzahlung Ihres Entgeltes von der Dienstleistungsverpflichtung freigestellt wären vergleiche Strasser/Jabornegg, Arbeitsverfassungsgesetz³ (1999), 575, E 9), weshalb auch nicht auf Überstundenleistungen auf der vor Ihrer dauernden Dienstfreistellung als Mitglied des Personalausschusses römisch eins am 01. Juli 1989 innegehabten Verwendung als Leiter des Rundfunkamtes Innsbruck abzustellen war.

Zur Repräsentativität und Aussagekraft der ermittelten Vergleichsbasis:

Die Dienstbehörde erster Instanz hat den Vorgaben der Judikatur und des Rechnungshofes bei der Bemessung Ihrer pauschalisierten Nebengebühren für Mehrdienstleistungen im Jahre 2008 korrekt entsprochen, idem sie für die Ermittlung der Vergleichsbasis jene Mitarbeiter ihres Zuständigkeitsbereiches (gem. § 17 Abs. 3 Z 1 Poststrukturgesetz (PTSG) ist für Beamte bei Betriebsstellen der Österreichischen Post AG in Tirol und VlbG. das Personalamt Innsbruck zuständige Dienstbehörde) ermittelte, die ganzjährig im Jahr 2007 die gleiche dienst- und besoldungsrechtliche Stellung wie Sie (nämlich PT 2/2), aufgewiesen haben und den Durchschnittswert der diesen Mitarbeitern abgegoltenen Mehrleistungen ihrer Berechnung zu Grunde legte. Mit dieser Durchschnittsberechnung wurde jenes Entgelt (mutmaßlicher Verdienst) ermittelt, das Sie ohne Freistellung für Ihre Funktion als Personalvertreter nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge erhalten hätten (vgl. z. B. 10398 (A) - Erkenntnis v. 16. 3. 1981, Zl. 315/80, VwGH Erk. GZ. 97/12/0373). Die Dienstbehörde erster Instanz hat den Vorgaben der Judikatur und des Rechnungshofes bei der Bemessung Ihrer pauschalisierten Nebengebühren für Mehrdienstleistungen im Jahre 2008 korrekt entsprochen, idem sie für die Ermittlung der Vergleichsbasis jene Mitarbeiter ihres Zuständigkeitsbereiches (gem. Paragraph 17, Absatz 3, Ziffer eins, Poststrukturgesetz (PTSG) ist für Beamte bei Betriebsstellen der Österreichischen Post AG in Tirol und VlbG. das Personalamt Innsbruck zuständige Dienstbehörde) ermittelte, die ganzjährig im Jahr 2007 die gleiche dienst- und besoldungsrechtliche Stellung wie Sie (nämlich PT 2/2), aufgewiesen haben und den Durchschnittswert der diesen Mitarbeitern abgegoltenen Mehrleistungen ihrer Berechnung zu Grunde legte. Mit dieser Durchschnittsberechnung wurde jenes Entgelt (mutmaßlicher Verdienst) ermittelt, das Sie ohne Freistellung für Ihre Funktion als Personalvertreter nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge erhalten hätten vergleiche z. B. 10398 (A) - Erkenntnis v. 16. 3. 1981, Zl. 315/80, VwGH Erk. GZ. 97/12/0373).

Der so ermittelte Monatsdurchschnitt von 9,82 Stunden und dessen Heranziehung für die Ihnen ab Jänner 2008 gebührende Monatspauschale für Mehrdienstleistungen ist für die Berufungsbehörde daher transparent und nachvollziehbar.

Da nach den erwähnten Vorgaben der Judikatur und des Rechnungshofes die so ermittelten Nebengebühren jährlich zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen sind, hat die Berufungsbehörde - obgleich für diese Berufung nicht gegenständlich - unter Beibehaltung des Verfahrens der erstinstanzlichen Behörde den Überstundenwert für die Ihnen ab Jänner 2009 gebührende Monatspauschale für Mehrdienstleistungen auf Basis einer Datenerfassung im Beobachtungszeitraum 01. Jänner 2008 bis 31. Dezember 2008 ermittelt.

...

(es folgt nun eine namentliche Auflistung von Beamten sowie die Zahl der ihnen im Jahr 2008 abgegoltenen Überstunden)

Der daraus errechnete Überstundenwert beläuft sich auf 11,98 Mehrleistungsstunden pro Monat. Ab Jänner 2009 bis zu Ihrer mit 01. Dezember 2009 bewirkten Versetzung in den Ruhestand gebührt Ihnen daher auf Grund der dargestellten Berechnungen der Berufungsbehörde eine Monatspauschale für Mehrdienstleistungen von

11.98 Stunden. Die erstinstanzliche Dienstbehörde wird verständigt, das Weitere zu veranlassen.

In der den betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Vorgangsweise der Dienstbehörde erster Instanz kann auch keine Missachtung des arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbotes erblickt werden.

Ihrem Vorbringen, dass im Rahmen der Personalvertretungstätigkeit Mehrleistungen anfallen, die zur Abwehr eines Schadens für Arbeitnehmer dienen und insofern unverzüglich notwendig waren, weshalb kumulativ auch die Abgeltungskriterien gemäß § 49 Abs. 1 BDG erfüllt wären, ist entgegen zu halten, dass die gemäß § 67 Abs. 1 Z 1 lit. a) PBVG dauernd dienstfrei gestellten Personalvertreter ex lege vom Dienst im Sinne des § 36 Abs. 1 BDG befreit und somit auch nicht mit Wahrnehmung der Aufgaben eines Arbeitsplatzes, für den das Regime des § 49 Abs. 1 BDG überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, betraut sind. Die Berufungsbehörde schließt sich den Feststellungen der Dienstbehörde erster Instanz an, dass dauernd dienstfrei gestellte Personalvertreter, nicht an im Dienstplan des Dienstgebers vorgeschriebene Dienststunden gebunden sind. Ebenso zutreffend wurde festgestellt, dass bei der Schadensabwehr im Verständnis des § 49 Abs. 1 BDG auf die Interessen des Dienstgebers und nicht die im Rahmen der Personalvertretungstätigkeit zu schützenden Werte abgestellt wird. Ihrem Vorbringen, dass im Rahmen der Personalvertretungstätigkeit Mehrleistungen anfallen, die zur Abwehr eines Schadens für Arbeitnehmer dienen und

insofern unverzüglich notwendig waren, weshalb kumulativ auch die Abgeltungskriterien gemäß Paragraph 49, Absatz eins, BDG erfüllt wären, ist entgegen zu halten, dass die gemäß Paragraph 67, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a,) PBVG dauernd dienstfrei gestellten Personalvertreter ex lege vom Dienst im Sinne des Paragraph 36, Absatz eins, BDG befreit und somit auch nicht mit Wahrnehmung der Aufgaben eines Arbeitsplatzes, für den das Regime des Paragraph 49, Absatz eins, BDG überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, betraut sind. Die Berufungsbehörde schließt sich den Feststellungen der Dienstbehörde erster Instanz an, dass dauernd dienstfrei gestellte Personalvertreter, nicht an im Dienstplan des Dienstgebers vorgeschriebene Dienststunden gebunden sind. Ebenso zutreffend wurde festgestellt, dass bei der Schadensabwehr im Verständnis des Paragraph 49, Absatz eins, BDG auf die Interessen des Dienstgebers und nicht die im Rahmen der Personalvertretertätigkeit zu schützenden Werte abgestellt wird."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, ihn aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 49 Abs. 1 bis 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979) in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, lautet: Paragraph 49, Absatz eins, bis 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979) in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2001, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 142 aus 2000,, lautet:

"Mehrdienstleistung

§ 49. (1) Der Beamte hat auf Anordnung über die im Dienstplan

vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst zu versehen

(Mehrdienstleistung). Den auf Anordnung erbrachten

Mehrdienstleistungen sind Mehrdienstleistungen gleichzuhalten, wenn

1. der Beamte einen zur Anordnung der

Mehrdienstleistung Befugten nicht erreichen konnte,

2. die Mehrdienstleistung zur Abwehr eines Schadens

unverzüglich notwendig war,

3. die Notwendigkeit der Mehrdienstleistung nicht auf

Umstände zurückgeht, die von dem Beamten, der die

Mehrdienstleistung erbracht hat, hätten vermieden werden können, und

4. der Beamte diese Mehrdienstleistung spätestens

innerhalb einer Woche nach der Erbringung schriftlich meldet; ist der Beamte durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne sein Verschulden verhindert, diese Frist einzuhalten, so verlängert sie sich um die Dauer der Verhinderung.

1. (2) Absatz 2, An Werktagen erbrachte Mehrdienstleistungen (ausgenommen jene nach § 47a Z 2 lit. b) sind nach Möglichkeit im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen. Mehrdienstleistungen außerhalb der Nachtzeit sind vor Mehrdienstleistungen in der Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr) auszugleichen. Mehrdienstleistungen an Sonn- und Feiertagen sind nicht durch Freizeit auszugleichen. An Werktagen erbrachte Mehrdienstleistungen (ausgenommen jene nach Paragraph 47 a, Ziffer 2, Litera b,) sind nach Möglichkeit im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen. Mehrdienstleistungen außerhalb der Nachtzeit sind vor Mehrdienstleistungen in der Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr) auszugleichen. Mehrdienstleistungen an Sonn- und Feiertagen sind nicht durch Freizeit auszugleichen.
2. (3) Absatz 3, Mehrdienstleistungen an Werktagen, die im betreffenden Kalendervierteljahr nicht durch Freizeit ausgeglichen sind, gelten mit Ablauf des Kalendervierteljahres als Überstunden. Mehrdienstleistungen an Sonn-

und Feiertagen gelten in jedem Fall als Überstunden und sind nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten.

3. (4) Absatz 4, Werktagsüberstunden sind je nach Anordnung

1. 1. Ziffer eins

im Verhältnis 1 : 1,5 in Freizeit auszugleichen oder

2. 2. Ziffer 2

nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten

oder

3. im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen und zusätzlich nach besoldungsrechtlichen

Vorschriften abzugelten."

Gemäß § 15 Abs. 1 Z. 1 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (im Folgenden: GehG) in der Fassung der 24. Gehaltsgesetznovelle, BGBl. Nr. 214/1972, zählt die Überstundenvergütung zu den Nebengebühren. Gemäß Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (im Folgenden: GehG) in der Fassung der 24. Gehaltsgesetznovelle, Bundesgesetzblatt Nr. 214 aus 1972,, zählt die Überstundenvergütung zu den Nebengebühren.

Gemäß § 16 Abs. 1 GehG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 (Zitate idF BGBl. I Nr. 96/2007), gebührt dem Beamten für Überstunden, die nicht in Freizeit oder die gemäß § 49 Abs. 4 Z. 3 oder Abs. 5 Z. 3 BDG 1979 im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit ausgeglichen werden, eine Überstundenvergütung. Gemäß Paragraph 16, Absatz eins, GehG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2001, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 142 aus 2000, (Zitate in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 96 aus 2007,,), gebührt dem Beamten für Überstunden, die nicht in Freizeit oder die gemäß Paragraph 49, Absatz 4, Ziffer 3, oder Absatz 5, Ziffer 3, BDG 1979 im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit ausgeglichen werden, eine Überstundenvergütung.

§ 65, § 66 und § 67 Abs. 1 Z. 1 des Post-Betriebsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 326/1996 (im Folgenden: PBVG) in der Stammfassung, lauten: Paragraph 65,, Paragraph 66 und Paragraph 67, Absatz eins, Ziffer eins, des Post-Betriebsverfassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 326 aus 1996, (im Folgenden: PBVG) in der Stammfassung, lauten:

"RECHTSSTELLUNG DER MITGLIEDER DER PERSONALVERTRETUNGSORGANE GEMÄSS § 9 Abs. 1 Z 2 bis

4"RECHTSSTELLUNG DER MITGLIEDER DER PERSONALVERTRETUNGSORGANE GEMÄSS Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4

Grundsätze der Mandatsausübung, Verschwiegenheitspflicht

§ 65. (1) Das Mandat der Mitglieder der Personalvertretungsorgane ist ein Ehrenamt, das, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt wird, neben den Berufspflichten auszuüben ist; dabei ist jedoch auf die zusätzliche Belastung aus der Tätigkeit als Mitglied eines Personalvertretungsorgans Rücksicht zu nehmen. Paragraph 65, (1) Das Mandat der Mitglieder der Personalvertretungsorgane ist ein Ehrenamt, das, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt wird, neben den Berufspflichten auszuüben ist; dabei ist jedoch auf die zusätzliche Belastung aus der Tätigkeit als Mitglied eines Personalvertretungsorgans Rücksicht zu nehmen.

4. (2) Absatz 2, Die Mitglieder der Personalvertretungsorgane sind bei Ausübung ihrer Tätigkeit an keinerlei Weisungen gebunden. Die Mitglieder des Vertrauenspersonenausschusses sind nur der Betriebsversammlung, die Mitglieder des Personalausschusses und des Zentralausschusses der Personalvertreterversammlung verantwortlich.

5. (3) Absatz 3, Die Mitglieder der Personalvertretungsorgane sowie die Ersatzmitglieder dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränkt und wegen dieser, insbesondere hinsichtlich des Entgelts und der Aufstiegsmöglichkeiten bzw. bei der Leistungsfeststellung und der dienstlichen Laufbahn, nicht benachteiligt werden. Sie dürfen während der Dauer ihrer Funktion nur mit ihrer Zustimmung versetzt oder dienstzugeteilt werden. Gesetzliche Bestimmungen über die Versetzung auf Grund eines Disziplinarverfahrens bleiben unberührt.

6. (4) Absatz 4, Die Mitglieder und Ersatzmitglieder der Personalvertretungsorgane sind verpflichtet, über alle in Ausübung ihres Amtes bekanntgewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, insbesondere über die ihnen als geheim bezeichneten technischen Einrichtungen, Verfahren und Eigentümlichkeiten des Unternehmens Verschwiegenheit zu bewahren. Werden im Zuge der Mitwirkung in personellen Angelegenheiten Mitgliedern der Personalvertretungsorgane persönliche Verhältnisse oder Angelegenheiten der Arbeitnehmer bekannt, die ihrer

Bedeutung oder ihrem Inhalt nach einer vertraulichen Behandlung bedürfen, so haben sie hierüber Verschwiegenheit zu bewahren.

Freizeitgewährung

§ 66. Den Mitgliedern der Personalvertretungsorgane ist, unbeschadet einer Bildungsfreistellung nach § 68, die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderliche Freizeit unter Fortzahlung der Bezüge zu gewähren. Paragraph 66, Den Mitgliedern der Personalvertretungsorgane ist, unbeschadet einer Bildungsfreistellung nach Paragraph 68,, die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderliche Freizeit unter Fortzahlung der Bezüge zu gewähren.

Freistellung

§ 67. (1) Folgende Mitglieder der Personalvertretungsorgane sind auf Antrag der Organe von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgelts freizustellen: Paragraph 67, (1) Folgende Mitglieder der Personalvertretungsorgane sind auf Antrag der Organe von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgelts freizustellen:

1. In Unternehmen, in denen

Vertrauenspersonenausschüsse, mindestens ein Personalausschuß und ein Zentralausschuß errichtet sind

- a) die Mitglieder des Zentralausschusses und der

Personalausschüsse und

..."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. November 1994, Zl. 94/12/0165, zu der dem § 67 Abs. 1 PBVG ähnlichen Bestimmung des § 25 Abs. 4 des Bundes-Personalvertretungsgesetzes, BGBl. Nr. 133/1967 (im Folgenden: PVG) idF der Novelle BGBl. Nr. 138/1983, Folgendes ausgeführt: Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. November 1994, Zl. 94/12/0165, zu der dem Paragraph 67, Absatz eins, PBVG ähnlichen Bestimmung des Paragraph 25, Absatz 4, des Bundes-Personalvertretungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 133 aus 1967, (im Folgenden: PVG) in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 138 aus 1983,, Folgendes ausgeführt:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 29. Juni 1988, Zl. 87/09/0237, mit weiteren Literaturhinweisen, zum § 25 Abs. 4 PVG im wesentlichen ausgesprochen, daß durch die Tätigkeit als Personalvertreter für den betreffenden Bediensteten weder eine besoldungsrechtliche Benachteiligung noch eine Bevorzugung gegeben sein soll. Der im § 25 Abs. 4 PVG verwendete Begriff der 'laufenden Bezüge' deckt sich nicht mit dem nur das Gehalt und allfällige Zulagen umfassenden Begriff der Monatsbezüge in § 3 des Gehaltsgesetzes 1956, sondern umfaßt auch die Nebengebühren. Die Höhe der Fortzahlung richtet sich für einen dienstfreigestellten Personalvertreter grundsätzlich danach, worauf dieser Anspruch gehabt hätte, wenn er während der Zeit der Freistellung gearbeitet hätte. Dieser 'mutmaßliche Verdienst' entspricht dem vor der Freistellung tatsächlich bezogenen, allenfalls als Durchschnitt zu ermittelnden Entgelt (vgl. auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. November 1993, Zl. 89/12/0193).""Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 29. Juni 1988, Zl. 87/09/0237, mit weiteren Literaturhinweisen, zum Paragraph 25, Absatz 4, PVG im wesentlichen ausgesprochen, daß durch die Tätigkeit als Personalvertreter für den betreffenden Bediensteten weder eine besoldungsrechtliche Benachteiligung noch eine Bevorzugung gegeben sein soll. Der im Paragraph 25, Absatz 4, PVG verwendete Begriff der 'laufenden Bezüge' deckt sich nicht mit dem nur das Gehalt und allfällige Zulagen umfassenden Begriff der Monatsbezüge in Paragraph 3, des Gehaltsgesetzes 1956, sondern umfaßt auch die Nebengebühren. Die Höhe der Fortzahlung richtet sich für einen dienstfreigestellten Personalvertreter grundsätzlich danach, worauf dieser Anspruch gehabt hätte, wenn er während der Zeit der Freistellung gearbeitet hätte. Dieser 'mutmaßliche Verdienst' entspricht dem vor der Freistellung tatsächlich bezogenen, allenfalls als Durchschnitt zu ermittelnden Entgelt vergleiche auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. November 1993, Zl. 89/12/0193)."

Wie insbesondere aus dem eben zuletzt zitierten hg. Erkenntnis vom 29. November 1993 ersichtlich ist, bezog sich die Aussage, wonach das Entgelt allenfalls als Durchschnitt zu ermitteln sei, auf den bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Beobachtungszeitraum vor Freistellung und bedeutete kein Abgehen von einer individuellen Betrachtung der dem Beamten im genannten Zeitraum zugestandenen Überstundenvergütung.

Demgegenüber ist der Verwaltungsgerichtshof der von Schragel, Handkommentar zum Bundes-

Personalvertretungsgesetz, Rz 10 zu § 25, unter Berufung auf Rechtsprechung der Personalvertretungsaufsichtskommission vertretenen Auffassung, dem freigestellten Personalvertreter stehe ein Entgelt für Mehrdienstleistungen in der Regel in jener Höhe zu, wie es dem Durchschnitt der von den einzelnen Bediensteten erbrachten Mehrdienstleistungen entspricht, in der zitierten Rechtsprechung nicht gefolgt. Demgegenüber ist der Verwaltungsgerichtshof der von Schragel, Handkommentar zum Bundes-Personalvertretungsgesetz, Rz 10 zu Paragraph 25,, unter Berufung auf Rechtsprechung der Personalvertretungsaufsichtskommission vertretenen Auffassung, dem freigestellten Personalvertreter stehe ein Entgelt für Mehrdienstleistungen in der Regel in jener Höhe zu, wie es dem Durchschnitt der von den einzelnen Bediensteten erbrachten Mehrdienstleistungen entspricht, in der zitierten Rechtsprechung nicht gefolgt.

Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 24. Februar 2006, ZI.2005/12/0145 = VwSlg. 16.848 A/2006, vom 31. März 2006, ZI. 2003/12/0086, und vom 30. Mai 2006, ZI.2005/12/0261, den in der weiter oben wiedergegebenen Judikatur zu § 25 Abs. 4 PVG ausgesprochenen Grundsatz, wonach durch die Tätigkeit als Personalvertreter für den betreffenden Bediensteten weder eine besoldungsrechtliche Benachteiligung noch eine Bevorzugung gegeben sein soll, auch auf nach dem PBVG dienstfreigestellte Beamte des PT Schemas übertragen. Die zitierten Erkenntnisse betrafen freilich nicht die Frage der Ermittlung der Höhe eines Fortzahlungsanspruches von Nebengebühren im Verständnis des § 15 Abs. 1 Z. 1 GehG. Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 24. Februar 2006, ZI. 2005/12/0145 = VwSlg. 16.848 A/2006, vom 31. März 2006, ZI. 2003/12/0086, und vom 30. Mai 2006, ZI. 2005/12/0261, den in der weiter oben wiedergegebenen Judikatur zu Paragraph 25, Absatz 4, PVG ausgesprochenen Grundsatz, wonach durch die Tätigkeit als Personalvertreter für den betreffenden Bediensteten weder eine besoldungsrechtliche Benachteiligung noch eine Bevorzugung gegeben sein soll, auch auf nach dem PBVG dienstfreigestellte Beamte des PT Schemas übertragen. Die zitierten Erkenntnisse betrafen freilich nicht die Frage der Ermittlung der Höhe eines Fortzahlungsanspruches von Nebengebühren im Verständnis des Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, GehG.

Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof zum Fortzahlungsanspruch gemäß § 117 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974 (im Folgenden: ArbVG), eine behördliche Praxis ausdrücklich als nicht rechtswidrig bezeichnet, wonach "variable Zulagen" einer freigestellten Personalvertreterin in gleicher Höhe zur Auszahlung gebracht werden wie jener Dienstnehmerin, die sie nach ihrer Freistellung jeweils vertreten hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. März 1981, ZI. 315/80 = VwSlg. 10.398 A/1981). Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof zum Fortzahlungsanspruch gemäß Paragraph 117, des Arbeitsverfassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1974, (im Folgenden: ArbVG), eine behördliche Praxis ausdrücklich als nicht rechtswidrig bezeichnet, wonach "variable Zulagen" einer freigestellten Personalvertreterin in gleicher Höhe zur Auszahlung gebracht werden wie jener Dienstnehmerin, die sie nach ihrer Freistellung jeweils vertreten hat vergleiche das hg. Erkenntnis vom 16. März 1981, ZI. 315/80 = VwSlg. 10.398 A/1981).

In dieselbe Richtung geht auch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu § 117 ArbVG (vgl. hiezu die bei Strasser/Jabornegg, Arbeitsverfassungsgesetz³, E. 11 zu § 117 wiedergegebene Rechtsprechung). In dieselbe Richtung geht auch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Paragraph 117, ArbVG vergleiche hiezu die bei Strasser/Jabornegg, Arbeitsverfassungsgesetz³, E. 11 zu Paragraph 117, wiedergegebene Rechtsprechung).

Vor dem Hintergrund der zitierten Vorjudikatur gilt zunächst, dass von dem in § 67 Abs. 1 PBVG verankerten Fortzahlungsanspruch auch - sonst streng verwendungsbezogen gebührende - Nebengebühren wie die Überstundenvergütung erfasst sind. Der Fortzahlungsanspruch richtet sich insoweit also auf den "mutmaßlichen Verdienst", den der Personalvertreter während der Zeit der Freistellung erzielt hätte und der - in der Regel - dem vor der Freistellung tatsächlich bezogenen, allenfalls als Durchschnitt zu ermittelnden Entgelt entspricht. Vor dem Hintergrund der zitierten Vorjudikatur gilt zunächst, dass von dem in Paragraph 67, Absatz eins, PBVG verankerten Fortzahlungsanspruch auch - sonst streng verwendungsbezogen gebührende - Nebengebühren wie die Überstundenvergütung erfasst sind. Der Fortzahlungsanspruch richtet sich insoweit also auf den "mutmaßlichen Verdienst", den der Personalvertreter während der Zeit der Freistellung erzielt hätte und der - in der Regel - dem vor der Freistellung tatsächlich bezogenen, allenfalls als Durchschnitt zu ermittelnden Entgelt entspricht.

Schon daraus folgt, dass die in der Beschwerde vertretene Auffassung, es gebühre dem Beschwerdeführer Überstundenvergütung für die Erbringung von Personalvertretungstätigkeit (außerhalb der für nicht dienstfrei gestellte Beamte vorgeschriebenen Dienststunden) unzutreffend ist. Wie die belangte Behörde in diesem Zusammenhang

richtig erkannte, handelt es sich beim Mandat der Mitglieder der Personalvertretungsorgane gemäß § 65 Abs. 1 PBVG um ein Ehrenamt, zu dessen Ausübung die jeweiligen Personalvertreter von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgeltes (nach § 66 PBVG) freigestellt werden. Schon deshalb handelt es sich bei der Erbringung von Personalvertretungstätigkeit durch einen Beamten nicht um das Versehen von Dienst im Verständnis des § 49 Abs. 1 BDG 1979 (vgl. in diesem Zusammenhang auch das schon von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2006, Zl. 2005/12/0261, wonach die Wahrnehmung der Personalvertretung keinesfalls zu "Aufgaben" gezählt werden können, die auf einem Arbeitsplatz im Verständnis des § 36 BDG 1979 zusammengefasst werden könnten). Schon daraus folgt, dass die in der Beschwerde vertretene Auffassung, es gebühre dem Beschwerdeführer Überstundenvergütung für die Erbringung von Personalvertretungstätigkeit (außerhalb der für nicht dienstfrei gestellte Beamte vorgeschriebenen Dienststunden) unzutreffend ist. Wie die belangte Behörde in diesem Zusammenhang richtig erkannte, handelt es sich beim Mandat der Mitglieder der Personalvertretungsorgane gemäß Paragraph 65, Absatz eins, PBVG um ein Ehrenamt, zu dessen Ausübung die jeweiligen Personalvertreter von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgeltes (nach Paragraph 66, PBVG) freigestellt werden. Schon deshalb handelt es sich bei der Erbringung von Personalvertretungstätigkeit durch einen Beamten nicht um das Versehen von Dienst im Verständnis des Paragraph 49, Absatz eins, BDG 1979 vergleiche in diesem Zusammenhang auch das schon von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2006, Zl. 2005/12/0261, wonach die Wahrnehmung der Personalvertretung keinesfalls zu "Aufgaben" gezählt werden können, die auf einem Arbeitsplatz im Verständnis des Paragraph 36, BDG 1979 zusammengefasst werden könnten).

Auch das Vorbringen, die begehrte Fortzahlung gebühre schon auf Grund einer langjährigen diesbezüglichen betrieblichen Übung, vermag für sich genommen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen:

Der Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses besteht nämlich darin, dass sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten, insbesondere die besoldungsrechtlichen Ansprüche des Beamten, aus dem Gesetz und den allenfalls zu seiner Durchführung ergangenen Verordnungen und Bescheiden ergeben. Sind die maßgebenden Voraussetzungen für einen besoldungsrechtlichen Anspruch nicht mehr gegeben, kann im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis die fehlende gesetzliche Grundlage nicht durch das langjährige Bestehen eines in der Vergangenheit gegebenen Anspruches oder gar nur durch langjährige Übung (ohne gesetzliche Grundlage) ersetzt werden (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 28. März 2008, Zl. 2006/12/0150). Dies gilt auch für auf Grundlage des Poststrukturgesetzes zugewiesene Beamte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2005/12/0145 = VwSlg. 16.848 A/2006). Der Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses besteht nämlich darin, dass sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten, insbesondere die besoldungsrechtlichen Ansprüche des Beamten, aus dem Gesetz und den allenfalls zu seiner Durchführung ergangenen Verordnungen und Bescheiden ergeben. Sind die maßgebenden Voraussetzungen für einen besoldungsrechtlichen Anspruch nicht mehr gegeben, kann im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis die fehlende gesetzliche Grundlage nicht durch das langjährige Bestehen eines in der Vergangenheit gegebenen Anspruches oder gar nur durch langjährige Übung (ohne gesetzliche Grundlage) ersetzt werden vergleiche hiezu das hg. Erkenntnis vom 28. März 2008, Zl. 2006/12/0150). Dies gilt auch für auf Grundlage des Poststrukturgesetzes zugewiesene Beamte vergleiche das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2005/12/0145 = VwSlg. 16.848 A/2006).

Zu Recht rügt der Beschwerdeführer freilich, dass die belangte Behörde rechtens gehalten gewesen wäre, bei Beurteilung der Frage, in welcher Höhe Überstundenvergütung gemäß § 67 Abs. 1 erster Satz PBVG fortzuzahlen ist, eine individuelle und nicht eine kollektive Betrachtungsweise anzustellen. Maßgeblich wäre somit der "mutmaßliche Verdienst" des Beschwerdeführers im Falle der Fortsetzung seiner Arbeitsleistung. Auch für die Bemessung des Anspruches gemäß § 67 Abs. 1 PBVG in Ansehung der hier in Rede stehenden Nebengebühr gilt, dass - wie es der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 25 Abs. 4 PVG entspricht - grundsätzlich in pauschalierter Betrachtungsweise auf jenes Überstundenmaß abzustellen ist, welches dem Beamten vor der Freistellung tatsächlich abgegolten wurde. Allerdings ist der belangten Behörde zuzubilligen, dass aus dem vom Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Vorjudikatur immer wieder hervorgehobenen Grundsatz, wonach der Personalvertreter aus seiner Tätigkeit keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil ziehen solle, die Berechtigung abgeleitet werden kann, von der eben zitierten Pauschalbetrachtung abzugehen, sobald im konkreten Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Personalvertreter (auf Grund zwischenzeitig geänderter Verhältnisse) im gedachten Fall der Erbringung seiner Dienstleistung keine oder eine niedrigere Überstundenvergütung beziehen würde als in dem oben umschriebenen Beobachtungszeitraum vor seiner Freistellung. Ein solcher Nachweis lässt sich mit der hierfür erforderlichen hohen

Wahrscheinlichkeit in aller Regel freilich nur dadurch führen, dass auf die Arbeitssituation jenes Beamten abgestellt wird, der den Personalvertreter nach seiner Freistellung auf seinem Arbeitsplatz vertritt (vgl. in diese Sinne neuerlich das hg. Erkenntnis vom 16. März 1981, ZI. 315/80 = VwSlg. 10.398 A/1981). Zu Recht rügt der Beschwerdeführer freilich, dass die belangte Behörde rechtens gehalten gewesen wäre, bei Beurteilung der Frage, in welcher Höhe Überstundenvergütung gemäß Paragraph 67, Absatz eins, erster Satz PBVG fortzuzahlen ist, eine individuelle und nicht eine kollektive Betrachtungsweise anzustellen. Maßgeblich wäre somit der "mutmaßliche Verdienst" des Beschwerdeführers im Falle der Fortsetzung seiner Arbeitsleistung. Auch für die Bemessung des Anspruches gemäß Paragraph 67, Absatz eins, PBVG in Ansehung der hier in Rede stehenden Nebengebühr gilt, dass - wie es der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 25, Absatz 4, PVG entspricht - grundsätzlich in pauschalierter Betrachtungsweise auf jenes Überstundenmaß abzustellen ist, welches dem Beamten vor der Freistellung tatsächlich abgegolten wurde. Allerdings ist der belangten Behörde zuzubilligen, dass aus dem vom Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Vorjudikatur immer wieder hervorgehobenen Grundsatz, wonach der Personalvertreter aus seiner Tätigkeit keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil ziehen sollte, die Berechtigung abgeleitet werden kann, von der eben zitierten Pauschalbetrachtung abzugehen, sobald im konkreten Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Personalvertreter (auf Grund zwischenzeitig geänderter Verhältnisse) im gedachten Fall der Erbringung seiner Dienstleistung keine oder eine niedrigere Überstundenvergütung beziehen würde als in dem oben umschriebenen Beobachtungszeitraum vor seiner Freistellung. Ein solcher Nachweis lässt sich mit der hierfür erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit in aller Regel freilich nur dadurch führen, dass auf die Arbeitssituation jenes Beamten abgestellt wird, der den Personalvertreter nach seiner Freistellung auf seinem Arbeitsplatz vertritt vergleiche in diese Sinne neuerlich das hg. Erkenntnis vom 16. März 1981, ZI. 315/80 = VwSlg. 10.398 A/1981).

Im vorliegenden Fall tritt jedoch die Besonderheit hinzu, dass der Beschwerdeführer während seiner Dienstfreistellung in eine höhere Verwendungsgruppe überstellt wurde. Diese Überstellung bewirkte, dass dem Beamten der davor inne gehabte Arbeitsplatz rechtswirksam entzogen wurde, ohne dass es hiedurch eines (gesonderten) Verwendungsänderungsbescheides bedurft hätte (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 10. September 2009, ZI. 2008/12/0210). Wäre dem Beschwerdeführer nach seiner Überstellung ein neuer Arbeitsplatz zugewiesen worden und wäre er - infolge seiner weiterhin aufrecht gebliebenen Freistellung von der Arbeitsleistung auf diesem Arbeitsplatz - von einem anderen Beamten vertreten worden, so könnte hier auf die von diesem Beamten bezogene Überstundenvergütung abgestellt werden (eine Konstellation nach § 105 Abs. 3 GehG liegt fallbezogen nicht vor). Im vorliegenden Fall tritt jedoch die Besonderheit hinzu, dass der Beschwerdeführer während seiner Dienstfreistellung in eine höhere Verwendungsgruppe überstellt wurde. Diese Überstellung bewirkte, dass dem Beamten der davor inne gehabte Arbeitsplatz rechtswirksam entzogen wurde, ohne dass es hiedurch eines (gesonderten) Verwendungsänderungsbescheides bedurft hätte vergleiche hiezu das hg. Erkenntnis vom 10. September 2009, ZI. 2008/12/0210). Wäre dem Beschwerdeführer nach seiner Überstellung ein neuer Arbeitsplatz zugewiesen worden und wäre er - infolge seiner weiterhin aufrecht gebliebenen Freistellung von der Arbeitsleistung auf diesem Arbeitsplatz - von einem anderen Beamten vertreten worden, so könnte hier auf die von diesem Beamten bezogene Überstundenvergütung abgestellt werden (eine Konstellation nach Paragraph 105, Absatz 3, GehG liegt fallbezogen nicht vor).

Wäre eine solche Zuweisung jedoch im Hinblick auf die Dienstfreistellung des Beschwerdeführers unterblieben, sodass sich die Frage, auf welchem Arbeitsplatz er in Ermangelung seiner Personalvertretungstätigkeit tatsächlich verwendet worden wäre, im Bereich reiner Spekulation bewegen würde, hätte es bei der oben umschriebenen Pauschalbetrachtung (Abstellen auf die vor der Dienstfreistellung geleisteten Überstunden) zu bleiben. Der Grundsatz, wonach dem Personalvertreter aus seiner Dienstfreistellung auch keine Nachteile erwachsen dürfen, würde es nämlich verbieten, diesbezügliche Unsicherheiten zu Lasten des Beschwerdeführers ausschlagen zu lassen.

Hinzuweisen ist freilich darauf, dass im Falle der Zulässigkeit der Heranziehung der von einem Vertreter bezogenen Nebengebühr nur auf solche Mehrdienstleistungen des Vertreters abzustellen ist, die auch eine Gebührlichkeit von Überstundenvergütung zur Folge haben, nicht aber auf solche, die (in Ansehung des Vertreters) zu einem Freizeitausgleich geführt haben (vgl. in diesem Sinne schon das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis vom 16. März 1981). Hinzuweisen ist freilich darauf, dass im Falle der Zulässigkeit der Heranziehung der von einem Vertreter bezogenen Nebengebühr nur auf solche Mehrdienstleistungen des Vertreters abzustellen ist, die auch eine

Gebührlichkeit von Überstundenvergütung zur Folge haben, nicht aber auf solche, die (in Ansehung des Vertreters) zu einem Freizeitausgleich geführt haben vergleiche in diesem Sinne schon das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis vom 16. März 1981).

Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aus diesem Grunde aufzuheben war. Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb dieser gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aus diesem Grunde aufzuheben war.

Für das fortgesetzte Verfahren wird weiters darauf hingewiesen, dass der Antrag des Beschwerdeführers bei verständiger Würdigung als solcher auf Bemessung von Überstundenvergütung für den Zeitraum ab 1. Jänner 2008 zu werten war. Im Falle eines derartigen - hinsichtlich des Endzeitpunktes offenen - Antrages ist "Sache" des Verwaltungsverfahrens die Bemessung der begehrten Nebenleistung, beginnend mit dem 1. Jänner 2008 bis zur Erlassung des in letzter Instanz ergehenden Bescheides (bzw. bis zum davor gelegenen Ende des Aktivdienstverhältnisses) (vgl. dazu z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1999, Zl. 98/12/0500 = VwSlg. 15.177 A/1999). Die belangte Behörde durfte sich daher nicht - wie dies im angefochtenen Bescheid erfolgt ist - unter Berufung auf den Verfahrensgegenstand auf die Bemessung der Überstundenvergütung für das Jahr 2008 beschränken und hinsichtlich der Bemessung für das Jahr 2009 auf eine neuerliche erstinstanzliche Entscheidung verweisen. Dies gilt umso mehr, als die von der erstinstanzlichen Behörde vorgenommene Antragsabweisung selbst schon aus dem Jahr 2009 datiert. Für das fortgesetzte Verfahren wird weiters darauf hingewiesen, dass der Antrag des Beschwerdeführers bei verständiger Würdigung als solcher auf Bemessung von Überstundenvergütung für den Zeitraum ab 1. Jänner 2008 zu werten war. Im Falle eines derartigen - hinsichtlich des Endzeitpunktes offenen - Antrages ist "Sache" des Verwaltungsverfahrens die Bemessung der begehrten Nebenleistung, beginnend mit dem 1. Jänner 2008 bis zur Erlassung des in letzter Instanz ergehenden Bescheides (bzw. bis zum davor gelegenen Ende des Aktivdienstverhältnisses) vergleiche dazu z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1999, Zl. 98/12/0500 = VwSlg. 15.177 A/1999). Die belangte Behörde durfte sich daher nicht - wie dies im angefochtenen Bescheid erfolgt ist - unter Berufung auf den Verfahrensgegenstand auf die Bemessung der Überstundenvergütung für das Jahr 2008 beschränken und hinsichtlich der Bemessung für das Jahr 2009 auf eine neuerliche erstinstanzliche Entscheidung verweisen. Dies gilt umso mehr, als die von der erstinstanzlichen Behörde vorgenommene Antragsabweisung selbst schon aus dem Jahr 2009 datiert.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 30. März 2011

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2010120046.X00

Im RIS seit

06.05.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at