

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/19 W122 2149083-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.09.2018

## Entscheidungsdatum

19.09.2018

## Norm

BDG 1979 §36  
BDG 1979 §40  
BDG 1979 §44 Abs1  
BDG 1979 §44 Abs3  
BDG 1979 §48  
B-VG Art.133 Abs4  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W122 2149083-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Gregor ERNSTBRUNNER als Einzelrichter und die fachkundigen Laienrichter Mag. Friedrich PAUL und Wolfgang STRAUHS als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX, vertreten durch Dr. Norbert MOSER, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Pfarrplatz 5/III gegen den Bescheid der Österreichischen Post AG, Personalamt Klagenfurt vom 25.01.2017, Zl. 0060-106868-2016, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Weisung des Personalamtes Klagenfurt vom 14.03.2016 war rechtswidrig und die Befolgung dieser Weisung gehörte nicht zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit der gegenständlichen Weisung vom 14.03.2016 wurde der Beschwerdeführer angewiesen, für die im Vorhinein festgelegte Dauer von drei Monaten auf dem Arbeitsplatz des fachlichen Hilfsdienstes/Distribution, Code 0840, Verwendungsgruppe PT8 in der Zustellbasis XXXX Dienst zu verrichten. Ein Versetzungsverfahren wurde eingeleitet.

Am 17.03.2016 remonstrierte der Beschwerdeführer gegen die erteilte Weisung. Diese wurde innerhalb von vier Tagen schriftlich wiederholt.

Am 14.04.2016 beantragte der Beschwerdeführer die bescheidmäßige Feststellung, dass die mit Weisung verfügte Verwendungs Änderung unrechtmäßig erfolgt wäre und dass die Befolgung dieser Weisung nicht zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehöre. Begründend führte der Beschwerdeführer aus, dass die mit Weisung verfügte Dienstzuteilung rechtswidrig wäre, weil keine dienstlichen Gründe vorlägen. Die Verwendungsänderung stelle zudem eine Verschlechterung dar, weil durch diese der Verlust der Lenkerpauschale, der Geldverkehrszulage sowie der Paketzulage folge.

Am 27.10.2016 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht wegen Verletzung der Entscheidungspflicht. Mit dem gegenständlichen Bescheid wurde innerhalb der Frist von drei Monaten noch durch die belangte Behörde entschieden.

2. Mit diesem Bescheid vom 25.01.2017 wurde festgestellt, dass die Weisung mit welcher die Verwendung des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsplatz des fachlichen Hilfsdienstes, PT8 in der Zustellbasis XXXX für die Dauer von drei Monaten Dienst festgelegt wurde, rechtmäßig wäre und dass die Befolgung dieser Weisung zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehöre.

Begründend wurde nach Darstellung des Sachverhaltes und der Rechtslage ausgeführt, dass dem Beschwerdeführer keine besoldungsrechtliche Schlechterstellung drohe. Ein Anspruch, auf dem neuen Arbeitsplatz wieder in gleicher Weise verwendet zu werden, bestünde nicht.

3. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht am 09.02.2017 die gegenständliche Beschwerde und führte an, dass der dauernde Arbeitsplatz des Beschwerdeführers ein Landzusteller in XXXX mit fixen Zustellbezirk wäre und dass kein Mittel unversucht bleibe, dem Beschwerdeführer zu schaden und seine Rechte zu beschneiden. Die Verwendungsänderung wäre willkürlich erfolgt. Der Beschwerdeführer beantragte, der Beschwerde Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass festgestellt werde, dass die per Weisung verfügte Verwendungsänderung laut Schreiben vom 14.03.2016 und 21.03.2016 unrechtmäßig erfolgt wäre und die Befolgung dieser Weisung nicht zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehören würde. In eventu beantragte der Beschwerdeführer, den angefochtenen Bescheid infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen.

Bis zum 30.04.2013 wurde der Beschwerdeführer auf einem Arbeitsplatz des Landzustelldienstes mit einem fixen Zustellbezirk, Verwendungsgruppe PT8, Dienstzulagengruppe B, Verwendungscode 0801 verwendet.

Der Beschwerdeführer weigerte sich, in ein Zeitmodell zu optieren, welches ihm die Beibehaltung seines bisherigen Arbeitsplatzes und den Verzicht auf eine abgoltene Mittagspause gebracht hätte.

Aufgrund dessen wurde der Beschwerdeführer als Springer ohne fixen Zustellbezirk eingesetzt. Dabei verrichtete der Beschwerdeführer aus dienstlichen Gründen durchschnittlich 18 Überstunden pro Monat. Diese wurden dem Beschwerdeführer angewiesen. Daraufhin wurde der Beschwerdeführer mit der gegenständlichen Personalmaßnahme vom 16.03.2016 bis zum 15.06.2016 in den fachlichen Hilfsdienst, Verwendungsgruppe PT8 eingeteilt.

Mit Wirksamkeit vom 24.10.2016 wurde der Beschwerdeführer auf einer Dienststelle in XXXX eingesetzt.

2. Beweiswürdigung:

Die oben angeführten Feststellungen ergeben sich aus dem bekämpften Bescheid, der vorgelegten Beschwerde und den in der mündlichen Verhandlung erstatteten Vorbringen und Darlegungen. Der unmittelbare Zusammenhang der Verwendung als Springer und der Nichtoption in ein Zeitmodell unter Verzicht auf eine bezahlte Mittagspause ergibt sich aus der mittlerweile notorisch bekannten Tatsache, dass Vertreter der Dienstbehörde angekündigt hatten, Zusteller in den Springerdienst einzuteilen, wenn sie nicht in das Zeitmodell optieren würden.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Für Angelegenheiten von Versetzungen und Verwendungsänderungen sieht § 135a BDG 1979 Senatszuständigkeit vor.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Abs. 2 leg. cit. hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht. Gegenständlich stand der maßgebliche Sachverhalt fest, weshalb eine Sachentscheidung zu ergehen hatte.

Zu A)

§ 36 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333/1979 idF BGBl. I Nr. 87/2002, § 38 BDG 1979 idF BGBl. I Nr. 120/2012, § 40 BDG 1979 idF BGBl. Nr. 550/1994 sowie § 48 BDG 1979 idF BGBl. I Nr. 210/2013, lauten (auszugsweise):

"Verwendung des Beamten

Arbeitsplatz

§ 36. (1) Jeder Beamte, der nicht vom Dienst befreit oder enthoben ist, ist mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines in der Geschäftseinteilung seiner Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes zu betrauen.

(2) In den Geschäftseinteilungen der Dienststellen darf ein Arbeitsplatz nur für Aufgaben vorgesehen werden, die die volle Normalarbeitskraft eines Menschen erfordern. Soweit nicht zwingende dienstliche Rücksichten entgegenstehen, dürfen auf einem Arbeitsplatz nur gleichwertige oder annähernd gleichwertige Aufgaben zusammengefasst werden.

...

Versetzung

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

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

(3) Ein wichtiges dienstliches Interesse liegt insbesondere vor

1. bei Änderungen der Verwaltungsorganisation,
2. bei der Auflösung von Arbeitsplätzen,

...

Verwendungsänderung

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

(2) Die Abberufung des Beamten von seiner bisherigen

Verwendung ist einer Versetzung gleichzuhalten, wenn

1. die neue Verwendung der bisherigen Verwendung des Beamten nicht mindestens gleichwertig ist oder
2. durch die neue Verwendung eine Verschlechterung für die Beförderung des Beamten in eine höhere Dienstklasse oder Dienststufe zu erwarten ist oder

3. dem Beamten keine neue Verwendung zugewiesen wird.

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

(4) Abs. 2 gilt nicht

1. für die Zuweisung einer drei Monate nicht übersteigenden vorübergehenden Verwendung, wenn dem Beamten daran anschließend eine der bisherigen Verwendung zumindest gleichwertige Verwendung zugewiesen wird,

2. für die Beendigung der vorläufigen Ausübung einer höheren Verwendung zur Vertretung eines an der Dienstausbildung verhinderten oder zur provisorischen Führung der Funktion an Stelle des aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten und

3. für das Ende des Zeitraums einer befristeten Ernennung des Beamten, ohne daß dieser weiterbestellt wird.

...

Dienstplan

§ 48. (1) Der Beamte hat die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden einzuhalten, wenn er nicht vom Dienst befreit oder enthoben oder gerechtfertigt vom Dienst abwesend ist. Die tatsächlich erbrachte Dienstzeit ist, sofern nicht wichtige dienstliche Interessen entgegenstehen, automationsunterstützt zu erfassen.

(2) Die regelmäßige Wochendienstzeit des Beamten beträgt 40 Stunden. Sie kann in den einzelnen Wochen über- oder unterschritten werden, hat aber im Kalenderjahr im Durchschnitt 40 Stunden je Woche zu betragen. Das Ausmaß der zulässigen Über- und Unterschreitung der regelmäßigen Wochendienstzeit in einzelnen Wochen des Durchrechnungszeitraumes ist im Dienstplan festzulegen.

(2a) Die Wochendienstzeit ist unter Berücksichtigung der dienstlichen Erfordernisse und der berechtigten Interessen der Beamten durch einen Dienstplan möglichst gleichmäßig und bleibend auf die Tage der Woche aufzuteilen (Normaldienstplan). Soweit nicht dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, kann die Wochendienstzeit auch unregelmäßig auf die Tage der Woche aufgeteilt werden. Soweit nicht zwingende dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, sind Sonntage, gesetzliche Feiertage und Samstage dienstfrei zu halten.

(3) Soweit nicht wichtige dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, ist die gleitende Dienstzeit einzuführen. Gleitende Dienstzeit ist jene Form der Dienstzeit, bei der der Beamte den Beginn und das Ende seiner täglichen Dienstzeit innerhalb festgesetzter Grenzen (Gleitzeitrahmen) selbst bestimmen kann. Während der innerhalb des Gleitzeitrahmens festzulegenden Blockzeit hat der Beamte jedenfalls Dienst zu versehen. Der fiktive Normaldienstplan dient als Berechnungsbasis für die Feststellung der anrechenbaren Dienstzeit bei Abwesenheit vom Dienst. Die Erfüllung der regelmäßigen Wochendienstzeit ist im Durchschnitt der Wochen des Kalenderjahres zu gewährleisten. Der zur Erreichung der durchschnittlichen Wochendienstzeit erforderliche Verbrauch von Zeitguthaben aus der gleitenden Dienstzeit kann, soweit nicht dienstliche Interessen entgegenstehen, vom unmittelbaren Dienstvorgesetzten auch während der Blockzeit gestattet werden. Im Gleitzeitdienstplan sind

1. die zeitliche Lage und Dauer der Blockzeit, des Gleitzeitrahmens und des fiktiven Normaldienstplans sowie

2. eine Obergrenze für die jeweils in den Folgemonat übertragbaren Zeitguthaben bzw. Zeitschulden festzulegen.

..."

Mit Beschluss vom 19.02.2018, Ra2017/12/0022 legte der Verwaltungsgerichtshof nahe, dass Weisungen zur Springertätigkeit wegen Nichtoption in ein bestimmtes Zeitmodell willkürlich sein könnten:

"31 Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, 2007/12/0049, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausführte, bedeutet die Feststellung, wonach die Befolgung einer Weisung zu den Dienstplichten eines Beamten zähle, dass in Ansehung der genannten Weisung Befolgungspflicht bestehe. Einer solchen Befolgungspflicht könnte nur die Unwirksamkeit der Weisung entgegenstehen, was dann der Fall ist, wenn diese von einem unzuständigen Organ erteilt wird, ihre Befolgung gegen

strafrechtliche Vorschriften verstößt oder dem weisungserteilenden Vorgesetzten "Willkür" vorzuwerfen ist (vgl. auch hierzu das eben zitierte Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, mwH). Darüber, welche Umstände gegeben sein müssen, um einer Behörde (Vorgesetzten) Willkür anzulasten, lässt sich keine allgemeine Aussage treffen.

...

40 Um den Erfordernissen des § 36 BDG 1979 zu genügen, sind sohin die Tätigkeiten, die dem Beamten im Rahmen eines konkreten Arbeitsplatzes übertragen werden sollen, sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Hinsicht derart zu präzisieren, dass einerseits in Bezug auf die dem Beamten auferlegten Dienstpflichten die erforderliche Transparenz sichergestellt, und andererseits die volle Normalarbeitskraft iSd § 36 BDG 1979 nicht überschritten wird (ebenso VwGH 12.5.2010, 2009/12/0084).

41 Auch im vorliegenden Fall ist in einem ersten Schritt festzuhalten, dass nach den bislang vorliegenden Feststellungen zur Weisung vom 18. Juli 2014 nicht überprüft werden kann, ob dem Revisionswerber ein Arbeitsplatz im Sinne des § 36 BDG 1979 zugewiesen worden ist:

42 Nach den Feststellungen des BVwG wurde dem Revisionswerber die Weisung erteilt, im ‚Personalreservepool‘ der Zustellbasis Oberndorf seinen Dienst zu versehen. Welche Aufgaben diesem Arbeitsplatz genau zugewiesen sind, ergibt sich aus den Feststellungen nicht. Aus der rechtlichen Beurteilung folgt, dass der Revisionswerber Zustellungen in ‚wechselnden Zustellrayonen‘ zu bedienen habe. Damit ist jedoch nicht nachvollziehbar, welche Tätigkeiten - für den Revisionswerber erkennbar - tatsächlich vom Personalreservepool umfasst sind.

43 Anders als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu hg. Ra 2016/12/0061 (Erkenntnis vom 27. April 2016) steht hier keinesfalls fest, dass dem Revisionswerber ein näher spezifizierter Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe PT 8 zugewiesen worden wäre:

44 Die Tatsache allein, dass sich die Zustellbasis nicht geändert hat bzw. zumindest diese konkret feststeht, vermag daran nichts zu ändern, da der Revisionswerber auf einem konkreten Arbeitsplatz dieser Zustellbasis zu verwenden ist. Aus der Beschreibung der Aufgaben des ‚Arbeitsplatzes‘ des Revisionswerbers im Personalreservepool ist zu entnehmen, dass zu diesen nicht nur die fallweise Vertretungstätigkeit zählt, sondern gerade die Vertretungstätigkeit die Haupttätigkeit darstellt. Auf welchen Arbeitsplätzen sich diese Vertretungstätigkeiten genau entfalten sollen, bleibt nach den Feststellungen gleichfalls unklar.

45 Eine Ausgestaltung des Arbeitsplatzes Mitarbeiter ‚Springer‘ in der Personalreserve PT 8 mit dem Stellenziel einer Vertretungstätigkeit an sämtlichen Arbeitsplätzen der gesamten Verwendungsgruppe PT 8 an der Zustellbasis Oberndorf wäre auf Grund der oben aufgezeigten Erwägungen jedenfalls nicht zulässig. Vor diesem Hintergrund erscheint es - in Ermangelung von Feststellungen im oben aufgezeigten Sinne - jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass dem Revisionswerber in offenem Widerspruch zu § 36 Abs. 1 BDG 1979 und dem vorzitierten hg. Erkenntnis vom 20. Mai 2009 kein Arbeitsplatz zugewiesen würde, der für ihn hinreichend erkennbare konkretisierte Arbeitsplatzaufgaben enthielt. Eine solche Vorgangsweise stellte aber (objektive) Willkür im Verständnis der unter Rn. 32 zitierten Rechtsprechung zur Befolungspflicht von Weisungen dar.

...

48 Nach dem Vorgesagten könnte eine willkürliche Differenzierung zwischen Beamten, bei denen eine Individualvereinbarung (Option) vorlag und solchen, die - wie der Revisionswerber - diese verweigert haben, darin gelegen sein, dass lediglich der erstgenannten Gruppe von Beamten ein (beliebter) ‚fixer Rayon‘ zugewiesen wurde. Der Umstand, dass die hiedurch allenfalls diskriminierte Gruppe neben dem Revisionswerber auch aus einer größeren Zahl anderer Beamten besteht, stünde der Annahme einer willkürlichen Differenzierung per se nicht entgegen."

Die Rechtsprechung bejaht in Bezug auf Weisungen im Dienstverhältnis ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 17. Oktober 2008, Zl. 2007/12/0049 und Zl. 2007/12/0199, mit näherer Begründung klargestellt hat, kann Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens - wie hier - die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten zählt.

Die Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist danach dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände (Erteilung der Weisung durch ein unzuständiges Organ oder einer Weisung, deren Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde) vorliegt, weiters dann, wenn die Weisung nach erfolgter

Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, Zl. 2007/12/0049).

Da nicht organisatorische oder wirtschaftliche Überlegungen hinter der Einteilung als Springer standen sondern lediglich die Folge des Nichtoptierens in ein Zeitmodell mit gesetzwidrigen Inhalten vollzogen wurde und die Behörde nicht in der Lage war, dienstliche Gründe für die Verwendungsänderung plausibel darzustellen, ist Willkür anzunehmen.

Das Begründungselement der Überforderung des Beschwerdeführers und der Fürsorgepflicht des Dienstgebers aufgrund von weniger als 20 Überstunden pro Monat war nicht nachvollziehbar.

Für die bei der Einteilung in den Springerdienst erfolgte Differenzierung zwischen jenen Zustellern, die in das neue Zeitmodell wechselten und jenen, die nicht "optieren" konnte seitens der belangten Behörde kein sachlich nachvollziehbarer Grund dargelegt werden. Aufgrund der gesetzwidrig und willkürlich erteilten Weisung, Dienst als Springer zu versehen, konnte keine Befolgungspflicht ausgelöst werden. Deshalb war der Bescheid durch den ihm entgegenstehenden Spruch dieses Erkenntnisses zu berichtigen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Auch wenn mit der gegenständlichen Maßnahme der Springerdienst beendet wurde und der Beschwerdeführer mittlerweile versetzt wurde, war die Verwendungsänderung des Beschwerdeführers dennoch in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Ablehnung des neuen Zeitmodells zu sehen. Der Beschwerdeführer wäre ohne Aufhebung des gegenständlichen Bescheides nach Abschluss des Versetzungsverfahrens einer Wiederholungsgefahr der neuerlichen Einteilung an einem schlechter eingestuften Arbeitsplatz ausgesetzt, wenn er sich weiterhin weigert, in das Zeitmodell zu optieren.

### **Schlagworte**

Dienstplicht, Feststellungsantrag, Gleitzeit -  
Durchrechnungsmodell, Option, Österreichische Post AG, Personalamt,  
Postzusteller, rechtliches Interesse, Springertätigkeit,  
Verwendungsänderung, Weisung, Willkür

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W122.2149083.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)