

# TE Vwgh Beschluss 2018/12/10 Ra 2018/12/0053

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.2018

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

10/07 Verwaltungsgerichtshof

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz

## Norm

BDG 1979 §38 Abs2

BDG 1979 §38 Abs3

B-VG Art133 Abs4

VwGG §34 Abs1

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zens sowie die Hofrätinnen Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und MMag. Ginhör als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über die Revision des Personalamts Klagenfurt der Österreichischen Post AG, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermanngasse 2, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2018, Zl. W122 2146449- 1/6E, betreffend Versetzung (mitbeteiligte Partei: G S in K, vertreten durch Dr. Norbert Moser, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Pfarrplatz 5/III), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

## Begründung

1 Der Mitbeteiligte steht als Beamter der Verwendungsgruppe PT8 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Beginnend mit 1. April 2013 war er als Springer im Reservepool der Zustellbasis 9030 Klagenfurt tätig. Mit Wirksamkeit vom 25. Juli 2016 wurde er dem Verteilzentrum Brief 9000 Villach dienstzugeteilt und auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Logistik" eingesetzt.

2 Nachdem eine diesbezügliche Mitteilung gemäß § 38 Abs. 6 BDG 1979 an den Mitbeteiligten ergangen war und dieser in einer Stellungnahme Einwendungen gegen die geplante Personalmaßnahme erhoben hatte, sprach die Dienstbehörde mit Bescheid vom 9. November 2016 aus, der Mitbeteiligte werde gemäß § 38 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2016 von der Zustellbasis 9030 Klagenfurt zum Verteilzentrum Brief 9000 Villach mit Dienstort M versetzt und dort dauernd auf einem Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Logistik", Verwendungscode 0841, Verwendungsgruppe PT8, verwendet.

3 Begründend hielt die Behörde zusammengefasst fest, der Mitbeteiligte werde in der Zustellbasis 9030 Klagenfurt im

Zustelldienst (dauernd) verwendet. Mit Wirksamkeit vom 25. Juli 2016 sei er von seiner Stammdienststelle abgezogen und dem Verteilzentrum Brief 9000 Villach mit Dienstort M zur vorübergehenden Dienstleistung zugewiesen worden. Zwischen der Österreichischen Post AG und dem Zentralausschuss der Post- und Fernmeldebediensteten sei am 3. September 2012 eine "Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie über die Verwendung eines EDVunterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitende Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division „Brief“ der österreichischen Post AG" (Betriebsvereinbarung "IST-Zeit") abgeschlossen worden. Mit dieser Betriebsvereinbarung sei ein neues, flexibel gestaltetes Normalarbeitszeitmodell im Zustelldienst eingeführt worden, welches auf Grund des Gleitzeitspielraumes die Möglichkeit eröffne, auf die täglichen Schwankungen der taggleich zuzustellenden Sendungsmengen zu reagieren. In der organisatorischen Umsetzung der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" sei auch die neue Verwendung "Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell", Verwendungsgruppe PT8, Dienstzulagengruppe A, Verwendungscode 8722, eingerichtet worden. Gleichzeitig seien alle bisherigen regulären Zusteller-Arbeitsplätze einer Zustellbasis auf die neue Verwendung (Code 8722) umgestellt bzw. aufgewertet worden. Für Beamte, die wie der Mitbeteiligte bis zur Einführung der "IST-Zeit" im Gesamtzustelldienst verwendet worden seien, habe daher die Möglichkeit bestanden, für das neue "IST-Zeitmodell" zu optieren und einen entsprechenden Antrag auf (Höher)Verwendung im "Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell" zu stellen. Der Mitbeteiligte habe von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht und sei daher nach Neuverteilung der Zustellrayone ab 1. April 2013 in der Personalreserve der Zustellbasis 9030 Klagenfurt eingesetzt worden, weil dort die Verwendung von Mitarbeitern mit einer starren 8-Stunden-Arbeitszeit grundsätzlich weiterhin möglich gewesen sei. Nach Beurteilung der Regionalleitung Distribution für Kärnten und Salzburg sei der Mitbeteiligte allerdings bei seiner Tätigkeit als Zusteller überfordert gewesen. Eine Überprüfung habe ergeben, dass bei diesem im Zeitraum vom 1. Jänner 2013 bis zum 24. Juli 2016 - ohne Berücksichtigung der Mehrdienstleistungen für Samstagsdienste und Mitbesorgung - überdurchschnittlich viele, nämlich über 500 Überstunden angefallen seien. Konkret hätten Auswertungen durch die Personaladministration und -verrechnung West sowie die Personaleinsatzsteuerung Distribution West ergeben, dass im fraglichen Zeitraum von 505,02 Überstunden lediglich eine Stunde und 25 Minuten auf "Mitbesorgung" zurückzuführen seien. Überstunden für Samstagsdienste seien während dieses Zeitraums nicht angefallen. Die 505,02 Überstunden seien ausbezahlt worden. Zusätzlich zu den ausbezahlten 505,02 Überstunden seien im fraglichen Zeitraum weitere 7,87 Überstunden in Form von Zeitausgleich abgebaut worden. Da andere Zusteller der Zustellbasis 9030 Klagenfurt, welche auf den gleichen Rayonen beziehungsweise auf vergleichbaren Rayonen eingesetzt worden seien, ohne oder jedenfalls mit weitaus weniger Mehrdienstleistungen ausgekommen beziehungsweise in der Lage gewesen seien, Mehrdienstleistungen in Form von Zeitausgleich über den Gleitzeitkorridor abzubauen, sei festgestanden, dass der Mitbeteiligte den anfallenden Arbeitsaufwand nicht in der durchschnittlich dafür vorgesehenen Zeit bewältigen können und somit in dieser Verwendung überlastet gewesen sei. Anders als bei Mitarbeitern, welche am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnahmen, würden für den Mitbeteiligten die Mehrdienstleistungen nicht automatisch durch Eingabe am Handheld in einen Gleitzeitkorridor gebucht, sondern seien händisch zu administrieren gewesen. Ein allfälliger Zeitausgleich sei bei Mitarbeitern, die nicht am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnahmen, gesondert zu vereinbaren. Dies bedeute insbesondere, dass sowohl sämtliche Mehrdienstleistungen als auch sämtliche Zeitausgleiche im Fall des Mitbeteiligten täglich zu "pflegen" und händisch zu erfassen gewesen seien, was mit einem erheblichen administrativen Mehraufwand von 668 Geschäftsfällen im Zeitraum vom 1. Jänner 2013 bis 24. Juli 2016 verbunden gewesen sei. Konkret seien 622 Geschäftsfälle aus der Eingabe von Überstunden und 46 Geschäftsfälle aus der Pflege von Zeitausgleichen resultiert. Allein aus der Summe von 46 erforderlichen Datensätzen für insgesamt lediglich 7,87 Stunden Zeitausgleich lasse sich ableiten, wie aufwendig eine händische Erfassung der Zeitkontingente sei.

Hinzu komme, dass auf Grund einer mit Wirksamkeit vom 1. März 2016 erfolgten Systemisierung bei der Zustellbasis 9030 Klagenfurt fünf Zustellrayone eingespart worden seien. Dementsprechend sei auch die Anzahl der Zusteller sukzessive um fünf Mitarbeiter zu reduzieren gewesen. Neben dem Mitbeteiligten seien zwei weitere Zusteller, welche ebenfalls die "systemimmanenten" Voraussetzungen für einen Briefzusteller mit fix zugeteiltem Zustellrayon nicht erfüllt hätten, zu dem Verteilzentrum 9000 Villach dienstzugeteilt und das Versetzungsverfahren eingeleitet worden. Zwei weitere Beamte mit Versetzungsschutz (der Vorsitzende und ein Mitglied des Vertrauenspersonenausschusses Klagenfurt) seien auf Arbeitsplätzen im Innendienst der Zustellbasis 9030 Klagenfurt verwendet worden. Damit sei dargelegt, dass für den Mitbeteiligten in der Zustellbasis 9030 Klagenfurt keine weitere Verwendungsmöglichkeit mehr bestehe.

Unter Hinweis auf das Fürsorgeprinzip, welches in § 45 BDG 1979 gesetzlich normiert sei, hielt die Dienstbehörde weiters fest, es hätten alle "Gleitzeitmitarbeiterinnen und -mitarbeiter" der Zustellbasis 9030 Klagenfurt seit Einführung des Gleitzeitdurchrechnungsmodells mit 1. Jänner 2013 (mit Ausnahme von "Samstags- und Mitbesorgungsstunden") die Normalarbeitszeit von 40 Stunden sogar unterschritten. Die Überforderung des Mitbeteiligten sei daher nicht auf betriebliche Umstände wie überhöhtes Sendungsaufkommen bzw. auf die für den Mitbeteiligten neue Tätigkeit als Springer, sondern auf die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit zurückzuführen. Es sei daher ein Gebot der Fürsorgepflicht, den Zustand der dauernden Überlastung des Mitbeteiligten durch dessen Abzug vom Zustelldienst und der Zuweisung einer geeigneten neuen Verwendung zu beenden. Dem sei der Dienstgeber durch Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes "Fachlicher Hilfsdienst/Logistik", Verwendungscode 0841, im Verteilzentrum Villach nachgekommen, wo der Mitbeteiligte im Team seine dienstlichen Aufgaben innerhalb der vorgesehenen Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden erledigen könne.

Das Verteilzentrum Brief 9000 Villach sei vom Wohnsitz des Mitbeteiligten ca. 35 Kilometer entfernt und somit der seinem Wohnort nächstgelegene freie Arbeitsplatz im Innendienst. Freie Arbeitsplätze im Innendienst der Zustellbasen 9020 Klagenfurt und 9030 Klagenfurt seien an Beamte mit besonderem Versetzungsschutz vergeben worden. Die beabsichtigte Maßnahme stelle damit die schonendste Variante dar und entspreche im Hinblick auf den Wegfall des erwähnten monetären und administrativen Mehraufwandes für Überstunden den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Hinsichtlich des administrativen Mehraufwands für Zusteller, die nicht am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnahmen, sei weiters auszuführen, dass im Zuge der Neuorganisation der Zustellbasen "Teamwork 2018" jeweils ein einzelner Assistent für die SAP-Eingaben für mehrere Zustellbasen zuständig sei. Dies bedeute, dass dieser die Zeitkonten von ca. 100 Zustellern bzw. in einzelnen Fällen bis zu 150 Zustellern verwalten müsse. Die aufwendige händische Administrierung von Mitarbeitern, welche nicht am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnahmen, sei unter diesen Umständen nicht mehr möglich.

Hinsichtlich des Einwands des Mitbeteiligten, es seien seine persönlichen Verhältnisse aus Anlass der betreffenden Personalmaßnahme nicht ausreichend berücksichtigt worden, weil er nunmehr ihn gesundheitlich massiv belastende Schicht- und Nachtdienste zu leisten habe, führte die Behörde u.a. aus, es sei an der Zieldienststelle eine regelmäßige Überschreitung der Normalarbeitszeit weniger wahrscheinlich als dies beim Zustelldienst der Fall gewesen sei; dies auch trotz des Umstandes, dass einzelne Abschnitte einer Schicht im Verteilzentrum mehr als acht Stunden dauerten. Dies werde dadurch belegt, dass seit der Dienstzuteilung des Mitbeteiligten zum Verteilzentrum Brief Villach am 25. Juli 2016 keine Überstunden angefallen seien. Es sei daher davon auszugehen, dass die langen dienstfreien Abschnitte zwischen den einzelnen Diensten der Regeneration des Mitbeteiligten dienlich seien. Es lägen keine Hinweise vor, die auf eine Untauglichkeit des Mitbeteiligten zur Erbringung von Nachdiensten schließen ließen.

4 Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte Beschwerde. 5 Mit dem angefochtenen Erkenntnis hob das Bundesverwaltungsgericht den dienstbehördlichen Bescheid vom 9. November 2016 auf. Die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das Gericht für nicht zulässig.

6 Das Verwaltungsgericht stellte fest, mit dem in Rede stehenden Bescheid der Dienstbehörde sei die Zuteilung des Mitbeteiligten zur "Springertätigkeit" in Klagenfurt beendet worden. Es sei eine Zuweisung zu dem Dienstort M erfolgt. Bis zur Einführung des Gleitzeitdurchrechnungsmodells im Jänner 2013 sei der Mitbeteiligte auf einem Arbeitsplatz des Landzustelldienstes in der Verwendungsgruppe PT8, Dienstzulagengruppe B, verwendet worden. Der dem Mitbeteiligten nunmehr in M zugewiesene Arbeitsplatz sei nicht mit einer Dienstzulage verbunden. Der Mitbeteiligte habe sich geweigert, in das "Gleitzeitdurchrechnungsmodell" freiwillig zu optieren. Seine Versetzung sei primär deshalb erfolgt, weil er nicht bereit gewesen sei, eine Optionserklärung abzugeben. Eine Option in das betreffende Gleitzeitdurchrechnungsmodell hätte bewirkt, dass der Mitbeteiligte einerseits auf seinen gesetzlichen Anspruch einer halbstündigen Mittagspause innerhalb der Dienstzeit verzichtet hätte, und andererseits Mehrdienstleistungen nicht innerhalb eines Quartals, sondern entgegen den Bestimmungen des BDG 1979 innerhalb eines Jahres durch die Inanspruchnahme von Zeitausgleich ausgeglichen worden wären. Die zwischen Jänner 2013 und Dezember 2016 erfolgte Zuteilung des Mitbeteiligten zu einer Tätigkeit als Springer und die in Rede stehende Versetzung seien als Retorsionsmaßnahme im Zusammenhang mit der unterbliebenen Optionserklärung zu betrachten. Der Mitbeteiligte wäre auf seinem Arbeitsplatz als Zusteller mit einem fixen Rayon verblieben, wenn er in das Gleitzeitdurchrechnungsmodell optiert hätte. Ein Wegfall des Arbeitsplatzes des Mitbeteiligten (eines Zustellers mit einem fixen Rayon) habe nicht festgestellt werden können. In Verbindung mit der Einführung des

Gleitzeitdurchrechnungsmodells sei der bisherige dauernde Arbeitsplatz des Mitbeteiligten im Jänner 2013 einer höheren Dienstzulagengruppe zugeordnet worden. Tätigkeiten aufgrund der Bedienung eines "Handheld-Gerätes" zur Zeiterfassung betrügen weniger als 5% der Gesamttätigkeit des Mitbeteiligten. Eine erhebliche Arbeitsplatzänderung sei dadurch nicht eingetreten. An der Dienststelle, welcher der Mitbeteiligte bisher zugewiesen gewesen sei, seien weiterhin rund 100 Bedienstete mit fixen Zustellrayons tätig. Ob diese Bediensteten von der Versetzung weniger betroffen gewesen wären als der Mitbeteiligte, sei durch die Dienstbehörde nicht geprüft worden. Es sei auch im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht möglich gewesen zu klären, welche fünf Zustellrayons eingespart worden seien und welche anderen Bediensteten von dieser Einsparung weniger betroffen gewesen wären als der Mitbeteiligte. Im Zuge der in Rede stehenden Versetzung sei nicht geprüft worden, von welcher Tätigkeit der Mitbeteiligte abberufen worden sei. Der Vorwurf, wonach es dem Mitbeteiligten infolge der Leistung von ca. zehn Überstunden pro Monat nicht gelungen sei, seinen Dienst anstandslos zu verrichten, sei nicht haltbar. Die Überstunden seien dem Mitbeteiligten angeordnet worden. Ein wirtschaftliches Interesse an der Versetzung des Mitbeteiligten hätte - abgesehen von der Verlängerung der Dienstzeit um die Mittagspause und der Verlängerung des Durchrechnungszeitraumes für Mehrdienstleistungen - nicht nachvollzogen werden können. Eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Dienstgebers durch die Anordnung von Überstunden bzw. durch die Anordnung, Mehrdienstleistungen abzubauen, habe ebenso wenig festgestellt werden können.

7 Im Rahmen seiner beweiswürdigen Überlegungen hielt das Verwaltungsgericht fest, die Feststellung betreffend den Umstand, dass die Abberufung von fixen Zustellrayonen als Retorsionsmaßnahme wegen der nicht erfolgten Option in das Gleitzeitdurchrechnungsmodell zu betrachten sei, gründe sich auf ein E-Mail der "Personalsteuerung der Post AG" vom 15. April 2013. In diesem E-Mail sei die Anordnung erteilt worden, Zusteller, die der Teilnahme an dem Gleitzeitdurchrechnungsmodell nicht zugestimmt hätten, als Springer zu verwenden und ihre Arbeitsplätze neu zu vergeben. Die im dienstbehördlichen Bescheid enthaltene Formulierung "umgestellt bzw. aufgewertet" belege, dass nicht eine Änderung von Tätigkeiten oder eine Organisationsänderung, sondern primär das Gleitzeitmodell Grund für den (bloß formellen) Wegfall des Arbeitsplatzes gewesen sei. Faktisch sei der Arbeitsplatz nicht weggefallen. Die Tätigkeiten fielen weiter an.

8 Im dienstbehördlichen Bescheid seien - so das Bundesverwaltungsgericht in seiner rechtlichen Beurteilung - die Aufgaben des Mitbeteiligten an dem ihm neu zugewiesenen Arbeitsplatz lediglich durch die Bezeichnung "Fachlicher Hilfsdienst/Logistik", Code 0841, umschrieben worden. Eine Umschreibung der vom Mitbeteiligten am Zielarbeitsplatz wahrzunehmenden Aufgaben sei weder im dienstbehördlichen Bescheid erfolgt noch hätte eine nähere Umschreibung im Zuge der mündlichen Verhandlung dargelegt werden können.

Hintergrund der Personalmaßnahme sei nach dem durch die Begründung des Bescheides bestätigten Vorbringen des Mitbeteiligten, dass dieser keinen Antrag auf Verwendung auf einem Arbeitsplatz im "Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell" gemäß der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" gestellt habe. Lediglich Briefzusteller, die betreffend diese Betriebsvereinbarung eine Optionserklärung abgegeben hätten, erhielten weiterhin einen fix zugewiesenen Zustellrayon. Dies sei durch ein E-Mail der "Personalsteuerung" bestätigt worden.

Es liege eine willkürliche Differenzierung zwischen Beamten, bei denen eine Individualvereinbarung vorliege, und solchen, die wie der Mitbeteiligte diese Vereinbarung verweigert hätten, insofern vor, als lediglich der erstgenannten Gruppe von Beamten ein (beliebter) fixer Rayon zugewiesen worden sei.

Betriebsvereinbarungen nach dem Post-Betriebsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 326/1996, seien nicht geeignet, öffentlich-rechtliche Ansprüche gegenüber dem Bund zu gestalten (Hinweis: VwGH 20.12.2006, 2006/12/0183). Aufgrund des Gesetzes habe der Mitbeteiligte einen nicht dispositiven Anspruch auf eine Mittagspause innerhalb der achtstündigen Tagesarbeitszeit und auf einen vierteljährlichen Ausgleich der Mehrdienstleistungen. Dass der Abschluss einer solcherart unwirksamen Vereinbarung Einfluss auf die Zuweisung von Arbeitsplätzen haben dürfte, sei nicht nachvollziehbar. Dennoch sei die unterbliebene Option des Mitbeteiligten in das Gleitzeitdurchrechnungsmodell als Grund für dessen Versetzung herangezogen worden, weshalb der dienstbehördliche Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Da die Verweigerung der Abgabe einer Optionserklärung wesentliches Begründungselement im dienstbehördlichen Bescheid gewesen sei, sei es nicht hinderlich, dass mit dem Bescheid der Dienstbehörde eine Versetzung auf einen Arbeitsplatz außerhalb des Durchrechnungsmodells erfolgt sei. Der bisherige Arbeitsplatz des Mitbeteiligten als Zusteller (sowohl mit fixem als auch mit wechselndem Rayon) sei von diesem Modell und der Nichtoption betroffen gewesen. Darüber hinaus sei das von der Behörde ins Treffen geführte Argument, wonach der

Mitbeteiligte aufgrund von lediglich ca. zehn Überstunden pro Monat überfordert gewesen sei, nicht nachvollziehbar. Weiters sei die Betroffenheit von über 100 weiteren Zustellern und Rayonen der ehemaligen Dienststelle des Mitbeteiligten nicht geprüft worden. Ob eine solche Betroffenheit vorliege, könne ebenso wie das Vorliegen von allfälligen persönlichen und sozialen Interessen dahingestellt bleiben, weil bereits "aufgrund des den Bescheid tragenden Vorwurfs der Nichtoption in ein für den Beamten gesetzwidriges Zeitmodell" der dienstbehördliche Bescheid aufzuheben gewesen sei.

9 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Amtsrevision, in der inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften verbunden mit dem Antrag geltend gemacht werden, das angefochtene Erkenntnis aus den genannten Gründen aufzuheben.

10 Zur Begründung ihrer Zulässigkeit macht die Revision zusammengefasst geltend, das Bundesverwaltungsgericht sei zu Unrecht von einer mangelnden Umschreibung des dem Mitbeteiligten neu zugewiesenen Tätigkeitsbereichs im dienstbehördlichen Bescheid ausgegangen. Eine Anführung der dem Beamten übertragenen Tätigkeiten im Einzelnen sei nicht erforderlich. Diesbezügliche Ermittlungen hätten im Übrigen allenfalls durch das Verwaltungsgericht von Amts wegen erfolgen müssen. Insofern liege eine Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betreffend die erforderliche Beschreibung des Zielarbeitsplatzes sowie betreffend die Verpflichtung des Verwaltungsgerichts zur amtswegigen Ermittlung des Sachverhalts vor.

Darüber hinaus habe das Verwaltungsgericht auf die nach der Rechtsprechung zu berücksichtigenden betrieblichen und dienstlichen Interessen nicht in geeigneter Weise Bedacht genommen. Das Gericht habe verkannt, dass ein Einsparungspotential von zehn Überstunden pro Woche, ungeachtet der Frage, ob diese angeordnet worden seien oder nicht, einen wichtigen betrieblichen Grund darstelle, der bereits für sich genommen die Versetzung des Mitbeteiligten rechtfertige.

Es fehle weiters Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, ob die Überlastung eines Beamten im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Dienstgebers ein wichtiges dienstliches Interesse im Sinne des § 38 Abs. 2 BDG 1979 begründen könne. Schließlich sei das Verwaltungsgericht insoweit von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, als es den zusätzlichen Aufwand, der für den Dienstgeber aus der Nichtanspruchnahme des in der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" vorgesehenen Gleitzeitrechnungsmodells resultiere, nicht als wichtigen betrieblichen Grund anerkenne. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei der Abschluss der betreffenden Betriebsvereinbarung zulässig gewesen. Hätte das Verwaltungsgericht den Inhalt dieser Betriebsvereinbarung festgestellt, wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass diese keine Regelungen enthalte, die nicht auch aufgrund der Bestimmungen des BDG 1979, insbesondere aufgrund der Bestimmungen betreffend die Mittagspause (§ 48b BDG 1979) sowie betreffend die Arbeitszeit (§ 48 BDG 1979) getroffen werden könnten. Somit sei der Begründung des angefochtenen Bescheides, wonach die Versetzung des Mitbeteiligten als Retorsionsmaßnahme zu werten sei, der Boden entzogen.

Mit diesem Vorbringen wird die Zulässigkeit der Revision nicht dargetan:

11 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

12 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Hat das Verwaltungsgericht - wie im gegenständlichen Fall - ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

13 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof hingegen nur im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

14 Die Revision wendet sich gegen die Beurteilung des Verwaltungsgerichts, wonach in Anbetracht der am bisherigen

Arbeitsplatz des Mitbeteiligten anfallenden Überstunden im Ausmaß von ca. zehn Stunden pro Monat, ein wichtiges dienstliches Interesse nicht nachvollzogen werden könne. Mit ihrem Vorbringen, das Vorliegen von zehn Überstunden pro Woche begründe jedenfalls ein wichtiges dienstliches Interesse im Sinn von § 38 Abs. 2 und Abs. 3 BDG 1979, entfernt sich die Revision allerdings in einem zentralen Aspekt (nämlich betreffend das Ausmaß der monatlich anfallenden Überstunden) von dem im angefochtenen Erkenntnis festgestellten Sachverhalt, ohne die diesbezüglichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts (die sich im Übrigen mit den Angaben des Vertreters der Dienstbehörde in der mündlichen Verhandlung decken) substantiiert zu bestreiten (zu dem durch das Verwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Voraussetzungen im Sinn von Art. 133 Abs. 4 B-VG vgl. VwGH 13.8.2018, Ra 2018/14/0032).

15 Zudem bestehen im vorliegenden Fall - ausgehend von am bisherigen Arbeitsplatz des Mitbeteiligten anfallenden Überstunden im Ausmaß von ca. zehn Stunden pro Monat - keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass überhaupt eine ins Gewicht fallende, im Verhältnis zu der monatlichen Normalarbeitszeit signifikante überdurchschnittliche Belastung, geschweige denn eine "Überlastung" des Mitbeteiligten vorgelegen sei (vgl. zum wichtigen dienstlichen Interesse an der Vermeidung von Überstunden die vom Verwaltungsgerichtshof iZm der Herabsetzung der regelmäßigen Wochendienstzeit gemäß § 50a Abs. 1 BDG 1979 entwickelte Rechtsprechung - so insbesondere VwGH 29.4.2011, 2010/12/0064, mwN; - vor dem Hintergrund der Bestimmung des § 48a Abs. 3 BDG 1979).

16 Im Zusammenhang mit der unterbliebenen Optionserklärung des Mitbeteiligten betreffend die Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" vertritt die Revision die Ansicht, der zuletzt genannte Umstand begründe (u.a. infolge des dadurch verursachten finanziellen und administrativen Mehraufwandes für den Dienstgeber) jedenfalls ein wichtiges dienstliches Interesse. Auch mit diesem Vorbringen wird eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht aufgezeigt.

17 Zunächst lässt die Revision gänzlich offen, weshalb für den Fall, dass - wie von ihr behauptet - die in der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" getroffenen Regelungen mit den Bestimmungen des BDG 1979 im Einklang stünden und in dieser Betriebsvereinbarung in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht ausschließlich Regelungen getroffen würden, die auch nach den §§ 48 ff BDG 1979 zulässig wären, die Optionserklärung eines Beamten überhaupt gewichtige Vorteile für den Dienstgeber mit sich brächte (vgl. dazu auch VwGH 19.2.2018, Ra 2017/12/0022). Bei Zutreffen der diesbezüglichen Behauptungen in der Revision bestünde für den Dienstgeber nämlich jederzeit die Möglichkeit, das in der Betriebsvereinbarung vorgesehene Gleitzeitdurchrechnungsmodell unmittelbar unter Berufung auf die Bestimmungen des BDG 1979 einzuführen, ohne hierfür auf in der Betriebsvereinbarung getroffene Regelungen und diesbezügliche Optionserklärungen der Bediensteten zurückgreifen zu müssen. Dass dies aber geschehen wäre, wird in der Revision nicht behauptet.

18 Zudem entspricht das angefochtene Erkenntnis insofern den in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bereits aufgezeigten Leitlinien (vgl. z.B. VwGH 19.2.2018, Ra 2017/12/0022), als sich das Bundesverwaltungsgericht mit den Bestimmungen der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" und deren Vereinbarkeit mit zwingenden Bestimmungen der §§ 48 ff BDG 1979 auseinandersetzt. So legte das Verwaltungsgericht im Hinblick auf die Bestimmungen des § 48 BDG 1979 sowie des § 48b BDG 1979 dar, aus welchen Gründen die Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" den Vorgaben des BDG 1979 nicht entspreche.

19 Wenn die Revision in dieser Hinsicht Feststellungsmängel rügt, weil das Bundesverwaltungsgericht den Inhalt der in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Regelungen entsprechend den Vorgaben der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hätte näher feststellen müssen, macht sie einen Verfahrensfehler geltend, hinsichtlich dessen in der Zulässigkeitsbegründung jedoch eine nachvollziehbare Relevanzdarstellung fehlt.

20 So geht die Revision in diesem Zusammenhang schon insofern von einer unzutreffenden Rechtsauffassung aus, als § 49 Abs. 3 BDG 1979 für Mehrdienstleistungen - anders als die Revisionsbegründung darzustellen versucht - eine quartalsmäßige Durchrechnung vorsieht. Eine schlüssige Darstellung, weshalb das in der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" vorgesehene Gleitzeitdurchrechnungsmodell - bei Abstandnahme der Anordnung von Gleitzeit im Verständnis des § 48 Abs. 3 BDG 1979 - den Bestimmungen des § 49 Abs. 3 BDG 1979 entspreche und welche konkreten Feststellungen bezüglich des Inhaltes der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" durch das Verwaltungsgericht zu treffen gewesen wären, lässt die Zulässigkeitsbegründung vermissen.

21 Ebenso wenig zeigt die Revision auf, aufgrund welcher konkret zu treffender Feststellungen sich ergeben hätte, dass

entgegen der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts das in der Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" vorgesehene Gleitzeitdurchrechnungsmodell mit den Bestimmungen des § 48b BDG 1979 zu vereinbaren wäre (vgl. zu der dem Beamten nach dieser Bestimmung einzuräumenden Pause z.B. VwGH 8.3.2018, Ra 2017/12/0133; betreffend die Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" siehe auch VwGH 19.2.2018, Ra 2017/12/0022).

Da die tragende Annahme des Verwaltungsgerichtes, wonach es an einem wichtigen dienstlichen Interesse an der Personalmaßnahme überhaupt fehle, keine grundsätzliche Rechtsfragen aufwirft, vermögen auch die in der Zulässigkeitsbegründung enthaltenen Ausführungen zur Bestimmtheit des Zielarbeitsplatzes keine Zulässigkeit der Revision aufzuzeigen.

22 Aus den dargelegten Gründen liegen die Voraussetzungen nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht vor, weshalb die Revision gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen war.

Wien, am 10. Dezember 2018

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2018120053.L00

**Im RIS seit**

01.08.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

02.08.2019

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

© 2024 JUSLINE

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

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