

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/4 W129 2191492-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.12.2018

## Entscheidungsdatum

04.12.2018

## Norm

BDG 1979 §44 Abs1

BDG 1979 §45 Abs1

BDG 1979 §45 Abs2

BDG 1979 §48

BDG 1979 §48a

BDG 1979 §48b

BDG 1979 §48c

BDG 1979 §48d

BDG 1979 §48e

BDG 1979 §48f Abs2 Z3

B-VG Art.133 Abs4

Richtlinie 2003/88/EG Arbeitszeit-RL Art.1

VwVG §28 Abs2

## Spruch

W129 2191492-1/7E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter DDr. Markus GERHOLD als Einzelrichter über die Beschwerde des Rev.Insp. XXXX, vertreten durch RAe Dr. Herbert Marschitz, Dr. Peter Petzer, Mag. Johannes Bodner und Dr. Clemens Telser, gegen den Bescheid des Landespolizeidirektors Tirol vom 29.01.2018, Zl. P6/53172/2017-PA, betreffend Zurückweisung eines Antrages, zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der Spruch des angefochtenen Bescheides mit der Maßgabe bestätigt, dass es zu lauten hat:

"Der Antrag vom 08.08.2017 auf Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der hinkünftigen Diensteinteilung des Antragstellers bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für die Dienststelle Polizeiinspektion XXXX, in eventu auf Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Verordnung 2003/88/EG) für Exekutivbedienstete im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 wird als unzulässig zurückgewiesen."

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 08.08.2017 beantragte der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung die bescheidmäßige Absprache über die Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der hinkünftigen Diensteinteilung des Beschwerdeführers bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für die Dienststelle Polizeiinspektion XXXX, in eventu die bescheidmäßige Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Verordnung 2003/88/EG) für Exekutivbedienstete im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979.

Auf das Wesentlichste zusammengefasst brachte der Beschwerdeführer vor, dass die höchst zulässigen Arbeitszeiten geplant und andauernd überschritten würden. Die EU-Arbeitszeitrichtlinie sei unter großer medialer Begleitung im medizinischen Bereich (bei beamteten und angestellten Ärzten) umgesetzt worden. Bisher keinen Einfluss gefunden habe die EU-Arbeitszeitrichtlinie in den Exekutivdienst und in die Diensteinteilung.

§ 48 BDG dämme die Wochendienstzeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen auf maximal 48 Stunden/Woche ein. Darüber hinaus seien Dienstzeiten nur mit Zustimmung des Beamten, bei außergewöhnlichen Ereignissen oder nicht vorhersehbaren Umständen zulässig. Diese Ausnahmen seien bei einer Vorausplanung nicht gegeben, es werde bewusst und sehenden Auges eine Überschreitung in Kauf genommen.

2. Mit Schreiben vom 12.10.2017 teilte Dienstbehörde dem Beschwerdeführer mit, dass die EU-Arbeitszeitrichtlinie vom 23.11.1993 (93/104/EG, nunmehr RL 2003/88/EG) mit der ersten Dienstrechtsnovelle des Jahres 1997 umgesetzt worden sei. Der Antrag werde zur Kenntnis genommen, die Umsetzung erfolge durch eine dem BDG entsprechende Dienstplanung.

3. Mit Schreiben seiner rechtsfreundlichen Vertretung vom 06.11.2017 begehrte der Beschwerdeführer erneut eine bescheidmäßige Absprache über seine Anträge vom 08.08.2017.

4. Mit Schreiben vom 21.11.2017 forderte die Dienstbehörde den Beschwerdeführer auf, eine konkrete subjektive Rechtsgefährdung zu konkretisieren und binnen Frist von zwei Wochen anzuführen, welche Diensteinteilungen nicht den hierfür geltenden gesetzlichen Bestimmungen entsprochen hätten, widrigenfalls der Antrag nach § 13 Abs 3 AVG zurückzuweisen sei.

5. Mit Schreiben seiner rechtsfreundlichen Vertretung vom 07.12.2017 wies der Beschwerdeführer insbesondere auf eine Gefährdung seiner subjektiven Interessen aufgrund einer permanenten Missachtung der Höchstarbeitszeiten hin.

6. Mit nunmehr angefochtenem Bescheid des Landespolizeidirektors Tirol vom 29.01.2018, Zl. P6/53172/2017-PA, wurde der Antrag gem. § 13 Abs 3 AVG 1991 iVm § 56 AVG zurückgewiesen.

Dies wurde auf das Wesentlichste zusammengefasst wie folgt begründet: Ein rechtliches Interesse einer Partei sei nur zu bejahen, wenn der Feststellungsantrag im konkreten Fall als geeignetes Mittel zur Beseitigung der Rechtsgefährdung angesehen werden könne. Der Feststellungbescheid diene der Abwendung zukünftiger Rechtsgefährdung, Rechte oder Rechtsverhältnisse. Der Beschwerdeführer habe jedoch trotz Aufforderung keine Konkretisierung der behaupteten Gefährdung vorgenommen.

Darüber hinaus ergehe der Hinweis, dass eine amtswegige Überprüfung der Wochendienstzeit des Beschwerdeführers im Zeitraum Februar bis Juli 2017 ergeben habe, dass in Bezug auf den Beschwerdeführer sowohl bei der Dienstplanung als auch bei der tatsächlichen Verrichtung deutlich die Höchstgrenzen der zulässigen Dienstzeit unterschritten worden seien.

Die Zustellung des Bescheides erfolgte am 31.01.2018.

7. Mit Schriftsatz vom 28.02.2018 brachte der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ein.

In dieser brachte der Beschwerdeführer auf das Wesentlichste zusammengefasst erneut vor, dass die Diensteinteilung regelmäßig gegen die Arbeitszeitrichtlinie verstöße. Der angefochtene Bescheid konkretisiere nicht, welcher

Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen im Zeitraum Februar bis Juli 2017 herangezogen worden sei. Der Beschwerdeführer habe in den ersten 17 Wochen [Anmerkung BVwG: unter Herausrechnung der Zeiten gerechtfertigter Abwesenheit] insgesamt 646 Stunden Plandienst, 72 Stunden Mehrdienstleistungen und 108 Stunden Journaldienste erbracht, gesamt somit 826 Stunden. Dieser Wert ergebe dividiert durch 17 Wochen eine durchschnittliche Arbeitszeit von 48,59 Stunden.

Der Beschwerdeführer werde für die erbrachten Dienstzeiten ordnungsgemäß entlohnt, sein rechtliches Interesse bestehe darin, dass er gesetzwidrig zu mehr Leistungen entlohnt werde.

8. Die belangte Behörde legte die gegenständliche Beschwerde und die Bezug habenden Verwaltungsakten mit Begleitschreiben vom 23.03.2018 dem Bundesverwaltungsgericht vor (eingelangt am 06.04.2018).

9. Aufgrund eines am 18.10.2018 eingebrachten Fristsetzungsantrages übermittelte der Verwaltungsgerichtshof die verfahrensleitende Anordnung vom 25.10.2018, Zl. Fr 2018/12/0028-2, wonach das Bundesverwaltungsgericht binnen Frist von drei Monaten insbesondere eine Entscheidung zu erlassen habe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist der Landespolizeidirektion Tirol (Dienststelle: Polizeiinspektion XXXX) als Exekutivbeamter (Verwendungsgruppe E2b) zur Dienstleistung zugeteilt.

Mit Schreiben vom 08.08.2017 beantragte der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung die bescheidmäßige Absprache über die Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der hinkünftigen Diensteinteilung des Beschwerdeführers bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für die Dienststelle Polizeiinspektion XXXX, in eventu die bescheidmäßige Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Verordnung 2003/88/EG) für Exekutivbedienstete im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgezes 1979.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Da im BDG für den vorliegenden Fall eine Senatsentscheidung vorgesehen ist, liegt gegenständlich somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Zu A)

3.2. Mit Schreiben vom 08.08.2017 beantragte der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung die bescheidmäßige Absprache über die Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der hinkünftigen Diensteinteilung des Beschwerdeführers bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für die Dienststelle Polizeiinspektion XXXX, in eventu die bescheidmäßige Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Verordnung 2003/88/EG) für Exekutivbedienstete im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgezes 1979.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides im öffentlichen Interesse liegt oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann (vgl. zB VwGH 17.10.2011, 2010/12/0150 mwN).

Nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts stellt der (nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehene) Feststellungsbescheid bloß einen subsidiären Rechtsbehelf dar ["notwendiges, letztes und einziges Mittel der

zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung"]. Danach fehlt es nämlich an einem (privaten und öffentlichen) Feststellungsinteresse, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen, verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens "entschieden", dh genau genommen gelöst werden kann. Auch muss der Feststellung in concreto die Eignung zukommen, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen (Hengstschläger/Leeb, AVG Online-Kommentar, § 56, Rz 75 ff.).

3.3. Die Erlassung eines Feststellungsbescheides über das hier strittige Thema Dienstplan bzw. Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit ist im BDG 1979 nicht ausdrücklich vorgesehen.

3.4. Der Beschwerdeführer stellte den (generellen) Antrag auf Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei seiner hinkünftigen Diensteinteilung bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für die Dienststelle Polizeiinspektion XXXX, in eventu die bescheidmäßige Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (Verordnung 2003/88/EG) für Exekutivbedienstete im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgezes 1979.

3.5. Der Dienstplan bedeutet die für den Bediensteten vorhersehbare Einteilung seiner Dienstzeit; es handelt sich dabei um eine Dienstanweisung, in der angeordnet wird, während welcher Zeit der Beamte grundsätzlich und generell Dienst zu versehen hat (VwGH 03.03.2002, 99/09/0118). Die Rechtsstellung des Beamten bringt es mit sich, dass er gewissenhaft und pünktlich seinen Dienst versieht und seine Arbeitskraft vorbehaltlos in den Dienst des Staates und der Öffentlichkeit stellt (VwGH 28.10.2004, 2003/09/0045). Aus § 48 BDG ergibt sich, dass der konkrete Bedarf bezüglich der Erfüllung von Aufgaben Ausgangspunkt für die Erstellung eines Dienstplanes für diese Organisationseinheit ist. In Verbindung mit der Personalausstattung bestimmt das Ausmaß der für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Dienstleistungen die generelle Entscheidung darüber, welche Art von Dienstplan vorzusehen sowie an welchen Tagen der Woche und zu welchen Stunden Dienst zu versehen ist. Diese generelle Entscheidung (allgemeiner Dienstplan) ist dann bezüglich der zugewiesenen Bediensteten konkret durch individuelle Dienstplananordnungen umzusetzen. Sowohl für die generelle als auch für die individuelle Entscheidung im Zusammenhang mit der Dienstplanung, die in Weisungsform vorzunehmen ist, ist - unbeschadet der Weisungsmöglichkeit von Vorgesetzten - der Dienststellenleiter nach § 45 Abs 1 und 2 BDG zuständig (VwGH 26.05.1999, 94/12/0299; VwGH 17.10.2011, 2010/12/0150).

3.6. Die Richtlinie 2003/88/EG ist die redaktionell überarbeitete Version der Richtlinie 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23.11.1993. Letztere fand Niederschlag in der Dienstrechtsnovelle BGBl I Nr. 61/1997, insbesondere in den neu eingeführten Bestimmungen der §§ 48a, 48b, 48c, 48d, 48e sowie 48f BDG.

3.7. Sowohl die Richtlinie 2003/88/EG als auch die innerstaatlichen Normen des BDG sehen materiell-rechtliche Ausnahmebestimmungen in Bezug auf die Höchstgrenzen der Dienstzeit vor. Insbesondere nimmt § 48f Abs 2 Z 3 BDG Beamte mit spezifischen staatlichen Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit keinen Aufschub dulden, insbesondere im öffentlichen Sicherheitsdienst, von der Anwendung der §§ 48a bis 48e BDG insoweit aus, als die Besonderheiten dieser Tätigkeiten einer Anwendung dieser Bestimmungen zwingend entgegenstehen.

Dabei führt nach den Gesetzesmaterialien (Erläuterungen zur RV 631 BlgNR 20.GP) nicht bereits der Dienst als zB Exekutivbeamter bei der Polizei per se zur Zulässigkeit des Abweichens von den dienstrechlichen Schutzbestimmungen; vielmehr ist eine Abweichung nur dann und bei jenen Bediensteten gerechtfertigt, die unbedingt und ohne zeitliche Obergrenze zur Besorgung der spezifischen Staatsfunktionen herangezogen werden müssen. Darüber hinaus verpflichtet § 48f Abs 3 BDG den Dienstgeber dafür Sorge zu tragen, dass unter Berücksichtigung des mit den nicht anzuwendenden Bestimmungen verbundenen Schutzzweckes ein größtmöglicher Schutz der Gesundheit und eine größtmögliche Sicherheit der Bediensteten gewährleistet ist.

3.8. Die Dienstplaneinteilung erfolgt - wie unter Punkt 3.5. angeführt wurde - in Weisungsform. Unter "Weisung" ist eine generelle oder individuelle, abstrakte oder konkrete Norm zu verstehen, die an einen oder an eine Gruppe von dem Weisungsgeber untergeordneten Verwaltungsorganwaltern ergeht. Sie ist ein interner Akt im Rahmen der Verwaltungsorganisation und an keine besonderen Formerfordernisse gebunden. Sie kann mündlich oder schriftlich ergehen (VwGH 20.11.2003, 2002/09/0088).

Der Beamte hat eine Weisung grundsätzlich zu beachten § 44 Abs 1 BDG). Der Beamte kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt worden ist oder die Befolgung

gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößen würde (§ 44 Abs 2 BDG). Hält der Beamte eine Weisung eines Vorgesetzten aus einem anderen Grund für rechtswidrig, so hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen. Der Vorgesetzte hat eine solche Weisung schriftlich zu erteilen, widrigenfalls sie als zurückgezogen gilt (§ 44 Abs 3 BDG).

Der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer hat lediglich die Berücksichtigung der EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der hinkünftigen Diensteinteilung des Antragstellers bzw. bei der Erstellung des Dienstplanes für seine Dienststelle beantragt (in eventu die Feststellung der Gültigkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie für Exekutivbeamte). Dabei wurde kein Vorbringen dahingehend erstattet, inwiefern und welche konkreten Dienstzeiten nicht zwingend und unbedingt zur Erfüllung der spezifischen Staatsfunktion des öffentlichen Sicherheitsdienstes notwendig waren. Dem Verwaltungsverfahren ist auch nicht zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer bereits in der Vergangenheit konkrete Schritte gegen einen bestimmten Dienstplan vorgenommen hat.

3.9. Da dem Beschwerdeführer jedoch die gesetzliche Möglichkeit offen steht, im Rahmen einer Dienstplaneinteilung oder bei Anordnung einer Mehrdienstleistung gegen die erteilte Weisung zu remonstrieren, er jedoch von diesem gesetzlichen Instrument nicht Gebrauch gemacht hat, erweist sich der gegenständliche (Feststellungs-)Antrag bereits aus diesen Erwägungen als unzulässig, zumal nur in einem konkreten Remonstrationsfall Erwägungen dahingehend angestellt werden können, inwiefern und welche unaufschiebbaren und zwingenden staatlichen Interessen unter Berücksichtigung des an der Dienststelle zur Verfügung stehenden Personals dem Interesse des Beschwerdeführers am größtmöglichen Schutz seiner Gesundheit gegenüber stehen.

Da sich der Feststellungsantrag als subsidiärer Rechtsbehelf als unzulässig erwiesen hat, war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.10. Eine mündliche Verhandlung konnte gem. § 24 Abs 2 Z 1 VwG VG entfallen.

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. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab. Durch die angeführten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes fehlt es auch nicht an einer Rechtsprechung und die zu lösende Rechtsfrage wird in der Rechtsprechung auch nicht uneinheitlich beantwortet.

## **Schlagworte**

Antragsbegehren, Arbeitszeit, Arbeitszeitrichtlinie,  
Bescheidabänderung, Diensteinteilung, Dienstplan, Dienststelle,  
Feststellungsantrag, Feststellungsbescheid, Gemeinschaftsrecht,  
Polizist, subsidiärer Rechtsbehelf, Weisung, Zurückweisung

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W129.2191492.1.00

## **Zuletzt aktualisiert am**

09.04.2019

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