

TE Bvwg Erkenntnis 2019/3/13 W213 2188644-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.03.2019

Entscheidungsdatum

13.03.2019

Norm

BDG 1979 §38 Abs7
BDG 1979 §40 Abs2
BDG 1979 §40 Abs4 Z2
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §14
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §28 Abs5

Spruch

W 213 2188644-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichterinnen MR Dr. Elsa BRUNNER und MR Mag. Gabriele FIEDLER als Beisitzerinnen über die Beschwerde des XXXX , gegen den Bescheid des Kommandos Logistik vom 16.11.2017, GZ. P 415366/65-KdoLog/G1/2017, betreffend Feststellung der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung und die hiezu erlassene Beschwerdeentscheidung vom 20.02.2018 GZ. P 415366/65-KdoLog/G1/2017(2), zu Recht erkannt:

A)

In Stattgebung der Beschwerde werden der angefochtene Bescheid und die dazu ergangene Beschwerdeentscheidung gemäß § 38 Abs. 7 und 40 Abs. 4 Z. 2 BDG i.V.m. § 28 Abs. 1, 2 und 5 VwGVG dahingehend abgeändert, dass

1. Spruchpunkt 1. der Beschwerdeentscheidung vom 20.02.2018 ersatzlos aufgehoben wird;
2. die dienst- und besoldungsrechtliche Stellung des Beschwerdeführers wie folgt lautet: M BO 1, Funktionsgruppe 5, Funktionsstufe 3, Gehaltsstufe 15;
3. festgestellt wird, dass die Beendigung der vorübergehenden höherwertigen Verwendung des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te" mit Wirkung vom 30.06.2017 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG unzulässig war.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang und Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer steht als Oberstleutnant des höheren militärtechnischen Dienstes (MBO1) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist dem Kommando Logistik, Abteilung Betriebsführung und Technik zur Dienstleistung zugewiesen.

Mit Schreiben vom 27.06.2017 ersuchte er um bescheidmäßige Feststellung seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung, wobei er vorbrachte, dass er seit 01.12.2002 Leitender Ingenieur und Stellvertretender Abteilungsleiter der Abteilung Betriebsführung und Technik sei. Er habe bereits seit damals, besonders aber seit sich die schwere Erkrankung des ehemaligen Abteilungsleiters (XXXX) in mehrwöchigen Kur- und Rehabilitationsaufenthalten auszuwirken begonnen habe, die Abteilung vielfach erfolgreich geführt.

Mitte November 2015 habe sich XXXX de facto aus der Führung der Abteilung zurückgezogen (Übergabe PAAN, EIAK, ESS, Stahlschranckschlüssel...) und sei dann am 12.12.2015 noch einen Tag im Dienst gewesen (Abteilungsweihnachtsfeier). Mit Wirkung vom 01.04.2016 sei er dann in den Ruhestand versetzt worden und der Beschwerdeführer nachträglich mit gleichem Datum mit der Wahrnehmung der Agenden Ltr BetrFü&Te betraut worden (GZ P415366/57-KdoEU/G1/2016 vom 07 11 2016). Dies sei ohne exakte zeitliche Befristung (es sei die Formulierung "bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes" verwendet worden) erfolgt. Mit 04.05.2016 sei der Arbeitsplatz ausgeschrieben worden.

Eine Begutachtungskommission gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 AusschrG 1989 habe dann zeitnah von den sieben Bewerbern, sechs als "in höchstem Ausmaß geeignet" und einen als "in hohem Ausmaß geeignet" qualifiziert. Auch er habe sich um den Arbeitsplatz beworben. Eine Entscheidung sei bis dato nicht kommuniziert worden.

Ihm sei am 19.06.2017 mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei ab 01.07.2017 einen jungen Generalstabsoffizier (Dgrd MjrdG, kein technisches Studium) mit der Führung der Abteilung Betriebsführung und Technik zu betrauen. Ihm sei erklärt worden, dass dies rein aus dienstrechtlichen Gründen notwendig sei damit seinerseits keine dienst- oder besoldungsrechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden könnten.

Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge den angefochtenen Bescheid, dessen Spruch nachfolgenden Wortlaut hatte:

1. "Sie stehen als Beamter des Militärischen Dienstes in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und sind im Planstellenbereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport bei der Dienststelle Kommando Logistik (KdoLog) auf dem Arbeitsplatz OrgPlanNr. EU5, PosNr. 161 "LIng & stvAbtLtr" eingeteilt.
2. Sie sind besoldungsrechtlich in der Verwendungsgruppe M BO 1, Funktionsgruppe 4, Funktionsstufe 3, Gehaltsstufe 15 eingestuft.
3. Die Beendigung Ihrer vorübergehenden höherwertigen Verwendung auf dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te" mit Wirkung vom 30.06.2017 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG war zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 2 Abs. 5 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 36 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 38 Abs. 7 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 40 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 85 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 - GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

§ 91 Abs. 1 des des Gehaltsgesetz 1956 - GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

Begründend wurde nach Wiedergabe des verfahrenseinleitenden Antrags und der für den Beschwerdeführer geltenden Arbeitsplatzbeschreibung ausgeführt, dass dieser Arbeitsplatz gemäß § 147 BDG ordnungsgemäß bewertet und der Verwendungsgruppe M BO 1, Funktionsgruppe 4, zugeordnet sei.

Die Wahrnehmung der Aufgaben des AbtLtr und damit Vertretung bei dessen Abwesenheit liege gemäß dieser Arbeitsplatzbeschreibung im Aufgabenbereich des Ling & stvAbtLtr. Dies sei aus oben angeführter Arbeitsplatzbeschreibung ersichtlich und stelle einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsplatzes dar.

Der Beschwerdeführer sei ab 01.04.2016 per Weisung vorläufig mit der Wahrnehmung der Agenden "LtrBetrFü&Te", mit einer für ihn höherwertigen Verwendung, zur Vertretung des in den Ruhestand versetzten Beamten bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes, betraut worden. Nach Wiedergabe der Arbeitsplatzbeschreibung des Arbeitsplatzes "LtrBetrFü&LtrTe" wurde festgestellt, dass dieser der Verwendungsgruppe MBO1, Funktionsgruppe 5, zugeordnet sei.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aus, dass der Beschwerdeführer die Feststellung seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung beantrage. Laut der Judikatur des VwGH habe der Beamte die Möglichkeit, wenn eine Verwendungsänderung bloß durch Weisung angeordnet werde, bei der zuständigen Dienstbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheides darüber zu beantragen, ob die Personalmaßnahme ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs. 5 BDG 1979 (nunmehr § 38 Abs 7 BDG) zulässig gewesen sei (VwGH 15.011990, 89/12/0248).

Im vorliegenden Fall sei durch die Dienstbehörde zwar keine Verwendungsänderung durch Weisung angeordnet worden, jedoch sei der Beschwerdeführer im Zeitraum von 01.04.2016 bis 30.06.2017 vorübergehend auf dem Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" befristet verwendet worden. Die ausgeführte Judikatur sei auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, es liege somit ein zulässiger Feststellungsantrag vor.

Unter Hinweis auf § 40 Abs. 2 BDG und die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall zunächst im Zeitraum von Mitte November 2015 bis 01.04.2016 die Aufgaben des an der Dienstausbübung verhinderten AbtLtr in Vertretung wahrgenommen habe.

Weiters sei er ab 01.04.2016 bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes, mit der Wahrnehmung der Agenden "LtrBetrFü&Te" betraut worden. Aus dieser Weisung gehe klar hervor, dass es sich um eine bloß vorübergehende Vertretung gehandelt habe und es habe für den Beschwerdeführer erkennbar sein müssen, dass die Dienstbehörde ihn nicht dauernd mit dem Arbeitsplatz betrauen habe wollen - zumal auch mit 04.05.2016 der Arbeitsplatz ausgeschrieben und entsprechend kundgemacht worden sei.

Es sei daher erkennbar gewesen, dass die Dienstbehörde den Beschwerdeführer nur zu Vertretungszwecken mit der Wahrnehmung der Agenden des Arbeitsplatzes "LtrBetrFü&Te" betraut habe.

Grundsätzlich gehe der VwGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass im Verständnis der gehaltsrechtlichen Bestimmungen eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz jedenfalls dann in eine "dauernde" Betrauung übergeht, wenn der Beamte die Aufgaben des höherwertigen Arbeitsplatzes länger als sechs Monate durchgehend ausübe. In einem derartigen Fall seien nämlich die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr als gering anzusetzen.

Obige Aussagen könnten laut VwGH auch auf die dienstrechtliche Fragestellung analog angewendet werden. In seinem Erkenntnis vom 21.10.2005, 2005/12/0049, habe der VwGH nämlich ausgesprochen, dass in Ansehung der Übertragung "vorübergehender" Aufgaben an einen Beamten in anderen als den in § 40 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 geregelten Fällen die zur Auslegung der vergleichbaren gehaltsrechtlichen Begriffe in den Erkenntnissen vom 19. September 2003, Zl. 2000/12/0049, und vom 14. Mai 2004, Zl. 2003/12/0137, erstatteten Ausführungen auch auf die dienstrechtliche Seite einer Betrauung zu übertragen seien.

Damit sei freilich noch keine Aussage darüber getroffen, ob der Begriff der "vorläufigen Ausübung einer höheren Verwendung" im ersten bzw. der Begriff der "provisorischen Führung der Funktion" im zweiten Fall des § 40 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 dahingehend auszulegen ist, dass eine "Vorläufigkeit" bzw. eine "provisorische Führung" nicht mehr vorliege, wenn die diesbezügliche Funktion länger als sechs Monate ausgeübt werde.

Dahingehend führe der VwGH aus, die dem Dienstgeber in § 40 Abs. 4 Z. 2 zweiter Fall BDG 1979 übertragene Befugnis, einen Beamten lediglich zur provisorischen Führung der Funktion anstelle eines aus dieser Funktion

ausgeschiedenen Beamten zu bestellen, bestehe zwar für einen längeren Zeitraum als sechs Monate, jedoch freilich nicht zeitlich unbeschränkt. Diese Befugnis solle offenbar in erster Linie dazu dienen, um während der Dauer der provisorischen Führung der Geschäfte das Verfahren zur neuerlichen dauernden Betrauung eines Beamten mit dieser Funktion abwickeln zu können. Dieses Instrument dürfe jedoch von der Dienstbehörde keinesfalls dazu verwendet werden, derartige Funktionen etwa nach Gutdünken auch für lange (unabsehbare) Zeiträume nur "provisorisch" zu vergeben (VwGH 21.10.2005, 2005/12/0049).

Diese Rechtsprechungslinie vertrete der VwGH auch in seiner jüngsten Judikatur. So spreche er im Erkenntnis vom 13.09.2017 aus, dass unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 4 Z 2 BDG 1979 aus dienstrechtlicher Sicht auch bei einer sechs Monate übersteigenden Betrauung nicht von einer dauernden, sondern lediglich von einer provisorischen Betrauung im Sinne der zuletzt genannten Bestimmung auszugehen sei. Im unmittelbaren Anwendungsbereich der Sondervorschrift des § 94a Abs. 1 Z 1 lit. b GehG 1956 käme ausnahmsweise auch in gehaltsrechtlicher Hinsicht selbst bei einer ununterbrochenen Betrauung des Beamten in der Dauer von 22 Monaten die Rechtsprechung zum grundsätzlichen "Umschlagen" einer vorübergehenden in eine dauernde Betrauung nach sechs Monaten (vgl. E 21. Oktober 2005, 2005/12/0049) nicht zum Tragen (vgl. E 15. Dezember 2010, 2009/12/0194). Es wäre sohin auch unter Zugrundelegung der Betrauung für einen Zeitraum von 22 Monaten nicht nur in dienstrechtlicher Hinsicht, sondern auch in gehaltsrechtlicher Hinsicht nicht von einer Dauerverwendung auszugehen (VwGH 13.09.2017, Ra 2016/12/0044).

Im gegenständlichen Fall sei der Beschwerdeführer im Zeitraum von Mitte November 2015 bis 30.06.2017 auf dem Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" vorläufig verwendet worden. Dabei sei im Zeitraum von Mitte November 2015 bis 01.04.2016 der Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" besetzt gewesen, sodass der Beschwerdeführer iSd § 40 Abs 4 Z 2

1. Fall zur Vertretung eines an der Dienstaussübung verhinderten Beamten verwendet worden sei und aufgrund der Besetzung eine "dauernde Betrauung" mit dem Arbeitsplatz nicht zu erwarten gewesen sei. Ein Nachbesetzungsverfahren habe erst ab der Versetzung in den Ruhestand (01.04.2016) eingeleitet werden können, sodass gegenständlich, aufgrund der Ausschreibung und Kundmachung am 04.05.2016, keine wesentliche Verzögerung vorgelegen habe.

Da im Zeitraum von 01.04.2016 bis 30.06.2017 der Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" hingegen unbesetzt gewesen sei, handle es sich rechtlich um den Fall des § 40 Abs. 4 Z 2 2. Fall BDG, um die provisorische Führung dieser Funktion an Stelle des aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten. Wie in der obigen Judikatur angeführt, vertrete der VwGH die Rechtsansicht, dass dem Dienstgeber die Befugnis zustehe, einen Beamten auch länger als sechs Monate zur provisorischen Führung einzuteilen.

Darüber hinaus sei festzuhalten, dass in der Arbeitsplatzbeschreibung des Beschwerdeführers die Verwendung als Lng & stvAbtLtr dargestellt sei und bei den Hauptaufgaben die Wahrnehmung der Aufgaben des AbtLtr bei dessen Abwesenheit angeführt sei. Es liege also in der Natur des Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers, dass er den "LtrBetrFü&Te" bei Abwesenheit vertrete. Es müsse der Schluss gezogen werden, dass er auch dann eine Vertretungspflicht zu erfüllen habe, wenn der Arbeitsplatz vorübergehend nicht besetzt sei. Der damit über längeren Zeitraum verbundene Mehraufwand sei auch den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend finanziell abgegolten worden. Die Bestimmung des § 94a Abs. 1 Z 1 lit b GehG besage, dass dem Bediensteten eine ruhegenussfähige Ergänzungszulage zustehe, wenn dieser für einen sechs Monate überschreitenden Zeitraum mit einem Arbeitsplatz betraut sei, ohne darauf dauernd verwendet zu werden. Diese Bestimmung hätte keinen Sinn, wenn die Dienstbehörde einen Bediensteten nicht länger als sechs Monate mit einem Arbeitsplatz betrauen könnte, ohne dass dieser automatisch "dauernd" damit betraut werde.

Die Judikatur des VwGH besage, dass eine vorübergehende Betrauung mit einem Arbeitsplatz, deshalb in eine "dauernde" Betrauung übergeht, weil die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr als gering anzusetzen seien. Jedoch seien im gegenständlichen Fall die Belastungen der Vertretung in der Arbeitsplatzbeschreibung des Beschwerdeführers bereits festgeschrieben. Ein stellvertretender Abteilungsleiter müsse bei Ausfall des Leiters, die Abteilung weiterführen. Aufgrund dessen bemesse sich auch das Gehalt des Stellvertreters zu einem guten Teile. Somit müsse es, im Sinne einer teleologischen Auslegung des Gesetzestextes und der Judikatur des VwGH, der Behörde jedenfalls möglich sein, einen Stellvertreter für einen längeren Zeitraum zur "provisorischen Führung der Funktion" einzuteilen.

Die Behörde vertrete daher die Ansicht, dass durch die Betrauung im oben angeführten Zeitraum, der Beschwerdeführer nicht "dauernd" mit dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te" betraut worden sei, bzw. da er als ständiger "stvAbtLtr" tätig sei, eine "dauernde" Betrauung mit dieser Position nicht in Frage komme.

Somit müsse zusammenfassend festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer sowohl gehaltsrechtlich, als auch dienstrechtlich nicht "dauernd" mit dem Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" betraut worden sei und die Bestimmungen des § 40 Abs. 4 Z 2 1. und 2. Fall BDG einschlägig gewesen seien. Die Maßnahme der Dienstbehörde sei somit keiner Versetzung gleichgekommen. Sie hätte daher nicht die Pflicht gehabt, ihn mittels Bescheid von seiner Verwendung abzuberufen und ihm einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und brachte vor, dass seine Betrauung mit der Wahrung der Agenden des AL Betriebsführung und Technik bereits in eine dauernde übergegangen sei, jedenfalls sei eine exakte zeitliche Befristung keineswegs zu erkennen gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei für die Unterscheidung ob von einer "dauernden" oder "nicht dauernden" (im Sinn von "vorübergehend") Verwendung gesprochen werden könne, maßgeblich, ob von vornherein eine zeitliche Begrenzung der Verwendungsdauer bestanden habe oder nicht. Eine solche Begrenzung liege nur dann vor, wenn der Endzeitpunkt der Verwendung bereits datumsmäßig festgelegt sei.

In GZ P415366/57-KdoEU/G1/2016 sei formuliert worden: "ObstdhmtD XXXX wird ab 01 04 2016, bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes, mit der Wahrnehmung der Agenden "LtrBetrFü&Te" betraut".

Hinsichtlich der Begrenzung der Verwendung (S. 11 des bekämpften Bescheides) wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer ab 01.04.2016 mit der "Wahrnehmung der Agenden des AL BetrFü&Te2 betraut" worden sei, nicht mit der vertretungsweisen Wahrnehmung. Die Vertretung des AL würde ja ohnehin in seiner Arbeitsplatzbeschreibung stehen. Dass er die Wahrnehmung der Agenden des AL BetrFü&Te nicht im Rahmen einer Vertretung ausgeübt habe, leite er auch von der Tatsache ab, dass mit dem Datum seiner Betrauung auch ein Mitarbeiter vorübergehend höher auf seinem ursprünglichen Arbeitsplatz verwendet worden sei.

Dass er für die Nachfolge des AL BetrFü&Te in Frage komme, sei einerseits aus der Tatsache abzuleiten, dass er durch die Bewertungskommission dem Vernehmen nach mit dem Kalkül "in höchstem Ausmaß geeignet" erkannt worden sei und dass er auch in der Bewerbung um die Abteilung Fahrzeug, Geräte und Pers-Ausrüstung zum Hearing durch XXXX für 10.01.2016 eingeladen worden sei, er also auch für diese noch höherwertigere Abteilung in Betracht gezogen worden sei.

Mit Wirkung von 01.07.2017 sei dann mit GZ P820310/42-KdoLog/G1/2017 ein junger Generalstabsoffizier, der auf einem Arbeitsplatz der Landesverteidigungsakademie eingeteilt sei und bereits längere Zeit auf dem Arbeitsplatz Leiter Generalstabsabteilung 4 verwendet werde, "unbeschadet seiner Aufgaben" (Abteilungsleiter der für das KdoLog zuständigen Abteilung der Eigenversorgung), zusätzlich noch mit der Wahrnehmung der Agenden der Abteilung Betriebsführung und Technik betraut worden.

Die Betrauung des Beschwerdeführers sei mit GZ P415366/57-KdoEU/G1/2016 mit Wirkung von 30.06.2017 mit folgender Textierung "Bezugnehmend auf GZ P415366/57-KdoEU/G1/2016 vom 07 11 2016 wird ObstdhmtD XXXX mit Ablauf 30. Juni 2017 von der Wahrnehmung der Agenden "LtrBetrFü&Te" entbunden", beendet worden. In dieser Form der Beendigung könnten jedenfalls keine Wesensmerkmale eines Bescheides erkannt werden. Außerdem erscheine es nicht nachvollziehbar, dass ein dienstzugehöriger sehr junger Mitarbeiter (Generalstabsoffizier), der eine Abteilung mit ca. 25 Mitarbeitern (die Generalstabsabteilung 4) zu leiten habe, gleichsam "nebenbei" noch eine Abteilung mit fast 40 Mitarbeitern leiten solle, für deren Leitung ein Betriebswirtschaftliches oder Technisch-Logistisches Studium bzw. einschlägige Fachausbildungen gemäß Arbeitsplatzbeschreibung vorausgesetzt würden. In den Arbeitsplatzbeschreibungen der beiden Abteilungsleiter seien für beide Abteilungen jeweils 1720 Jahresarbeitsstunden, insgesamt zwei Vollbeschäftigungsäquivalente, vorgesehen.

Nachdem dem Beschwerdeführer seitens seiner Vorgesetzten immer beteuert worden sei, dass er die Abteilung zur vollsten Zufriedenheit geführt habe, sei die Beendigung seiner Einteilung mit Ende Juni 2017 noch weniger nachvollziehbar.

Im Hinblick auf die auf Seite 12 des bekämpften Bescheides und die dort zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs wurde angeführt, dass der Beschwerdeführer die Agenden des Abteilungsleiters jedenfalls 15 volle Monate in vollem Umfang, nicht vertretungsweise, wahrgenommen habe.

Zu der auf Seite 14 des bekämpften Bescheides zitierten Judikatur des VwGH werde angemerkt, dass sein ursprünglicher Arbeitsplatz mit gleichem Datum mit einem Mitarbeiter besetzt worden sei. Auch daraus sei abzuleiten, dass die Betrauung nicht vorübergehend gewesen sei und außerdem, dass die Agenden des Abteilungsleiters eben nicht vertretungsweise wahrgenommen worden seien und somit die Belastungen nicht mehr als gering anzusetzen gewesen seien.

Zusammenfassend werde festgestellt, dass

- a) der Beschwerdeführer nicht vertretungsweise mit der Wahrnehmung der Agenden des Abteilungsleiters Betriebsführung und Technik betraut worden sei (auf seinem ursprünglichen Arbeitsplatz sei ein Referatsleiter höherwertig verwendet worden),
- b) der Beschwerdeführer sehr wohl für die Nachfolge in Betracht gezogen worden sei (Kalkül der eingesetzten Bewertungskommission für die Nachbesetzung "in höchstem Ausmaß geeignet"),
- c) die Wahrnehmung zeitlich nicht befristet worden sei und
- d) seine Betrauung scheinbar deshalb beendet worden sei, damit er keine dienst- oder besoldungsrechtlichen Ansprüche erheben könne (am 19.06.2017 sei ihm von seinem Vorgesetzten mitgeteilt worden, dass die Beendigung seiner Betrauung nur aus dienst- und besoldungsrechtlichen Gründen erfolgt sei) und er somit in Folge dessen dienst- und/oder besoldungsrechtlich schlechter gestellt worden sei
- e) der Beschwerdeführer die Abteilung BetrFü&Te von mindestens 01.04.2016 bis 30.06.2017 geführt habe und diese Einteilung nicht bescheidmäßig beendet worden sei.

Es werde daher ersucht der Beschwerde stattzugeben und den Bescheid des XXXX wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben.

Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge eine Beschwerdevorentscheidung deren Spruch wie folgt lautete:

1. Sie stehen als Beamter des Militärischen Dienstes in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und sind im Planstellenbereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport bei der Dienststelle Kommando Logistik (KdoLog) auf dem Arbeitsplatz OrgPlanNr. EU5, PosNr. 161 "LIng & stvAbtLtr" eingeteilt.
2. Sie sind besoldungsrechtlich in der Verwendungsgruppe M BO 1, Funktionsgruppe 4, Funktionsstufe 3, Gehaltsstufe 15 eingestuft.
3. Die Beendigung Ihrer vorübergehenden höherwertigen Verwendung auf dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te" mit Wirkung vom 30.06.2017 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG war zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 2 Abs. 5 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 36 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 38 Abs. 7 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 40 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 85 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 - GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

§ 91 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 - GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung."

In der Begründung wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges und des Beschwerdevorbringens im Wesentlichen die Begründung des bekämpften Bescheides wiederholt. Ergänzend wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall zunächst, im Zeitraum von Mitte November 2015 bis 01.04.2016, zur Vertretung des an der Dienstausbübung verhinderten AbtLtr vorläufig mit der Ausübung einer höheren Verwendung und ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens des AbtLtr aus dieser Funktion mit der provisorischen Führung betraut worden sei. Es seien daher

die Bestimmungen des § 40 Abs. 4 Z 2 1. und 2. Fall BDG einschlägig. Die Maßnahme der Dienstbehörde komme daher keiner Versetzung gleich, sodass die Dienstbehörde entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht verpflichtet gewesen sei, ihn mittels Bescheid von seiner Verwendung abzurufen und ihm einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen.

Aus der zeitgleichen Besetzung des Arbeitsplatzes "LtrBetrFü&Te" und der Verhinderung des AbtLtr an der Dienstausbübung aus gesundheitlichen Gründen, könne der Vertretungszweck hierfür eindeutig und unmissverständlich abgeleitet werden. Auch gehe die zeitliche Begrenzung aus eben diesen Umständen klar hervor.

Weiters sei der Beschwerdeführer - wie der Weisung der Dienstbehörde zu entnehmen sei - ab 01.04.2016 bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes, mit der Wahrnehmung der Agenden "LtrBetrFü&Te" betraut worden. Aus dieser Weisung gehe klar hervor, dass es sich ebenfalls um eine bloß vorübergehende Verwendung handelt, da mit dem Wortlaut "bis zur Nachbesetzung des Arbeitsplatzes" ein Endzeitpunkt und somit eine zeitliche Begrenzung der Wahrnehmung durch den Beschwerdeführer festgelegt worden sei, die sich aus der Art und den Umständen seines dienstlichen Einsatzes ergebe. Es habe für den Beschwerdeführer erkennbar sein müssen, dass die Dienstbehörde ihn nicht dauernd mit dem Arbeitsplatz betrauen habe wollen - zumal auch mit 04.05.2016 der Arbeitsplatz ausgeschrieben und entsprechend kundgemacht worden sei. Allein die Tatsache, dass auch der Beschwerdeführer sich auf den Arbeitsplatz "LtrBetrFü&Te" beworben habe, vermöge nicht eine vorübergehende Verwendung auszuschließen und sei daher als irrelevant zu betrachten.

Der Beschwerdeführer bringe vor, dass er die Wahrnehmung der Agenden des AbtLtr "BetrFü&Te" nicht im Rahmen einer Vertretung ausgeübt hätte und leite dies auch von der Tatsache ab, dass mit dem Datum seiner Betrauung auch ein Mitarbeiter vorübergehend höher auf seinem ursprünglichen Arbeitsplatz verwendet worden sei. Hiezu sei festzuhalten, dass es sich bei dieser vorübergehenden höherwertigen Verwendung auf dem Arbeitsplatz des Beschwerdeführers gleichfalls um eine Vertretung, zeitlich begrenzt auf die Dauer der vorübergehenden höherwertigen Verwendung des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te" gehandelt habe, die vorwiegend dem Zweck gedient habe, diesen von einer allfälligen Doppelbelastung zu befreien und einen uneingeschränkten Dienstbetrieb sicherzustellen. Es sei daher zusammenzufassen, dass erkennbar gewesen sei, dass die Dienstbehörde den Beschwerdeführer nur zu Vertretungszwecken bzw. zur provisorischen Führung mit der Wahrnehmung der Agenden des Arbeitsplatzes "LtrBetrFü&Te" betraut habe.

Mit Schreiben vom 05.03.2018 beantragte der Beschwerdeführer fristgerecht die Vorlage der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und führte aus, dass in der Beschwerdevorentscheidung keine wesentlichen Änderungen bzw. substantiellen Neuerungen im Vergleich zum bekämpften Bescheid erkennbar seien.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Der Beschwerdeführer steht als Beamter der Verwendungsgruppe MBO 1 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienststelle ist das Kommando Logistik, wo ihm der Arbeitsplatz Positionsnummer 161 "LlIng&stvAbtLtr", Organisationsplannummer EU5, zugewiesen ist. Nach der mit 01.04.2016 erfolgte Ruhestandsversetzung des Leiters der Abteilung Betriebsführung und Technik (Arbeitsplatz Ltr BetrFü & Ltr Te, PosNr: 159, OPINr: EU5) wurde der Beschwerdeführer mit Weisung vom 01.04.2016, P415366/57-KdoEU/G1/2016, bis zur Nachbesetzung des in den Ruhestand versetzten Beamten vorläufig mit der Wahrnehmung der Agenden des Arbeitsplatzes "Ltr BetrFü & Ltr Te" betraut. Am 04.05.2016 erfolgte die Ausschreibung dieses Arbeitsplatzes. Die Verwendung des Beschwerdeführers auf dem in Rede stehenden Arbeitsplatz wurde mit Weisung vom 29.06.2017 mit Wirksamkeit vom 30.06.2017 beendet. Am 01.11.2017 erfolgte die definitive Nachbesetzung dieses Arbeitsplatzes mit einem anderen Beamten.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers sowie der unstrittigen Aktenlage.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG Abstand genommen werden, da der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint und eine mündliche Erörterung die weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Dem Entfall der Verhandlung stehen auch weder

Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958 noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010, S 389 entgegen.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Hingegen hat gemäß § 135a Abs. 2 BDG 1979 idf 2013/210, das Bundesverwaltungsgericht unter anderem in Angelegenheiten des § 40 BDG durch einen Senat zu entscheiden, wenn die Versetzung in den Ruhestand von Amts wegen erfolgt ist. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Gemäß § 135b Abs. 3 leg.cit. wirken bei Senatsentscheidungen an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts je ein vom Bundeskanzler als Dienstgebervertreter bzw. ein von der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst als Dienstnehmervertreter nominierter fachkundiger Laienrichter mit.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

Soweit durch Weisungen Verwendungsänderungen bzw. Versetzungen verfügt werden, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass dann, wenn eine Verwendungsänderung durch Weisung angeordnet wurde und der betroffene Beamte der Auffassung ist, dass diese Verwendungsänderung einer Versetzung gleichzuhalten ist und daher mit Bescheid zu verfügen gewesen wäre, die Möglichkeit besteht, bei der zuständigen Dienstbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheides über die Frage, ob eine qualifizierte oder lediglich eine schlichte Verwendungsänderung vorliegt, zu beantragen. Unter Bejahung dieses Feststellungsinteresses hat der Verwaltungsgerichtshof ferner im Zusammenhang mit einer Verwendungsänderung das Recht auf bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit eines Dienstauftrages (mit diesem Inhalt) wegen der Subsidiarität dieser Feststellung gegenüber der vorher aufgezeigten Feststellungsmöglichkeit verneint (VwGH, 19.11.2002, 2000/12/0139 bzw. 29.03.2000, 99/12/0323).

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 27.06.2017 zwar dem Wortlaut nach die Erlassung eines Feststellungsbescheides über seine dienst- und besoldungsrechtliche Stellung beantragt. Diese hängt aber davon ab, welcher Arbeitsplatz dem Beschwerdeführer dienstrechtlich wirksam auf Dauer zugewiesen ist. Es ist daher zu prüfen, ob die mit 01.04.2016 erfolgte vorübergehende Betrauung des Beschwerdeführers mit dem Arbeitsplatz allenfalls in eine dauernde Betrauung übergegangen ist bzw. ob eine Abberufung des Beschwerdeführers ohne Erlassung eines Bescheides nach § 38 BDG zulässig war. Bei diesem Antrag handelt es sich um ein zulässiges Feststellungsinteresse

Die belangte Behörde hat daher folgerichtig im Spruch des bekämpften Bescheides auch feststellend über die gebotenen Formerfordernisse der Abberufung des Beschwerdeführers von dem in Rede stehenden Arbeitsplatz abgesprochen.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Ruhestandsversetzung des früheren Arbeitsplatzinhabers gemäß § 40 Abs. 2 Z. 2 zweiter Fall BDG mit Wirkung vom 01.04.2016 bis zu dessen Nachbesetzung mit dem Arbeitsplatz "Ltr BetrFü & Ltr Te, PosNr: 159, OPINr: EU5" betraut wurde.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs besteht die dem Dienstgeber in § 40 Abs. 4 Z 2 zweiter Fall BDG 1979 übertragene Befugnis, einen Beamten lediglich zur provisorischen Führung der Funktion anstelle eines aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten zu bestellen, zwar für einen längeren Zeitraum als sechs Monate, jedoch freilich nicht zeitlich unbeschränkt. Diese Befugnis soll offenbar in erster Linie dazu dienen, um während der

Dauer der provisorischen Führung der Geschäfte das Verfahren zur neuerlichen dauernden Betrauung eines Beamten mit dieser Funktion abwickeln zu können. Dieses Instrument darf jedoch von der Dienstbehörde keinesfalls dazu verwendet werden, derartige Funktionen etwa nach Gutdünken auch für lange (unabsehbare) Zeiträume nur "provisorisch" zu vergeben. Da die in Rede stehende Funktion dem Beschwerdeführer schon am 01.04.2016 übertragen wurde, hat diese Verwendung ihren provisorischen Charakter auch im Verständnis der eben zitierten Gesetzesbestimmung jedenfalls noch vor dem Sommer 2017 verloren. Danach war es somit unzulässig, dem Beschwerdeführer die ihm seit mehr als einem Jahr übertragene Verwendung bloß im Wege einer verwendungsändernden Weisung ohne dauernde Zuweisung einer neuen gleichwertigen Verwendung zu entziehen. Vielmehr wäre diesfalls eine bescheidförmige Verwendungsänderung geboten gewesen (vgl. VwGH, 16.11.2015, GZ. 2015/12/0040, mwN).

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 40 Abs. 2 BDG Verbindung mit § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG spruchgemäß abzuändern.

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.

Wie oben dargestellt wurde, ist die hier zu lösende Rechtsfrage der Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides und der Befolgungspflicht gemäß § 44 BDG auf Grundlage der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs eindeutig gelöst.

Schlagworte

Abberufung, Arbeitsplatz, Beschwerdevorentscheidung, besoldungsrechtliche Stellung, dienstrechtliche Stellung, ersatzlose Behebung, Feststellungsinteresse, Funktionsgruppe, Funktionsstufe, Gehaltsstufe, höherwertige Verwendung, Versetzung, Verwendungsänderung, Weisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W213.2188644.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.08.2019

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at