

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/11/29 W274 2225183-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.11.2019

## Entscheidungsdatum

29.11.2019

## Norm

BDG 1979 §48

BDG 1979 §48b

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs7

VwGVG §8

## Spruch

W274 2225183-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch Mag. LUGHOFER als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch Dr. Norbert Moser, Rechtsanwalt, Pfarrplatz 5/III, 9020 Klagenfurt, wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Personalamtes Klagenfurt der Österreichischen Post AG betreffend Abgeltung der Mehrdienstleistungen zu Recht:

Der Säumnisbeschwerde wird Folge gegeben und dem Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post AG aufgetragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichtes binnen acht Wochen ab Zustellung zu erlassen.

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Beschwerdeführer (BF) steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist gemäß § 17 Abs. 1 PTSG der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen.

Erstmals richtete der BF am 28.1.2013, eingelangt bei der Dienstbehörde am 6.2.2013, einen Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides, wonach die gemäß § 48 BDG zu gewährende (n) Ruhepause (n) auf seine Dienstzeit anzurechnen sei (en), an das Personalamts Klagenfurt der Österreichischen Post AG (in der Folge: belangte Behörde).

Über Verbesserungsauftrag vom 29.7.2013 präzisierter BF seinen Antrag am 27.8.2013 dahingehend, hinsichtlich welcher Zeiten er die Feststellung begehre: Seine Arbeitszeit sei von 1.9.2012 bis 31.8.2013 auf 20 Wochenstunden herabgesetzt gewesen. In diesem Zeitraum habe er jede zweite Woche eine Dienstzeit von täglich 8,5 Stunden gehabt,

somit pro Woche Mehrdienstleistungen von 2,5 Stunden. Bis dato seien das seit 1.1.2013 62,99 Tage von je 30 Minuten, sohin 31,50 Stunden. Er begehre die Anrechnung der halbstündigen Pause seit 1.1.2013 sowie zukünftig.

Mit an die belangte Behörde gerichtetem Antrag vom 21.07.2016 führte der BF aus, das BVwG habe, bestätigt durch den Beschluss des VfGH (gemeint: vom 21.01.2016, Zl. Ra 2015/12/0051-3) festgestellt, dass die Ruhepausen nach § 48 b BDG 1979 Teil der Dienstzeit und somit auf die Tagesarbeitszeit anzurechnen seien. Der BF begehre daher die Abgeltung dieser Mehrdienstleistungen und übermittle hierzu eine Auflistung der nicht bezahlten Pausen für den Zeitraum Juli 2013 bis Juni 2016. Er begehre die Abgeltung dieser Mehrarbeitsleistungen. Aus der Abrechnung ergibt sich mit Stichtag 15.7.2016 eine Anzahl von 545 Tagen im Zeitraum zwischen Juli 2013 und 15.7.2016, an denen der BF je eine halbe Stunde Mehrarbeitszeit geleistet habe.

Mit "Parteiengehörschreiben" vom 28.09.2016 teilte die belangte Behörde dem BF im Wesentlichen mit, geplant sei, seinen gegenständlichen Antrag sowie seine vorangegangenen Anträge vom 06.02.2013 bzw. vom 27.08.2013 abzuweisen, weil der Standpunkt der Österreichischen Post AG in wesentlichen Zügen vom Standpunkt des Beschwerdeführers abweiche.

Mit Stellungnahme vom 17.10.2016 führte der BF aus, in einer inhaltsgleichen Angelegenheit sei der Beschluss des BVwG, in dem die Rechtsansicht vertreten werde, dass die Ruhepause nach § 48 b BDG 1979 auf die Dienstzeit anzurechnen sei und demnach Mehrdienstleistungen abzugelten seien, mit dem oben genannten Beschluss des VfGH vom 21.01.2016 bestätigt worden. Diese Rechtsansicht sei für das vorliegende Verfahren bindend. Es sei rechtswidrig, wenn die Behörde in ihrem Schriftsatz vom 27.08.2016 eine andere Vorgehensweise zum Ausdruck bringe.

Mit Aussetzungsbescheid der belangten Behörde vom 25.06.2018 wurde das aufgrund des (ursprünglichen) Antrages vom 06.02.2013 eingeleitete Ermittlungsverfahren betreffend Ruhepausen "bis zum Vorliegen einer inhaltlichen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs in einem der von der Österreichischen Post AG initiierten Verfahren zur Prüfung der Verfassungskonformität des § 48 BDG sowie des § 3 DVG" gemäß § 38 AVG ausgesetzt.

Gegen diesen Aussetzungsbescheid erhob der BF Beschwerde.

Mit Beschluss des VfGH vom 25.09.2018, Zl. E 1645/2018-16, wurde die Beschwerde der Österreichischen Post AG zurückgewiesen.

In der Folge zog der BF seine gegen den Aussetzungsbescheid erhobene Beschwerde zurück, woraufhin das diesbezügliche Beschwerdeverfahren zu W 246 2209313-1/4W mit Beschluss vom 05.02.2019 eingestellt wurde.

Mit Schriftsatz vom 31.12.2018 wurde die Fortsetzung des anhängigen Verfahrens beantragt.

Mit Schriftsatz vom 23.5.2019, eingelangt bei der belangten Behörde am 24.5.2019, erhob der BF die hier zu behandelnde Säumnisbeschwerde unter Verweis auf seinen Antrag vom 21.7.2016, in welchem die Abgeltung der Mehrarbeitsleistungen für den Zeitraum Juli 2013 bis Juni 2016 begehrt worden sei, und begründete diese damit, dass die belangte Behörde weder die zustehenden Mehrarbeitsstunden ausbezahlt noch über den gegenständlichen Antrag bescheidmäßig abgesprochen habe.

Mit Erledigung vom 31.10.2019 legte die belangte Behörde die Säumnisbeschwerde dem BVwG vor und führte dazu aus, sie habe das Ausmaß der geleisteten Mehrdienstleistungen erhoben. Demnach müssten dem BF für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis 24.06.2016 290 Stunden mit dem jeweils gültigen Stundensatz abgegolten werden; dies ergäbe einen Betrag von EUR 5.527,04 brutto. Aufgrund der Vielzahl der anhängigen komplexen Verfahren habe die Behörde die Frist zur Erlassung eines Nachholbescheides versäumt, weshalb sie den Antrag stelle, das BVwG möge der Behörde auftragen, den Bescheid binnen acht Wochen nachzuholen.

Die Säumnisbeschwerde ist zulässig und berechtigt:

Über die den eingangs wiedergegebenen Verfahrensgang hinaus wird festgestellt:

Am 21.07.2016 richtete der BF ein - seine früheren Anträge vom 06.02.2013 bzw. vom 27.08.2013 präzisierendes bzw. ergänzendes - Anbringen an die belangte Behörde, in dem er ausführte, dass ihm die zu gewährenden täglichen Ruhepausen im Ausmaß von einer halben Stunde auf seine Dienstzeit anzurechnen seien und er daher täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten erbracht habe. Vor diesem Hintergrund beantragte der BF, darüber abzusprechen, dass seine Dienstzeit täglich 8,5 Stunden betragen habe und dies der Anordnung einer täglichen Mehrdienstleistung gleichkomme.

Die belangte Behörde hat über den Antrag (die Anträge) des Beschwerdeführers, zuletzt vom 21.07.2016, bis heute nicht mit Bescheid abgesprochen.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt in Verbindung mit der Säumnisbeschwerde. Sie sind, wie sich insbesondere aus den mit Beschwerdevorlage der Behörde erstatteten "Bemerkungen" ergibt, unstrittig.

Rechtlich folgt:

Nach § 8 Abs. 1 VwGVG kann eine Säumnisbeschwerde erst erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, nicht innerhalb dieser entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der gesetzlich vorgesehenen Stelle eingelangt ist. Die Beschwerde ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist.

Gemäß Abs 2 werden in die Frist nicht eingerechnet:

1. die Zeit, während deren das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage ausgesetzt ist,
2. die Zeit eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, vor dem Verfassungsgerichtshof oder dem Gerichtshof der Europäischen Union.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Fällen der Verletzung der Entscheidungspflicht zur Frage des überwiegenden Verschuldens der Behörde ausgesprochen, dass der Begriff des Verschuldens der Behörde nicht im Sinn eines Verschuldens von Organwaltern der Behörde, sondern insofern "objektiv" zu verstehen ist, als ein solches "Verschulden" dann anzunehmen ist, wenn die zur Entscheidung berufene Behörde nicht durch schuldhaftes Verhalten der Partei oder durch unüberwindliche Hindernisse an der Entscheidung gehindert war. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ein überwiegendes Verschulden der Behörde darin gesehen, dass diese die für die zügige Verfahrensführung notwendigen Schritte unterlässt oder mit diesen grundlos zuwartet (vgl. etwa VwGH 28.06.2016, Ra 2015/10/0107, mwN).

Das AVG befugt die Behörde in § 38 letzter Satz dazu, das Verfahren bescheidmäßig auszusetzen, sagt aber nichts darüber, wie sich diese Aussetzung auf die Entscheidungspflicht der Behörde auswirkt. Nach der Rechtsprechung des VwGH kann eine Behörde, die von ihrem gemäß § 38 AVG eingeräumten Recht auf Aussetzung des Verfahrens Gebrauch macht, nicht gegen die Bestimmung der Entscheidungspflicht verstoßen, solange die Aussetzung berechtigt andauert (VwGH 25.6.1991, Zl. 91/05/0036). Allgemein bedeutet Unterbrechung einer Frist im Gegensatz zur (Fortlauf-) Hemmung, dass nicht nur der Zeitraum der Unterbrechung, sondern auch jener, der vor dem Unterbrechungstatbestand liegt, nicht berücksichtigt wird. Der VwGH geht davon aus, dass der Behörde ab Wegfall des Unterbrechungsgrundes, dh ab Vorliegen einer rechtskräftigen Vorfragenentscheidung, wieder die volle Entscheidungsfrist zur Verfügung steht (Hengstschläger/Leeb, AVG § 38, Rz 49 mwN).

Mit dem oben angeführten Beschluss des VfGH vom 25.09.2018 wurde über die Vorfrage, aufgrund der die Behörde ihr Ermittlungsverfahren aussetzte, rechtskräftig entschieden. Damit stand aber der Behörde ab Wegfall des Unterbrechungsgrundes, der rechtskräftigen Vorfragenentscheidung, wieder die volle (sechsmonatige) Entscheidungsfrist zur Verfügung.

Dennoch ist die am 24.05.2019 eingebrachte Säumnisbeschwerde zulässig, weil die belangte Behörde nicht innerhalb der sechsmonatigen Entscheidungsfrist unter Zugrundelegung der Zustellung des VfGH-Beschlusses vom 25.09.2018, Zl. E 1645/2018-16 über den - die Anträge vom 06.02.2013 bzw. vom 27.08.2013 präzisierenden bzw. ergänzenden - Antrag des Beschwerdeführers vom 21.07.2016 entschieden hat. Der Zeitraum zwischen dem Wegfall des Unterbrechungsgrundes bzw dem Ende der Aussetzung auf Grund rechtskräftiger Entscheidung der Vorfrage 25.9.2018 einerseits und dem Einlangen der Säumnisbeschwerde 24.5.2019 andererseits liegt jedenfalls weit über der Säumnisfrist von 6 Monaten.

Die Säumnisbeschwerde ist auch begründet, weil die Verzögerung der Entscheidung auf ein überwiegendes Verschulden der belangten Behörde zurückzuführen ist. Dass die Untätigkeit der belangten Behörde etwa durch unüberwindliche Hindernisse verursacht wurde, kann dem Akt nicht entnommen werden und wurde von der belangten Behörde mit dem bloßen Hinweis auf eine "Vielzahl anhängiger komplexer Dienstrechtsverfahren" auch nicht behauptet.

Gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG kann im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG das Verwaltungsgericht sein Erkenntnis vorerst auf die Entscheidung einzelner maßgeblicher Rechtsfragen beschränken und der Behörde auftragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der hiermit festgelegten Rechtsanschauung binnen bestimmter, acht Wochen nicht übersteigender Frist zu erlassen (wie dies die belangte Behörde auch mit Beschwerdevorlage "beantragte").

Auch wenn das Gesetz keine expliziten Voraussetzungen für die Ausübung dieses Ermessens nennt, ist anzunehmen, dass das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung in erster Linie die Grundsätze der Verfahrensökonomie zu beachten hat (vgl. VwGH 24.10.2017, Ra 2016/06/0023, mwN). Aus verfahrensökonomischer Sicht wird die Erlassung eines "Teilerkenntnisses" vor allem dann in Betracht kommen, wenn neben der Lösung der maßgeblichen Rechtsfragen auch noch der Sachverhalt weiter klärungsbedürftig ist.

Vor diesem Hintergrund macht das BVwG von der Ermächtigung gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG Gebrauch und trägt dem Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post AG auf, den versäumten Bescheid innerhalb von acht Wochen unter Zugrundelegung der hiermit festgelegten Rechtsanschauung nachzuholen:

Das BVwG hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass keine Zweifel daran bestehen, dass die Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 Teil der Dienstzeit ist und somit auch auf die Tagesdienstzeit anzurechnen ist (zB BVwG 05.10.2015, W213 2114680-1; 19.02.2016, W129 2107143-2; 12.03.2018, W213 2175660-1). Diese Rechtsansicht bestätigte auch der Verwaltungsgerichtshof zu Ra 2015/12/0051 vom 21.1.2016, in dem er mit ausführlicher Begründung darlegt, weswegen gemäß § 48b BDG Ruhepausen zur Dienstzeit im Verständnis des BDG zählen.

Vor diesem Hintergrund kommt die Anordnung einer durchschnittlichen Dienstzeit von 40 Stunden wöchentlich (und somit eine Wiederholung des bereits in § 48 Abs. 2 BDG 1979 Geregelter) und die gleichzeitige Anordnung einer Tagesdienstzeit von acht Stunden und 30 Minuten, abgesehen von den Fällen einer unregelmäßigen Tages- oder Wochendienstzeit, gemäß § 48 Abs. 2 und 2a BDG 1979 der Anordnung einer täglichen Mehrdienstleistung im Ausmaß von 30 Minuten gleich.

Die belangte Behörde kann sich nicht von ihrer Verpflichtung, Mehrdienstleistungen entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen in Freizeit auszugleichen oder besoldungsrechtlich zu vergüten, entziehen, indem sie über die vorgesehene regelmäßige Wochendienstzeit des Beamten hinausgehende Arbeitsstunden in den Dienstplan aufnimmt, ohne einen dementsprechenden Ausgleich im Durchrechnungszeitraum zu schaffen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 29.01.2014, 2013/12/0153, mit Verweis auf die Vorjudikatur ausgeführt, dass die bescheidmäßige Feststellung der Gebührlichkeit eines strittigen Bezugs(-bestandteiles) oder eines sonstigen strittigen besoldungsrechtlichen Anspruches jedenfalls zulässig ist. Dagegen ist ein Feststellungsbescheid über einzelne Berechnungselemente eines strittigen Bezugs(-bestandteiles) oder eines sonstigen strittigen besoldungsrechtlichen Anspruches unzulässig, weil die strittige Frage der Berechnung des Anspruches im besoldungsrechtlichen Verfahren betreffend die Feststellung der Gebührlichkeit des Anspruches geklärt werden kann.

Die strittige Frage der Gebührlichkeit von Mehrdienstleistungen ist im Rahmen des besoldungsrechtlichen Verfahrens und durch einen Feststellungsbescheid über die Gebührlichkeit konkreter Mehrdienstleistungen zu klären. Die Entstehung von Mehrdienstleistungen kommt dabei allerdings nur dann in Betracht, wenn diese - abgesehen von ihrer Anordnung - auch tatsächlich erbracht wurden (vgl. VwGH 28.04.2008, 2005/12/0148) und kann daher - abgesehen von Fällen einer Pauschalierung iSd § 16 Abs. 2 GehG 1956 - nicht pauschal für einen bestimmten Zeitraum festgestellt werden. Mangels Vorliegens einer solchen Pauschalierung ist daher jede einzelne Mehrdienstleistung zu betrachten.

Es ist daher wie folgt vorzugehen: Im Umstand der Beschränkung des Zeitraumes, für die der BF die Abgeltung der Mehrdienstleistungen begehrt, mit anwaltlichen Schreiben vom 21.7.2016 und 23.5.2019 (Säumnisbeschwerde) auf den Zeitraum ab Juli 2013 bis Juni 2016 liegt eine Modifikation des ursprünglichen Antrages betreffend den Zeitraum, für die die Abgeltung gewährt wird. Für den relevanten Zeitraum, beginnend daher mit 01.07.2013, ist die Ruhepause im Ausmaß von 30 Minuten gemäß § 48b BDG 1979 unter Zugrundelegung der hier ausgeführten Rechtsansicht des BVwG auf die Dienstzeit anzurechnen und in weiterer Folge festzustellen, in welchem Ausmaß der BF (angeordnete) Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht hat. Diese Mehrdienstleistungen sind ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten.

Im konkreten Fall ist die Erlassung eines "Teilerkenntnisses" aus verfahrensökonomischer Sicht geboten, weil der

Sachverhalt nicht abschließend geklärt ist. Zwar liegen Zeitaufzeichnungen im Akt ein (Anlage II), jedoch steht dem BVwG im Gegensatz zur belangten Behörde kein vollständiger Personalakt zur Verfügung (vgl. hierzu Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte<sup>2</sup>, Praxiskommentar zum VwGVG und VwGG, E 34 zu § 28 VwGVG, wonach jedenfalls davon auszugehen ist, dass eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht im Interesse der Raschheit gelegen ist, wenn das Verwaltungsgericht über die zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes notwendigen Verwaltungsakten vollständig verfügen sollte), was hier nicht der Fall ist. Lediglich anhand des Personalaktes kann aber die Richtigkeit und Vollständigkeit der Zeitaufzeichnungen sowie der gebührenden Entlohnungsansätze nachvollzogen werden.

Der belangten Behörde war daher gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG aufzutragen, binnen acht Wochen den beantragten Bescheid zu erlassen. Im Hinblick auf die noch durchzuführenden Sachverhaltsermittlungen wurde die in § 28 Abs. 7 VwGVG vorgesehene Frist in vollem Umfang gewährt.

Der Ausspruch der Unzulässigkeit der Revision folgt dem Umstand, dass bereits einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt (vgl. insbesondere VwGH 21.01.2016, Ra 2015/12/0051).

### **Schlagworte**

Anrechnung, Dienstzeit, Entscheidungsfrist, Mehrdienstleistung,  
Nachholfrist, Ruhepause, Säumnisbeschwerde

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W274.2225183.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

15.06.2020

**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)