

TE Bvwg Erkenntnis 2020/3/27 W129 2174274-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.03.2020

Entscheidungsdatum

27.03.2020

Norm

BDG 1979 §15b Abs1
BDG 1979 §15b Abs2
BDG 1979 §15b Abs3
B-VG Art133 Abs4
Schwerarbeitsverordnung §1

Spruch

W129 2174274-2/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter DDr. Markus GERHOLD als Einzelrichter über die Beschwerde von KontrInsp XXXX gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion XXXX vom 18.09.2018, GZ: P6/8726/2017 - XXXX LPD, betreffend Feststellung von Schwerarbeitsmonaten, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.
2. Mit Schreiben vom 30.01.2017 beantragte der Beschwerdeführer die bescheidmäßige Feststellung seiner Schwerarbeitsmonate.
3. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion XXXX (in der Folge: belangte Behörde) vom 18.04.2017, stellte die belangte Behörde fest:

"Auf Ihren Antrag vom 30.01.2017 wird gemäß § 15b Abs. 1 bis 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, festgestellt, dass Sie im Zeitraum ab der Vollendung Ihres 40. Lebensjahres folgenden Monatsersten bis zu dem Einlangen Ihres Antrags folgenden Monatsletzten, das ist vom XXXX bis zum 30.04.2017 76 Schwerarbeitsmonate aufweisen."

4. Aufgrund einer vom Beschwerdeführer dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20.04.2018, W129 2174274-1, der Bescheid vom 18.04.2017, gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG behoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

5. Mit nunmehr angefochtenem Bescheid stellte die belangte Behörde gemäß § 15b Abs. 1 bis 3 BDG 1979 fest, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum ab der Vollendung seines 40. Lebensjahres folgenden Monatsersten bis zu dem Einlangen seines Antrages folgenden Monatsletzten, das ist vom XXXX bis zum 31.01.2017, keine Schwerarbeitsmonate aufweist.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass er eine ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit von 504 Monaten bereits mit Ablauf des 28.02.2019 vollendet habe. Die davorliegenden 240 Kalendermonate würden keine Schwerarbeitsmonate aufweisen, weshalb er nach derzeitiger Gesetzeslage eine Ruhestandsversetzung nach § 15b BDG 1979 nicht in Anspruch nehmen könnte.

Im Übrigen wurde festgehalten, dass aufgrund des Umstandes, dass der mangelhafte Erstbescheid zur Gänze behoben worden sei und das Ermittlungsverfahren auch dahingehend auf die relevante Dienstzeit vor dem Jahr 2005 geführt worden sei, die im Erstbescheid zuerkannten 76 Schwerarbeitsmonate keinesfalls als unstrittig anzusehen seien.

6. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und brachte zusammengefasst und sinngemäß vor, es werde nicht aufgezeigt, warum nunmehr gar keine Schwerarbeitsmonate mehr festgestellt worden seien. Auch habe keine inhaltliche Auseinandersetzung mit seiner Stellungnahme stattgefunden. Im Übrigen hätten sich nach der Organisationsänderung im Jahr 2005 seine Tätigkeiten faktisch vorerst nicht geändert, dies sei jedenfalls bis zum Jahr 2010 der Fall gewesen. Nach Darstellung seiner - in der Beschwerde unter Anführung von Prozentangaben näher ausgeführten - insbesondere bis zum Jahr 2010 verrichteten Tätigkeiten im Außendienst führte er aus, dass seine wachspezifischen Tätigkeiten im relevanten Zeitraum 50 % seiner Gesamttätigkeit überschritten hätten. Die Voraussetzungen für die Feststellung von Schwerarbeitsmonaten seien daher gegeben.

7. Mit Schreiben vom 02.11.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht - ohne von der Möglichkeit eine Beschwerdeverentscheidung Gebrauch zu machen - zur Entscheidung vor, wo sie am 12.11.2018 einlangte.

8. Am 11.11.2019 wurde vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchgeführt, in der der gegenständliche Sachverhalt eingehend erörtert wurde.

9. Am 21.11.2019 langte - nach Durchführung einer Einvernahme des Vorgesetzten des Beschwerdeführers durch die belangte Behörde - eine Stellungnahme der belangten Behörde beim Bundesverwaltungsgericht ein.

10. Diese wurde am 21.01.2020 dem Beschwerdeführer übermittelt und dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, binnen zwei Wochen dazu schriftlich Stellung zu nehmen.

11. Der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 03.02.2020 ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass gegenständlich die Rechtsfrage zu klären sein werde, ob seine mit hohem Gefahrenpotential verbundene Labortätigkeit als wachspezifischer Außendienst qualifiziert werden könne, was in seinen Augen zu bejahen sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer steht in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Bund.

Ausgehend vom Zeitpunkt der Vollendung seines 40. Lebensjahres war der Beschwerdeführer ab XXXX bei der Kriminaltechnischen Untersuchungsstelle (KTU). Es erfolgte eine Organisationsänderung im Jahr 2005. Seit 2005 hat er die Funktion eines Bereichsleiters/Stellvertreters inne. Die Tätigkeiten des Beschwerdeführers haben sich aber bis jedenfalls 2010 faktisch nicht geändert.

1.2. Die Arbeitsplatzbeschreibung für die Funktion des Assistenzbereichsleiter-StV und HS für Suchtmitteluntersuchung und Verkehrsunfallangelegenheiten (E2a/5) im Assistenzbereich 8 Kriminalpolizeiliche Untersuchung (AB LKA 8 - KPU) lautet unter Punkt 5, Aufgaben des Arbeitsplatzes, unter Aufgabengebiete des Assistenzbereichsleiter-StV, wie folgt:

"1. die Durchführung und Verantwortung aller von den für Organisations- und Einsatzangelegenheiten zuständigen Stellen des BMI im Zusammenwirken mit dem Bundeskriminalamt zugewiesenen kriminaltechnischen Untersuchungsgebiete / Untersuchungsverfahren und der damit verbundenen Tätigkeiten

2. die Befundaufnahme vor Ort, wenn dies nach den Umständen erforderlich ist;

3. die Mitwirkung und Verantwortung an der kriminaltechnischen Schulung der Sicherheitsexekutive im Bereich von Suchtmittel- und Verkehrsunfalluntersuchungen;

4. die Führung von regionalen fachspezifischen Sammlungen in Bezug auf Suchtmittel- und Verkehrsunfalluntersuchungen.

5. selbständige Auswertung von Suchtmitteluntersuchungen, Verkehrsunfällen und Tatortspuren sowie sonstigen technischen Spuren, Verfassen von kriminaltechnischen Untersuchungsberichten,

6. Durchführung situationsbezogener und komplexer technischer Ermittlungsschritte

7. Berichterstattung und Information der Vorgesetzten im Bericht von Suchtmittel- und Verkehrsunfalluntersuchungen,

8. Überblick über die spezifischen Delikte im gesamten Wirkungsbereich

9. Erstellung von Statistiken und Analysen

10. Teilnahme an lokalen Besprechungen in Bezug auf Suchtmittel- und Verkehrsunfalluntersuchungen

11. Mitwirkung an Schulungen, Fortbildungsseminaren im Fachbericht von Suchtmittel und Verkehrsunfalluntersuchungen

12. Mitarbeit im Journaldienst (Tatort-Dauerdienst) im LKA

13. Kontakt zu Gerichten, Staatsanwaltschaften, Gerichtsmedizin, Behörden und Ämtern im Zuständigkeitsbereich"

1.3. Die tatsächliche Tätigkeit des Beschwerdeführers gestaltet sich, insbesondere bis zum Jahr 2010, wie folgt:

1. Ausrücken Tag und Nacht im Rahmen des Tatort-Dauerdienstes (Tatort DD): 15 %

2. Ausrücken Brand- und Explosionstatorten (ist im 1. Punkt inkludiert): 3 %

3. Durchführung von Hausdurchsuchungen Schwerekriminalität: 6 %

4. Sicherstellung und Probeziehung Suchtmittel: 5 %

5. Ausrücken bei Verkehrsunfällen mit schwerverletzten oder getöteten Personen: 2%

6. Schengen-Schwerpunktkontrollen (Sommer 2005 bis Sommer 2009): 3 %

7. Erkennungsdienstliche Behandlungen (werden zum Teil im Tatort DD erledigt): 0,5 %

8. Untersuchung von sichergestelltem Suchtmittel, Arbeiten m. Lösungsmittel, Laboruntersuchungen (Opfer Täter Bekleidung, Waffen, Munition), der Anteil der Untersuchung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial macht 3 % - 4 % aus - (fallen auch manchmal in den Tatort DD): 30 % - 35 %

In die oben angeführten Tätigkeiten fallen auch zum Teil die Untersuchungen, die in der Dienststelle durchgeführt werden.

Ab dem Jahr 2010 ist eine relevante Verringerung der oben angeführten Tätigkeiten eingetreten.

Die restlichen Tätigkeiten des Beschwerdeführers enthalten diverse Verwaltungstätigkeiten (zB. die in der Arbeitsplatzbeschreibung (siehe 1.2.) genannte Erstellung von Statistik, die Mitwirkung an Schulungen usw.).

Ausfahrten werden nicht nur ausschließlich im Tatort DD durchgeführt, sondern auch im Normaldienst. Dies trifft zu, wenn zB die Tatortgruppe ausgelastet ist. Ausfahrten fallen auch bei KPU-Tätigkeiten wie zB bei größeren Suchtgiftsicherstellungen (Plantagen, Labor) und Probeziehungen, bei Lenkerfeststellungen (VU), bei Sicherstellung von

Schusswaffen und bei Nachsicherungen von Werkzeugspuren an. Auch sind Ausfahrten bei größeren Unfällen im Rahmen der Fotogrammetrie erlassmäßig vorgesehen.

Im Zuge dessen wird zum Teil kontaminiertes Material (Schimmelpilze, Anthrax udgl.) sichergestellt und anschließend untersucht. Hierbei werden teilweise bzw. bei bestimmten Untersuchungen großteils chemikalische Mittel wie Säuren (zB Salpetersäure) zur Spurensicherung und Auswertung verwendet, wobei die im Zuge dessen auftretenden Dämpfe (zB Bleidämpfe und Ähnlichem) eine massive chemische Belastung für die Bediensteten darstellen. Die Gefährdung ist auch gegeben bei diversen Untersuchungen von Waffen und Kleidungen (nach Gewaltdelikten und Selbstmorden), die mit Blut, Schimmel oder/und Gewebeteilen behaftet sind. Es wird auch bei Obduktionen mitgewirkt. Auch ist eine Gefährdung beim Beschuss der vorgelegten bzw. sichergestellten Waffen gegeben (Explosionsgefahr und giftige Dämpfe). Somit sind auch die auf der Dienststelle durchgeführten Untersuchungen als Tätigkeiten mit einem Gefahrenpotential zu betrachten.

Vor der Zusammenlegung im Jahr 2005 war die Anzahl der Ausfahrten im Zuge des Tatort-Dauerdienstes höher als jetzt. Ausfahrten im Zuge von KPU-Tätigkeiten (Zuständigkeit auch damals für Bundesland XXXX) wurden auch vor der Zusammenlegung durchgeführt.

Der Tatort-Dauerdienst wird grundsätzlich vom LKA AB 07 Tatort besorgt. Da dieser aufgrund der Personalsituation beim AB 07 jedoch nicht aufrecht erhalten werden kann, wurde der AB 08 KPU von der Dienstführung beauftragt bzw. wurde angeordnet, die Tatort-Dauerdienste in Zusammenarbeit zu erfüllen.

Bei Bedarf werden die Beamten zusätzlich bei div. Großveranstaltungen als Personalreserven für Überwachungstätigkeiten herangezogen.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt, aus dem Gerichtsakt und der durchgeführten Verhandlung:

Die Feststellungen zu 1.1. gründen sich insbesondere auf die Angaben in der mündlichen Verhandlung iVm dem angefochtenen Bescheid. Dass sich die Tätigkeiten faktisch bis jedenfalls 2010 nicht geändert haben, ergibt sich aus der Stellungnahme vom 20.08.2018 S. 2, der Beschwerde S. 3, und den Angaben des Vertreters der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung (S. 3 des VH-Protokolls), demnach das Ermittlungsverfahren ergeben habe, dass sich die Tätigkeit vor der Zusammenlegung und nach der Zusammenlegung decken würden.

Die Feststellungen zu 1.2. gründen sich auf die im Akt aufliegende Arbeitsplatzbeschreibung (AZ 22). Die Heranziehung der Arbeitsplatzbeschreibung (AZ 22) ergibt sich aus den Angaben des Vertreters der belangten Behörde (VH-Protokoll S. 3, 3. Absatz) und den Angaben des Beschwerdeführers (VH-Protokoll S. 3, 6. Absatz) im Zuge der mündlichen Verhandlung.

Zu den Feststellungen zu 1.3. ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung schlüssig ausführte, dass die Arbeitsplatzbeschreibung eine Formsache sei und er deutlich abweichende Tätigkeiten zu verrichten habe (VH-Protokoll S. 3). Die tatsächlich verrichteten Tätigkeiten gründen sich auf die glaubwürdigen Angaben in der mündlichen Verhandlung iVm den unbedenklichen Angaben des Vorgesetzten des Beschwerdeführers. Hinsichtlich der Quantifizierung ist festzuhalten, dass sich die Angaben des Beschwerdeführers und des Vorgesetzten grundsätzlich weitgehend decken. Soweit Abweichungen bestehen - so führt der Vorgesetzte aus, dass ein Teil der angeführten Tätigkeiten im Tatort-Dauerdienst inkludiert seien - folgt das Gericht den Angaben des Vorgesetzten. Dies deshalb, weil nach Ansicht des Gerichtes der Vorgesetzte in seiner Funktion den Überblick über die Tätigkeiten seiner Mitarbeiter hat und die Quantifizierung daher einschätzen kann und der Beschwerdeführer der Quantifizierung durch den Vorgesetzten in der Stellungnahme vom 03.02.2020 auch nicht inhaltlich entgegengetreten ist. Festgehalten wird, dass auch die Behörde der Quantifizierung nicht substantiiert entgegengetreten ist.

Dass eine relevante Verringerung der Tätigkeiten ab dem Jahr 2010 eingetreten ist, ergibt sich aus den Angaben des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 3).

Dass die Untersuchungen in der Dienststelle durchgeführt werden, ergibt sich aus den Angaben des Vorgesetzten des Beschwerdeführers. So hielt auch die belangte Behörde in ihrer Stellungnahme fest, dass die vom Beschwerdeführer angeführten Tätigkeiten wie Untersuchungen von Suchtmittel, Laboruntersuchungen etc. eindeutig innerdienstliche

Tätigkeiten darstellen würden. Dem ist der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme auch nicht entgegengetreten. Vielmehr führte er in seiner Stellungnahme aus, dass gegenständlich die Rechtsfrage zu klären sein werde, ob seine mit hohem Gefahrenpotential verbundene Labortätigkeit als wachspezifischer Außendienst qualifiziert werden könne, was seiner Meinung nach zu bejahen sei.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. § 15b Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979) lautet:

"§ 15b. (1) Die Beamtin oder der Beamte kann durch schriftliche Erklärung, aus dem Dienststand ausscheiden zu wollen, ihre oder seine Versetzung in den Ruhestand bewirken, wenn sie oder er zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Versetzung in den Ruhestand eine nach dem vollendeten 18. Lebensjahr zurückgelegte ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit (pensionswirksame Zeit bei Beamtinnen und Beamten, auf die § 1 Abs. 14 des Pensionsgesetzes 1965, BGBl. Nr. 340/1965, anzuwenden ist) von 504 Monaten, davon mindestens 120 Schwerarbeitsmonate innerhalb der letzten 240 Kalendermonate vor dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Versetzung in den Ruhestand, aufweist. Die Versetzung in den Ruhestand kann frühestens mit Ablauf des Monats in Anspruch genommen werden, in dem das 60. Lebensjahr vollendet wird. Beamtinnen und Beamten, die die Anspruchsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Vollendung des 60. Lebensjahres oder danach erfüllen, bleiben diese auch bei einer späteren Ruhestandsversetzung gewahrt.

(2) Ein Schwerarbeitsmonat ist jeder Kalendermonat, in dem mindestens 15 Tage Schwerarbeit vorliegen. Die Bundesregierung hat mit Verordnung festzulegen, unter welchen psychisch oder physisch besonders belastenden Arbeitsbedingungen Schwerarbeit vorliegt.

(3) Beamtinnen und Beamte des Dienststandes, die ihr 57. Lebensjahr vollendet haben, können eine bescheidmäßige Feststellung der Anzahl ihrer Schwerarbeitsmonate zu dem dem Einlangen des Antrags folgenden Monatsletzten beantragen. Dieses Antragsrecht wird mit Rechtskraft der Feststellung konsumiert.

(4) Die Versetzung in den Ruhestand wird mit Ablauf des Monats wirksam, den die Beamtin oder der Beamte bestimmt, frühestens jedoch mit Ablauf des zweiten Monats, der der Abgabe der Erklärung folgt. Hat die Beamtin oder der Beamte keinen oder einen früheren Zeitpunkt bestimmt, so wird die Versetzung in den Ruhestand ebenfalls mit Ablauf des zweiten Monats wirksam, der der Abgabe der Erklärung folgt. Wurde die Anzahl der Schwerarbeitsmonate noch nicht gemäß Abs. 3 festgestellt, wird die Versetzung in den Ruhestand erst mit Ablauf des sechsten Monats wirksam, der der Abgabe der Erklärung folgt.

(5) Während einer (vorläufigen) Suspendierung nach § 112 oder einer (vorläufigen) Dienstenthebung nach § 40 HDG 2014 kann eine Erklärung nach Abs. 1 nicht wirksam werden. In diesem Fall wird die Erklärung frühestens mit Ablauf des Monats wirksam, in dem die (vorläufige) Suspendierung oder die (vorläufige) Dienstenthebung geendet hat.

(6) Die Erklärung nach Abs. 1 kann frühestens zwölf Monate vor dem beabsichtigten Wirksamkeitstermin der Ruhestandsversetzung abgegeben und bis spätestens einen Monat vor ihrem Wirksamwerden widerrufen werden. Diese Frist erhöht sich auf drei Monate, wenn die Beamtin oder der Beamte eine Funktion oder einen Arbeitsplatz innehat, die oder der nach den §§ 2 bis 4 des Ausschreibungsgesetzes 1989 - AusG, BGBl. Nr. 85/1989, auszuschreiben sind. Ein späterer Widerruf wird nur wirksam, wenn die Dienstbehörde ausdrücklich zugestimmt hat. Während einer (vorläufigen) Suspendierung gemäß § 112 oder einer (vorläufigen) Dienstenthebung nach § 40 HDG 2014 kann jedoch die Beamtin oder der Beamte die Erklärung nach Abs. 1 jederzeit widerrufen."

§ 1 der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten lautet:

"§ 1. Die Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten samt Anlage, BGBl. II Nr. 104/2006, (Schwerarbeitsverordnung), ist auf Beamte und Bundestheaterbedienstete mit den Maßgaben anzuwenden, dass

1. unter Arbeitsbereitschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 jede in § 50 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes angeführte Form der Bereitschaft sowie vergleichbare Formen der Bereitschaft zu verstehen sind;

2. ein Schwerarbeitsmonat dann vorliegt, wenn eine oder mehrere besonders belastende Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1 der Schwerarbeitsverordnung mindestens in der Dauer von 15 Kalendertagen in einem Kalendermonat

ausgeübt wurden. Dienstfreie Zeiten, während der kein Anspruch auf Monatsbezug besteht, bleiben dabei außer Betracht;

3. anstelle der Meldung der Schwerarbeitszeiten nach § 5 an den Krankenversicherungsträger die Schwerarbeitsmonate nach Z 2 von den Dienstbehörden bzw. von den personalführenden Stellen automationsunterstützt zu verarbeiten sind;

4. als Schwerarbeit auch Tätigkeiten mit erhöhter Gefährdung gelten, bei denen das tatsächliche regelmäßige Risiko für Leib und Leben im Einsatz die Grenze von allgemein akzeptierter Gefahr in erheblichem Ausmaß übersteigt. Als solche gelten ausschließlich Tätigkeiten von

a) Exekutivorganen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach dem Sicherheitspolizeigesetz (SPG), BGBl. Nr. 566/1991, die zumindest die Hälfte ihrer monatlichen Dienstzeit tatsächlich als wachspezifischen Außendienst zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit ausüben, und

b) Soldaten während eines Auslandseinsatzes nach dem Bundesverfassungsgesetz über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG), BGBl. I Nr. 38/1997, sofern der Anteil des Außendienstes im Rahmen des Auslandseinsatzes dem nach lit. a maßgebenden entspricht."

§§ 1, 2 und 4 der Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten (Schwerarbeitsverordnung) lautet:

"§ 1. (1) Als Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht werden, gelten alle Tätigkeiten, die geleistet werden

1. in Schicht- oder Wechseldienst auch während der Nacht (unregelmäßige Nachtarbeit), das heißt zwischen 22 Uhr und 6 Uhr, jeweils im Ausmaß von mindestens sechs Stunden und zumindest an sechs Arbeitstagen im Kalendermonat, sofern nicht in diese Arbeitszeit überwiegend Arbeitsbereitschaft fällt, oder

2. regelmäßig unter Hitze oder Kälte im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 2 und 3 des Nachtschwerarbeitsgesetzes (NSchG), BGBl. Nr. 354/1981, oder

3. unter chemischen oder physikalischen Einflüssen im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 5, 6 und 8 NSchG oder

4. als schwere körperliche Arbeit, die dann vorliegt, wenn bei einer achtstündigen Arbeitszeit von Männern mindestens 8 374 Arbeitskilojoule (2 000 Arbeitskilokalorien) und von Frauen mindestens 5 862 Arbeitskilojoule (1 400 Arbeitskilokalorien) verbraucht werden, oder

5. zur berufsbedingten Pflege von erkrankten oder behinderten Menschen mit besonderem Behandlungs- oder Pflegebedarf, wie beispielsweise in der Hospiz- oder Palliativmedizin, oder

6. trotz Vorliegens einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (§ 14 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970) von mindestens 80%, sofern für die Zeit nach dem 30. Juni 1993 Anspruch auf Pflegegeld zumindest in Höhe der Stufe 3 nach § 5 des Bundespflegegeldgesetzes, BGBl. Nr. 110/1993, oder nach den Bestimmungen der Landespflegegeldgesetze bestanden hat.

(2) Als besonders belastende Berufstätigkeiten gelten jedenfalls auch alle Tätigkeiten, für die ein Nachtschwerarbeitsbeitrag nach Art. XI Abs. 3 NSchG geleistet wurde, ohne dass daraus ein Anspruch auf Sonderruhegeld nach Art. X NSchG entstanden ist, sowie alle Tätigkeiten, für die Zuschläge zum Sachbereich Urlaub der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nach den §§ 21 und 21a des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes, BGBl. Nr. 414/1972, zu entrichten sind.

§ 2. Eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 gilt nur dann als besonders belastend, wenn dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 203 ASVG von mindestens 10% verursacht wurde.

(...)

§ 4. Ein Schwerarbeitsmonat ist jeder Kalendermonat, in dem eine oder mehrere Tätigkeiten nach § 1 Abs. 1 zumindest in jenem Ausmaß ausgeübt wurden, das einen Versicherungsmonat im Sinne des § 231 Z 1 lit. a ASVG begründet. Arbeitsunterbrechungen bleiben dabei außer Betracht, solange die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter besteht."

Art. VII Abs. 2 Z 5, 5 und 8 NSchG lautet:

"(...)

(2) Nachtschwerarbeit leistet ein Arbeitnehmer im Sinne des Abs. 1, der unter einer der folgenden Bedingungen arbeitet:

(...)

5. bei Verwendung von Arbeitsgeräten, Maschinen und Fahrzeugen, die durch gesundheitsgefährdende Erschütterung auf den Körper einwirken;

6. wenn regelmäßig und mindestens während vier Stunden der Arbeitszeit Atemschutzgeräte (Atemschutz-, Filter- oder Behältergeräte) oder während zwei Stunden Tauchgeräte getragen werden müssen;

(...)

8. bei ständigem gesundheitsschädlichen Einwirken von inhalativen Schadstoffen, die zu einer Berufskrankheit im Sinne der Anlage 1 zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz führen können;

(...)"

3.2. Zunächst ist festzuhalten, dass ein Schwerarbeitsmonat vorliegt, wenn an mindestens 15 Kalendertagen in einem Kalendermonat Schwerarbeit geleistet wurde. Die 15 Tage können auch durch verschiedene Arten von Schwerarbeit erfüllt werden (z.B. 5 Tage Arbeiten unter Hitze oder Kälte und 11 Tage schwere körperliche Arbeit orientiert am Kalorienverbrauch).

Eine Kombination einzelner Tätigkeiten (Tatbestände), die für sich allein nicht das Kriterium der Schwerarbeit erfüllen, ist nicht möglich (z.B. ein männlicher Bediensteter leistet lediglich fünf Tage im Kalendermonat Schicht- und Wechseldienst und hat an 10 Tagen einen Verbrauch von 1.800 Arbeitskalorien bei einer achtstündigen Arbeitszeit), d.h. die Voraussetzung einer Ziffer müssen erfüllt sein, damit Schwerarbeit vorliegt (das ergibt sich aus dem Wort "oder" zwischen den Ziffern der VO) (vgl. Fellner, BDG § 15b BDG (Stand 1.1.2019, rdb.at) Anm 3.3.2.).

Unter Schwerarbeitstätigkeiten fallen Arbeiten unter chemischen oder physikalischen Einflüssen im Sinne des NSchG (Art. VII Abs. 2 Z 5, 6 und 8), wenn dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von mindestens 10 % verursacht wurde (regelmäßiges Tragen von Atemschutz oder gesundheitsschädliches Einatmen von Stoffen, einwirken von Erschütterungen auf den Körper, Einwirken von inhalativen Schadstoffen). Die Feststellung des UV-Trägers über eine MdE von mindestens 10 % ist erforderlich. Der kausale Zusammenhang zwischen der MdE und der ausgeübten Tätigkeit muss vom UV-Träger geprüft werden. Die Qualifizierung dieser Arbeiten als Schwerarbeit ist daher erst möglich, nachdem die MdE von 10 % festgestellt wurde (vgl. Fellner, BDG § 15b BDG (Stand 1.1.2019, rdb.at) Anm 3.3.1.).

Zu Punkt 1.3. Punkt 8 der Feststellungen ist auszuführen, dass gemäß § 2 Schwerarbeitsverordnung eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 eine Tätigkeit nur dann als besonders belastend gilt, wenn dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 203 ASVG von mindestens 10 % verursacht wurde. Im vorliegenden Fall liegen keine Anhaltspunkte vor, dass eine Minderung der Erwerbsfähigkeit durch diese Tätigkeit von mindestens 10 % verursacht wurde. Auch hat der Beschwerdeführer dies nicht vorgebracht.

Da bereits diese Voraussetzung nicht gegeben ist, musste auf Art VII Abs. 2 Z 5, 6 und 8 NSchG nicht weiter eingegangen werden.

Diesbezüglich wird aber dennoch darauf hingewiesen, dass die belangte Behörde in ihrer Stellungnahme sinngemäß und zusammengefasst ausführte, dass im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen ist, dass regelmäßig und mindestens während vier Stunden der Arbeitszeit Atemschutzgeräte getragen werden müssen. Dazu ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer dem nicht substantiiert entgegengetreten ist, weshalb davon auszugehen ist, dass auch Art VII Abs. 2 Z 6 NSchG nicht vorliegt. Dabei verkennt das Gericht auch nicht, dass der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung ausführte, dass er eine entsprechende Schutzkleidung trägt. Im Übrigen ergeben sich keine Hinweise auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Art VII Abs. 2 Z 5.

Daher sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Z 3 der Schwerarbeitsverordnung nicht gegeben. Zudem haben sich auch keine Anhaltspunkte ergeben, dass die übrigen Ziffern des § 1 Abs. 1 der Schwerarbeitsverordnung erfüllt wären.

Nunmehr ist zu prüfen, ob § 1 Abs. 4 lit a der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende

Berufstätigkeiten vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat betreffend § 15b BDG 1979 in Verbindung mit § 1 Z 4 lit. a der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten, BGBl. II Nr. 105/2006, schon wiederholt festgehalten, dass nach den zuletzt genannten Bestimmungen Voraussetzung für die Anrechnung von Schwerarbeitszeiten ist, dass tatsächlich zumindest die Hälfte der Dienstzeit als wachespezifischer Außendienst ausgeübt wurde (vgl. VwGH 20.11.2018, Ra 2017/12/0120). Diesbezüglich ist nicht auf das Vorliegen "operativer Ermittlungstätigkeiten", sondern auf die tatsächliche Verrichtung von Außendiensten abzustellen (vgl. VwGH 25.09.2017, Ro 2016/12/0003).

Demgegenüber ist der Bezug einer im GehG vorgesehenen Gefahrenzulage nicht Voraussetzung für das Vorliegen von Schwerarbeitszeiten im Sinn von § 15b BDG 1979. Ebenso wenig gilt ein Rundschreiben (Erlass) des Bundeskanzleramtes, dem nicht der Charakter einer Rechtsverordnung zukommt, für das Verwaltungsgericht als verbindliche Rechtsquelle (vgl. nochmals etwa VwGH 20.11.2018, Ra 2017/12/0120).

Für diesen Zeitraum ist nun zu überprüfen, ob der Beschwerdeführer wachespezifische Außendienst in einem Ausmaß von über 50 % zu bewältigen hatte.

Zur in Punkt 1.3. Punkt 8 genannten Tätigkeit (30 % bis 35 %) ist auszuführen, dass hinsichtlich dieser Tätigkeit kein Außendienst vorliegt, zumal sie nicht außerhalb des Amtsgebäudes ausgeführt wird. Der Ansicht des Beschwerdeführers, wonach aufgrund der Gefahr, die mit der Untersuchung von sichergestelltem Material einhergehe, diese Tätigkeit wie ein exekutiver Außendienst zu betrachten sei, kann nicht gefolgt werden.

Das Gericht verkennt auch nicht, dass Ausfahrten nicht nur ausschließlich im Tatort-DD, sondern auch im Normaldienst durchgeführt werden. Dazu ist aber festzuhalten, dass nicht jeder Dienst außerhalb der eigenen Büroräumlichkeiten als Außendienst im Verständnis der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten zu werten ist. Anknüpfungspunkt bleibt die erhöhte Gefährdung, bei der das tatsächliche regelmäßige Risiko für Leib und Leben im Einsatz die Grenze von allgemein akzeptierter Gefahr in erheblichem Ausmaß übersteigt. Eine solche regelmäßige und konkrete Gefahr konnte jedoch zu Punkt 1.3. Punkt 8 hinsichtlich der Ausfahrten in einem relevanten Ausmaß - so fallen diese Ausfahrten, wenn die Tatortgruppe ausgelastet ist, oder bei Ausfahrten im Zusammenhang mit KPU-Tätigkeiten an - nicht erkannt werden. Dies führte sinngemäß auch die belangte Behörde in ihrer Stellungnahme vom 15.11.2019 aus, der der Beschwerdeführer im Schriftsatz vom 03.02.2020 nicht substantiiert entgegengetreten ist.

Da somit die in Punkt 1.3. Punkt 8 genannte Tätigkeit, die 30 % bis 35 % der monatlichen Dienstzeit ausmacht, keinen wachespezifischen Außendienst darstellt, musste auf die weiteren Tätigkeiten nicht mehr eingegangen werden, da sich bereits rein rechnerisch keine wachespezifischen Tätigkeiten - wie oben ausgeführt - in einem Ausmaß von über 50 % ergeben können.

Schließlich führt der Beschwerdeführer aus, dass gegensätzlich die Situation gegeben sei, dass er einerseits wachespezifischen Außendienst im engeren Sinne und andererseits Tätigkeiten unter chemischen oder physikalischen Einflüssen verrichtet habe. Beide Tätigkeiten würden für sich Schwerarbeit iSd Schwerarbeitsverordnung und Verordnung über besonders belastende Berufstätigkeiten darstellen, wenn sie in mehr als der Hälfte der Arbeitszeit verrichtet werden würden. In seinem Fall sei aber eine Kombination aus beiden Tätigkeiten gegeben, mit welchen er in Summe mehr als die Hälfte seiner regelmäßigen Arbeitszeit Schwerarbeit verrichtet habe. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer erfüllt weder hinsichtlich der chemischen Einflüsse § 1 Z 2 der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten iVm § 1 Abs. 1 (insbesondere Z 3) der Schwerarbeitsverordnung, noch hinsichtlich des wachespezifischen Außendienstes § 1 Z 4 lit a der Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten. Eine Kombination dieser beiden Tätigkeiten - ist mangels gesetzlicher Grundlage - nicht möglich. Zu beachten ist jedoch, dass die 15 Tage - wie oben (siehe 3.2. 1 und 2 Absatz) ausgeführt - grundsätzlich auch durch verschiedene Arten von Schwerarbeit erfüllt werden können; ein solcher Fall liegt gegenständlich jedoch nicht vor.

Die Beschwerde war daher abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

4.1. Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz (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.

4.2. 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.

Schlagworte

Exekutivdienst exekutiver Außendienst Gefahrenzulage Ruhestand Schwerarbeitszeiten wachspezifischer Außendienst

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W129.2174274.2.00

Im RIS seit

20.08.2020

Zuletzt aktualisiert am

20.08.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at