

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/2/7 W213 2175660-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.02.2020

## Entscheidungsdatum

07.02.2020

## Norm

BDG 1979 §47a

BDG 1979 §48b

BDG 1979 §49

B-VG Art130 Abs1 Z3

B-VG Art133 Abs4

GehG §16

VwGVG §16

VwGVG §8

## Spruch

W213 2175660-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG als Einzelrichter über die Säumnisbeschwerde von XXXX , vertreten durch Dr. Farhad PAYA Rechtsanwalt GmbH, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, Herrengasse 12/I, gegen das Personalamts Klagenfurt der Österreichischen Post AG, wegen Verletzung der Entscheidungspflicht i.A. der Anrechnung von Ruhepausen auf die Dienstzeit gemäß § 48b BDG 1979 und Abgeltung von Überstunden, zu Recht:

A)

Dem Antrag vom 27.09.2013 bzw. 03.08.2016 wird stattgegeben und festgestellt, dass dem Beschwerdeführer die halbstündige Ruhepause ab 01.01.2013 in der Dienstzeit gemäß § 48b BDG 1979 anzurechnen ist, weshalb er täglich seit dem 01.01.2013 von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr Dienstleistungen verrichtet hat, er somit seit dem 01.01.2013 bis 26.06.2016 Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 333 Stunden nach § 49 BDG 1979 geleistet hat.

Für diese erbrachten Mehrdienstleistungen gebührt dem Beschwerdeführer gemäß § 16 GehG eine Überstundenvergütung in der Höhe von ? 5.941,43, --.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### 1. Verfahrensgang:

1.1. Mit Schreiben vom 01.01.2013 beantragte der rechtlich vertretene Beschwerdeführer, die "Dienstanweisung" vom 13.12.2012 dahingehend abzuändern, dass die Ruhepause zur bezahlten Dienstzeit zähle und daher innerhalb der tatsächlichen Tagesdienstzeit zu konsumieren sei, sowie eine diesbezügliche Bescheidausfertigung. Zusammengefasst führte er aus, die "Dienstanweisung" vom 13.12.2012 sei rechtswidrig. Tatsächlich handle es sich dabei nicht um eine Dienstanweisung. Die Ankündigung, dass die Ruhepause nicht zur bezahlten Dienstzeit zähle, verletzte den Antragsteller in wesentlichen, gesetzlich festgelegten Dienstrechten. Aufgrund der langjährigen Übung, der gesetzlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei die Ruhepause während der bezahlten Dienstzeit zu konsumieren.

1.2. Mit Schreiben vom 27.09.2013 stellte der rechtlich vertretene Beschwerdeführer einen Antrag auf Abgeltung der in den Monaten Jänner bis August 2013 geleisteten Überstunden gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 iVm § 16 Abs. 2 Z 1 und Abs. 4 Z 1 GehG entweder im Verhältnis 1:1,5 in Freizeit oder nach den besoldungsrechtlichen Vorschriften; im Falle der Ablehnung auf bescheidmäßige Absprache. Dazu führte er im Wesentlichen aus, aufgrund der regelmäßigen Wochendienstzeit von 40 Stunden (§ 48 Abs. 2 BDG 1979) ergebe sich für ihn ein 8-Stunden-Tag. Für Dienstleistungen über diese 8 Stunden hinaus gebühre ihm eine Überstundenvergütung. An dem mit der Betriebsvereinbarung vom 05.09.2012 eingeführten neuen Arbeitszeitmodell nehme er nicht teil. Seit 01.01.2013 habe er seinen Dienst um 06:15 Uhr zu beginnen. Für jede Stunde, die er nach 14:15 Uhr noch Dienstleistungen erbringe, müsste ihm eine Überstundenvergütung ausbezahlt werden. Tatsächlich erhalte er aber erst für die ab 14.45 Uhr beginnende Stunde die Überstundenvergütung. Ursächlich dafür sei die für alle im Bereich V03: Brief, Werbepost & Filialen, Produktion & Logistik, in allen Zustellbasen und Zustellgebieten in der Briefzustellung (Verwendung 0801, 0802, 0805 und 8722) tätigen Beamtinnen und Beamten geltende Dienstanweisung vom 13.12.2012, die folgenden Wortlaut habe:

" 1. Die durchschnittliche Dienstzeit beträgt 40 Stunden wöchentlich. An Tagen, an denen die tatsächliche Tagesdienstzeit sechs Stunden überschreitet, ist nach spätestens 6 Stunden Dienstzeit eine Ruhepause im Gesamtausmaß von mindestens 30 Minuten einzuhalten. Die Ruhepause kann auf Wunsch der Beamtinnen/Beamten auch in Teilen konsumiert werden, nicht jedoch direkt bei Dienstbeginn oder direkt vor dem Dienstenende.

2. Die Ruhepause zählt nicht zur bezahlten Dienstzeit und wird daher außerhalb der tatsächlichen Tagesdienstzeit konsumiert.

Die gegenständliche Dienstanweisung gilt jedenfalls, unabhängig davon, ob die Beamtin/der Beamte am neuen Gleitzeit- und Entlohnungsmodell gemäß BV 'IST-Zeit' (Verwendung 8722) teilnimmt oder nicht."

Vor dem Hintergrund der langjährigen Übung, der gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere des § 48b BDG 1979) und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei diese "Dienstanweisung" als rechtswidrig zu qualifizieren.

Ferner bestehe keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass diese "Dienstanweisung" ausschließlich für die in der Briefzustellung tätigen Beamten (PT 0101, 0802, 8722) dienstzugeteilt seien, während sie nicht für Postbeamte in den sonstigen Verwendungsgruppen gelte. Darüber hinaus verstoße die "Dienstanweisung" gegen das Willkürverbot und sei auch deshalb rechtsunwirksam.

1.3. Mit Schreiben vom 17.10.2013 wurde die Dienstanweisung dem Beschwerdeführer gegenüber wiederholt und eine Abänderung derselben abgelehnt.

1.4. In seiner Stellungnahme vom 02.08.2016 wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 21.01.2016, Ra 2015/12/0051, klargestellt habe, dass die Zeiten der Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 zur Dienstzeit im Verständnis des § 48 BDG 1979 zu zählen seien. Der Beschwerdeführer stellte daher den Antrag, "die Dienstbehörde möge mit Bescheid feststellen,

1) dass ihm die halbstündige Ruhepause ab 01.01.2013 in der Dienstzeit gemäß § 48 BDG 1979 anzurechnen ist, weshalb er täglich seit dem 01.01.2013 von 6:15 Uhr bis 14:45 Uhr Dienstleistungen verrichtet hat, er somit seit dem 01.01.2013 bis laufend täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten nach § 49 BDG 1979 geleistet hat, welche ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind; in eventu

2) dass die Normaldienstzeit seit 01.01.2013 von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr, sohin 8 Stunden und 30 Minuten betragen

hat, weshalb er Dienstleistungen im Ausmaß von 42 Stunden und 30 Minuten pro Woche verrichtet hat, er daher täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten erbracht hat, welche gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind; in eventu

3) ihm die bereits erbrachten Mehrdienstleistungen seit 01.01.2013 bis zum heutigen Tage im Ausmaß von 0,5 Stunden täglich gem. § 49 Abs. 4 BDG 1979 beim nächsten Monatsbezug im Verhältnis von 1:1,5 abzugelten sind;

4 ) hierüber einen Bescheid zu erlassen und dem Antragsteller zu Händen seiner ausgewiesenen Vertreterin zuzustellen."

Mit Schreiben vom 20.10.2016 urteilte der Beschwerdeführer beim Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post.

1.5. In weiterer Folge wurde der Beschwerdeführer über die vorläufige Rechtsansicht des Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post informiert und davon in Kenntnis gesetzt, dass beabsichtigt sei, seine Anträge abzuweisen. Ferner wurde ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt. Am 09.12.2016 langte beim Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post eine Stellungnahme ein, in der der Beschwerdeführer im Wesentlichen auf die bisher zu gleichgelagerten Fällen ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts hinwies.

1.6. Mit Schriftsatz vom 22.05.2017, beim Personalamt Klagenfurt eingelangt am 24.05.2017, brachte der Beschwerdeführer eine Säumnisbeschwerde ein und beantragte neben der Wiederholung der Anträge aus seiner Stellungnahme vom 02.08.2016, gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

1.7. Am 18.09.2017 erließ das Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post einen Bescheid, dessen Spruch wie folgt lautete:

"I.

a) Es wird festgestellt, dass Herr XXXX, im Zeitraum vom 01. Jänner 2013 bis zum Tag der Erlassung dieses Bescheides infolge Einhaltung der Dienstanweisung vom 13. Dezember 2012 ?Dienstzeit/Pausen für Beamtinnen und Beamte in der Briefzustellung/Distribution' keine Mehrdienstleistungen erbracht hat, insbesondere auch nicht aus dem Titel des § 48b BDG 1979.

Für diesen Zeitraum gebühren ihm diesbezüglich kein Freizeitausgleich und keine Überstundenvergütung.

b) Seine (Eventual-) Anträge auf Feststellung, dass ihm die halbstündige Ruhepause gemäß § 48bBDG 1979, welche er mit der per Dienstanweisung vom 13. Dezember 2012 verfügten halbstündlichen Pause gleichsetzt, in die Dienstzeit einzurechnen ist, dass er täglich seit 01. Jänner 2013 von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr Dienstleistungen verrichtet hat, weshalb er seit 01. Jänner 2013 Dienstleistungen im Ausmaß von 42,5 Wochenstunden bzw. täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten geleistet hat, welche ihm gemäß § 49 Abs 4 BDG 1979 abzugelten sind und, dass ihm die aus diesem Anlass bereits vom 01. Jänner 2013 bis zum heutigen Tag (das ist der 02. August 2016) erbrachten Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 0,5 Stunden täglich gemäß § 49 Abs 4 BDG 1979 beim nächsten Monatsbezug im Verhältnis 1:1,5 abzugelten sind, werden abgewiesen.

c) Weiters wird festgestellt, dass es sich bei der am 13. Dezember 2012 durch den Leiter des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamts mit Wirksamkeit vom 01. Jänner 2013 herausgegebenen Dienstanweisung betreffend ?Dienstzeit/Pausen für Beamtinnen und Beamte in der Briefzustellung/Distribution' um eine rechtswirksam erteilte und rechtlich zulässige Weisung im Verständnis des § 44 BDG 1979 handelt, gegen die der Antragsteller mit Eingabe vom 01. Jänner 2013, eingelangt am 03. Jänner 2013, remonstriert hat, sodass deren Befolgung bei entsprechender Verwendung seit der Wiederholung der Weisung mit Schreiben des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamts vom 17. Oktober 2013 zu seinen Dienstpflichten zählte bzw. zählt.

II.

Es wird festgestellt, dass die Österreichische Post AG dem Bund keinen aus Mehrdienstleistungen des Antragstellers betreffend § 48b BDG 1979 resultierenden Aufwand der Aktivbezüge und keinen aus § 48b BDG 1979 betreffend Mehrdienstleistungen des Antragstellers resultierenden Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwandes zu ersetzen hat."

1.8. Die Beschwerdesache wurde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht am 07.11.2017 zur Entscheidung vorgelegt und dazu ausgeführt, dass der Bescheid vom 18.09.2017 aufgrund eines Fehlers im Kalender-

Eintrag irrtümlich erst nach Ablauf der dreimonatigen Frist für die Nachholung des Bescheides erlassen worden sei, sodass unstrittig im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides die Zuständigkeit der belangten Behörde nicht mehr gegeben gewesen sei.

Inhaltlich führte das Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post zu den Anträgen des Beschwerdeführers aus, dass nicht strittig sei, dass die Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 zur (bezahlten) Dienstzeit zähle. Aus Sicht der Behörde stelle jedoch die vom Beschwerdeführer als "Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979" bezeichnete Pause keine Pause nach dieser Bestimmung dar.

Begründend führte die Behörde aus, dass am 05. September 2012 zwischen der Österreichischen Post AG und dem Zentralausschuss der Bediensteten der Österreichischen Post AG eine "Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie über die Verwendung eines EDV-unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitende Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division 'Brief' der Österreichischen Post AG" ("IST-Zeit-BV") abgeschlossen worden sei.

Die Abschnitte "A. Gleitende Arbeitszeit/Arbeitszeitdurchrechnung" und "D. Begleitende Entgeltregelungen" der IST-Zeit-BV würden nur für jene MitarbeiterInnen gelten, welche auf Zustellbasen oder in Zustellgebieten der Division Brief im Zustelldienst dauernd auf einem Arbeitsplatz mit Verwendungscode 8722 ("Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell") verwendet würden. Der Beschwerdeführer habe keinen Antrag auf Verwendung auf einem Arbeitsplatz im "Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell" gemäß "IST-Zeit-BV" (Post-Zuordnungsverordnung 2012, Code 8722, PT 8/A) abgegeben.

Im Abschnitt "B. Arbeitszeitaufzeichnungen" der IST-Zeit - BV sei im Wesentlichen vereinbart worden, dass die Mitarbeiter verpflichtet sind, nach spätestens sechs Stunden Arbeitszeit zwingend eine Ruhepause von mindestens 30 Minuten einzuhalten, sobald die tägliche Arbeitszeit mehr als sechs Stunden beträgt.

Seitens des beim Vorstand der Österreichischen Post AG eingerichteten Personalamts sei in Umsetzung der IST-Zeit - BV die bereits zitierte Dienstanweisung vom 13. Dezember 2012, PM/PRB-614385/10- A04/12, mit dem Betreff "Dienstzeit/Pausen für Beamtinnen und Beamte in der Briefzustellung/Distribution" verfügt worden.

Die, mit der genannten Dienstanweisung angeordnete, unbezahlte und außerhalb der tatsächlichen Tagesdienstzeit zu konsumierende Ruhepause werde als "DA-Pause" bezeichnet.

In rechtlicher Hinsicht wurde von der Behörde nach Darstellung der Rechtsgrundlagen und Judikatur ausgeführt, dass der Beschwerdeführer gegen die Dienstanweisung vom 13.12.2012 remonstriert habe und der Beschwerdeführer aus diesem Grund bis zur Zustellung der schriftlichen Wiederholung der Weisung vom 17.10.2013 von der Verpflichtung zu deren Befolgung befreit gewesen sei. Hinsichtlich dieses Zeitraumes könne die Dienstanweisung daher auch nicht als Begründung für damit angeordnete Mehrdienstleistungen dienen.

Ferner wies die Behörde darauf hin, dass diese Dienstanweisung für den Beschwerdeführer ab dessen Verwendung auf Arbeitsplatz "Fachlicher Hilfsdienst/Logistik", Code 0841, seit 27.06.2016 nicht mehr anwendbar gewesen sei und ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Abgeltung von Mehrdienstleistungen aus diesem Titel von vorneherein ausscheide.

Zum Zeitraum von 17.10.2013 bis 26.06.2016, in dem der Beschwerdeführer entsprechend der Dienstanweisung verwendet worden sei und sie ihm gegenüber auch gegolten habe, führte die Behörde Folgendes aus:

"Dazu fällt zunächst auf, dass mit der genannten Dienstanweisung klar deutlich gemacht wurde, dass einerseits die durchschnittliche Dienstzeit 40 Stunden wöchentlich beträgt, und, dass andererseits die damit verfügte Ruhepause nicht zur bezahlten Dienstzeit zählt und daher außerhalb der tatsächlichen Tagesdienstzeit konsumiert wird.

In seiner Verwendung im Zustelldienst hatte der Antragsteller montags bis freitags um 06:15 Uhr Dienstbeginn und endete - nach Konsumation der DA-Pausen - der Dienst schlussendlich um 14:45 Uhr.

Der Antragsteller bezieht sich nunmehr in seinem Vorbringen auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Februar 2016, W122 2017726-1/2E, bzw. gleichgelagerte Beschlüsse in welchen das BVwG ausführt: 'Wenn somit die Dienstbehörde eine Tagesdienstzeit von 06.10 Uhr bis 14.40 Uhr anordnet, so beträgt diese 8 Stunden und 30 Minuten, was, außer in 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 gleichkommt.'

Dabei übersieht der Antragsteller allerdings, dass diese Aussage des Bundesverwaltungsgerichts nur so zu

interpretieren sein kann, dass eben zunächst zu klären ist, ob denn tatsächlich eine Tagesdienstzeit von mehr als acht Stunden angeordnet wurde und dann - bejahendenfalls - weiters zu ermitteln ist, in welchem zeitlichen Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind.

Das Bundesverwaltungsgericht (und im Übrigen auch der Verwaltungsgerichtshof) hat sich in den zitierten Beschlüssen jedoch gerade nicht inhaltlich mit der Dienstanweisung vom 13. Dezember 2012 auseinandergesetzt."

Die Formulierung in Punkt 1. der Dienstanweisung, dass die durchschnittliche Dienstzeit 40 Stunden wöchentlich beträgt, lasse keine andere Interpretation zu, als dass der Weisungsgeber genau diesen Umstand nicht antasten, sondern weiterhin beibehalten und mit der damit verfügbaren Ruhepause eine Unterbrechung des Dienstes, also einen geteilten Dienst, anordnen wollte. Nach dem klaren Willen des Weisungsgebers sei die DA-Pause daher keinesfalls als Dienstzeit gewidmet worden und infolge dessen liege keine Anordnung von zeitlichen Mehrdienstleistungen vor.

Der Antragsteller bringe vor, dass insbesondere Punkt 2. der Dienstanweisung rechtswidrig sei, da seiner Ansicht nach mit der Dienstanweisung die innerhalb der Dienstzeit einzuräumende Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 in rechtswidriger Weise zusätzlich zur täglichen Normaldienstzeit von 8 Stunden angeordnet worden sei, sodass sie als angeordnete "Mehrdienstleistung" von 30 Minuten täglich zu gelten habe.

Die DA-Pause sei jedoch aus folgenden Gründen nicht mit der BDA-Pause gleichzusetzen:

"Zunächst ist festzustellen, dass weder in der Dienstanweisung noch in der IST-Zeit-BV, in deren Umsetzung die Dienstanweisung ergangen ist, auf die Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 Bezug genommen wird.

Darüber hinaus gibt es auch begriffliche Unterschiede, nämlich, dass die DA-Pause einzuhalten ist, sobald die tatsächliche Arbeitszeit an einem Tag mehr als sechs Stunden beträgt, die BDG-Pause hingegen einzuräumen ist, wenn die Gesamtdauer der Tagesdienstzeit mehr als sechs Stunden beträgt.

Laut den für § 48b BDG 1979 anzuwendenden Begriffsbestimmungen des § 47a Z 1a) und 3 leg. cit. ist die Tagesdienstzeit jedoch nicht die tatsächliche, an einem Tag verrichtete Arbeitszeit, sondern die Zeit der dienstplanmäßigen Dienstzeit, einer Dienststellenbereitschaft, eines Journaldienstes und der Mehrdienstleistung innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von 24 Stunden.

Dass in der Dienstanweisung hingegen auf die tatsächliche, an einem Tag verrichtete Arbeitszeit abgestellt wird, hat, wie dies von der Österreichischen Post AG in ihrer Stellungnahme auch schlüssig dargestellt wurde, den Hintergrund, dass die jeweiligen, von den Briefzustellern zu bewältigenden Postmengen über das Kalenderjahr/-monat und sogar innerhalb einer Kalenderwoche stark schwanken und es daher auch bei vollbeschäftigten Zustellern - vor allem in den Sommermonaten - zu tatsächlichen Tagesdienstzeiten, die kürzer als sechs Stunden sind, kommt.

Im Falle kürzerer tatsächlicher Tagesdienstzeiten als sechs Stunden (Briefzusteller in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell, Code 8722, auf welche die Dienstanweisung ebenfalls Anwendung findet, beenden den Dienst an Tagen mit geringerem Arbeitsanfall entsprechend früher) macht die Anordnung eines - de facto - geteilten Dienstes auch keinen Sinn, sodass in der Dienstanweisung auf die IST-Arbeitszeit und nicht auf die dienstplanmäßige Zeit abgestellt wird. Es handelt sich somit um eine bewusst anders gewählte und auch anders zu interpretierende Formulierung.

Legt man dem Vergleich darüber hinaus zu Grunde, dass der Weisungsgeber die DA-Pause ausdrücklich nicht als bezahlte Dienstzeit anordnet, sondern verfügt, dass diese außerhalb der Tagesdienstzeit zu konsumieren ist, so erschließt sich daraus, dass die DA-Pause nach dem Willen des Weisungsgebers echte Freizeit sein soll.

Diese Rechtsauslegung steht auch nicht im Widerspruch zur zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Ruhepausenanzurechnung nach § 48b BDG 1979, weil dort der Gerichtshof ausdrücklich festgehalten hat, dass die (auf die Dienstzeit anrechnungspflichtige) Pause nach § 48b BDG "einen Zwischenbereich zwischen reiner Arbeitszeit und Freizeit" darstellt und diese daher - ähnlich wie sonstige zur regelmäßigen Wochendienstzeit zählende kurzzeitige Unterbrechungen der unmittelbaren Arbeitstätigkeit des Beamten auf Grund unaufschiebbarer persönlicher Bedürfnisse - auch nicht arbeitsfreien Zeiten gleichzusetzen ist (vgl. Entscheidung des VwGH vom 21. Jänner 2016, Zl. 2015/12/0051). Nur für diese Pausenzeiten nach § 48b BDG 1979 besteht daher entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs Anrechnungspflicht auf die Dienstzeit, nicht aber für echte Freizeit, welche nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs gerade nicht unter § 48b BDG und damit unter den Dienstzeitbegriff fällt.

Genau damit hat der Verwaltungsgerichtshof daher die Bejahung der Bezahlung der Pause nach § 48b BDG als Dienstzeit begründet: da die Pause nach § 48b BDG keine echte Freizeit darstellt, rechtfertigt dies (ähnlich wie sonstige zur regelmäßigen Wochendienstzeit zählende kurzzeitige Unterbrechungen der unmittelbaren Arbeitstätigkeit des Beamten auf Grund unaufschiebbarer persönlicher Bedürfnisse) die Anrechnung auf die Dienstzeit und damit auch die Entlohnung dieser Zeiten als Dienstzeit.

Umgekehrt folgt aus dieser Rsp. implizit, dass Arbeitsunterbrechungen, die echte Freizeit sind und vom Beamten nach Belieben genutzt werden können, keine Pausen iSd. § 48b BDG 1979 und daher auch nicht als Dienstzeit zu bewerten und zu entlohnen sind. Für eine Behandlung und Bezahlung echter Freizeit als Dienstzeit besteht keine Rechtsgrundlage und wäre ein solche Vorgehensweise mit den absolut zwingenden Vorgaben des BDG und des GehG unvereinbar.

Die DA-Pause und die BDG-Pause sind damit nicht deckungsgleich, sondern unabhängig voneinander zu betrachten, da mit der DA-Pause der Dienst unterbrochen bzw. geteilt wird, die BDG-Pause hingegen - ja, gerade unabhängig davon, ob ein geteilter oder ungeteilter Dienst vorliegt - bei einer Gesamtdauer der Tagesdienstzeit (was auch aus der Definition der Tagesdienstzeit gemäß § 47a Z 1a) und 3 BDG 1979 hervorgeht) von mehr als sechs Stunden - innerhalb der bezahlten Dienstzeit einzuräumen ist.

Die vom Antragsteller im verfahrensgegenständlichen Zeitraum im Zustelldienst geleisteten Dienste erweisen sich daher dergestalt, dass auf einen maximal sechs Stunden dauernden Dienstabschnitt, der auch allfällige als Dienstzeit zu wertende Pausen iSd. § 48b BDG 1979 erfasst, jedenfalls ein oder mehrere echte Dienstunterbrechungen (= "DA-Pause") im Sinne von echter Freizeit folgten, an die dann ein oder mehrere weitere Dienstabschnitte anschlossen. Mit der Ruhepause iSd. § 48b BDG 1979 hat die genannte Dienstanweisung somit nichts zu tun und wurde darüber in der Dienstanweisung auch nicht abgesprochen.

Ob und inwieweit der Beamte innerhalb der einzelnen Dienstabschnitte auch (als Dienstzeit zu wertende) Pausen nach § 48b BDG 1979 konsumierte, spielt für die Dienstanweisung jedenfalls keine Rolle und wurde die Konsumation von Pausen oder Pausenteilen gemäß § 48b BDG 1979, da es auch keine Verpflichtung zu deren Aufzeichnung gab und gibt, auch nicht aufgezeichnet.

Während der Zeit der Dienstunterbrechung gemäß Dienstanweisung wurden und werden daher auch keine Arbeitsverrichtungen angeordnet, was im Übrigen auch vom Antragsteller selbst nicht behauptet worden ist.

Ebenso hat der Antragsteller selbst auch nicht einmal behauptet, in der Zeit der DA-Pause unaufschiebbare Arbeiten zur Abwehr eines drohenden Schadens verrichtet zu haben, für deren Anordnung er einen Befugten nicht erreichen hätte können und liegen diesbezüglich auch keine rechtzeitigen Meldungen vor. Es liegen damit auch keine Mehrdienstleistungen vor, welche nach dem Gleichhaltungsgrundsatz zu behandeln wären.

Damit betrug die Dienstzeit montags bis freitags jeweils 8 Stunden und die Wochendienstzeit 40 Stunden und liegen keine Mehrdienstleistungen vor. Alleine der Umstand, dass sich das letztendliche Dienstende des Antragstellers aufgrund der Konsumation der DA-Pause (= Freizeit!) um 30 Minuten nach hinten verlagerte, vermag das Vorliegen von Mehrdienstleistungen jedenfalls nicht zu begründen.

[...]

e) Eine solche Gestaltung des Dienstes steht der Österreichischen Post AG frei und wurde diese somit im Rahmen der Gesetze und im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung verfügt. Auch unionsrechtliche Vorgaben sind damit nicht verletzt. Eine Rechtswidrigkeit ist nicht zu erkennen. Weder verstößt eine derartige Dienstplangestaltung, welche sich an den betrieblichen Bedürfnissen im Briefzustelldienst orientiert und für alle Briefzusteller gilt, und zwar unabhängig davon ob diese am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnehmen oder nicht, gegen das Willkürverbot, noch ist sie sonst sachlich nicht gerechtfertigt.

Im Gegenteil: die Anordnung eines geteilten Dienstes an Tagen einer höheren Arbeitsdichte ist gerade bei körperlichen Tätigkeiten mehr als gerechtfertigt und wurde daher im Unternehmen auch mit dem Zentralausschuss so ausverhandelt."

1.9. Der gegen den Bescheid vom 18.09.2017 erhobenen Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.12.2017, W213 2175660-2/2E, stattgegeben und der Bescheid vom 18.09.2017 wegen Unzuständigkeit der Behörde gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG aufgehoben.

1.10. Mit Teilerkenntnis vom 12.03.2018, GZ: W213 2175660-1/2E, wurde der Säumnisbeschwerde des Beschwerdeführers wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Personalamtes Klagenfurt der Österreichischen Post über den Antrag vom 27.09.2013 bzw. 03.08.2016 auf Abgeltung von Mehrdienstleistungen stattgegeben und der bB gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG aufgetragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der in diesem Erkenntnis festgelegten Rechtsanschauung des BVwG binnen acht Wochen ab Zustellung zu erlassen.

Die Behörde hätte nach Rechtsanschauung des BVwG wie folgt vorzugehen gehabt:

"1) Für den Zeitraum von 01.01.2013 bis 26.06.2016 ist die von der belangten Behörde als "DA-Pause" bezeichnete Ruhepause im Ausmaß von 30 Minuten gemäß § 48b BDG 1979 auf die Dienstzeit anzurechnen und in weiterer Folge zu ermitteln und festzustellen, in welchem Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind.

2) Für den Zeitraum ab 27.06.2016 ist unter Zugrundelegung der dargelegten Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichtshofes ebenfalls die Ruhepause im Sinne des § 48b BDG 1979 auf die Dienstzeit anzurechnen und zu ermitteln und festzustellen, in welchem Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind."

1.11. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 25.09.2018, E 1645/2018-16, wurde die Beschwerde der Österreichischen Post AG vom 27.04.2018 gegen das Teilerkenntnis des BVwG vom 12.03.2018 zurückgewiesen.

1.12. Mit Schriftsatz vom 24.07.2019 erstattete der Beschwerdeführer eine Stellungnahme.

Darin wurde ausgeführt, dass die Behörde dem vom BVwG im Teilerkenntnis vom 12.03.2018 erteilten Ermittlungsauftrag nicht nachgekommen sei. Die Behörde habe den versäumten Bescheid nicht innerhalb der ihr vom BVwG eingeräumten Frist von acht Wochen erlassen, also auch nicht nachdem der belangten Behörde der Beschluss des VfGH vom 25.09.2018, E 1645/2018 - 16, Ende Oktober zugestellt worden sei. Dementsprechend sei gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG wieder das BVwG zur Entscheidung in dieser Rechtssache zuständig geworden.

Zudem brachte der Beschwerdeführer - auf Grundlage der ihm von der Personalverrechnung der Österreichischen Post AG anlässlich der monatlichen Gehaltsabrechnungen übermittelten Zeitnachweise - eine von ihm handschriftlich verfasste Aufstellung vor.

Aus dieser sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer als Briefzusteller im Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 26.06.2016 im Jahr 2013 100 Stunden, im Jahr 2014, 95,5 Stunden, im Jahre 2015, 90,5 Stunden und von Jänner bis Juni 2016, 48 Stunden, gesamt sohin 334 Stunden an Mehrdienstleistungen durch die von ihm in Anspruch genommenen Ruhepausen im Gesamtausmaß von mindestens 30 Minuten verrichtet habe.

Die Grundvergütung für die Überstunde im Sinne des § 16 Abs. 3 Gehaltsgesetz 1956 betrage derzeit ? 13,78, --, der gemäß § 16 Abs. 4 Gehaltsgesetz 1965 gebührende Überstundenzuschlag 50 % der Grundvergütung. Also ? 6,98, --, gesamt sohin ? 20,87, --. Dementsprechend gebühre dem Beschwerdeführer für die von ihm im Zeitraum 01.01.2013 bis zum 26.06.2016 erbrachten Mehrdienstleistungen eine Abgeltung in der Höhe von ? 6.903,78, --.

1.13. Mit Schreiben der Behörde vom 19.11.2019, eingelangt beim BVwG am 22.11.2019, führte diese im Wesentlichen aus, dass sie als Dienstbehörde entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach der Behörde in Bindung an die rechtliche Beurteilung der Gerichte ausschließlich die Ermittlung des Ausmaßes der geleisteten Mehrdienstleistungen des Beamten samt Auszahlung bleibt, das entsprechend abzugeltende Stundenmaß erhoben habe.

Dementsprechend müssten den Berechnungen der Dienstbehörde nach, dem Beamten für den gegenständlichen Zeitraum 02.01.2013 bis 24.06.2016 insgesamt 333 Stunden multipliziert mit dem für das Kalenderjahr jeweils gültigen Stundensatz abgegolten werden, was einer Summe von ? 5.941,43, -- brutto entspreche (siehe beigegefügte Aufstellung).

Anzumerken sei, dass der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz bei der Berechnung der Überstunden vom jetzt gültigen Überstundensatz ausgehe, die Dienstbehörde jedoch der Berechnung der Mehrleistungen rechtlich korrekt die jeweiligen Überstundensätze der Jahre 2013 bis 2016 zugrunde gelegt habe, wodurch sich der betragsmäßige

Unterschied im Hinblick auf die Abgeltung ergebe.

Das Personalamt Klagenfurt habe auf Grund der Vielzahl von anhängigen komplexen Dienstrechtsverfahren die Frist zur Erlassung eines Nachholbescheides versäumt.

Es wurde in der Folge der Antrag gestellt, das BVwG möge das vom Beschwerdeführer darüberhinausgehende Mehrbegehren abweisen.

1.14. Am 11.12.2019 wurde der Beschwerdeführer vom erkennenden Gericht aufgefordert, innerhalb von vier Wochen ab Zustellung des Schreibens, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

1.15. Am 20.12.2019 langte eine Stellungnahme des Beschwerdeführers ein. Darin wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich die von der belangten Behörde für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 26.06.2016 festgestellten 333 Stunden an Mehrdienstleistungen durch die vom Beschwerdeführer in Anspruch genommenen Ruhepausen im Ausmaß von 30 Minuten nahezu vollständig mit der vom Beschwerdeführer dem BVwG mit Eingabe vom 24.07.2019 vorgelegten handschriftlich verfassten Aufstellung decken würden.

Weiters wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer jedenfalls bereits mit Eingabe vom 27.09.2013 seinen Antrag auf Abgeltung der von ihm in den Monaten Jänner bis August 2013 geleisteten Überstunden gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 iVm § 16 Abs. 2 Z 1 GehaltsG 1965 entweder im Verhältnis 1:1,5 in Freizeit oder nach den besoldungsrechtlichen Vorschriften gestellt habe. Mit Eingabe vom 02.08.2016 habe er diesen Antrag unter ausdrücklichem Verweis auf die inzwischen zu dieser Thematik ergangenen Rechtsprechung des BVwG und des VwGH modifiziert.

Obwohl also spätestens mit dem Beschluss des VwGH vom 21.01.2016, Ra 2015/21/0051, die Rechtslage insofern klargestellt worden sei, dass für die Österreichische Post AG zur Dienstleistung zugewiesene Beamten die Zeiten der Ruhepause zur Dienstzeit im Verständnis des § 48 BDG 1979 zu zählen und somit auch auf die Tagesdienstzeit anzurechnen seien, sei die belangte Behörde mit der Abgeltung dieser vom Beschwerdeführer in der Zeit vom 01.01.2013 bis zum 26.06.2016 erbrachten Mehrdienstleistungen untätig geblieben, wodurch dem Beschwerdeführer inflationsbedingt ein finanzieller Schaden in Höhe von zumindest mehreren Euro 100,-- entstanden sei.

Zur Abdeckung des ihm aus der schuldhaften Säumnis der belangten Behörde entstandenen Schadens habe der Beschwerdeführer seiner Berechnung vom 24.07.2019 daher nicht die jeweiligen für die Jahre 2013 bis 2016 geltenden Überstundensätze, sondern den für das Jahr 2019 geltenden Überstundensätze, also ? 13,78, -- an Grundvergütung pro Überstunde im Sinne des § 16 Abs. 3 GehG und ? 6,89, -- an 50 %igen Überstundenzuschlag im Sinne des § 16 Abs. 4 GehG zugrunde gelegt.

Außerdem habe die Behörde durch ihr schuldhaftes rechtswidriges Verhalten auch die dem Beschwerdeführer entstandenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

## 2. Feststellungen:

Das Bundesverwaltungsgericht geht von den im Verfahrensgang ausgeführten Sachverhaltsfeststellungen aus.

Mit Teilerkenntnis vom 12.03.2018, GZ: W213 2175660-1/2E, wurde einer Säumnisbeschwerde des Beschwerdeführers wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Personalamtes Klagenfurt der Österreichischen Post über den Antrag vom 27.09.2013 bzw. 03.08.2016 auf Abgeltung von Mehrdienstleistungen stattgegeben und der Behörde gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG aufgetragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der in diesem Erkenntnis festgelegten Rechtsanschauung des BVwG binnen acht Wochen ab Zustellung zu erlassen.

Diesem Auftrag ist das Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post innerhalb der gewährten Frist von acht Wochen nicht nachgekommen.

Der Beschwerdeführer steht seit 01.01.1995 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist gemäß § 17 Abs. 1 PTSG der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen. Seine Stamm-Dienststelle ist die Zustellbasis 9030 Klagenfurt. Er ist in die Verwendungsgruppe PT 8 ernannt.

Im Zeitraum von 01.01.2013 bis 26.06.2016, wurde der Beschwerdeführer im Zustelldienst verwendet, begann seine Regeldienstzeit montags bis freitags um 06:15 Uhr und endete diese - nach Konsumation der von der belangten Behörde als "DA-Pause" bezeichneten Ruhepause - um 14:45 Uhr. In den Dienstplänen für den Zeitraum von



01.01.2013 bis 26.06.2016 wurde dem Beschwerdeführer eine entsprechende Dienstzeit von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr angeordnet.

Für den Zeitraum von 01.01.2013 bis 26.06.2016 ist die von der belangten Behörde als "DA-Pause" bezeichnete Ruhepause im Ausmaß von 30 Minuten gemäß § 48b BDG 1979 auf die Dienstzeit des Beschwerdeführers anzurechnen. Der Beschwerdeführer hat in diesem Zeitraum Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 333 Stunden erbracht. Diese Mehrdienstleistungen von insgesamt 333 Stunden sind - multipliziert mit dem für das Kalenderjahr jeweils gültigen Stundensatz - in der Höhe von ? 5.941,43, -- abzugelten.

Jahr

Stunden an Mehrdienstleistungen

Überstundenvergütung

2013

99

? 1.704,78, --

2014

95

? 1.672,00, --

2015

90,5

? 1.661,58, --

2016

48,5

? 903,07, --

Gesamt

333

? 5.941,43, --

Aufzeichnung bzw. Nachweise über die Erbringung von Mehrdienstleistungen für den Zeitraum ab 27.06.2016 brachte der Beschwerdeführer im gesamten Verfahren nicht in Vorlage.

### 3. Beweiswürdigung:

Der oben unter Punkt 1. angeführte Verfahrensgang und die Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes des Personalamtes Klagenfurt der Österreichischen Post und des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

Die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 26.06.2016 333 Stunden an Mehrdienstleistungen geleistet hat, ergibt sich aus der der Stellungnahme vom 19.11.2019 angeschlossenen Aufstellung der Behörde. Der Beschwerdeführer führte in seiner Stellungnahme vom 20.12.2019 sogar aus, dass sich die von der Behörde angenommen 333 Stunden an Mehrdienstleistungen im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 26.06.2016 nahezu vollständig mit der dem BVwG vom Beschwerdeführer mit Eingabe vom 24.07.2019 vorgelegten handschriftlich verfassten Aufstellung decken würden und stellte die Erbringung von Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 333 Stunden im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 26.06.2016 sohin außer Streit.

Insoweit der Beschwerdeführer in der vom ihm handschriftlich verfassten und in Vorlage gebrachten Aufstellung vom 24.07.2016 zu einem Gesamtergebnis von 334 Stunden an erbrachten Mehrdienstleistungen im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 26.06.2016 gekommen ist und sich daher nach Gegenüberstellung der Aufzeichnung der Behörde 19.11.2019 - die von 333 Stunden ausgeht - eine Abweichung von 1 Stunde ergibt, ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer dazu in seiner zuletzt erstatteten Stellungnahme vom 20.12.2019 keine Ausführungen tätigte.

Darüber hinaus handelt es sich bei der vom Beschwerdeführer handschriftlich verfassten Aufstellung lediglich um eine Auflistung der Mehrdienstleistungen nach Monaten und nicht nach Tagen - wie in jener der Behörde - sodass auch insbesondere vor dem Hintergrund der Nachvollziehbarkeit und Transparenz, der detaillierteren Aufstellung der Behörde zu folgen ist. Der Beschwerdeführer ist daher der Aufstellung der Behörde vom 19.11.2019 nicht substantiiert entgegengetreten.

Es war daher festzustellen, dass der BF im Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 26.06.2016 333 Stunden an Mehrdienstleistungen erbracht hat.

Hinsichtlich der Feststellung, dass dem Beschwerdeführer die Mehrdienstleistungen in der Höhe von ? 5.941,43, -- abzugelten sind, wird auf die Ausführungen in der Rechtlichen Beurteilung (Pkt. 4.3.) verwiesen.

Wie dem Akteninhalt zu entnehmen ist, hat der Beschwerdeführer Aufzeichnungen bzw. Nachweise über die Erbringung von Mehrdienstleistungen für den Zeitraum ab 27.06.2016 im gesamten Verfahren, obwohl ihm Parteiengehör eingeräumt wurde, nicht in Vorlage gebracht, sodass die entsprechende Feststellung getroffen werden konnte.

#### 4. Rechtliche Beurteilung

##### 4.1. Anzuwendendes Recht

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

Mangels einer anderslautenden Bestimmung liegt gegenständlich somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, 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.

##### 4.2. Die Zuständigkeit zur Sachentscheidung:

Das VwGVG lautet auszugsweise wie folgt:

"Frist zur Erhebung der Säumnisbeschwerde

§ 8. (1) Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG (Säumnisbeschwerde) kann erst erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war. Die Beschwerde ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist.

(2) In die Frist werden 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 vor dem Gerichtshof der Europäischen Union.

Nachholung des Bescheides

§ 16. (1) Im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG kann die Behörde innerhalb einer Frist von bis zu drei Monaten den Bescheid erlassen. Wird der Bescheid erlassen oder wurde er vor Einleitung des Verfahrens erlassen, ist das Verfahren einzustellen.

(2) Holt die Behörde den Bescheid nicht nach, hat sie dem Verwaltungsgericht die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens vorzulegen.

Erkenntnisse

§ 28. [...]

(7) Im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG kann 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. Kommt die Behörde dem Auftrag nicht nach, so entscheidet das Verwaltungsgericht über die Beschwerde durch Erkenntnis in der Sache selbst, wobei es auch das sonst der Behörde zustehende Ermessen handhabt.

[...]"

Eine Säumnisbeschwerde wurde vom Beschwerdeführer am 24.05.2017 eingebracht. Mit Teilerkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.03.2018, W213 2175660-1/2E, wurde der Säumnisbeschwerde gemäß § 8 VwGVG stattgegeben und der belangten Behörde gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG aufgetragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der mit dem Erkenntnis festgelegten Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichtes binnen acht Wochen ab Zustellung zu lassen.

Mit einem Teilerkenntnis iSd 28 Abs 7 erster Satz VwGVG wird das Verfahren an die Behörde "zurückverwiesen" und die Zuständigkeit in der Angelegenheit wieder auf die Behörde übertragen (vgl. VwGH 16. 12. 2014, Ra 2014/22/0106; 10. 11. 2015, Ra 2015/19/0144; 15. 3. 2016, Ra 2015/01/0208). Kommt die Behörde dem im (Teil-)Erkenntnis erteilten Auftrag nicht nach, so hat das Verwaltungsgericht gem § 28 Abs 7 letzter Satz VwGVG durch Erkenntnis in der Sache selbst zu entscheiden. Die Zuständigkeit geht also mit Fristablauf ex lege - und diesmal endgültig - wieder auf das VwG über (Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG §28 VwGVG [Stand 15.2.2017, rdb.at], Rz 204, abgerufen am 05.02.2020).

Nachdem das Personalamt Klagenfurt der Österreichischen Post dem vom Bundesverwaltungsgericht erteilten Auftrag nicht nachgekommen ist und den Bescheid nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgeholt hat, ist die Zuständigkeit zur Sachentscheidung - endgültig - auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Dieses gelangt zu folgender Entscheidung:

4.3. Spruchpunkt A):

Das BDG 1979 lautet auszugsweise wie folgt:

"Dienstzeit

Begriffsbestimmungen

§ 47a. Im Sinne dieses Abschnittes ist:

1. Dienstzeit die Zeit

a) der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden (dienstplanmäßige Dienstzeit),

b) einer Dienststellenbereitschaft,

c) eines Journaldienstes und

d) der Mehrdienstleistung,

2. Mehrdienstleistung

a) die Überstunden,

b) jene Teile des Journaldienstes, während derer der Beamte verpflichtet ist, seiner dienstlichen Tätigkeit nachzugehen,

c) die über die dienstplanmäßige Dienstzeit hinaus geleisteten dienstlichen Tätigkeiten, die gemäß § 49 Abs. 2 im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 durch Freizeit ausgeglichen werden,

d) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 96/2007)

3. Tagesdienstzeit die Dienstzeit innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von 24 Stunden und

4. Wochendienstzeit die Dienstzeit innerhalb eines Zeitraumes von Montag bis einschließlich Sonntag.

#### Ruhepausen

§ 48b. Beträgt die Gesamtdauer der Tagesdienstzeit mehr als sechs Stunden, so ist eine Ruhepause von einer halben Stunde einzuräumen. Wenn es im Interesse der Bediensteten der Dienststelle gelegen oder dienstlich notwendig ist, können anstelle einer halbstündigen Ruhepause zwei Ruhepausen von je einer Viertelstunde oder drei Ruhepausen von je zehn Minuten eingeräumt werden.

#### Mehrdienstleistung

§ 49. (1) Der Beamte hat auf Anordnung über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst zu versehen (Mehrdienstleistung). Den auf Anordnung erbrachten Mehrdienstleistungen sind Mehrdienstleistungen gleichzuhalten, wenn

1. der Beamte einen zur Anordnung der Mehrdienstleistung Befugten nicht erreichen konnte,
2. die Mehrdienstleistung zur Abwehr eines Schadens unverzüglich notwendig war,
3. die Notwendigkeit der Mehrdienstleistung nicht auf Umstände zurückgeht, die von dem Beamten, der die Mehrdienstleistung erbracht hat, hätten vermieden werden können, und
4. der Beamte diese Mehrdienstleistung spätestens innerhalb einer Woche nach der Erbringung schriftlich meldet; ist der Beamte durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne sein Verschulden verhindert, diese Frist einzuhalten, so verlängert sie sich um die Dauer der Verhinderung.

(2) An Werktagen erbrachte Mehrdienstleistungen (ausgenommen jene nach § 47a Z 2 lit. b) sind nach Möglichkeit im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen. Mehrdienstleistungen außerhalb der Nachtzeit sind vor Mehrdienstleistungen in der Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr) auszugleichen. Mehrdienstleistungen an Sonn- und Feiertagen sind nicht durch Freizeit auszugleichen.

(3) Mehrdienstleistungen an Werktagen, die im betreffenden Kalendervierteljahr nicht durch Freizeit ausgeglichen sind, gelten mit Ablauf des Kalendervierteljahres als Überstunden. Mehrdienstleistungen an Sonn- und Feiertagen gelten in jedem Fall als Überstunden und sind nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten.

(4) Werktagsüberstunden sind je nach Anordnung

1. im Verhältnis 1 : 1,5 in Freizeit auszugleichen oder
2. nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten oder
3. im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen und zusätzlich nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten.

(5) Auf Zeiten einer zusätzlichen Dienstleistung nach § 23 Abs. 10 MSchG, nach § 10 Abs. 12 VKG und nach § 50c Abs. 3 dieses Bundesgesetzes ist, soweit sie die regelmäßige Wochendienstzeit nach § 48 Abs. 2 oder 6 nicht überschreiten, Abs. 4 nicht anzuwenden. Solche Werktagsüberstunden sind je nach Anordnung

1. im Verhältnis 1:1,25 in Freizeit auszugleichen oder
2. nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten oder
3. im Verhältnis 1:1 in Freizeit auszugleichen und zusätzlich nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten.

Soweit jedoch Zeiten einer solchen Dienstleistung die regelmäßige Wochendienstzeit nach § 48 Abs. 2 oder 6 überschreiten, ist auf diese Abs. 4 anzuwenden.

(6) Dem Beamten ist bis zum Ende des auf das Kalendervierteljahr folgenden Kalendermonats mitzuteilen, auf welche Werktagsüberstunden welche Abgeltungsart des Abs. 4 angewendet wird.

(7) Werktagsüberstunden außerhalb der Nachtzeit sind vor Werktagsüberstunden in der Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr) auszugleichen.

(8) Ein Freizeitausgleich für Werktagsüberstunden ist bis zum Ende des sechsten auf das Kalendervierteljahr der Leistung folgenden Monats zulässig.

(9) Folgende Zeiten gelten jedenfalls nicht als Überstunden:

1. Zeiten einer vom Beamten angestrebten Einarbeitung von Dienstzeit (zB im Fall eines Dienstaustausches oder einer sonstigen angestrebten Verlegung der Zeit der Dienstleistung) und

2. Zeitguthaben aus der gleitenden Dienstzeit, soweit sie die im Gleitzeitdienstplan festgelegte Obergrenze für jeweils in den Folgezeitraum übertragbare Zeitguthaben nicht übersteigen.

Diese Zeiten sind, soweit dies nicht bereits erfolgt ist, ausschließlich im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit abzugelten."

Das GehG lautet auszugsweise wie folgt:

"Überstundenvergütung

§ 16. (1) Dem Beamten gebührt für Überstunden,

1. die nicht in Freizeit oder

2. die gemäß § 49 Abs. 4 Z 3 oder Abs. 5 Z 3 BDG 1979 im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit ausgeglichen werden, eine Überstundenvergütung.

(2) Die Überstundenvergütung umfasst

1. im Fall des § 49 Abs. 4 Z 2 oder Abs. 5 Z 2 BDG 1979 die Grundvergütung und den Überstundenzuschlag,

2. im Fall des § 49 Abs. 4 Z 3 oder Abs. 5 Z 3 BDG 1979 den Überstundenzuschlag.

(3) Die Grundvergütung für die Überstunde ist durch die Teilung des die Bemessungsgrundlage bildenden Betrages durch die 4,33fache Anzahl der für den Beamten gemäß § 48 Abs. 2 BDG 1979 geltenden Wochenstundenzahl zu ermitteln. Die Bemessungsgrundlage besteht aus dem Gehalt zuzüglich einer allfälligen im § 15 Abs. 3 angeführten Zulage des Beamten.

(4) Der Überstundenzuschlag beträgt

1. für Überstunden gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979

a) außerhalb der Nachtzeit 50%,

b) während der Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr) 100% und

2. für Überstunden gemäß § 49 Abs. 5 BDG 1979 25% der Grundvergütung.

(5) Die Überstundenvergütung gebührt bereits vor Ablauf der im § 49 Abs. 8 BDG 1979 angeführten Frist, wenn feststeht, daß ein Freizeitausgleich bis zum Ablauf dieser Frist nicht möglich sein wird.

(6) Abrechnungszeitraum für die Überstundenvergütung ist das Kalendervierteljahr. Die im Kalendervierteljahr geleisteten Überstunden sind zusammenzuzählen. Für Bruchteile von Überstunden gemäß § 49 Abs. 4 Z 2 und 3 BDG 1979, die sich dabei ergeben, gebührt dem Beamten der verhältnismäßige Teil der Überstundenvergütung.

(7) Die Teilnahme an Empfängen und gesellschaftlichen Veranstaltungen begründet, auch wenn sie dienstlich notwendig ist, weder einen Anspruch auf Freizeitausgleich noch einen Anspruch auf Überstundenvergütung.

(8) Wären zusätzliche Dienstleistungen nach § 23 Abs. 10 MSchG, nach § 10 Abs. 12 VKG oder nach § 50c Abs. 3 BDG 1979, mit denen die regelmäßige Wochendienstzeit nach § 48 Abs. 2 oder 6 BDG 1979 überschritten wird, mit verschiedenen hohen Überstundenzuschlägen abzugelten, so sind zunächst jene Dienstleistungen abzugelten, für die die höheren Überstundenzuschläge gebühren.

(9) Der Zuschlag nach Abs. 4 Z 2 gebührt nicht, wenn bei gleitender Dienstzeit die Wochendienstzeit innerhalb des Kalendervierteljahres im Durchschnitt nicht überschritten wird."

In der Sache beantragte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 27.09.2013 die Abgeltung der in den Monaten Jänner 2013 bis August 2013 geleisteten Überstunden gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 iVm § 16 GehG. Am 03.08.2016 ergänzte er seinen Antrag dahingehend, dass er die bescheidmäßige Feststellung beantragte,

"1) dass ihm die halbstündige Ruhepause ab 01.01.2013 in der Dienstzeit gemäß § 48 BDG 1979 anzurechnen ist, weshalb er täglich seit dem 01.01.2013 von 6:15 Uhr bis 14:45 Uhr Dienstleistungen verrichtet hat, er somit seit dem 01.01.2013 bis laufend täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten nach § 49 BDG 1979 geleistet hat, welche ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind; in eventu

2) dass die Normaldienstzeit seit 01.01.2013 von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr, sohin 8 Stunden und 30 Minuten betragen hat, weshalb er Dienstleistungen im Ausmaß von 42 Stunden und 30 Minuten pro Woche verrichtet hat, er daher täglich Mehrdienstleistungen im Ausmaß von 30 Minuten erbracht hat, welche gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind; in eventu

3) ihm die bereits erbrachten Mehrdienstleistungen seit 01.01.2013 bis zum heutigen Tage im Ausmaß von 0,5 Stunden täglich gem. § 49 Abs. 4 BDG 1979 beim nächsten Montagsbezug im Verhältnis von 1:1,5 abzugelten sind;

4 ) hierüber einen Bescheid zu erlassen und dem Antragsteller zu Händen seiner ausgewiesenen Vertreterin zuzustellen."

Im Teilerkenntnis vom 12.03.2018, W213 2175660-1/2E, legte das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich bereits seine Rechtsanschauung dar und hielt fest, dass

1) die für den Zeitraum von 01.01.2013 bis 26.06.2016 von der Behörde als "DA-Pause" bezeichnete Ruhepause im Ausmaß von 30 Minuten gemäß § 48b BDG 1979 auf die Dienstzeit anzurechnen ist und in weiterer Folge zu ermitteln und festzustellen ist, in welchem Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind.

2) die für den Zeitraum ab 27.06.2016 ebenfalls die Ruhepause im Sinne des § 48b BDG 1979 auf die Dienstzeit anzurechnen ist und zu ermitteln und festzustellen, in welchem Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 abzugelten sind.

Dem Bundesverwaltungsgericht ist es konsequenterweise bei seiner Entscheidung nicht gestattet, von der Entscheidung der Rechtsfragen im Teilerkenntnis abzuweichen (Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG §28 VwGVG [Stand 15.2.2017, rdb.at], Rz 204, abgerufen am 05.02.2020).

Spruchgemäß war daher festzustellen, dass dem Beschwerdeführer die halbstündige Ruhepause ab 01.01.2013 in der Dienstzeit gemäß § 48b BDG 1979 anzurechnen ist, weshalb er täglich seit dem 01.01.2013 von 06:15 Uhr bis 14:45 Uhr Dienstleistungen verrichtet hat, er somit seit dem 01.01.2013 bis 26.06.2016 Mehrdienstleistungen nach § 49 BDG 1979 geleistet hat.

Nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens gelangt das erkennende Gericht - wie in der Beweiswürdigung ausgeführt - zu dem Ergebnis, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 26.06.2016 Mehrdienstleistungen im Sinne des § 49 BDG 1979 im Ausmaß von 333 Stunden erbracht hat. Nachdem der Beschwerdeführer Aufzeichnungen bzw. Nachweise über die Erbringung von Mehrdienstleistungen für den Zeitraum ab 27.06.2016 - trotz Einräumung von Parteiengehör - nicht erbracht hat, kann ihm hinsichtlich des genannten Zeitraumes kein Geldbetrag zugesprochen werden.

Mehrdienstleistungen an Werktagen, die im betreffenden Kalendervierteljahr nicht durch Freizeit ausgeglichen sind, gelten gemäß § 49 Abs. 3 BDG 1979 mit Ablauf des Kalendervierteljahres als Überstunden.

Gemäß § 49 Abs. 4 BDG 1979 sind Werktagsüberstunden je nach Anordnung 1. im Verhältnis 1 : 1,5 in Freizeit auszugleichen oder 2. nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten oder 3. im Verhältnis 1 : 1 in Freizeit auszugleichen und zusätzlich nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten. Ein Freizeitausgleich für Werktagsüberstunden ist gemäß Abs. 6 jedoch nur bis zum Ende des sechsten auf das Kalendervierteljahr der Leistung folgenden Monats zulässig, sodass ein solcher in der gegenständlichen Rechtssache nicht in Frage kommt.

Dem Beschwerdeführer steht daher nach den besoldungsrechtlichen Vorschriften (§ 49 Abs. 4 Z 2 BDG 1979) für die erbrachten Überstunden eine Überstundenvergütung zu, zumal die Überstunden nicht (mehr) in Freizeit oder gemäß § 49 Abs. 4 Z 3 oder Abs. 5 Z 3 BDG 1979 im Verhältnis 1:1 in Freizeit (§ 16 Abs. 1 GehG) ausgeglichen werden können.

Die Überstundenvergütung umfasst gemäß § 16 Abs. 2 GehG im Falle des § 49 Abs. 4 Z 2 BDG 1979 die Grundvergütung und den Überstundenzuschlag. Die Grundvergütung bemisst sich nach § 16 Abs. 3 GehG und der Überstundenzuschlag nach § 16 Abs. 4 GehG.

Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass Ansprüche auf Überstundenvergütung zeitraumbezogen zu bemessen sind (vgl. E 25. Juni 2008, 2006/12/0017; E 17. Oktober 2011, 2010/12/0150, zuletzt VwGH 28.05.2014, 2013/12/0210). Das bedeutet für den gegenständlichen Fall, dass entgegen der Ansicht des

Beschwerdeführers für die Berechnung der Überstundenvergütung der im jeweiligen Kalenderjahr 2013, 2014, 2015 und 2016 gültige Stundensatz und nicht jener zum Entscheidungszeitpunkt heranzuziehen ist.

Vo

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

© 2026 JUSLINE

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

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