jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2020/3/10 W213 2107149-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.03.2020

Entscheidungsdatum

10.03.2020

Norm

BDG 1979 §40
BDG 1979 §44
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W213 2107149-2/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Felix KOLLMANN und Dieter SMOLKA als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Helmut HOHL, 1030 Wien, Ungargasse 15/1/4, gegen den Bescheid der Österreichischen Post AG, Personalamt Wien, vom 02.06.2015 ohne GZ., betreffend Verwendungsänderung, zu Recht erkannt:

A)

In Stattgebung der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG i.V.m. §§ 40 und 44 BDG festgestellt:

1. Der mit 01.10.2013 erfolgte Abzug von Ihrem fixen Zustellarbeitsplatz/Zustellrayon (Land 16) in der Zustellbasis XXXX und Sie als Springer einzusetzen ist willkürlich und daher rechtswidrig.

2. Die Befolgung der mit 01.10.2013 erfolgten Anweisung, als Springer Ihre Tätigkeit in der Zustellbasis XXXX auszuüben, zählt wegen Willkürlichkeit dieser Anweisung nicht zu Ihren Dienstpflichten."

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bei der österreichischen Post AG (Zustellbasis XXXX) zum Bund.

Mit Schreiben vom 04.10.2014 brachte der Beschwerdeführer vor, dass er seit dem Jahr 2002 im Bereich der Zustellbasis XXXX den fixen Zustellrayon 9169 (früher Land 16) bedient habe. Seit 01.10.2013 werde er als Springer, ohne fixen Rayon, eingesetzt. Der Beschwerdeführer habe die Betriebsvereinbarung "Ist-Zeit" nicht unterschrieben, da es den Mitarbeitern der Post AG seitens der Unternehmensführung freigestellt worden wäre diese zu unterschreiben. Der Beschwerdeführer habe mit Schreiben vom 06.11.2013 um Erteilung einer schriftlichen Weisung ersucht. Dies sei aber nie geschehen. Die Weisung als Spinger tätig zu sein, sei daher als zurückgezogen zu betrachten. Dennoch werde er unzulässigerweise nach wie vor als Springer eingesetzt.

Ferner sei der Beschwerdeführer Mandatsträger, weshalb ihm gemäß § 65 PBVG kein dienstrechtlicher Nachteil erwachsen dürfe. Er dürfe daher auch nicht ohne seine Zustimmung nicht versetzt werden. Das sei rechtswidrig, weil er mit dieser Vorgehensweise schlechtergestellt werde als jene Mitarbeiter, die den Nachtrag zum Dienstvertrag unterschrieben hätten.

Die Wegnahme des Fixrayons 9169 (früher Land 16) und sein nunmehriger Einsatz als Springer stellten eine nachhaltige Verletzung der Fürsorgepflicht dar, die nur aus dem Grund passiert sei, weil der Beschwerdeführer einen verschlechternden Dienstvertrag nicht angenommen habe. Sämtliche Personen, die einer Änderung ihrer Dienstverträge nicht zugestimmt hätten, würden nun als Springer eingesetzt.

Mit der Einteilung als Springer werde offenbar versucht, den Beschwerdeführer zur Annahme eines Dienstvertrages zu zwingen, der für ihn ungünstig sei, obwohl die Annahme Freiwilligkeit voraussetze. Damit werde gegen Treu und Glauben verstoßen, weil die Vergabe von Arbeitsplätzen bereits über Jahrzehnte rein nach dem Dienstalter bzw. nach der Tätigkeitsdauer beim Dienstgeber erfolgt sei. Der Beschwerdeführer habe diesen Fixarbeitsplatz schon vor Jahren zugewiesen bekommen und nun werde unzulässig in bestehende und wohlerworbene Rechte eingegriffen.

Letztlich werde darauf hingewiesen, dass die belangte Behörde für die Gesundheit des Beschwerdeführers verantwortlich sei und jegliche Handlung zu unterlassen habe, die dessen Leben und Gesundheit beeinträchtigen könnte. Durch die Springertätigkeit sei der Beschwerdeführer körperlich am Ende, weshalb das Personalamt gegen § 1157 ABGB und § 18 AngG verstoße. Mit den ständigen Versetzungen von einem Rayon auf einen anderen Rayon - was körperlich sehr belastend sei und überhaupt nicht möglich sei - werde die Gesundheit des Beschwerdeführers gefährdet. Ferner würden dadurch die §§ 3 und 16 B-GlGBG verletzt, weil der Beschwerdeführer das Recht habe, dieselben Arbeitsbedingungen zu haben, wie alle anderen Mitarbeiter.

Zudem sei es für den Dienstgeber unwirtschaftlich, einen auf seinem Rayon versierten Beamten auszutauschen und ihn dann als Springer zu verwenden, währenddessen gleichzeitig auf seinem Arbeitsplatz neue Mitarbeiter einzuschulen seien. Der Arbeitsplatz des Beschwerdeführers, Rayon 9160 (früher Land 16) sei auch nicht aufgelöst worden, weshalb die gegenständliche Personalmaßnahme Willkür darstelle.

Die Tätigkeit als Springer sei wesentlich schwerer als jene auf einem Fixrayon. Es liege auch keine Zustimmung der Personalvertretung dafür vor.

Dem Beschwerdeführer sei auch, wie in dessen Schreiben vom 06.11.2013 gefordert, keine schriftliche Weisung erteilt worden.

Das Vorgehen der belangten Behörde sei auch nicht durch § 38 oder § 39 BDG gedeckt. Dem Beschwerdeführer stehe der Fixrayon schon aufgrund der langanhaltenden Übung und Zuweisung zu.

Ferner verstoße die Dienstanweisung vom 05.09.2012 gegen das Gleichbehandlungsgebot, weil damit Arbeitnehmer mit derselben Tätigkeit diskriminiert und unterschiedlich behandelt würden. Es sei Pflicht des Dienstgebers dafür Sorge zu tragen, dass der Dienstbetrieb ökonomisch, menschlich und nichtdiskriminierend geführt werde. Mit der gegenständlichen Dienstanweisung würden nicht nur Mitarbeiter mit dem Altvertrag gegenüber Mitarbeitern mit dem Neuvertrag diskriminiert, sondern würden mit der geschaffenen Dienstanweisung Mitarbeiter von der Bewerbung des Rayonssystems ausgeschlossen werden, was unzulässig sei, da eine Diskriminierung nicht stattzufinden habe. Im Fall des Beschwerdeführers sei diesem sogar ein Rayon, den er seit Jahrzehnten betreut habe, weggenommen, was unzulässig sei. Ferner gebe es nicht einmal eine Weisung, weshalb das Vorgehen rechtswidrig sei.

Darüber hinaus verstoße das Vorgehen der belangten Behörde auch gegen das Schikaneverbot und die guten Sitten, zumal die belangte Behörde dafür zu sorgen habe, dass die ideellen und materiellen Interessen sowie der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers gewahrt blieben.

Ferner werde durch die belangte Behörde der Gleichheitsgrundsatz verletzt, da laut Punkt 4 der Dienstanweisung vom 05.09.2012 nur mehr Mitarbeiter mit dem Code 8722 bei der Bewerbung zum Rayon zugerlassen würden. Dies sei unzulässig, weil damit Mitarbeiter mit Alt-Verträgen vom Rayonsvergabesystem ausgeschlossen würden und ihnen der Rayon weggenommen würde.

Es werde darauf hingewiesen, dass eine Versetzung nur in den Fällen der §§ 38 und 39 [sic] BDG erfolgen könne bzw. für ein solches Vorgehen keine Rechtsgrundlage existiere. Punkt 4 der Dienstanweisung vom 05.09.2012 sei sittenwidrig, verstoße gegen das Gleichbehandlungsgesetz, Art. 7 B-VG und das BDG, weil damit in unsachlicher Weise Mitarbeiter ungleich behandelt würden. Dem Beschwerdeführer sei daher sein Fixrayon sofort zurückzugeben.

Es werde beantragt, feststellend mit Bescheid darüber abzusprechen,

1. dass dem Beschwerdeführer sein ursprünglicher fixer Rayon 9160 (Land 16) wieder zurückzugeben bzw. ihm ein anderer fixer Rayon zu geben sei und er nicht mehr als Springer seine Tätigkeit verrichten müsse sowie

2. dass die Anwendung der Dienstanweisung vom 05.09.2012 beim Beschwerdeführer unzulässig sei,

3. dass eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen zu erfolgen habe, sowie

4. die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben sei und ihm sein ursprünglicher Fixrayon zurückzugeben sei und auch der Beschwerdeführer sich auf freie Rayone bewerben [könne] und seine Bewerbung zu berücksichtigen sei.

Die belangte Behörde gewährte hierauf mit Schreiben vom 17.02.2015 dem Beschwerdeführer Parteiengehör, wobei festgestellt wurde, dass der Beschwerdeführer seit 09.12.2015 durchgehend im Krankenstand sei.

Da der Beschwerdeführer nach wie vor der Zustellbasis XXXX zugewiesen sei, liege weder eine Versetzung § 38 BDG) noch eine Dienstzuteilung (§ 39 BDG) vor. Der Beschwerdeführer sei zwar als Beamter auf eine Planstelle in einer bestimmten Verwendungsgruppe ernannt, habe aber keinen Rechtsanspruch auf einen bestimmten Zustellbezirk. Die Zuweisung eines neuen Zustellbezirks innerhalb derselben Zustellbasis stelle auch keine Verwendungsänderung dar, da die Tätigkeiten auf den einzelnen Zustellbezirken einer Zustellbasis ident und gleichwertig seien.

Eine Rückgabe des Fixrayons Land 16 sei mangels eines entsprechenden Rechtsanspruches rechtlich und auch - im Hinblick auf den seit 09.12.2014 bestehenden Krankenstandes des Beschwerdeführers - auch faktisch unmöglich.

Bezüglich des Antrages, die Dienstanweisung vom 05.09.2012 für die Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst sofort aufzuheben, werde mitgeteilt, dass die Prüfung der Gesetzeskonformität interner Betriebsvorschriften nicht Aufgabe der Dienstbehörde sei und daher auch nicht Gegenstand eines Dienstrechtsverfahrens sein könne. Es sei daher beabsichtigt, die Anträge vom 04.10.2014 hinsichtlich der Zuweisung eines bestimmten bzw. fixen Zustellrayons abzuweisen und hinsichtlich der Aufhebung der Dienstanweisung vom 05.09.2012 wegen sachlicher Unzuständigkeit zurückzuweisen.

Der Beschwerdeführer brachte dagegen mit Schreiben vom 26.02.2015 vor, dass er "keinen Antrag auf Zustimmung des neuen Dienstvertrages bzw. die Zusatzvereinbarung zum neuen Dienstvertrag unterfertigt" habe. Dies deshalb, weil der neue Vertrag für ihn nachteilig gewesen sei. Er habe deshalb auch die Betriebsvereinbarung ("IST-Zeit") nicht unterschrieben. Festgehalten werde, dass der Beschwerdeführer seit Jahren einen Fixrayon gehabt habe und nun als Springer eingesetzt werde. Er sei daher dem Burn-Out nahe und auch körperlich am Ende.

Die Wegnahme des Fixrayons und der Einsatz als Springer stellten auch eine nachträgliche Fürsorgepflichtverletzung dar, da dies lediglich aus dem Grund erfolgt sei, weil der Beschwerdeführer einen verschlechternden Dienstvertrag nicht unterfertigt habe. Sämtliche Personen, die diese neuen Einzelverträge nicht unterzeichnet hätten, würden als Springer eingesetzt. Damit werde versucht den Beschwerdeführer zur Annahme eines Dienstvertrages zu zwingen, der für ihn ungünstig sei, obwohl die Annahme Freiwilligkeit voraussetze. Damit werde gegen Treu und Glauben verstoßen, weil die Vergabe von Arbeitsplätzen bereits über Jahrzehnte rein nach dem Dienstalter bzw. nach der Tätigkeitsdauer beim Dienstgeber erfolgt sei. Der Beschwerdeführer habe diesen Fixarbeitsplatz schon vor Jahren zugewiesen bekommen und nun werde unzulässig in bestehende und wohlerworbene Rechte eingegriffen.

Überdies stelle diese Maßnahme eine Altersdiskriminierung im Sinne des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes dar, weil junge - körperlich wesentlich fittere - Personen, die erst 2 oder 3 Jahre beim Dienstgeber seien, sehr wohl Fixrayone erhielten, währenddessen man langjährige Mitarbeiter als Springer einsetze, bis sie zusammenbrächen und/oder

dienstuntauglich würden. Ferner liegen ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 879 ABGB) vor, weil ein Zwei-Klassen-System geschaffen werde, in welchem Mitarbeiter mit selber Tätigkeit unterschiedlich behandelt würden und bei dem jene Mitarbeiter mit Altverträgen diskriminiert würden.

Letztlich werde darauf hingewiesen, dass die belangte Behörde für die Gesundheit des Beschwerdeführers verantwortlich sei und jegliche Handlung zu unterlassen habe, die dessen Leben und Gesundheit beeinträchtigen könnte. Durch die Springertätigkeit sei der Beschwerdeführer körperlich am Ende, weshalb das Personalamt gegen § 1157 ABGB und § 18 AngG verstoße. Mit den ständigen Versetzungen von einem Rayon auf einen anderen Rayon - was körperlich sehr belastend sei und überhaupt nicht möglich sei - werde die Gesundheit des Beschwerdeführers gefährdet.

Es sei unrichtig, dass die Tätigkeit auf den einzelnen Zustellbezirken "gleichwertig" und "ident" sei. Richtig sei vielmehr, dass der Springer jeden Tag auf einen neuen Rayon eingeteilt werde, was dazu führe, dass er sich täglich neu orientieren müsse. Die Zustellbezirke umfassten bis zu 1300 Haushalte und es sei unmöglich alle Rayone und Haushalte zu kennen. Die Versetzung und die Tätigkeit als Springer seien kausal für die Verschlechterung der Gesundheit und der Arbeitssituation des Beschwerdeführers. Der Einsatz als Springer stelle eine soziale Schlechterstellung dar, weil der Springer als Ersatzarbeitskraft (Urlaubsvertretung, Krankenstandsvertretung) eingesetzt werde und nicht mehr einen fixen Rayon innehabe. Er sei dann auch verpflichtet liegengebliebene Post aufzuarbeiten wenn der Fixzusteller bereits tagelang gefehlt habe und auf dem Rayon nur mehr unzureichend zugestellt worden sei. Dies führe zu einer (andauernden) Mehrbelastung.

Gerade diese Vorgangsweise führe dazu, dass Mitarbeiter gemäß § 14 BDG in den Ruhestand versetzt würden. Es sei zudem ein Unterschied, ob jemand nur auf einem Teil (Rayon) oder auf dem gesamten Flächenbetrieb der Zustellbasis (Rayone) eingesetzt werde. Genauso mache es einen Unterschied, ob ein Richter nur die Strafabteilungen seiner Abteilung oder auch sämtliche Abteilungen aller anderen Rechtsbereiche von allen Richtern (Asyl-, Dienst-, Vergaberecht etc.) als Springer abdecken müsse. Deswegen gebe es auch die Spezialisierung und Fixrayone. Der Einsatz als Springer sei jedenfalls verschlechternd und stelle eine Diskriminierung sowie eine Bestrafung dar.

Für das Vorgehen der belangten Behörde gebe es keine Rechtsgrundlage. Wenn die belangte Behörde meine, es bestehe kein Rechtsanspruch auf einen bestimmten Zustellbezirk, so werde darauf hingewiesen, dass im SAP die Zusteller über einen bestimmten Zustellbezirk verfügten und die Rayonsvergabe jahrelang nach dem Dienstalter erfolgt sei, bis offensichtlich mit der unzulässigen Weisung vom 05.09.2012 diese betriebliche Übung ausgehebelt worden sei. Auch der Dienstnehmer sei jahrelang im SAP auf einem Fixrayon geführt worden und habe sich dieses Recht über jahrzehntelange Übung erworben.

Ferner verstoße die Dienstanweisung vom 05.09.2012 gegen das Gleichbehandlungsgebot, weil damit Arbeitnehmer mit derselben Tätigkeit diskriminiert und unterschiedlich behandelt würden. Es sei Pflicht des Dienstgebers dafür Sorge zu tragen, dass der Dienstbetrieb ökonomisch, menschlich und nichtdiskriminierend geführt werde. Mit der gegenständlichen Dienstanweisung würden nicht nur Mitarbeiter mit dem Altvertrag gegenüber Mitarbeitern mit dem Neuvertrag diskriminiert, sondern würden mit der geschaffenen Dienstanweisung Mitarbeiter von der Bewerbung des Rayonssystems ausgeschlossen werden, was unzulässig sei, da eine Diskriminierung nicht stattzufinden habe.

Zudem sei es so, dass jüngere Mitarbeiter Fixrayone hätten und alte Mitarbeiter als Springer eingesetzt würden. Damit finde auch eine Altersdiskriminierung statt. Ebenso liege ein Verstoß gegen das Schikaneverbot vor, zumal die belangte Behörde dafür zu sorgen habe, dass die ideellen und materiellen Interessen sowie der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers gewahrt blieben.

Der Beschwerdeführer sei seit 07.11.1988 bei der Post und solle nun - weil er einen freiwilligen Dienstvertrag nicht unterschrieben habe - Springertätigkeiten verrichten, die körperlich belastend seien und den Beschwerdeführer in den "Burn-Out" getrieben hätten.

Soweit die belangte Behörde feststelle, dass eine "sofortige Rückgabe des Fixrayons nicht möglich wäre, das weder faktisch noch rechtlich", so werde der Antrag dahingehend korrigiert, dass festgestellt werden möge, dass dem Beschwerdeführer ein fixer Zustellrayon in der Zustellbasis XXXX zustehe und er nicht mehr als Springer seine Tätigkeit verrichten müsse.

Wenn die belangte Behörde der Auffassung sei, dass es nicht ihre Aufgabe sei betriebsinterne Betriebsvorschriften auf

ihrer Gesetzeskonformität zu prüfen, werde dem entgegengehalten, dass die Behörde für die ihr zugewiesenen Beamten die Verantwortung trage, dass diese nicht benachteiligt würden. Die belangte Behörde wisse offenbar hinsichtlich der Diskriminierung Bescheid und unternehme trotzdem nichts dagegen.

Es werde daher beantragt, feststellend mit Bescheid darüber abzusprechen, dass

1. dem Beschwerdeführer ein fixer Zustellarbeitsplatz in der Zustellbasis XXXX zu geben sei und er nicht mehr als Springer seine Tätigkeit verrichten müsse sowie

2. die Anweisung, der Beschwerdeführer müsse als Springer seine Tätigkeit ausüben, vom Beschwerdeführer nicht befolgt werden müsse, sowie

3. die Anwendung der Dienstanweisung vom 05.09.2012 über den Beschwerdeführer unzulässig sei, sowie

4. eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst zu erfolgen habe, sowie

5. die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben sei und dem Beschwerdeführer ein fixer Rayon zur Verfügung zu stellen sei und auch der Beschwerdeführer sich auf freie Rayone bewerben könne und seine Bewerbung zu berücksichtigen sei.

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

"Ihr Antrag vom 4. Oktober 2014, korrigiert in der Stellungnahme vom 26. Februar 2015, auf bescheidmäßige Feststellung, dass

3. Ihnen ein fixer Zustellarbeitsplatz/Zustellrayon (laut Korrektur) in der Zustellbasis XXXX zu geben ist und Sie nicht mehr als Springer Ihre Tätigkeit verrichten müssen sowie

4. Sie die Anweisung, als Springer Ihre Tätigkeit auszuüben, nicht befolgt müssen, sowie

5. die Anwendung der Dienstanweisung vom 5.September 2012 auf Sie unzulässig ist, sowie

6. eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst bei Ihnen zu erfolgen hat, sowie

7. die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben ist und Ihnen ein fixer Rayon zur Verfügung zu stellen ist und Sie sich auch auf freie Rayone bewerben können und Ihre Bewerbung zu berücksichtigen ist,

wird hinsichtlich der Punkte 1. bis 4. abgewiesen.

Hinsichtlich Punkt 5. wird der Teil Ihres Antrages, der die Aufhebung der Dienstanweisung vom 5.September 2012 betrifft, mangels behördlicher Zuständigkeit zurückgewiesen. Der übrige Teil dieses Punktes (ab dem 2. Halbsatz) wird, soweit er nicht bereits in den Punkten 1. bis 4. enthalten ist, ebenfalls abgewiesen."

In der Begründung wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges ausgeführt, dass der Beschwerdeführer als Beamter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehe und der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen sei. Auf sein Dienstverhältnis seien daher ausschließlich die Bestimmungen des BDG anzuwenden.

Der Beschwerdeführer sei seit 01.07.1998 im Landzustelldienst sowie im Gesamtzustelldienst der Zustellbasis XXXX verwendet worden.

Durch die Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie die Verwendung eines EDV-unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitenden Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division "Brief" der Österreichischen Post AG (Betriebsvereinbarung Ist-Zeit) sei mit 01.09.2012 ein neues Zeiterfassungssystem sowie ein flexibel gestaltetes Normalarbeitszeitmodell im Briefzustelldienst eingeführt worden. Diese Betriebsvereinbarung sei durch den Generaldirektor und den Fachvorstand bzw. auf Dienstnehmerseite durch den Vorsitzenden des Zentralausschusses (Betriebsrat) unterschrieben worden. Eine Unterfertigung durch einzelne Mitarbeiter sei rechtlich nicht vorgesehen.

Der Beschwerdeführer bringe - obwohl anwaltlich vertreten - laufend vor, dass er seinen Fixrayon nur deshalb verloren hätte, weil er einen für ihn verschlechternden Dienstvertrag nicht unterschrieben hätte. Angesichts der öffentlich-rechtlichen Natur des Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers gehe dieses Vorbringen ins Leere.

Ebenso ins Leere gehe die Argumentation des Beschwerdeführers, dass er durch die Springertätigkeit zur Annahme eines schlechteren Dienstvertrages gezwungen werden solle. Eine Regelung dienstrechtlicher Maßnahmen durch Dienstvertrag sei im Hinblick auf den Beschwerdeführer nicht möglich, da er Beamter sei.

In dem durch die oben erwähnte Betriebsvereinbarung neu eingeführten Istzeit-Modell seien die Arbeitsplätze im Zustellbereich der Verwendungsgruppe PT 8, Dienstzulagengruppe A, Code 8722, zugeordnet worden. Beamten im Gesamtzustelldienst bzw. Landzustelldienst sei daher die Möglichkeit offen gestanden, einen Antrag auf Höherverwendung zu stellen. Zur Unterschriftsdisposition sei daher weder die vom Beschwerdeführer genannte Betriebsvereinbarung noch ein verschlechternder Dienstvertrag, sondern ein Antrag auf Höherverwendung gestanden. Ein solcher sei vom Beschwerdeführer nicht unterzeichnet worden.

Im Zuge der Umsetzung der mit der Betriebsvereinbarung eingeführten "Ist-Zeit" sei die Dienstanweisung betreffend "Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst" mit 05.09.2012 in Kraft gesetzt worden. Punkt 4 dieser Dienstanweisung habe gelautet: "Im ersten Schritt werden bei einer Arbeitsplatzvergabe in der Briefzustellung nur Mitarbeiter mit der Codierung 8722 berücksichtigt."

Diese Dienstanweisung sei in den dem Beschwerdeführer anlässlich der Informationsveranstaltung nachweislich übergebenen Unterlagen enthalten gewesen. Es sei ihm daher bereits vor Einführung der Ist-Zeitbestimmungen bekannt gewesen, dass bei der Arbeitsplatzvergabe in der Briefzustellung künftig nur Mitarbeiter mit der Codierung 8722 berücksichtigt würden. Somit habe er seine Entscheidung, keinen Antrag auf Höherverwendung zu stellen, im Wissen getroffen, bei der späteren Arbeitsplatzvergabe nicht berücksichtigt zu werden.

Es liege daher weder eine willkürliche Wegnahme seines Fixrayons noch eine Fürsorgeverpflichtung seitens des Dienstgebers vor.

Ein Verstoß gegen die §§ 38 und 39 BDG liege nicht vor, da der Beschwerdeführer nach wie vor der Zustellbasis XXXX zur Dienstleistung zugewiesen sei. Die Zuweisung eines anderen Zustellbezirks im Bereich dieser Zustellbasis stelle keine Personalmaßnahme im Sinne der §§ 38 und 39 BDG dar.

Der Einwand des Beschwerdeführers, dass alte Mitarbeiter durch die Springertätigkeit in den Vorruhestand getrieben würden, entbehre jeglicher Grundlage, da dem BDG dieser Begriff fremd sei.

Ebenso sei die vom Beschwerdeführer angeführte Analogie zwischen der Tätigkeit eines Richters und der gegenständichen Springertätigkeit unzutreffend. Alle Vorschriften über die Breifzustellung (Zustellgesetz bzw. interne Betriebsvorschriften) würden für alle Zustellrayone im Bundesgebiet gelten. Ebenso sei der Zustellvorgang als solcher (Tischarbeit an der Zustellbasis, Einlegen der Sendungen in die Hausbrieffächer etc.) in jedem Zustellbezirk gleich. Es sei zwar richtig, dass einem Mitarbeiter auf einem neuen Zustellbezirk die die einzelnen Abgabestellen und deren Besonderheiten nicht derart geläufig seien, wie auf einem bereits jahrelang betreuten Zustellbezirk, doch seien die Anschriften nicht ganz fremd, da es im Lauf der Jahre immer wieder zu Mitbesorgungen komme. Ferner würden sich die Zustellbezirke ständig wiederholen, wodurch es angesichts der langjährigen Erfahrung des Beschwerdeführers nach kurzer Zeit zu keiner zusätzlichen geistigen Belastung mehr komme. Darüber hinaus würden auch neu eintretende Zusteller, für die der gesamte Zustellablauf neu sei, mit wechselnden Zustellbezirken zu Recht kommen.

Es stehe fest, dass der Beschwerdeführer als Beamter einen Anspruch auf einen Arbeitsplatz in einer bestimmten Verwendungsgruppe habe, nicht aber auf einen bestimmten Zustellbezirk innerhalb einer Zustellbasis. Auch der Hinweis des Beschwerdeführers, dass er "im SAP über einen fixen Zustellbezirk verfüge" gehe ins Leere. Das SAP-System sei lediglich eine elektronische Unterstützung der Behörde in Fragen der Lohnverrechnung und Personalverwaltung. Rechtsansprüche könnten daraus nicht abgeleitet werden. Auch wenn die Vergabe der Zustellbezirke seinerzeit unter Heranziehung des Dienstalters gehandhabt worden sei, sei diese Zuteilung eine innerbetriebliche Maßnahme, die daher auch nach wirtschaftlichen und unternehmerischen Gesichtspunkten geregelt und den jeweiligen Betriebsanforderungen angepasst werden müsse. Der Umstand, dass anlässlich des Inkrafttretens der IST-Zeit-Betriebsvereinbarung die Vergabe der Arbeitsplätze und in weiterer Folge der einzelnen Zustellbezirke neu geregelt werde, sei von Anfang an bekannt gewesen und die entsprechende Dienstanweisung sei an alle Mitarbeiter im Zustellbereich verteilt worden. Die faktische Umsetzung einer betriebswirtschaftlich notwendigen Dienstanweisung stelle daher allenfalls eine logische Konsequenz, aber keinesfalls Willkür dar.

Der Antrag des Beschwerdeführers, bescheidmäßig darüber abzusprechen, dass die Dienstanweisung vom 05.09.2012

hinsichtlich des Punktes 13 aufzuheben wäre, sei mangels Zuständigkeit der Dienstbehörde zurückzuweisen gewesen. Die Dienstbehörde habe gemäß § 1 Abs. 1 DVG in Angelegenheiten des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zum Bund zu entscheiden. Die Aufhebung einer allgemeinen Dienstanweisung bzw. auch nur eines Punktes derselben wegen behaupteten Fehlens der Gesetzeskonformität, könne nicht Gegenstand eines dienstbehördlichen Verfahrens sein.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer durch seinen anwaltlichen Vertreter fristgerecht Beschwerde, wobei der Bescheid seinem gesamten Umfang nach wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten wurde.

Nach Wiedergabe des Verfahrensganges bzw. des bisherigen Vorbringens des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren wurde ausgeführt, dass die belangte Behörde damit argumentiere, dass der Beschwerdeführer die Betriebsvereinbarung nicht unterschrieben habe. Sie gehe daher von einem falschen Sachverhalt aus. Tatsache sei, dass eine Betriebsvereinbarung geschaffen worden sei, die ein neues Gleitzeitmodell vorsehe und in der die Annahme von Einzelverträgen vorgesehen sei.

Ebenso Tatsache sei, dass eine neue Gleitzeit-Ist-Vereinbarung geschaffen worden sei, welche für jene Zusteller gelte, die die Einzelverträge angenommen hätten. Der Beschwerdeführer habe dies nicht getan, weshalb er als Springer eingesetzt werde. Alle Mitarbeiter, die die Einzelverträge angenommen hätten, befänden sich im Code 8722 und werde allein auf diese die Arbeitsplatzvergabe angewendet, weshalb Zusteller mit Altverträgen gegenüber Zustellern mit Neuverträgen diskriminiert würden. Unrichtig sei auch, dass die Springer Tätigkeit nicht erschwerend wäre. Die belangte Behörde habe schlichtweg jede Ermittlungstätigkeit unterlassen obwohl der Beschwerdeführer Zeugen als Beweise angeboten hätte.

Im vorliegenden Fall habe die belangte Behörde nicht einmal versucht, den Sachverhalt zu ermitteln. Dem Beschwerdeführer sei mit 01.01.2013 sein Fixrayon entzogen worden. Er werde seitdem als Springer eingesetzt. Es sei unrichtig, dass es sich ohnehin um dieselbe Tätigkeit handeln würde und kein Unterschied in den Rayonen vorliege. Die Tätigkeit eines Springers sei aufgrund des ständigen Rayonswechsels nicht nur körperlich mehr belastend sondern auch geistig, weil sich der Zusteller ständig auf die geänderten Rayone einstellen müsse. Jeder Rayon habe bis zu 1300 unterschiedliche Haushalte. Die Briefkästen seien oft in den entlegensten Winkel aufzufinden, was ein Springer alles nicht wisse. Jeden Tag müsse sich der Zusteller auf einen neuen Rayon einstellen. Oftmals bleibe Post von früheren Tagen liegen, da oft der ständige Zusteller seit Tagen krank sei und der Springer die liegen gebliebene Post aufarbeiten müsse. Sobald sich der Springer auf einen Rayon eingestellt habe, werde er schon wieder abgezogen. Alle Mitarbeiter, die den neuen Dienstvertrag nicht unterschrieben hätten und als Springer eingesetzt würden, würden der durch an den Rand ihrer gesundheitlichen Grenzen getrieben. Dies verstoße gegen die guten Sitten, dass Mobbingverbot (§ 43a BDG), jegliche Fürsorgepflicht im Sinne des ABGB und auch gegen das Gleichbehandlungsgebot. Wenn die belangte Behörde einwende, dass sich aus dem BDG nicht ergebe, dass dem Beschwerdeführer ein fixer Rayon zustehe, sei darauf zu verweisen, dass die Rayonsvergabe immer nach dem Alter stattgefunden habe und dabei die unterschiedlichen Beschäftigungsgruppen niemals diskriminiert worden seien.

Die Dienstanweisung vom 05.09.2012 kriminelle die unterschiedlichen Dienstnehmer unsachlich, weshalb deren Anwendung unzulässig sei. Tatsache sei, dass mit dieser Dienstanweisung Mitarbeiter vom Rayonsbewerbungssystem ausgeschlossen und unterschiedliche Mitarbeiter mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten geschaffen würden, was gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße.

Die belangte Behörde habe einseitig ermittelt und sich mit den für den Beschwerdeführer günstigen Sachverhaltselementen nur teilweise und in nicht nachvollziehbarer Weise beschäftigt. Ferner sei der Beschwerdeführer Mandatar, und dürfe gemäß § 65 PBVG nicht diskriminiert bzw. schlechter gestellt werden. Abs. 3 leg. cit. verbiete es, Mitglieder der Personalvertretungsorgane sowie deren Ersatzmitglieder in der Ausübung ihrer Tätigkeit zu beschränken und diese, insbesondere hinsichtlich des Entgelts unter Aufstiegsmöglichkeiten bzw. bei der Leistungsfeststellung und der dienstlichen Laufbahn, zu benachteiligen. Während der Dauer ihrer Funktion dürften sie nur mit Ihrer Zustimmung versetzt oder dienstzugeteilt werden.

Es werde ausdrücklich erklärt, dass eine solche Zustimmung nicht vorliege. Im Gegenteil der Beschwerdeführer habe mehrfach dagegen remonstriert. Darüber hinaus liege auch keine Zustimmung zur Versetzung von der Personalvertretung vor.

Die Rechtsauffassung der belangten Behörde, wonach ein Fall der §§ 38 und 39 BDG nicht vorliege, und es zulässig sei den Beschwerdeführer in einem Zustellpostamt schrankenlos versetzen zu können, sei unrichtig. § 40 BDG lasse eine Verwendungsänderung (Fixrayon auf Springer) rechtlich überhaupt nicht zu, weil die Springertätigkeit nicht gleichwertig sei und der Dienstnehmer seine bezahlte Mittagspause auch nicht mehr erhalte.

In rechtlicher Hinsicht sei ferner auszuführen, dass der Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 06.11.2013 die schriftliche Weisung habe erhalten wollen, dass er als Springer nicht mehr seine Tätigkeit ausüben müsse. Diese schriftliche Weisung habe er nie erhalten, weshalb schon aus diesem Grunde gemäß § 44 Abs. 3 BDG die Weisung als zurückgezogen zu gelten habe. Trotzdem werde der Beschwerdeführer permanent als Springer eingesetzt, obwohl er pausenlos gegen die mündliche Weisung remonstriert und obwohl er das nicht dürfte, zumal keine schriftliche Weisung erteilt werde. Schon aus diesem Grund wären deshalb die Spruchpunkte 1 und 2 in stattgebendem Sinn zu entscheiden gewesen.

Ferner stellte die rechtswidrige Verwendungsänderung vom Fixzusteller zum Springer auch eine Verwendungsänderung im Sinne des § 40 Abs. 3 BDG dar, da der Beschwerdeführer im Gegensatz zu den anderen Mitarbeitern auch keine bezahlte Mittagspause im Sinne des § 48b BDG mehr erhalte. Das bedeute, dass dem Beschwerdeführer kein gleichwertiger Arbeitsplatz (anderer Fixrayon) zur Verfügung gestellt worden sei. Unbeschadet dessen Räume § 18b B-GlBG einen Anspruch auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustandes ein.

Die Dienstanweisung vom 05.09.2012 verstoße gegen das Gleichbehandlungsgebot. Betriebsvereinbarungen, Sozialpläne und (konkludente) Zusagen seien nicht geeignet, öffentlich - rechtliche Ansprüche gegenüber dem Bund wirksam so gestalten bzw. einzuschränken, was aber gemacht werde.

Durch die Dienstanweisung vom 05.09.2012 würden Arbeitnehmer mit derselben Tätigkeit diskriminiert und unterschiedlich behandelt werden. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz dürfe ein Mitarbeiter nicht willkürlich diskriminiert oder schlechter gestellt werden. Im vorliegenden Fall würden laut Punkt 4 der Dienstanweisung vom 05.09.2012 nur mehr Mitarbeiter mit dem Code 8723 bei der Bewerbung zum Rayon zugelassen. Das sei unzulässig, da damit Arbeitnehmer mit Altverträgen von Rayonsvergabesystem ausgeschlossen würden und ihnen der Rayon weggenommen werde.

Eine Versetzung könne nur in den Fällen der §§ 38 und 39 BDG erfolgen. Für ein solches Vorgehen existiere keine Rechtsgrundlage. Im Ergebnis liege eine unsachliche Ungleichbehandlung zwischen den Mitarbeitern mit Altverträgen und jenen mit Neuverträgen, wegen des Gleitzeitmodell gewechselt seien, vor. In Bezug auf die Punkte 1-4 wäre daher den Anträgen des Beschwerdeführers stattzugeben gewesen.

Hinsichtlich des Punktes 5 sei auszuführen, dass die Gesetzwidrigkeit von Verordnung an vom Verfassungsgerichtshof geprüft werde (Art. 139 B-VG bzw. §§ 57- 61a VfGG). Die belangte Behörde hätte - wenn sie nun argumentiere, dass sie zur Aufhebung der Dienstanweisung nicht zuständig sei - einen Antrag auf Aufhebung der Dienstanweisung durch den Verfassungsgerichtshof zu stellen gehabt.

Darüber hinaus legte der Beschwerdeführer nachstehend angeführte Unterlagen vor:

a. Ein Formblatt für einen "Nachtrag zum Dienstvertrag" mit Dienstnehmer auf einen Arbeitsplatz mit dem Code 8722 wechseln können.

b. Eine Betriebsvereinbarung zwischen dem Vorstand Post AG und dem Zentralausschuss der Bediensteten der Post AG vom 05.09.2012 über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie über die Verwendung eines EDV-unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitende Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division "Brief" Post AG .

c. Die Dienstanweisung der österreichischen Post AG, Personalmanagement, vom 05.09.2012.

d. Diverse Medienberichte

e. Schreiben des Beschwerdeführers vom 04.11.2013 bzw. 06.11.2013 (Remonstration).

Es werde daher beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge der Beschwerde stattgeben und feststellen, dass

1) dem Beschwerdeführer ein fixer Zustellarbeitsplatz/Zustellrayon in der Zustellbasis XXXX zu geben sei und er nicht mehr als Springer seine Tätigkeit verrichten müsse, sowie

2) die Anweisung als Springer seine Tätigkeit auszuüben, nicht befolgen zu müssen, sowie

3) die Anwendung der Dienstanweisung vom 05.09.2012 auf in unzulässig sei, sowie

4) eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst bei ihm zu erfolgen habe, sowie

5) die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben sei und ihm ein fixer Rayon zur Verfügung zu stellen sei und er sich auch auf freie Rayone bewerben könne und seine Bewerbung zu berücksichtigen sei, in eventu

6) eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, in eventu

7) den angefochtenen Bescheid in den Spruchpunkten 1-5 zu beheben und zur Verfahrensergänzung und zur neuerlichen Entscheidung an die Behörde 1. Instanz zurückzuverweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Erkenntnis vom 27.06.2017, GZ. W 213 2107149-2/4E, die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, wobei der Spruch der erstinstanzlichen Entscheidung wie folgt modifiziert wurde:

"Ihr Antrag vom 4. Oktober 2014, korrigiert in der Stellungnahme vom 26. Februar 2015, auf bescheidmäßige Feststellung, dass

1. Ihnen ein fixer Zustellarbeitsplatz/Zustellrayon (laut Korrektur) in der Zustellbasis XXXX zu geben ist und Sie nicht mehr als Springer Ihre Tätigkeit verrichten müssen sowie

2. Sie die Anweisung, als Springer Ihre Tätigkeit auszuüben, nicht befolgt müssen, sowie

3. die Anwendung der Dienstanweisung vom 5.September 2012 auf Sie unzulässig ist, sowie

4. eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst bei Ihnen zu erfolgen hat, sowie

5. die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben ist und Ihnen ein fixer Rayon zur Verfügung zu stellen ist und Sie sich auch auf freie Rayone bewerben können und Ihre Bewerbung zu berücksichtigen ist,

wird als unzulässig zurückgewiesen."

Aufgrund einer dagegen erhobenen außerordentlichen Revision hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 03.10.2018 GZ. Ra 2017/12/0089,dieses Erkenntnis hinsichtlich der ersten beiden Spruchpunkte wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben. Im Übrigen wurde die Revision zurückgewiesen. In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass von den ersten zwei Antragspunkten, die sich thematisch beide auf die dem Revisionswerber erteilte Weisung, ab 01.10.2013 als Springer Dienst zu versehen, bezögen, ziele der zu Punkt 2. formulierte Antrag auf die Klärung der diesbezüglichen Befolgungspflicht ab. So begehre der Beschwerdeführer unter dem 2. Antragspunkt eine bescheidmäßige Feststellung (und insofern eine Klärung seiner zukünftigen Rechtsposition) dahingehend, dass er der Anweisung, seine Tätigkeit als Springer auszuüben, nicht Folge leisten müsse.

Weiter führt der Verwaltungsgerichtshof wörtlich aus: "Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit dieses Feststellungsantrages mit der Begründung verneinte, es fehle an einem diesbezüglichen Feststellungsinteresse, verkennt es die Rechtslage.

Das Gericht ging (ohne sich mit dem Vorbringen des Revisionswerbers, es seien nach Remonstration erneut inhaltsgleiche Weisungen erteilt worden, auseinanderzusetzen) davon aus, die an den Revisionswerber ergangene Weisung sei nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt worden. Die Weisung gelte daher als zurückgezogen.

Dabei übersieht das Bundesverwaltungsgericht jedoch, dass im vorliegenden Fall - selbst wenn der Revisionswerber infolge des Eintritts der Zurückziehungsfiktion nicht mehr gehalten war, der Weisung Folge zu leisten - zwecks Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen gleicher Art (siehe VwGH 27.9.2011, 2010/12/0184; 4.2.2009, 2007/12/0062) sowie zur Erreichung eines das rechtliche Interesse des Revisionswerbers abdeckenden Ergebnisses und zwar nicht zuletzt in Anbetracht der durch die Dienstbehörde veranlassten Fortdauer des weisungsgemäßen Verhaltens des Revisionswerbers (vgl. VwGH 17.10.2008, 2007/12/0199) ein entsprechendes Feststellungsinteresse des Revisionswerbers zu bejahen war. Aus diesem Grund wäre jedenfalls eine meritorische Erledigung des zweiten Antragspunktes vorzunehmen gewesen (vgl. VwGH 27.6.2017, Ra 2017/12/0041, und die dort wiedergegebene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes).

Vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung wäre aber auch betreffend den ersten Antragspunkt, der aufgrund

seiner Formulierung mehrere Interpretationsvarianten offenlässt, durch das Verwaltungsgericht vorweg zu klären gewesen, ob der Revisionswerber damit die (insoweit zulässige) bescheidmäßige Feststellung begehrte, dass ihn die Weisung, als Springer tätig zu sein, in Rechten verletze.

Wie die Zulässigkeitsbegründung der Revision zutreffend aufzeigt, kommt die Zurückweisung der Feststellungsanträge des Revisionswerbers im Zusammenhang mit der ihm erteilten Weisung, ab 01.10.2013 als Springer tätig zu sein, mit der Begründung, diese Weisung gelte als zurückgezogen, nicht in Betracht. Der Eintritt der in § 44 Abs. 3 BDG 1979 normierten Zurückziehungsfiktion ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der im Zusammenhang mit der genannten Weisung formulierten Feststellungsbegehren ohne Belang.

Da das Bundesverwaltungsgericht - wie dargelegt - diese Rechtslage verkannte und die zu den Punkten 1. und 2. formulierten Feststellungsanträge des Revisionswerbers zurückwies, belastete es das angefochtene Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Dieses war daher im genannten Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Im Hinblick auf dieses Verfahrensergebnis ist auf die in der Revision weiter aufgeworfene Fragestellung, wie in der vorliegenden Konstellation bei Fehlen einer schriftlichen Wiederholung der Weisung die Erteilung erneuter inhaltsgleicher Weisungen nach erfolgter Remonstration zu beurteilen wäre, nicht näher einzugehen."

Am 01.10.2020 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung statt, in der Beschwerdeführer als Partei einvernommen wurde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und stand bei der österreichischen Post AG (Zustellbasis XXXX) in Verwendung, wo ihm bis 01.10.2013 ein fixer fixen Zustellrayon 9169 (früher Land 16) zugewiesen war. Mit Weisung vom 01.10.2013 wurde verfügt, dass er im Bereich der Zustellbasis XXXX als Springer, ohne fixen Rayon, eingesetzt werde.

Mit Schreiben vom 06.11.2013 brachte der Beschwerdeführer vor, dass er die Betriebsvereinbarung "Ist-Zeit" nicht unterschrieben habe, da es den Mitarbeitern der Post AG seitens der Unternehmensführung freigestellt worden wäre diese zu unterschreiben. Ferner wurde unter Hinweis auf die Zurückziehung Fiktion des § 44 Abs. 3 BDG um Erteilung einer schriftlichen Weisung ersucht. Eine derartige schriftliche Wiederholung ist nicht erfolgt. Ungeachtet dieses Umstandes wurde der Beschwerdeführer tatsächlich im Zeitraum 04.11.2013 bis 01.04.2016 als Springer eingesetzt, wobei er auf bis zu zehn verschiedenen Zustellrayonen eingesetzt wurde.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen konnten unmittelbar auf Grund der Aktenlage bzw. der Aussage des Beschwerdeführers als Partei in der Verhandlung vom 01.10.2019 getroffen werden. Hervorzuheben ist, dass seitens der belangten Behörde auch in der Verhandlung hinsichtlich der dienstlichen Gründe für die verfahrensgegenständliche Weisung lediglich auf die Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen wurde.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Hingegen hat gemäß § 135a Abs. 1 BDG 1979 idf 2013/210, das Bundesverwaltungsgericht unter anderem in Angelegenheiten der §§ 38 und 40 BDG durch einen Senat zu entscheiden. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Gemäß § 135b Abs. 4 leg.cit. wirken bei Senatsentscheidungen betreffend Beamte aus dem PTA-Bereich an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts je ein vom Bundeskanzler als Dienstgebervertreter bzw. ein von der Gewerkschaft der Post- und Fernmeldebediensteten als Dienstnehmervertreter nominierter fachkundiger Laienrichter mit.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles,

die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG,BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

Die §§ 40 und 44 BDG 1979 lauten (auszugsweise):

"Verwendungsänderung

§ 40. (1) Wird der Beamte von seiner bisherigen unbefristeten oder befristeten Verwendung abberufen, so ist ihm gleichzeitig, wenn dies jedoch aus Rücksichten des Dienstes nicht möglich ist, spätestens zwei Monate nach der Abberufung eine neue Verwendung in seiner Dienststelle zuzuweisen. § 112 wird hiedurch nicht berührt.

(2) Die Abberufung des Beamten von seiner bisherigen Verwendung ist einer Versetzung gleichzuhalten, wenn

1. die neue Verwendung der bisherigen Verwendung des Beamten nicht mindestens gleichwertig ist oder

2. durch die neue Verwendung eine Verschlechterung für die Beförderung des Beamten in eine höhere Dienstklasse oder Dienststufe zu erwarten ist oder

3. dem Beamten keine neue Verwendung zugewiesen wird.

(3) Die neue Verwendung ist der bisherigen Verwendung gleichwertig, wenn sie innerhalb derselben Verwendungsgruppe derselben Funktions- oder Dienstzulagengruppe zugeordnet ist.

(4) Abs. 2 gilt nicht

1. für die Zuweisung einer drei Monate nicht übersteigenden vorübergehenden Verwendung, wenn dem Beamten daran anschließend eine der bisherigen Verwendung zumindest gleichwertige Verwendung zugewiesen wird,

2. für die Beendigung der vorläufigen Ausübung einer höheren Verwendung zur Vertretung eines an der Dienstausübung verhinderten oder zur provisorischen Führung der Funktion an Stelle des aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten und

3. für das Enden des Zeitraums einer befristeten Ernennung des Beamten, ohne daß dieser weiterbestellt wird.

Dienstpflichten gegenüber Vorgesetzten

§ 44. (1) Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu unterstützen und ihre Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen. Vorgesetzter ist jeder Organwalter, der mit der Dienst- oder Fachaufsicht über den Beamten betraut ist.

(2) Der Beamte kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt worden ist oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.

(3) Hält der Beamte eine Weisung eines Vorgesetzten aus einem anderen Grund für rechtswidrig, so hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken."

Im vorliegenden Fall begehrte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 04.10.2014, modifiziert in der Stellungnahme vom 26.02.2015, die bescheidmäßige Absprache darüber, dass

1. dem Beschwerdeführer ein fixer Zustellarbeitsplatz in der Zustellbasis XXXX zu geben sei und er nicht mehr als Springer seine Tätigkeit verrichten müsse sowie

2. die Anweisung, der Beschwerdeführer müsse als Springer seine Tätigkeit ausüben, vom Beschwerdeführer nicht befolgt werden müsse, sowie

3. die Anwendung der Dienstanweisung vom 05.09.2012 über den Beschwerdeführer unzulässig sei, sowie

4. eine sofortige Einreihung bei der Vergabe von Arbeitsplätzen im Zustelldienst zu erfolgen habe, sowie

5. die Dienstanweisung vom 05.09.2012 sofort aufzuheben sei und dem Beschwerdeführer ein fixer Rayon zur Verfügung zu stellen sei und auch der Beschwerdeführer sich auf freie Rayone bewerben könne und seine Bewerbung zu berücksichtigen sei.

Im Kern ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die ihm - im September 2013 zu einem nicht mehr eruierbaren Zeitpunkt - erteilte Weisung ab 01.10.2013 bei seiner Zustellbasis XXXX als Springer verwendet zu werden bekämpfen wollte.

Seitens der belangten Behörde wurde diese Vorgangsweise damit begründet, dass der Beschwerdeführer keinen Antrag auf Verwendung auf einem Arbeitsplatz der Wertigkeit PT 8, Dienstzulagengruppe A, Code 8722, gestellt habe. Durch die Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie die Verwendung eines EDV-unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitenden Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division "Brief" der Österreichischen Post AG (Betriebsvereinbarung Ist-Zeit) sei mit 01.09.2012 ein neues Zeiterfassungssystem sowie ein flexibel gestaltetes Normalarbeitszeitmodell im Briefzustelldienst eingeführt worden. Im Rahmen dieser Betriebsvereinbarung könnten Prüfzusteller nur mehr auf Arbeitsplätzen der Wertigkeit PT 8, Dienstzulagengruppe A, Code 8722, eingesetzt werden

Unter "Weisung" ist eine generelle oder individuelle, abstrakte oder konkrete Norm zu verstehen, die an einen oder an eine Gruppe von dem Weisungsgeber untergeordneten Verwaltungsorganwaltern ergeht. Sie ist ein interner Akt im Rahmen der Verwaltungsorganisation. Aus der Ablehnungsregelung nach § 44 Abs. 2 BDG 1979, die inhaltlich Art 20 Abs. 1 letzter Satz B-VG wiederholt, ist abzuleiten, dass in allen sonstigen Fällen eine Weisung - und daher auch eine (aus anderen als in § 44 Abs. 2 BDG 1979 genannten Gründen) gesetzwidrige Weisung - grundsätzlich zu befolgen ist. Für den in Parenthese genannten Fall der "sonstigen Rechtswidrigkeit" einer Weisung enthält allerdings § 44 Abs 3 BDG 1979 folgende Einschränkungen: Zweifelt der Weisungsempfänger an der Rechtmäßigkeit (im obigen Sinn) der ihm erteilten Weisung, hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, seine rechtlichen Bedenken gegen die Weisung mitzuteilen. Dies hat zur Folge, dass bis zur schriftlichen Bestätigung der erteilten Weisung durch den Vorgesetzten keine Pflicht des Beamten zur Befolgung besteht (VwGH, 15.09.2004, GZ. 2001/09/0023).

§ 44 Abs. 3 BDG verpflichtet den Beamten - sofern nicht Gefahr in Verzug ist - VOR Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen; nur dann ist eine Aussetzungswirkung hinsichtlich der Weisung gegeben. Das bedeutet jedenfalls, dass der Beamte die erteilte Weisung nur dann nicht befolgen muss und sich auf die Aussetzungswirkung berufen kann, wenn er seine Bedenken in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend gemacht hat. Im Hinblick den im Anlassfall gegebenen Zeitraum von etwas mehr als vier Wochen zwischen der am 01.10.2013 wirksam gewordenen Weisung und der Remonstration ist davon auszugehen, dass die Aussetzungswirkung im Sinne des § 44 Abs. 3 BDG 1979 eingetreten ist (vgl. VwGH, 26.09.1989, GZ. 88/09/0126).

Der Verwaltungsgerichtshof bejaht in seiner ständigen Rechtsprechung auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Wie er in seinen Erkenntnissen vom 17.10.2008, 2007/12/0049 und 2007/12/0199, mit näherer Begründung klargestellt hat, kann Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, d. h., ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen: Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn die Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die "schlichte" Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 22.05.2012, 2011/12/0170, 2011/12/0171 und 2011/12/0195; 27.02.2014, 2013/12/0159).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Weisung mit 01.10.2013 wirksam geworden ist. Die Remonstration erfolgte mit Schreiben vom 06.11.2013. Im Lichte der oben dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine rechtlichen Bedenken gegen die gegenständliche Weisung in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend gemacht hat. Eine schriftliche Wiederholung dieser Weisung ist nicht erfolgt. Die gegenständliche Weisung ist daher zwar - ungeachtet des Zeitpunkts

ihrer Erteilung - gemäß § 44 Abs. 3 BDG als zurückgezogen zu betrachten, doch wurde der Beschwerdeführer dennoch bis 01.04.2016 als Springer eingesetzt. Ungeachtet eines allfälligen Eintritts der Rückziehungsfiktion des § 44 Abs. 3 BDG war dennoch zu prüfen ob durch den Dienstauftrag der Behörde als Springerdienst zu versehen die Rechtssphäre des Beamten berührt wurde.

Der Begründung des angefochtenen Bescheides bzw. im Vorbringen der belangten Behörde in der Verhandlung vom 01.10.2019 ist zu entnehmen, dass die Vorgangsweise der belangten Behörde darauf abzielte, den Beschwerdeführer dem Dienstzeitregime der Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie die Verwendung eines EDV-unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitenden Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division "Brief" der Österreichischen Post AG (Betriebsvereinbarung Ist-Zeit) vom 05.09.2012 zu unterwerfen.

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 03.10.2018, Ra 2017/12/0091, ausgeführt, dass durch Option in die Betriebsvereinbarung "IST-Zeit" (welche offenkundig Hintergrund der vorliegenden Personalmaßnahme ist) auf die Abänderung der in den §§ 48 ff BDG 1979 vorgesehenen Rechte und Pflichten des Beamten gegenüber dem Bund abgezielt werde. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass im öffentlichen Recht begründete Verpflichtungen durch privatrechtliches Handeln nicht gestaltbar seien. Auch Betriebsvereinbarungen vermögen bei Kollision mit zweiseitig oder absolut zwingenden Gesetzesbestimmungen niemals, bei einseitig zwingendem Gesetz nur bei Günstigkeit durchzudringen. Die durch die Betriebsvereinbarung berührten Bestimmungen der §§ 48 ff BDG 1979 könnten daher durch Betriebsvereinbarung nicht mit Wirksamkeit für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis modifiziert werden.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage erscheint daher die - prinzipiell ohne weiteres zulässige und durch Dienstauftrag anzuordnende - Verwendung des Beschwerdeführers als Springer mit Willkür behaftet, da sie den Abschluss einer gesetzwidrigen Vereinbarung über die Optierung in das IST-Zeit Modell als Maßstab dafür herangezogen hat, ob der Beschwerdeführer seinen bisher inne gehabten Arbeitsplatz mit einem fixen Rayon behalten konnte oder, wie geschehen, er mit der gegenständlichen Weisung künftig als "Springer" in der Personalreserve einsetzt werden sollte.

Die Nichtoption war das wesentliche Begründungselement des bekämpften Bescheides. Daneben konnte kein sachlicher Grund festgestellt werden, dass der weitere Einsatz des Beschwerdeführers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht auch mit einer dem § 48 BDG 1979 entsprechenden Gleitzeitregelung erfolgen hätte können.

Eine derartige Willkür steht sowohl der Befolgungspflicht nach§ 44 Abs. 1 BDG entgegen und begründet auch eine Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Weisung.

Der Beschwerde war daher gemäß § 28 Abs. 1 und zwei VwGVG i.V.m.§ 44 BDG stattzugeben.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Dienstanweisung Ersatzentscheidung Feststellungsantrag Personalvertreter Postbeamter rechtswidrige Weisung Remonstration Springertätigkeit Verwendungsänderung VwGH Weisung Willkür Willkürverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W213.2107149.2.00

Im RIS seit

11.09.2020

Zuletzt aktualisiert am

11.09.2020

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at