

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/6/4 W244 2219048-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.06.2020

## Entscheidungsdatum

04.06.2020

## Norm

BDG 1979 §15b Abs1

BDG 1979 §15b Abs2

BDG 1979 §15b Abs3

B-VG Art133 Abs4

Schwerarbeitsverordnung §1

Schwerarbeitsverordnung §4

VwGVG §14

VwGVG §15

## Spruch

W244 2219048-1/18E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Verena JEDLICZKA-MESSNER als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX vertreten durch RA Dr. Martin RIEDL gegen den durch die Beschwerde vorentscheidung vom 15.04.2019, Zl. BMF-00116548/016-PA-OS/2019, bestätigten Bescheid des Vorstands des Zollamtes XXXX , vertreten durch die Finanzprokurator, vom 25.01.2019, Zl. BMF-00116548/015-PA-OS/2019, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht:

A)

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheids wie folgt abgeändert:

"Auf Ihren Antrag vom 8. August 2018 wird gemäß § 15b Abs. 1 bis 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, festgestellt, dass Sie im Feststellungszeitraum vom 1. November 1999 bis zu dem dem Einlangen Ihres Antrags folgenden Monatsletzte, das ist bis zum 31. August 2018, 93 Schwerarbeitsmonate aufweisen."

II. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 08.08.2018 beantragte der Beschwerdeführer die bescheidmäßige Feststellung der Anzahl seiner Schwerarbeitsmonate.

Mit Bescheid des Vorstands des Zollamtes XXXX vom 25.01.2019 wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Feststellungszeitraum vom 01.11.1999 bis zu dem dem Einlangen seines Antrags folgenden Monatsletzten, das ist bis zum 31.08.2018, 92 Schwerarbeitsmonate aufweise.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schreiben vom 12.02.2019 Beschwerde erhoben. Zusammengefasst wurde in der Beschwerde ausgeführt, dass Urlaub und Krankenstand die Schwerarbeitszeit nicht unterbreche, sondern auch jene Monate als Schwerarbeitsmonate zu qualifizieren seien, in denen ein Urlaub oder ein Krankenstand angefallen seien und (nur) dadurch die anteilig erforderliche Schwerarbeitszeit nicht erbracht werden habe können. Der Beschwerdeführer verwies in diesem Zusammenhang auf § 4 letzter Satz der Schwerarbeitsverordnung und das darin verankerte Ausfallsprinzip. Aus diesem Grund lägen im Feststellungszeitraum mindestens 128 näher aufgelistete Schwerarbeitsmonate vor.

Mit Schreiben vom 11.03.2019 erstattete der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung, in der er die Aufzählung der von ihm als Schwerarbeitsmonate qualifizierten Monate um einen weiteren Monat ergänzte.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.04.2019 wurden die Beschwerde vom 12.02.2019 sowie die Beschwerdeergänzung vom 11.03.2019 als unbegründet abgewiesen. Aus der Eigenschaft des Schicht- und Wechseldienstes bei den Dienstbehörden, denen der Beschwerdeführer vor dem und im Feststellungszeitraum angehörte, ergebe sich nicht automatisch, dass Bedienstete jeden Monat zumindest sechs Nachtdienste geleistet hätten. Es seien von allen Mitarbeitenden regelmäßig auch Monate mit weniger als sechs Nachtdiensten geleistet worden. Daher könne bei einer ex ante-Betrachtung grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass im Falle einer untermonatigen Abwesenheit fiktiv immer ein Schwerarbeitsmonat anzunehmen sei. Auch die Art der Dienstplanerrichtung, wonach Dienstbefreiungen, Dienstenthebungen und geplante gerechtfertigte Abwesenheiten sowie bereits im Vorfeld bekannte krankheitsbedingte Abwesenheiten bereits im Dienstplan berücksichtigt worden seien, zeige, dass der Beschwerdeführer fiktiv keinen Dienst geleistet hätte. Eine Anerkennung dieser fiktiven Dienste würde die anderen Mitarbeitenden, die die Nachtdienste tatsächlich geleisteten hätten und daher durch diese Dienstleistung eventuelle Schwerarbeitsmonate erworben haben, schädigen. Im Umkehrschluss sei der Beschwerdeführer wiederum in anderen Monaten, in denen Mitarbeitende abwesend waren, als deren Vertretung vermehrt zum Dienst eigeteilt worden und habe daher für diese Monate allenfalls Schwerarbeitsmonate erwerben können. Zudem sei aus den Dienstplänen ersichtlich, dass der Beschwerdeführer wie auch andere Mitarbeitende in etlichen Monaten trotz untermonatiger Abwesenheit tatsächlich zumindest sechs Nachtdienste erbracht habe. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum der Beschwerdeführer wiederum in anderen Monaten mit untermonatigen Abwesenheiten Anspruch auf einen Schwerarbeitsmonat habe.

Mit Schreiben vom 30.04.2019 beantragte der Beschwerdeführer, die Beschwerde vom 12.02.2019 sowie die Beschwerdeergänzung vom 11.03.2019 gegen den Bescheid des Vorstands des Zollamtes XXXX vom 25.01.2019 dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Die Beschwerde und der Bezug habende Verwaltungsakt wurden dem Bundesverwaltungsgericht von der belangten Behörde mit Schreiben vom 10.05.2019 vorgelegt.

Mit Schreiben vom 23.12.2019 erstattete die belangte Behörde eine Äußerung samt umfangreichen Beilagen.

Das Bundesverwaltungsgericht führte durch die erkennende Richterin am 14.01.2020 und am 18.05.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der die Parteien und ihre jeweiligen Rechtsvertreter erschienen und in der die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

### II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht seit 01.08.1983 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienststelle ist derzeit das Zollamt XXXX.

Von 01.11.1999 bis 30.09.2013 war der Beschwerdeführer in einen Schicht- und Wechseldienst eingebunden.

In den von der belangten Behörde als Schwerarbeitsmonate qualifizierten Monaten verrichtete der Beschwerdeführer entweder zumindest sechs Nachtdienste oder in diesem Kalendermonat und dem unmittelbar vorangegangenen Kalendermonat wenigstens zwölf Nachtdienste bzw. in diesem Kalendermonat und in den zwei unmittelbar vorangegangenen Kalendermonaten wenigstens 18 Nachtdienste bzw. in diesem Kalendermonat und in den fünf unmittelbar vorangegangenen Kalendermonaten wenigstens 36 Nachtdienste (Durchschnittsbetrachtung).

Im Monat April 2003 verrichtete der Beschwerdeführer sechs Nachtdienste.

In den Monaten März, Juni und August 2000, Juni 2002, August 2003, August 2004, April und Juni 2005, Juni 2006, September und Oktober 2007, Februar, April, Mai, August und Dezember 2008, Jänner, April, Juli, August und September 2009, Jänner, März, April, Juni, Juli, August, September, Oktober und November 2010, März, April, Mai, Juni und Juli 2011 verrichtete der Beschwerdeführer weniger als sechs Nachtdienste. Die Annahme, dass der Beschwerdeführer in diesen Monaten bei einer ex ante-Betrachtung während eines Urlaubs, eines Krankenstandes, eines Kuraufenthaltes oder einer Schulung zusätzliche Nachtdienste verrichtet hätte, könnte nur auf der Grundlage von unsicheren Variablen erfolgen und wäre somit weitgehend spekulativ. Während dieser Arbeitsunterbrechungen bestand die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellung zu den von der Behörde bereits im angefochtenen Bescheid als Schwerarbeitsmonate qualifizierten Monaten beruht auf den vom Beschwerdeführer nicht beanstandeten (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 14.01.2020) Ausführungen im angefochtenen Bescheid, die sich wiederum diesbezüglich auf die im Akt erliegenden Dienstplänen bzw. in Ermangelung derer auf die vom Beschwerdeführer bezogenen Vergütungen für Erschwernisse und Aufwendungen im Nachtdienst nach § 82a GehG 1956 und die Ausgleichsmaßnahmen für besondere Erschwernisse im Nachtdienst nach § 82b GehG 1956 stützen. Das Bundesverwaltungsgericht sah keine Veranlassung, von diesen Feststellungen im angefochtenen Bescheid abzuweichen.

Die Feststellung zum Monat April 2003 beruht auf den im Akt erliegenden Dienstplänen. Die belangte Behörde gestand in der mündlichen Verhandlung diesbezüglich ein Versehen zu (Seite 11 des Verhandlungsprotokolls vom 14.01.2020).

Die Feststellungen betreffend die Monate März, Juni und August 2000, Juni 2002, August 2003, August 2004, April und Juni 2005, Juni 2006, September und Oktober 2007, Februar, April, Mai, August und Dezember 2008, Jänner, April, Juli, August und September 2009, Jänner, März, April, Juni, Juli, August, September, Oktober und November 2010, März, April, Mai, Juni und Juli 2011 beruhen auf den von der belangten Behörde vorgelegten und unbeanstandeten Dienstplänen und dem Vorbringen der Parteien insbesondere in der mündlichen Verhandlung, in der beiden Parteien die Möglichkeit gegeben wurde, zu jedem einzelnen strittigen Monat Stellung zu nehmen. Dazu ist Folgendes auszuführen:

Aufgrund der vorliegenden detaillierten Dienstpläne und des Parteivorbringens in der mündlichen Verhandlung ergibt sich für das Bundesverwaltungsgericht insgesamt das Bild, dass die Zahl der vom Beschwerdeführer geleisteten Nachtdienste wie auch die Zahl der von seinen Kollegen geleisteten Nachtdienste von Monat zu Monat größeren Schwankungen unterlag, die auch unabhängig von Abwesenheitszeiten waren. Dies führte unter anderem dazu, dass in manchen Monaten ohne Abwesenheit weniger als sechs Nachtdienste (so zB April 2000, Oktober 2007, Dezember 2007, Juni 2009) und umgekehrt in manchen Monaten mit relevanten Abwesenheitszeiten sechs oder mehr Nachtdienste (so zB Juli 2000, April 2002, August 2002, April 2003, September 2004, Juli 2005, August 2005, April 2006 oder November 2006) geleistet wurden. Auch waren die Nachtdienste trotz des grundsätzlich geltenden Prinzips der ausgewogenen Verteilung der Dienste nicht in allen Monaten so gleichmäßig auf alle Bediensteten aufgeteilt, dass allenfalls zusätzlich anfallende Nachtdienste eindeutig einem Bediensteten zugeordnet werden könnten (so beispielsweise im August 2009; vgl. dazu Seite 6 des Verhandlungsprotokolls vom 18.05.2020). Darüber hinaus zeigen die vorgelegten Dienstpläne, dass jeder Bedienstete in den hier relevanten Monaten durchschnittlich nur zwischen vier und etwas mehr als fünf Nachtdienste pro Monat zu leisten hatte (vgl. dazu auch die Beilage "Durchschnittsbetrachtung" zur Äußerung der belangten Behörde vom 23.12.2019). Ein Anfall von sechs oder mehr Nachtdiensten kann daher regelmäßig nicht auf einen grundsätzlichen Bedarf, sondern nur auf Verhinderungen eines anderen Bediensteten zurückgeführt werden. Das weitgehend vage Vorbringen des Beschwerdeführers (so zB Seite 5 des Verhandlungsprotokolls vom 14.01.2020), es habe von Seiten des Vorstands der Wunsch bestanden, dass jeder

Nachtdienst von einer Gruppe von drei Bediensteten geleistet würde, findet in den vorgelegten Dienstplänen keine Deckung (vgl. dazu auch Seite 9 des Verhandlungsprotokolls vom 18.05.2020). Im Einzelfall könnte deshalb die Annahme, der Beschwerdeführer hätte während der Abwesenheiten zusätzliche Nachtdienste verrichtet, nur auf der Grundlage von unsicheren Variablen erfolgen und wäre daher weitgehend spekulativ.

Im Übrigen ergeben sich die Feststellungen aus dem Akt in Verbindung mit dem Vorbringen der Parteien und sind soweit unstrittig.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Eine derartige Regelung wird in den einschlägigen Materiengesetzen nicht getroffen, weshalb im gegenständlichen Fall Einzelrichterzuständigkeit vorliegt.

#### 3.2. Zu A) Zur Anzahl der festgestellten Schwerarbeitsmonate:

3.2.1. Die im vorliegenden Fall maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

3.2.1.1. § 15b Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333 idFBGBl. I Nr. 112/2019, lautet auszugsweise wie folgt:

"Versetzung in den Ruhestand durch Erklärung bei Vorliegen von Schwerarbeitszeiten (?Schwerarbeitspension")

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

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

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

(4) - (6) [...]"

3.2.1.2. Auf der Grundlage des § 15b Abs. 2 BDG 1979 ist die Verordnung der Bundesregierung über besondere belastende Berufstätigkeiten, BGBl. II Nr. 105/2006, ergangen, die ihrerseits auf die Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten (Schwerarbeitsverordnung), BGBl. II Nr. 104/2006, verweist. Letztere lautet auszugsweise wie folgt:

"Besonders belastende Berufstätigkeiten

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

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

2. - 6. [...]

[...]

Schwerarbeitsmonat

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

[...]"

3.2.2. Im Monat April 2003 wurden vom Beschwerdeführer, anders als im angefochtenen Bescheid ausgeführt, sechs Nachtdienste geleistet, sodass dieser Monat als Schwerarbeitsmonat zu qualifizieren ist. Der Beschwerde ist daher in diesem Umfang stattzugeben.

3.2.3. Hinsichtlich der weiteren strittigen Monate gehen im vorliegenden Fall beide Parteien in zutreffender Weise davon aus, dass auf der Grundlage des § 4 letzter Satz Schwerarbeitsverordnung Zeiten des Urlaubsverbrauchs oder eines Krankenstandes dann Schwerarbeitszeiten begründen können, wenn während des Urlaubs bzw. Krankenstandes, wäre fiktiv gearbeitet worden, Schwerarbeit geleistet worden wäre (so etwa auch OGH 27.07.2010, 10 ObS 96/10f, betreffend Art. XI des Nachtschwerarbeitsgesetzes). Es wird folglich fingiert, was bei einer ex ante-Sicht während des Urlaubs bzw. Krankenstandes geschehen wäre.

Der Beschwerdeführer bringt auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass er in den Monaten März, Juni und August 2000, Juni 2002, August 2003, August 2004, April und Juni 2005, Juni 2006, September und Oktober 2007, Februar, April, Mai, August und Dezember 2008, Jänner, April, Juli, August und September 2009, Jänner, März, April, Juni, Juli, August, September, Oktober und November 2010, März, April, Mai, Juni und Juli 2011 nur deshalb nicht zumindest sechs Nachtdienste geleistet habe, weil er in diesen Monaten Urlaub konsumiert habe bzw. im Krankenstand, auf Kuraufenthalt oder in einer Schulung gewesen sei. Es müsse daher fingiert werden, dass er in diesen Monaten Schwerarbeit geleistet hätte. Unstrittig ist, dass während dieser Arbeitsunterbrechungen die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiterbestand.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass diese Fiktion nur dann eintreten kann, wenn bei der gebotenen ex ante-Betrachtung Schwerarbeit nicht nur möglicherweise, sondern in hohem Maße wahrscheinlich geleistet worden wäre. Andernfalls könnten auf der Grundlage von Arbeitsunterbrechungen Schwerarbeitsmonate konstruiert werden. Eine solche Auslegung des § 4 letzter Satz Schwerarbeitsverordnung ist dem Verordnungsgeber nicht zuzusinnen.

Die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht hat ergeben, dass nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Beschwerdeführer bei einer ex ante-Betrachtung in den hier strittigen Monaten während eines Urlaubs, eines Krankenstandes, eines Kuraufenthaltes oder einer Schulung zusätzliche Nachtdienste verrichtet hätte, weil die Annahme der Verrichtung solcher Dienste im vorliegenden Fall nur auf der Grundlage von unsicheren Variablen erfolgen könnte und somit weitgehend spekulativ wäre.

Es handelt sich daher bei den hier in Rede stehenden Urlauben, Krankenständen, Kuraufenthalten und Schulungen nicht um Schwerarbeitszeiten begründende Arbeitsunterbrechungen iSd § 4 letzter Satz Schwerarbeitsverordnung, sodass die Beschwerde insoweit als unbegründet abzuweisen war.

3.3. Zu B) Zur Zulässigkeit 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 zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 4 letzter Satz Schwerarbeitsverordnung fehlt.

### **Schlagworte**

Beschwerdevorentscheidung Dienstplan Finanzamt Finanzbeamter Nachtdienst Revision zulässig Schicht - und Wechseldienst Schwerarbeitszeiten Teilstattgebung Vorlageantrag

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W244.2219048.1.00

**Im RIS seit**

06.10.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

06.10.2020

**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)