

TE Bwvg Erkenntnis 2020/10/16 W129 2163950-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.10.2020

Entscheidungsdatum

16.10.2020

Norm

BDG 1979 §38 Abs7
BDG 1979 §40 Abs4 Z2
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §28 Abs5

Spruch

W129 2163950-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter DDr. Markus GERHOLD als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter MR Mag. Agatha STROHMER und Mag. Hans-Christian KRASA als Beisitzer über die Beschwerde von OberstXXXX gegen den Bescheid des Kommandos Logistik vom 07.04.2017, GZ. P618941/71-KdoLog/G1/2017, in der Fassung der Beschwerdeverentscheidung vom 23.06.2017, GZ. P618941/71-KdoLog/G1/2017, betreffend Feststellung der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung, zu Recht:

A)

In Stattgebung der Beschwerde werden der angefochtene Bescheid und die dazu ergangene Beschwerdeverentscheidung gemäß § 38 Abs. 7 und 40 Abs. 4 Z. 2 BDG iVm. § 28 Abs. 1, 2 und 5 VwGVG dahingehend abgeändert, dass

1. Spruchpunkt 1. und 2 der Beschwerdeverentscheidung vom 23.06.2017 dahingehend ergänzt werden, dass festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer mit Stichtag 31.07.2016 – abweichend von seiner Ernennung auf den Arbeitsplatz „Ref logFü & stvG4“ – dauernd auf dem höherwertigen Arbeitsplatz „G4“ (OPINr. XXXX , Pos.Nr. XXXX , MTC XXXX) verwendet wurde und ihm daher eine Verwendungszulage im gesetzlichen Ausmaß gebührt.

2. Spruchpunkt 3 dahingehend abgeändert wird, dass festgestellt wird, dass die Beendigung der höherwertigen Verwendung des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsplatz „G4“ mit Wirkung vom 31.07.2016 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG unzulässig war.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer steht als Beamter des Militärischen Dienstes (Verwendungsgruppe MBO2) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist dem Kommando Logistik zur Dienstleistung zugewiesen.

Mit Schreiben vom 23.06.2016 ersuchte er um bescheidmäßige Feststellung seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung, wobei er auf das Wesentlichste zusammengefasst vorbrachte, dass er seit 2012 die Aufgaben des „G4“ wahrgenommen habe. Es sei unzutreffend, dass die erfolgte Betrauung mit den Aufgaben des G4 als lediglich provisorisch zu erachten sei. Im Sinne der Judikatur des VwGH sei keine bloße Vertretungsfunktion erfüllt worden, sondern sei eine dauernde und unbefristete Betrauung erfolgt. Der nunmehr erfolgten Betrauung einer (namentlich genannten) anderen Person mit den Aufgaben des G4 mit Wirkung 01.08.2016 hätte eine qualifizierte Verwendungsänderung mittels Bescheid vorangehen müssen.

2. Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge den angefochtenen Bescheid, dessen Spruch nachfolgenden Wortlaut hatte:

1. „Sie stehen als Beamter des Militärischen Dienstes in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und sind im Planstellenbereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport bei der Dienststelle Kommando Logistik (KdoLog) auf dem Arbeitsplatz OrgPlanNr. XXXX , PosNr. XXXX „Ref logFü & stvG4“ eingeteilt.

2. Sie sind besoldungsrechtlich in der Verwendungsgruppe M BO 2, Funktionsgruppe 6, Funktionsstufe 3, Gehaltsstufe 14 eingestuft.

3. Die Beendigung Ihrer vorübergehenden höherwertigen Verwendung auf dem Arbeitsplatz „Ltr BetrFü & Ltr Te“ mit Wirkung vom 30.06.2017 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG war zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 2 Abs. 5 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 36 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 38 Abs. 7 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 40 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 85 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 – GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

§ 91 Abs. 1 des des Gehaltsgesetz 1956 – GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

Begründend wurde nach Wiedergabe des verfahrenseinleitenden Antrags und der – aus Sicht der belangten Behörde – für den Beschwerdeführer geltenden Arbeitsplatzbeschreibung ausgeführt, dass dieser Arbeitsplatz gemäß § 147 BDG ordnungsgemäß bewertet und der Verwendungsgruppe MBO 2, Funktionsgruppe 6, zugeordnet sei.

Die Wahrnehmung der Aufgaben des G4 und damit Vertretung bei dessen Abwesenheit liege gemäß dieser Arbeitsplatzbeschreibung im Aufgabenbereich des Ref logFü & stvG4Ling & stvAbtLtr. Dies sei aus oben angeführter Arbeitsplatzbeschreibung ersichtlich und stelle einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsplatzes dar.

Der Beschwerdeführer sei ab 19.01.2009 in bestimmten Zeitabschnitten per Weisung vorläufig mit der Wahrnehmung der Agenden des G4, mit einer für ihn höherwertigen Verwendung, zur Vertretung des an der Ausübung der mit dem Arbeitsplatz verbundenen Agenden verhinderten Beamten betraut worden. Nach Wiedergabe der Arbeitsplatzbeschreibung des Arbeitsplatzes G4 wurde festgestellt, dass dieser der Verwendungsgruppe MBO 1, Funktionsgruppe 3, zugeordnet sei.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aus, dass der Beschwerdeführer die Feststellung seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung beantrage. Laut der Judikatur des VwGH habe der Beamte die Möglichkeit, wenn eine Verwendungsänderung bloß durch Weisung angeordnet werde, bei der zuständigen Dienstbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheides darüber zu beantragen, ob die Personalmaßnahme ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs. 5 BDG 1979 (nunmehr § 38 Abs 7 BDG) zulässig gewesen sei (VwGH 15.011990, 89/12/0248).

Im vorliegenden Fall sei durch die Dienstbehörde zwar keine Verwendungsänderung durch Weisung angeordnet worden, jedoch sei der Beschwerdeführer in bestimmten Zeiträumen ab 19.01.2009 bis zum 31.07.2016 vorübergehend auf dem Arbeitsplatz G4 befristet verwendet worden. Die ausgeführte Judikatur sei auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, es liege somit ein zulässiger Feststellungsantrag vor.

Grundsätzlich gehe der VwGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass im Verständnis der gehaltsrechtlichen Bestimmungen eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz jedenfalls dann in eine "dauernde" Betrauung übergeht, wenn der Beamte die Aufgaben des höherwertigen Arbeitsplatzes länger als sechs Monate durchgehend ausübe. In einem derartigen Fall seien nämlich die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr als gering anzusetzen.

Obige Aussagen könnten laut VwGH auch auf die dienstrechtliche Fragestellung analog angewendet werden. In seinem Erkenntnis vom 21.10.2005, 2005/12/0049, habe der VwGH nämlich ausgesprochen, dass in Ansehung der Übertragung "vorübergehender" Aufgaben an einen Beamten in anderen als den in § 40 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 geregelten Fällen die zur Auslegung der vergleichbaren gehaltsrechtlichen Begriffe in den Erkenntnissen vom 19. September 2003, Zl. 2000/12/0049, und vom 14. Mai 2004, Zl. 2003/12/0137, erstatteten Ausführungen auch auf die dienstrechtliche Seite einer Betrauung zu übertragen seien.

Damit sei freilich noch keine Aussage darüber getroffen, ob der Begriff der "vorläufigen Ausübung einer höheren Verwendung" im ersten bzw. der Begriff der "provisorischen Führung der Funktion" im zweiten Fall des § 40 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 dahingehend auszulegen ist, dass eine "Vorläufigkeit" bzw. eine "provisorische Führung" nicht mehr vorliege, wenn die diesbezügliche Funktion länger als sechs Monate ausgeübt werde.

Dahingehend führe der VwGH aus, die dem Dienstgeber in § 40 Abs. 4 Z. 2 zweiter Fall BDG 1979 übertragene Befugnis, einen Beamten lediglich zur provisorischen Führung der Funktion anstelle eines aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten zu bestellen, bestehe zwar für einen längeren Zeitraum als sechs Monate, jedoch freilich nicht zeitlich unbeschränkt. Diese Befugnis solle offenbar in erster Linie dazu dienen, um während der Dauer der provisorischen Führung der Geschäfte das Verfahren zur neuerlichen dauernden Betrauung eines Beamten mit dieser Funktion abwickeln zu können. Dieses Instrument dürfe jedoch von der Dienstbehörde keinesfalls dazu verwendet werden, derartige Funktionen etwa nach Gutdünken auch für lange (unabsehbare) Zeiträume nur "provisorisch" zu vergeben (VwGH 21.10.2005, 2005/12/0049).

In den Zeiträumen 19.01.2009 bis 31.12.2010 und 01.09.2011 bis 30.09.2012 sei der Arbeitsplatz G4 unbesetzt gewesen, der Beschwerdeführer habe in seiner Arbeitsplatzbeschreibung als erste Nebenaufgabe die Vertretung des G4 festgeschrieben erhalten. Daher sei der Beschwerdeführer nicht dauernd mit dem Arbeitsplatz des G4 betraut worden.

Im Zeitraum 01.11.2012 bis 31.07.2015 sei der Arbeitsplatz G4 mit einem bestimmten (namentlich genannten) Arbeitsplatzinhaber besetzt gewesen. Daher habe der Beschwerdeführer auch nicht davon ausgehen können, dauernd mit dem Arbeitsplatz gewesen zu sein.

Es sei festzuhalten, dass in der Arbeitsplatzbeschreibung des Beschwerdeführers die Verwendung als Vertreter des G4 dargestellt sei. Es liege also in der Natur des Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers, dass er den G4 bei Abwesenheit vertrete. Es müsse der Schluss gezogen werden, dass er auch dann eine Vertretungspflicht zu erfüllen habe, wenn der Arbeitsplatz vorübergehend nicht besetzt sei. Der damit über längeren Zeitraum verbundene Mehraufwand sei auch den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend finanziell abgegolten worden. Die Bestimmung des § 94a Abs. 1 Z 1 lit b GehG besage, dass dem Bediensteten eine ruhegenussfähige Ergänzungszulage zustehe, wenn dieser für einen sechs Monate überschreitenden Zeitraum mit einem Arbeitsplatz betraut sei, ohne darauf dauernd verwendet zu werden. Diese Bestimmung hätte keinen Sinn, wenn die Dienstbehörde einen Bediensteten nicht länger als sechs Monate mit einem Arbeitsplatz betrauen könnte, ohne dass dieser automatisch „dauernd“ damit betraut werde.

Die Judikatur des VwGH besage, dass eine vorübergehende Betrauung mit einem Arbeitsplatz, deshalb in eine „dauernde“ Betrauung übergeht, weil die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr als gering anzusetzen seien. Jedoch seien im gegenständlichen Fall die Belastungen der Vertretung in der Arbeitsplatzbeschreibung des Beschwerdeführers bereits festgeschrieben. Ein stellvertretender Abteilungsleiter müsse bei Ausfall des Leiters, die Abteilung weiterführen. Aufgrund dessen bemesse sich auch das Gehalt des Stellvertreters zu einem guten Teile. Somit müsse es, im Sinne einer teleologischen Auslegung des Gesetzestextes und der Judikatur des VwGH, der Behörde jedenfalls möglich sein, einen Stellvertreter für einen längeren Zeitraum zur „provisorischen Führung der Funktion“ einzuteilen.

Die Behörde vertrete daher die Ansicht, dass durch die Betrauung im oben angeführten Zeitraum, der Beschwerdeführer nicht „dauernd“ mit dem Arbeitsplatz G4 betraut worden sei.

Somit müsse zusammenfassend festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer sowohl gehaltsrechtlich, als auch dienstrechtlich nicht „dauernd“ mit dem Arbeitsplatz „G4“ betraut worden sei und die Bestimmungen des § 40 Abs. 4 Z 2 1. und 2. Fall BDG einschlägig gewesen seien. Die Maßnahme der Dienstbehörde sei somit keiner Versetzung gleichgekommen. Sie hätte daher nicht die Pflicht gehabt, ihn mittels Bescheid von seiner Verwendung abzurufen und ihm einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen.

3. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und brachte auf das Wesentlichste zusammengefasst vor, dass er insgesamt 6 Jahre und 9 Monate in drei Zeiträumen (19.01.2009 bis 31.12.2010, 01.09.2011 bis 30.09.2012 sowie 17.11.2012 bis 31.07.2016) die Aufgaben des G4 wahrgenommen habe. Im Zeitraum 01.01.2011 bis 31.08.2011 sei zwar eine (namentlich genannte) Person als G4 dienstzugeteilt worden, doch sei diese Zuteilung nur auf dem Papier erfolgt. Im Zeitraum 01.10.2012 bis 16.11.2012 habe er zunächst drei Tage lang in seiner Funktion als Stellvertreter die Aufgaben des G4 wahrgenommen, danach sei eine bestimmte (namentlich genannte) Person betraut worden, wobei die Weisung wörtlich gelautet habe: „Wir müssen die vorübergehend höherwertige Verwendung kurz unterbrechen, damit kein Anspruch auf dauerhafte Einteilung/Betrauung besteht! Danach macht Obstlt XXXX [Name des Beschwerdeführers] wieder weiter!“

Diese Maßnahme sei somit gegen den BF persönlich gerichtet gewesen, zudem habe die eingeteilte Person in seiner eigentlichen Funktion als Kommandant einer Heeresmunitionsanstalt eine sechstägige Dienstreise unternommen. Auch dies verdeutliche, dass die Maßnahme gegen den BF gerichtet gewesen sei.

Auch sei diese Vorgangsweise gängige Verwaltungspraxis, welche auf einen Erlass vom 10.12.2014 zurückzuführen sei.

Für den Zeitraum ab 17.11.2012 sei auszuführen, dass von Anfang an nicht klar gewesen sei, ab wann die ab diesem Zeitpunkt eingeteilte Person (Obstlt XXXX) überhaupt die Aufgaben eines G4 wahrnehmen werde. Der Beschwerdeführer habe in weiterer Folge mit mehreren Verlängerungen, faktisch jedoch ununterbrochen bis 31.07.2016 die Aufgaben des G4 wahrnehmen müssen. Mit 01.08.2015 sei der Arbeitsplatz auch durch die Versetzung der – auf dem Papier – betrauten Person vakant geworden. Erst am 01.08.2016 sei nunmehr MjrdG Mag. (FH) XXXX mit den Aufgaben des G4 betraut worden.

Soweit die Behörde ihm vorhalte, dass er den Generalstabskurs nicht absolviert habe, halte er entgegen, dass eine Überstellung in MBO1 zwar nicht möglich sei, aber eine Einteilung auf den Arbeitsplatz eines G4. Er habe insgesamt 6 Jahre und 9 Monate die Aufgaben eines G4 wahrgenommen und habe auch mehrmals Belohnungen erhalten.

Auch wenn die Vertretungstätigkeit für den G4 in seiner Arbeitsplatzbeschreibung enthalten sei, so verkenne die Dienstbehörde, dass die Nebenaufgabe zur ständigen Hauptaufgabe geworden sei. Insgesamt habe die Dienstbehörde 13 Mal seine Betrauung mit den Aufgaben eines G4 verlängert.

4. Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge eine Beschwerdevorentscheidung deren Spruch wie folgt lautete:

„1. Sie stehen als Beamter des Militärischen Dienstes in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und sind im Planstellenbereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport bei der Dienststelle Kommando Logistik (KdoLog) auf dem Arbeitsplatz OrgPlanNr. XXXX , PosNr. XXXX „Ref logFü & stvG4“ eingeteilt.

2. Sie sind besoldungsrechtlich in der Verwendungsgruppe M BO 2, Funktionsgruppe 6, Funktionsstufe 3, Gehaltsstufe 14 eingestuft.

3. Die Beendigung Ihrer vorübergehenden höherwertigen Verwendung auf dem Arbeitsplatz „G4“ mit Wirkung vom 31.07.2016 ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs.7 BDG war zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 2 Abs. 5 des Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, BGBl Nr. 29/1984, in der geltenden Fassung;

§ 36 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 38 Abs. 7 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 40 Abs. 4 des Beamten - Dienstrechtsgesetzes 1979 – BDG 1979, BGBl Nr. 333/1979, in der geltenden Fassung;

§ 85 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 – GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung;

§ 91 Abs. 1 des Gehaltsgesetz 1956 – GehG 1956, BGBl Nr. 54/1956, in der geltenden Fassung.“

In der Begründung wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges und des Beschwerdevorbringens im Wesentlichen die Begründung des bekämpften Bescheides wiederholt. Ergänzend wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer lediglich vorübergehend und nicht dauernd auf dem Arbeitsplatz eines G4 verwendet worden sei. Der Beschwerdeführer habe auch unstrittig die Ernennungsvoraussetzung eines G4 nicht erfüllt, nämlich die Absolvierung des Generalstabskurses. Aufgrund personeller Engpässe sei für die Zentralstelle manchmal eine zeitlich längere und komplexe Planung notwendig. Der Beschwerdeführer habe aufgrund seiner Arbeitsplatzbeschreibung als erste Nebenaufgabe die Vertretung des „G4“ wahrzunehmen, dies gelte auch bei einer vorübergehenden Nichtbesetzung des Arbeitsplatzes.

Die Bestimmung des § 94a Abs 1 Z 1 lit b GehG, wonach eine ruhegenußfähige Ergänzungszulage zustehe, wenn der Bedienstete für einen sechs Monate überschreitenden Zeitraum mit einem Arbeitsplatz betraut sei, ohne damit dauernd verwendet zu werden, hätte keinen Sinn, wenn die Dienstbehörde einen Bediensteten nicht länger als sechs Monate mit einem Arbeitsplatz betrauen könnte, ohne dass der Bedienstete automatisch „dauernd“ damit betraut werde.

5. Mit Schreiben vom 04.07.2017 beantragte der Beschwerdeführer fristgerecht die Vorlage der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und wiederholte insbesondere seine im bisherigen Verfahren vorgetragenen Standpunkte.

Ergänzend brachte er vor, dass seine Arbeitsplatzbeschreibung nur 420 Stunden/Jahr für die Vertretung des Abteilungsleiters vorsehe.

Soweit die Behörde ausführe, dass der Arbeitsplatz in einem bestimmten Zeitraum von ObstdtG XXXX besetzt gewesen sei, entgegne er, dass diese Person zu keinem Zeitpunkt die Aufgaben des G4 wahrgenommen habe.

Auch habe er im Verfahren kein Parteigehör erhalten; erst in der Beschwerde habe er eine ausführliche Stellungnahme abgeben können. Diese Verletzung der Verfahrensvorschriften müsse zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führen.

6. Mit Begleitschreiben vom 11.07.2017 übermittelte die belangte Behörde die Beschwerde sowie die Akten des Verfahrens.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer steht als Beamter des Militärischen Dienstes (Verwendungsgruppe MBO2) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist dem Kommando Logistik zur Dienstleistung zugewiesen.

1.2. Seine Dienststelle ist das Kommando Logistik, wo ihm mit 01.01.2007 der Arbeitsplatz Organisationsplannummer XXXX, Positionsnummer XXXX „Ref logFü & stvG4“ zugewiesen wurde.

1.3. Die Arbeitsplatzbeschreibung dieses Arbeitsplatzes beinhaltet als erste Nebenaufgabe die Vertretung des G4 im Ausmaß von 420 Stunden (von insgesamt 1720 Stunden im Jahr).

1.4. Ab 19.01.2009 wurde der Beschwerdeführer in folgenden Zeitabschnitten per Weisung zur Ausübung des Arbeitsplatzes G4 mit einer für den Beschwerdeführer höherwertigen Verwendung betraut:

19.01.2009 bis 31.12.2010,

01.09.2011 bis 30.09.2012 sowie

17.11.2012 bis 31.07.2016

1.5. Im Zeitraum 01.01.2011 bis 28.08.2011 wurde Obstlt Mag (FH) XXXX auf dem Arbeitsplatz G4 verwendet.

1.6. Im Zeitraum 04.10.2012 bis 16.11.2012 wurde Obst XXXX MSD, Kommandant der Heeresmunitionsanstalt XXXX , als G4 eingeteilt. In diesem Zeitraum befand er sich jedoch an sechs Tagen auf Dienstreise in Westösterreich.

Diese Einteilung des Obst XXXX MSD geht auf folgende Verfügung des zuständigen Vorgesetzten zurück: „Wir müssen die vorübergehend höherwertige Verwendung kurz unterbrechen, damit kein Anspruch auf dauerhafte Einteilung/Betrauung besteht! Danach macht Obstlt XXXX [Anm.: Name des Beschwerdeführers] wieder weiter!“

1.7. Im Zeitraum 17.11.2012 bis 31.07.2015 wurde zwar Obstlt Mag (FH) XXXX auf den Arbeitsplatz des G4 eingeteilt, aufgrund seiner Abwesenheit wurde jedoch der Beschwerdeführer durchgehend auf dem Arbeitsplatz des G4 verwendet.

1.8. Im Zeitraum 01.08.2015 bis 31.07.2016 war die Planstelle des G4 unbesetzt, der Beschwerdeführer wurde durchgehend auf dem Arbeitsplatz des G4 verwendet.

1.9. Ab 01.08.2016 wurde die Planstelle des G4 mit MjrdG Mag. (FH) XXXX besetzt; dieser nahm ab diesem Zeitpunkt auch faktisch die Aufgaben des G4 wahr.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers sowie der unstrittigen Aktenlage.

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.

Gemäß § 135a Abs. 1 BDG 1979 liegt gegenständlich - da es sich (auch) um eine Angelegenheit gemäß § 40 BDG 1979 iVm § 38 BDG 1979 handelt - Senatszuständigkeit vor.

Zu A)

3.2. Soweit durch Weisungen Verwendungsänderungen bzw. Versetzungen verfügt werden, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass dann, wenn eine Verwendungsänderung durch Weisung angeordnet wurde und der betroffene Beamte der Auffassung ist, dass diese Verwendungsänderung einer Versetzung gleichzuhalten ist und daher mit Bescheid zu verfügen gewesen wäre, die Möglichkeit besteht, bei der zuständigen Dienstbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheides über die Frage, ob eine qualifizierte oder lediglich eine schlichte Verwendungsänderung vorliegt, zu beantragen. Unter Bejahung dieses Feststellungsinteresses hat der Verwaltungsgerichtshof ferner im Zusammenhang mit einer Verwendungsänderung das Recht auf bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit eines Dienstauftrages (mit diesem Inhalt) wegen der Subsidiarität dieser Feststellung gegenüber der vorher aufgezeigten Feststellungsmöglichkeit verneint (VwGH, 19.11.2002, 2000/12/0139 bzw. 29.03.2000, 99/12/0323).

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 23.06.2016 zwar dem Wortlaut nach die Erlassung eines Feststellungsbescheides über seine dienst- und besoldungsrechtliche Stellung beantragt. Diese hängt aber davon ab, welcher Arbeitsplatz dem Beschwerdeführer dienstrechtlich wirksam auf Dauer zugewiesen ist. Es ist daher zu prüfen, ob die ab 19.01.2009 mehrfach erfolgte vorübergehende Betrauung des Beschwerdeführers mit dem Arbeitsplatz eines G4 allenfalls in eine dauernde Betrauung übergegangen ist bzw. ob eine Abberufung des Beschwerdeführers ohne Erlassung eines Bescheides nach § 38 BDG zulässig war. Bei diesem Antrag handelt es sich um ein zulässiges Feststellungsinteresse.

3.3. Die belangte Behörde hat daher folgerichtig im Spruch des bekämpften Bescheides auch feststellend über die gebotenen Formerfordernisse der Abberufung des Beschwerdeführers von dem in Rede stehenden Arbeitsplatz abgesprochen.

3.4. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs besteht die dem Dienstgeber in § 40 Abs. 4 Z 2

zweiter Fall BDG 1979 übertragene Befugnis, einen Beamten lediglich zur provisorischen Führung der Funktion anstelle eines aus dieser Funktion ausgeschiedenen Beamten zu bestellen, zwar für einen längeren Zeitraum als sechs Monate, jedoch freilich nicht zeitlich unbeschränkt. Diese Befugnis soll offenbar in erster Linie dazu dienen, um während der Dauer der provisorischen Führung der Geschäfte das Verfahren zur neuerlichen dauernden Betrauung eines Beamten mit dieser Funktion abwickeln zu können. Dieses Instrument darf jedoch von der Dienstbehörde keinesfalls dazu verwendet werden, derartige Funktionen etwa nach Gutdünken auch für lange (unabsehbare) Zeiträume nur "provisorisch" zu vergeben. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof zuletzt ausgesprochen, es sei unzulässig, dass eine seit drei Jahren übertragene Verwendung bloß im Wege einer verwendungsändernden Weisung ohne dauernde Zuweisung einer neuen gleichwertigen Verwendung zu entziehen; vielmehr sei eine bescheidmäßige Verwendungsänderung geboten gewesen (VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0040).

In besoldungsrechtlicher Hinsicht hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass in Ansehung der Abgrenzung zwischen Verwendungszulage nach § 34 GehG 1956 und Verwendungsabgeltung nach § 38 GehG 1956 eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz dann in eine "dauernde" Betrauung (mit Anspruch auf die in § 34 GehG 1956 geregelte Zulage) übergeht, wenn der Beamte die Aufgaben des höherwertigen Arbeitsplatzes länger als sechs Monate durchgehend ausübt. In einem derartigen Fall sind nämlich die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr gering anzusetzen. Selbst eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz, also eine von vornherein gegebene zeitliche Begrenzung der Verwendung, wird dann zu einer "dauerhaften" Betrauung mit diesem Arbeitsplatz im Sinn der gehaltsrechtlichen Bestimmungen, wenn sie einen Zeitraum von sechs Monaten übersteigt (VwGH 18.12.2014, 2011/12/0159, mwN).

3.5. Im vorliegenden Beschwerdefall wurde der Beschwerdeführer mehrfach im Hinblick auf die Abwesenheit des früheren oder aktuellen Arbeitsplatzinhabers gemäß § 40 Abs. 2 Z. 2 zweiter Fall BDG mit dem Arbeitsplatz „G4“ (OPINr. XXXX, Pos.Nr. XXXX, MTC XXXX) betraut.

Nach einer ersten knapp zweijährigen Phase (19.01.2009 bis 31.12.2010) kam es zu einer längeren Unterbrechung von etwa acht Monaten, in denen Obstlt Mag. (FH) XXXX, die Aufgaben des G4 übernahm.

Auf die zweite – dreizehn Monate umfassende – Phase (01.09.2011 bis 30.09.2012) folgte eine lediglich sechs Wochen dauernde Unterbrechung, wobei das Bundesverwaltungsgericht dem Standpunkt des Beschwerdeführers Folge leistet, wonach das primäre Motiv der Unterbrechung darin lag, etwaige dienst- und besoldungsrechtliche Ansprüche des Beschwerdeführers hintanzuhalten. Dies geht zum einen zweifelsfrei aus der Verfügung des Dienstvorgesetzten hervor („Wir müssen die vorübergehend höherwertige Verwendung kurz unterbrechen, damit kein Anspruch auf dauerhafte Einteilung/Betrauung besteht! Danach macht Obstlt XXXX [Anm.: Name des Beschwerdeführers] wieder weiter“), zum anderen bestand offenkundig kein Interesse, den kurzfristig eingeteilten, eigentlich jedoch als Kommandant einer Heeresmunitionsanstalt fungierenden Offizier tatsächlich und dauerhaft als G4 zu verwenden, zumal dieser einen nicht unerheblichen Teil der Dienstzuteilung auf einer längeren Dienstreise in Westösterreich verbrachte. Da diese sechswöchige Phase nicht auf sachliche Überlegungen der Dienstbehörden zurückging und eine dauerhafte Lösung nicht einmal ansatzweise angedacht war, kann sie aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht als Unterbrechung der faktischen Betrauung des Beschwerdeführers mit den Agenden des G4 gewertet werden (vgl. zumindest sinngemäß VwGH 03.10.2018, Ra 2017/12/0091: „Als unsachlich und damit nicht als taugliche Grundlage für eine darauf aufbauende Personalmaßnahme ist eine Organisationsänderung nur dann anzusehen, wenn sie nur den Zweck verfolgt, die betreffende Personalmaßnahme aus unsachlichen Gründen zu setzen bzw. dem Beamten einen Nachteil zuzufügen.“)

Dass in weiterer Folge (17.11.2012 bis 31.07.2015) der Arbeitsplatz des G4 auf dem Papier mit Obstlt Mag. (FH) XXXX besetzt wurde, ändert nichts daran, dass vom ersten Tag an der Beschwerdeführer faktisch die Agenden des G4 wahrzunehmen hatte und aufgrund der Abwesenheit des eigentlichen Arbeitsplatzinhabers somit diesen Arbeitsplatz faktisch inne hatte – naturgemäß auch nach der Versetzung des Obstlt Mag. (FH) XXXX (ab 01.08.2015) bis zum 31.07.2016.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtshofes sind daher zumindest und jedenfalls die Zeiträume zwischen 01.09.2011 und 31.07.2016 zusammenzurechnen, sodass der Beschwerdeführer am Ende dieser Zeiträume beinahe fünf Jahre lang die Aufgaben des G4 faktisch wahrgenommen hatte.

3.6. Im Sinne der (vor allem unter Punkt 3.4.) zitierten Judikatur kann daher keinesfalls mehr gesagt werden, dass fünf Jahre als „vorübergehend“ oder als ledigliches Provisorium zu erachten sind.

Der Beschwerdeführer war zum Stichtag 31.07.2016 dauerhaft mit den Aufgaben des G4 betraut, wobei es keine Rolle spielt, welcher Arbeitsplatz ihm zuvor zugewiesen wurde, sondern lediglich, ob er aufgrund der herrschenden Weisungslage mit höherwertigen Aufgaben betraut war oder nicht (vgl. VwGH 29.03.2012, 2011/12/0145).

Auch wenn der Beschwerdeführer die Ernennungsvoraussetzungen für den Arbeitsplatz eines G4 nicht erfüllt, schließt das für die Zuordnung zu einer Verwendungsgruppe maßgebliche Vorbildungsprinzip es nicht aus, dass auch ein Beamter, der diese Vorbildung nicht aufweist und daher nicht die Ernennungsvoraussetzungen für eine höhere Verwendungsgruppe aufweist, vorübergehend oder auch dauernd mit einem solchen höherwertigen Arbeitsplatz betraut werden kann, wenn der Dienstgeber der Auffassung ist, dass der Beamte die erforderlichen Anforderungen dieser Verwendung (etwa durch Bewährung im provisorischen Dienstverhältnis oder außerhalb eines solchen auf andere Weise, als sie in den Ernennungsvoraussetzungen normiert sind) erfüllen wird (VwGH 24.02.2010, 2009/12/0054).

3.7. Da die in Rede stehende Funktion dem Beschwerdeführer zunächst knapp zwei Jahre (19.01.2009 bis 31.12.2010) und schließlich ab 01.09.2011 für knapp fünf Jahre übertragen wurde, hat diese Verwendung ihren provisorischen Charakter auch im Verständnis der eben zitierten Gesetzesbestimmung jedenfalls zum Stichtag 31.07.2016 verloren. Demnach war es somit unzulässig, dem Beschwerdeführer die ihm seit knapp fünf Jahren übertragene Verwendung bloß im Wege einer verwendungsändernden Weisung ohne dauernde Zuweisung einer neuen gleichwertigen Verwendung zu entziehen. Vielmehr wäre diesfalls eine bescheidförmige Verwendungsänderung geboten gewesen (vgl. VwGH, 16.11.2015, GZ. 2015/12/0040, mwN).

3.8. Der angefochtene Bescheid (in der Fassung der Beschwerdeentscheidung) war daher spruchgemäß abzuändern.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

3.10. 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

Abberufung Arbeitsplatz Beamter Bescheid Beschwerdeentscheidung besoldungsrechtliche Stellung Dauerverwendung dienstrechtliche Stellung Feststellungsantrag Feststellungsinteresse Form höherwertige Verwendung ruhegenussfähige Ergänzungszulage Spruchpunkt - Abänderung Versetzung Vertretung Verwendungsänderung Verwendungszeitraum Verwendungszulage vorübergehende Betrauung Weisung Zuweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W129.2163950.1.00

Im RIS seit

01.02.2021

Zuletzt aktualisiert am

01.02.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at