

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/5/31 W221 2209320-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.05.2021

## Entscheidungsdatum

31.05.2021

## Norm

AVG §8

BDG 1979 §48b

B-VG Art133 Abs4

GehG §16 Abs1

GehG §16 Abs2 Z1

GehG §16 Abs4 Z1 lita

PG 1965 §59 Abs1 Z1

PTSG §17 Abs6

PTSG §17 Abs7

VwGGV §14

## Spruch

W221 2209320-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Daniela URBAN, LL.M. als Einzelrichterin über die Beschwerde des XXXX gegen den Bescheid des Personalamtes Salzburg der Österreichische Post AG, vom 12.02.2018, Zl. 0060-099677-2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.09.2020 zu Recht:

A)

A.I.) Die Spruchpunkte I. 1) a) und b), 2), 3) a) und 4) sowie II. des angefochtenen Bescheides werden ersatzlos behoben.

A.II.) Festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 13.10.2013 sowie vom 01.01.2013 bis 29.02.2016 an 497 Arbeitstagen insgesamt 248,5 Stunden an Mehrdienstleistungen erbracht hat, wofür ihm eine Überstundenvergütung gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 GehG 1956 in der Höhe von € 4.415,17 gebührt.

A.III.) Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt I. 3) b) des angefochtenen Bescheides stattgegeben und festgestellt, dass die unter A.II.) festgestellte Überstundenvergütung gemäß § 59 Abs. 1 Z 1 PG 1965 eine anspruchsbegründende Nebengebühr ist.

B)

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

## **Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer stellte am 15.01.2013 einen Antrag auf Feststellung, wonach ihm die halbstündige Ruhepause gemäß § 48b BDG auf seine Dienstzeit anzurechnen sei.

Mit Schreiben vom 08.09.2013 präzisierte der Beschwerdeführer über Aufforderung der belangten Behörde seinen Antrag dahingehend, dass er das Gleitzeitmodell nicht angenommen habe und ihm eine Dienstzeit von 06:10 bis 14:40 Uhr vorgeschrieben worden sei. Der Beschwerdeführer habe nach sechs Stunden eine Pause von 30 Minuten zu konsumieren, die nicht in die Arbeitszeit eingerechnet werde. Begehrt werde daher, dass die halbstündige Pause ab 01.01.2013 gemäß § 48b BDG in die Dienstzeit anzurechnen sei und es sich um Mehrdienstleistungen handle, die gemäß § 49 Abs. 4 leg.cit. abzugelten seien.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 16.07.2015 wurde der Antrag abgewiesen.

Aufgrund der rechtzeitig erhobenen Beschwerde wurde der angefochtene Bescheid mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.09.2015, W106 2114673-1, behoben und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverwiesen. In diesem Zurückverweisungsbeschluss führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass kein Zweifel bestehe, dass die Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 Teil der Dienstzeit und somit auf die Tagesdienstzeit anzurechnen sei. Die Frage der Gebührlichkeit konkreter Mehrdienstleistungen sei im Rahmen des Feststellungsverfahrens zu klären. Der belangten Behörde wurde aufgetragen, im fortgesetzten Verfahren in Bindung an die Rechtsansicht, dass die Ruhepause auf die Dienstzeit anzurechnen ist, zu ermitteln, in welchem zeitlichen Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm abzugelten sind.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.03.2016, Ra 2015/12/0056 ua., wurde die dagegen von der belangten Behörde erhobene Amtsrevision, als unzulässig zurückgewiesen.

Die belangte Behörde gewährte dem Beschwerdeführer im fortgesetzten Verfahren Parteiengehör.

Am 10.11.2017 erhob der Beschwerdeführer bezüglich seines Antrages eine Säumnisbeschwerde.

Mit Bescheid vom 12.02.2018 wurde in Spruchpunkt I. über die Anträge des Beschwerdeführers abgesprochen und festgestellt, dass er keine Mehrdienstleistungen erbracht habe. Das Säumnisbeschwerdeverfahren wurde eingestellt. Unter Spruchpunkt II. wurde festgestellt, dass die Österreichische Post AG dem Bund keinen aus Mehrdienstleistungen des Antragstellers betreffend § 48b BDG 1979 resultierenden Aufwand der Aktivbezüge und keinen Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwandes zu ersetzen habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde.

Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde samt den Verwaltungsakten am 12.11.2018 vor.

Am 16.09.2020 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der den Parteien Gelegenheit gegeben wurde, zum Sachverhalt und den Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 30.09.2020 beantragte die belangte Behörde die Berichtigung des Protokolls hinsichtlich zwei Rechtschreibfehlern, erhob jedoch keine Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Niederschrift iSd § 17 VwGVG iVm § 14 Abs. 3 AVG.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer ist Beamter bei der Österreichischen Post AG. Seit März 2019 ist er im Innendienst beschäftigt.

Der Beschwerdeführer war vom 01.01.2013 bis zum 29.02.2016 als Zusteller tätig.

In der Zeit vom 02.01.2013 bis 29.02.2016 hatte der Beschwerdeführer in einem fixen Dienstplan als Zusteller eine tägliche Dienstzeit von 8,5 Stunden zu leisten. Die 30-minütige Mittagspause war weder in der Sollzeit noch in der Darstellung der geleisteten Arbeitszeit (IST-Zeit) berücksichtigt. Die sich aus der fixen Dienstzeit ergebende Zeit wurde um die Zeit der Ruhepause von 30 Minuten reduziert.

Die gegenständliche Dienstanweisung vom 13.12.2012 lautet auszugsweise:

„1. [...] An Tagen, an denen die tatsächliche Tagesdienstzeit sechs Stunden überschreitet, ist nach spätestens sechs Stunden Dienstzeit eine Ruhepause im Gesamtausmaß von mindestens 30 Minuten einzuhalten. [...]

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

Im Konkreten hat der Beschwerdeführer von Jänner 2013 bis Ende Juni 2013 an insgesamt 87 Tagen gearbeitet und jeweils eine halbe Stunde Mittagspause, die nicht in die Arbeitszeit eingerechnet wurde, gehalten.

Die Grundvergütung für Jänner 2013 bis Juni 2013 beträgt € 11,19.

Des Weiteren hat der Beschwerdeführer von Juli 2013 bis Ende Juni 2014 an insgesamt 83 Tagen gearbeitet und jeweils eine halbe Stunde Mittagspause, die nicht in die Arbeitszeit eingerechnet wurde, gehalten.

Die Grundvergütung für Juli 2013 bis Juni 2014 beträgt € 11,49.

Des Weiteren hat der Beschwerdeführer von Juli 2014 bis Ende Juni 2015 an insgesamt 204 Tagen gearbeitet und jeweils eine halbe Stunde Mittagspause, die nicht in die Arbeitszeit eingerechnet wurde, gehalten.

Am 12.12.2014 war der Beschwerdeführer in der Zeit von 06:02 Uhr bis 12:06 Uhr dienststanwesend, somit 6 Stunden und 4 Minuten. In dieser Zeit hat er drei Pausen im Ausmaß von insgesamt 30 Minuten gehalten. Von 12:06 bis 14:40 Uhr konsumierte der Beschwerdeführer Zeitausgleich von seinem Überstundenguthaben, sohin verbrauchte er 2 Stunden und 34 Minuten. Die Behörde rechnete ihm dafür ein Plus in seinem Saldo von 0,01 an, was sechs Minuten entspricht.

Am 26.03.2015 war der Beschwerdeführer in der Zeit von 06:00 Uhr bis 12:26 Uhr dienststanwesend, somit 6 Stunden und 26 Minuten. In dieser Zeit hat er zwei Pausen im Ausmaß von insgesamt 30 Minuten gehalten. Von seinem Zeitguthaben wurde ihm ein Saldo von 2,23 abgezogen, was zwei Stunden und 14 Minuten entspricht.

Die Grundvergütung für Juli 2014 bis Juni 2015 beträgt € 12,02.

Des Weiteren hat der Beschwerdeführer von Juli 2015 bis Ende Februar 2016 an insgesamt 123 Tagen gearbeitet und jeweils eine halbe Stunde Mittagspause, die nicht in die Arbeitszeit eingerechnet wurde, gehalten.

Am 16.07.2015 war der Beschwerdeführer in der Zeit von 06:00 Uhr bis 12:36 Uhr dienststanwesend, somit 6 Stunden und 36 Minuten. In dieser Zeit hat er drei Pausen im Ausmaß von insgesamt 29 Minuten gehalten. Von 12:36 bis 14:40 Uhr konsumierte der Beschwerdeführer Zeitausgleich von seinem Überstundenguthaben, sohin verbrauchte er 2 Stunden und 4 Minuten.

Am 22.12.2015 war der Beschwerdeführer in der Zeit von 06:00 Uhr bis 09:30 Uhr sowie von 11:30 Uhr bis 17:14 Uhr dienststanwesend, somit 9 Stunden und 14 Minuten. In dieser Zeit hat er eine Pause im Ausmaß von 30 Minuten gehalten. Von 09:30 bis 11:30 Uhr war der Beschwerdeführer aufgrund eines Arztbesuches nicht im Dienst. Dem Beschwerdeführer wurde für diesen Tag eine genehmigte Mehrarbeit im Ausmaß von 2,57 angerechnet, was 2 Stunden und 34 Minuten entspricht.

Die Grundvergütung für Juli 2015 bis Februar 2016 beträgt € 12,25.

Die vom Beschwerdeführer erhobene und mit 10.11.2017 datierte Säumnisbeschwerde wurde per Post an die belangte Behörde übermittelt und langte am 13.11.2017 bei der Dienstbehörde ein.

Die belangte Behörde erließ den hier angefochtenen Bescheid, mit dem in den Spruchpunkten I.) 1) a) und b), 2), 4) über die erhobene Säumnisbeschwerde abgesprochen wird, am 14.02.2018.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt in Verbindung mit dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung.

Die im Jahr 2013 geleisteten Arbeitszeiten samt Mittagspausen sind unstrittig und ergeben sich sowohl aus den vorgelegten Unterlagen des Beschwerdeführers als auch jenen der Behörde. Der von der Behörde in ihrer Liste (Beilage 1 zum Protokoll) wegen Krankenstand/Dienstunfall nicht erfasste 12.07.2013 (vgl. auch Beilage 2 zum Protokoll) wurde vom Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung nicht geltend gemacht und kommt auch in seiner Liste (Beilage 6 zum Protokoll) nicht vor.

Die im Jahr 2014 geleisteten Arbeitszeiten samt Mittagspausen sind bis auf den 12.12.2014 unstrittig und ergeben sich sowohl aus den vorgelegten Unterlagen des Beschwerdeführers als auch jenen der Behörde.

Die im Jahr 2015 geleisteten Arbeitszeiten samt Mittagspausen sind bis auf den 26.03.2015, 16.07.2015 und 22.12.2015 unstrittig und ergeben sich sowohl aus den vorgelegten Unterlagen des Beschwerdeführers als auch jenen der Behörde.

Ein weiterer Unterschied in den in der Verhandlung vorgelegten Listen der Behörde (Beilage 1 zum Protokoll) und des Beschwerdeführers (Beilage 6 zum Protokoll) findet sich im Mai 2015 (17 gegenüber 18 Zustelltagen). Da aber die Aufstellung der Arbeitstage im Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 01.09.2020 für Mai 2015 mit jener der Behörde übereinstimmt (nämlich 17 Zustelltage), ist davon auszugehen, dass es sich bei den angeführten 18 Zustelltagen im in der Verhandlung vorgelegten handschriftlichen Dokument des Beschwerdeführers (Beilage 6 zum Protokoll) um einen schlichten Schreibfehler handelt.

Zu den strittigen Tagen 12.12.2014, 26.03.2015, 16.07.2015 und 22.12.2015 ist Folgendes auszuführen:

Die Angaben zu den Anwesenheiten, Pausen, Zeitausgleich und Zeitguthaben ergeben sich aus den unstrittigen Zeitrachweisen.

Aus den Aufzeichnungen ergibt sich im konkreten, dass der Beschwerdeführer am 12.12.2014 6 Stunden und 4 Minuten dienststanwesend war und 30 Minuten Pause gehalten hat. In weiterer Folge konsumierte der Beschwerdeführer an diesem Tag Zeitausgleich von seinem Überstundenguthaben und verbrauchte dafür 2 Stunden und 34 Minuten. Dies entspricht insgesamt einem Zeitsaldo von 8 Stunden und 38 Minuten ohne der 30-minütigen Pause. Da ihm die Behörde dafür bloß ein Plus von sechs Minuten für sein Zeitsaldo angerechnet hat, ergibt sich daraus, dass auch an einem solchen Tag, an dem Zeitausgleich konsumiert wurde, der Arbeitstag im System mit 8,5 Stunden hinterlegt wurde, sodass der Beschwerdeführer, um auf ein ausgeglichenes Zeitsaldo zu kommen, entsprechend Stunden aus seinem Überstundenguthaben verbrauchen musste. Die 30-minütige Pause wurde somit nicht in die Arbeitszeit eingerechnet und ist daher als Mehrdienstleistung festzustellen. Dasselbe trifft auf den 16.07.2015 zu, an dem der Beschwerdeführer 6 Stunden und 36 Minuten dienststanwesend war und 29 Minuten Pause gehalten hat. Um auf ein ausgeglichenes Zeitsaldo zu kommen, musste der Beschwerdeführer zwei Stunden und vier Minuten seines Überstundenguthaben als Zeitausgleich konsumieren. Die 30-minütige Pause wurde somit nicht in die Arbeitszeit eingerechnet und ist daher als Mehrdienstleistung festzustellen.

Ähnliches trifft auf den 26.03.2015 zu, an dem der Beschwerdeführer 6 Stunden und 26 Minuten dienststanwesend war und 30 Minuten gehalten hat. An diesem Tag wurde ihm von seinem Zeitguthaben ein Saldo von zwei Stunden und 14 Minuten abgezogen. Daraus ist erkennbar, dass auch dieser Arbeitstag im System mit 8,5 Stunden im System hinterlegt war. Die 30-minütige Pause wurde somit nicht in die Arbeitszeit eingerechnet und ist daher als Mehrdienstleistung festzustellen.

Am 22.12.2015 war der Beschwerdeführer in der Zeit von 06:00 Uhr bis 09:30 Uhr sowie von 11:30 Uhr bis 17:14 Uhr dienststanwesend, somit 9 Stunden und 14 Minuten. In dieser Zeit hat er eine Pause im Ausmaß von 30 Minuten gehalten. Darüber hinaus war er zwei Stunden auf einem Arztbesuch, der ebenfalls in die Dienstzeit fällt. Dem Beschwerdeführer wurden für diesen Tag jedoch nur 2 Stunden und 34 Minuten als genehmigte Mehrarbeit angerechnet. Die 30-minütige Pause wurde somit nicht in die Arbeitszeit eingerechnet und ist daher als Mehrdienstleistung festzustellen.

Die Höhe der Grundvergütung ergibt sich aus den für jeden Monat vorgelegten Gehaltszetteln und der darauf befindlichen Rubrik „ÜberStd.Grundlohn zum Monatsletzen“.

Das Einlangen der Säumnisbeschwerde bei der belangten Behörde per Post am 13.11.2017 ergibt sich aus dem

Vorbringen des Behördenvertreters in der mündlichen Verhandlung und dem Eingangsstempel. Die Erlassung des Bescheides am 14.02.2018 ergibt sich aus dem im Akt befindlichen Zustellnachweis, der die persönliche Übernahme des Bescheides durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 14.02.2018 bestätigt.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

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

Zu A)

Zu A.I.)

Die Behörde hat den Bescheid binnen drei Monaten ab Einbringung der Säumnisbeschwerde nachzuholen. Die Frist ist nur dann gewahrt, wenn die Entscheidung der Behörde binnen drei Monaten erlassen (dh. mündlich verkündet oder zugestellt, vgl. § 62 Abs. 1 AVG) wird (vgl. Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, § 16 K 3).

Die Säumnisbeschwerde des Beschwerdeführers langte bei der Dienstbehörde am 13.11.2017 ein. Die dreimonatige Frist zur Bescheiderlassung (Zustellung der Bescheide) endete daher am 13.02.2018.

Die belangte Behörde hat somit mit der erst am 14.02.2018 nachweislich (mit RSb) erfolgten Zustellung des Bescheides vom 12.02.2018, Zl. 0060-099677-2015, an den Vertreter des Beschwerdeführers den Bescheid nicht fristgerecht nachgeholt und erlassen. Auf das Bescheiddatum kommt es demgegenüber nicht an, weil ein Bescheid erst mit Zustellung an eine der Parteien erlassen ist.

Die Spruchpunkte I. 1) a) und b) sowie 2) des angefochtenen Bescheides sind daher infolge Unzuständigkeit der Behörde mit Rechtswidrigkeit behaftet und ersatzlos zu beheben.

Da die belangte Behörde den Bescheid nicht fristgerecht nachgeholt hat, war sie auch nicht berechtigt unter Spruchpunkt I. 4) das Säumnisbeschwerdeverfahren einzustellen, weshalb auch dieser Spruchpunkt ersatzlos zu beheben ist.

Die Zuständigkeit zur Sachentscheidung über den Antrag vom 15.01.2013 ist daher nun auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen (vgl. dazu gleich unter A.II.).

Zu Spruchpunkt I. 3) a) des angefochtenen Bescheides:

Eine Beschwerdevorentscheidung gemäß § 14 VwGVG soll nur in Verfahren über Bescheidbeschwerden stattfinden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 14 VwGVG und aus den diesbezüglichen Erläuterungen (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren 2 [2018] § 14 VwGVG Anm. 4).

Die belangte Behörde war daher nicht berechtigt, die Säumnisbeschwerde mit Spruchpunkt I. 3) a) zurückzuweisen, sodass auch dieser Spruchpunkt wegen Unzuständigkeit der Behörde ersatzlos zu beheben ist.

Der in dieser Säumnisbeschwerde erstmalig gestellte Antrag wurde im Bescheid unter Spruchpunkt I. 3) b) abgewiesen (vgl. dazu gleich unter A.III.).

Zu Spruchpunkt II.) des angefochtenen Bescheides:

Eine bestimmte Person ist nur als Partei zu qualifizieren, wenn sie vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses an der Sache beteiligt ist, wenn sie also durch den zu erlassenden Bescheid in ihren Rechten im Sinne des § 8 AVG verletzt werden kann. Das bedeutet, dass die rechtswidrige Behandlung einer Person als Partei keinesfalls deren Parteistellung begründen kann (Hengstschläger/Leeb, AVG, § 8 Rz. 20).

Ein spruchmäßiges Berücksichtigen einer Nichtpartei oder ein Zustellen des Bescheides an eine Nichtpartei lässt eine Parteistellung nicht entstehen (vgl. VwGH 29.09.1993, 92/03/0084).

Wenn das Personalamt der Post AG vermeint, in § 17 Abs. 6 und 7 PTSG eine Rechtsgrundlage zu erblicken, einen öffentlich-rechtlichen Bescheid an die Post AG auszustellen und den Bund zu belasten, ohne diesen ins Verfahren einzubinden, und um die gesetzliche Verpflichtung der Abgeltung von zeitlichen Mehrleistungen zu umgehen, ist darauf zu verweisen, dass Feststellungsbescheide grundsätzlich eine Rechtsgrundlage erfordern. Bloß wirtschaftliche Interessen rechtfertigen einen derartigen Bescheid jedoch nicht. Darüber hinaus stellt die zitierte Rechtsgrundlage

keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch, sondern eine lediglich vermögensrechtliche Refundierung dar. Die Parteistellung der Österreichischen Post AG war mangels eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs zu verneinen. Der Umstand, dass die Behörde der Post AG ihren Bescheid auch der juristischen Person Post AG in ihrer Unternehmensform zugestellt hat, ändert nichts an deren fehlendem Anspruch in einem Verwaltungsverfahren aus § 17 Abs. 6 und 7 PTSG einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf Refundierung zu erhalten.

Aufgrund der zitierten Bestimmung des PTSG hat die Post AG dem Bund den Aufwand der Aktivbezüge ohne Pensionsaufwand zu ersetzen. Eine behördliche Festsetzung der bereits aus dem Gesetz abzuleitenden Verpflichtung ist nicht vorgesehen. Zur budgetären Planung hat das Unternehmen dem Bund Daten zu übermitteln, nicht jedoch als Dienstbehörde über die dem Bund zu ersetzenden Aktivbezüge zu entscheiden. Dass die hier maßgeblichen Nebengebühren für die Mehrleistungen bereits zu den Aktivbezügen zu zählen sind und dem Bund zu ersetzen sind, ist in § 17 Abs. 6a Z1 PTSG geregelt und bedarf keiner Klärung in einem behördlichen Verfahren. Zwar ist ein Bescheidverfahren auch im Fall von Ersatzleistungen dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht fremd (vgl. § 56 Pensionsgesetz, § 308 und 311 ASVG), dies muss aber aus der jeweiligen Rechtsgrundlage oder aufgrund eines rechtlichen Interesses ableitbar sein. Ein solches ist wie bereits dargelegt aufgrund hinreichender alternativer Feststellbarkeit der Aktivbezüge nicht gegeben.

Dem Unternehmen obliegt die Bemessung, Berechnung, Zahlbarstellung und die Ersatzleistung der Bezüge. Das Personalamt kann aufgrund eines strittigen Bezugsbestandteils diesen in einem Bescheid feststellen, nicht jedoch dessen Ersatzleistung an den Bund.

Das Personalamt Salzburg der österreichischen Post AG war nicht zuständig, über einen Ersatzanspruch des Bundes gegen die Post AG zu entscheiden. Es handelt sich bei der herangezogenen Bestimmung des § 17 Abs. 6 und Abs. 7 PTSG um eine bereicherungsrechtliche und nicht um eine dienstrechtliche Regelung. Die Zuständigkeit des Personalamtes Klagenfurt der österreichischen Post AG, den Bund in einem Ersatzverfahren gegen die Post AG behördlich zu vertreten ist zu verneinen, auch wenn das Personalamt als Bundesbehörde zu qualifizieren ist.

War die belangte Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht zuständig, so hat das Verwaltungsgericht mit einer ersatzlosen Aufhebung vorzugehen.

Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides ist daher ersatzlos zu beheben.

Zu A.II.)

Die Säumnisbeschwerde ist zulässig, weil die Behörde nicht innerhalb von sechs Monaten entschieden hat und auch nicht hervorgekommen ist, dass die Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers oder durch unüberwindliche Hindernisse verursacht war, weshalb von einer durch die Behörde zu verantwortenden Untätigkeit auszugehen ist, welche die Kriterien des „überwiegenden Verschuldens“ erfüllen.

Die Zuständigkeit zur Sachentscheidung über den Antrag vom 15.01.2013 ist daher nun auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.09.2015, W106 2114673-1, wurde der im ersten Rechtsgang erlassene Bescheid aufgehoben und an die belangte Behörde zurückverwiesen. In diesem Zurückverweisungsbeschluss führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass kein Zweifel bestehe, dass die Ruhepause gemäß § 48b BDG 1979 Teil der Dienstzeit und somit auf die Tagesdienstzeit anzurechnen sei. Die Frage der Gebührlichkeit konkreter Mehrdienstleistungen sei im Rahmen des Feststellungsverfahrens zu klären. Der belangten Behörde wurde aufgetragen, im fortgesetzten Verfahren in Bindung an die Rechtsansicht, dass die Ruhepause auf die Dienstzeit anzurechnen ist, zu ermitteln, in welchem zeitlichen Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm abzugelten sind.

An die Rechtsansicht in diesem Beschluss ist sowohl die Behörde als auch das Bundesverwaltungsgericht im zweiten Rechtsgang gebunden (vgl. § 28 Abs. 3 letzter Satz VwGVG und VwGH 16.12.2015, Ra 2015/21/0166).

Inhaltlich erstreckt sich die Bindung an die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichtes auf die die Aufhebung tragenden Gründe und die für die Behebung maßgebliche Rechtsansicht (vgl. VwGH 13.09.2016, Ko 2016/03/0008, und 21.01.2016, Ra 2015/12/0048, jeweils mwN). Die Bindung setzt insbesondere voraus, dass keine (die objektiven Grenzen der Rechtskraft überschreitende) wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten ist (VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0034).

Gleichzeitig erwerben die (begünstigten) Parteien des Verfahrens durch den kassatorischen Beschluss einen subjektiv-öffentlichen Rechtsanspruch darauf, dass die belangte Behörde in Bindung an die rechtliche Beurteilung des VwGH ihre Ersatzentscheidung trifft. Umgekehrt folgt aus der ausnahmsweisen Rechtskraftfähigkeit dieser Begründungselemente, dass eine Partei, welche die Bindungswirkung der (für sie ungünstigen) tragenden Gründe verhindern will, bereits den Zurückverweisungsbeschluss im Rechtsmittelweg bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts bekämpfen (können) muss (vgl. VwGH 23.10.2014, 2014/07/0039). Eine Bekämpfung der (Sach-)Entscheidung im fortgesetzten Verfahren wegen Rechtswidrigkeit dieser Gründe ist nicht mehr möglich. Der belangten Behörde, welche die Überbindung einer unrichtigen Rechtsansicht hintanhaltend will, steht ohnedies die (Amts-)Revision gem. Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG zur Verfügung (vgl. Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG §28 VwGVG, Rz 134 ff. [Stand 15.2.2017, rdb.at]).

Im vorliegenden Fall ist keine Änderung der Sach- und/oder Rechtslage eingetreten. Die belangte Behörde unternimmt lediglich den Versuch, eine andere Rechtsansicht anzuführen, indem sie zwischen BDG-Pause und DA-Pause unterscheidet, was jedoch vor dem Hintergrund der erwähnten Bindungswirkung ins Leere geht.

Von der Amtsrevision hat die belangte Behörde Gebrauch gemacht, welche mit Beschluss des VwGH vom 23.03.2016, Ra 2015/12/0056 ua., als unzulässig zurückgewiesen wurde. In diesem Beschluss wurde klar ausgeführt, dass Ruhepausen sehr wohl zur Dienstzeit im Verständnis des § 48 BDG 1979 zählen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mittlerweile auch einem ähnlich gelagerten Fall in seinem Beschluss vom 08.03.2018, Ra 2017/12/0133, festgehalten, dass der belangten Behörde in Bindung an diese rechtliche Beurteilung ausschließlich die Ermittlung des Ausmaßes der geleisteten Mehrdienstleistungen des Mitbeteiligten blieb.

Es ist daher dem Auftrag des Zurückverweisungsbeschlusses entsprechend festzustellen, in welchem zeitlichen Ausmaß vom Beschwerdeführer Mehrdienstleistungen tatsächlich erbracht wurden und ihm abzugelten sind.

In der Zeit vom 01.01.2013 bis 29.02.2016 hatte der Beschwerdeführer in einem fixen Dienstplan eine tägliche Dienstzeit von 8,5 Stunden zu leisten. Die 30-minütige Mittagspause war weder in der Sollzeit noch in der Darstellung der geleisteten Arbeitszeit (IST-Zeit) berücksichtigt. Die sich aus der fixen Dienstzeit ergebende Zeit wurde um die Zeit der Ruhepause von 30 Minuten reduziert.

Der Beschwerdeführer wurde regelmäßig aufgrund der dienstlichen Erfordernisse zumindest konkludent angewiesen, Mehrleistungen zu erbringen, indem die Mittagspause nicht in die Dienstzeit eingerechnet wurde.

Die gegenständliche Dienstanweisung vom 13.12.2012 lautet auszugsweise:

„1. [...] An Tagen, an denen die tatsächliche Tagesdienstzeit sechs Stunden überschreitet, ist nach spätestens sechs Stunden Dienstzeit eine Ruhepause im Gesamtausmaß von mindestens 30 Minuten einzuhalten. [...]

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

Der Verwaltungsgerichtshof bejahte die Gebührlichkeit der Mittagspause während der 40-stündigen Wochendienstzeit bzw. 8-stündigen Tagesdienstzeit (vgl. VwGH 21.01.2016, Ra 2015/12/0051).

Die Dienstanweisung vom 13.12.2012 weckte keinerlei Zweifel daran, dass mit der darin angesprochenen 30-minütigen Pause, die bei einem mindestens 6-stündigen Dienst zusteht, die Mittagspause gemäß § 48b BDG 1979 angesprochen ist. Der Wortlaut des § 48b BDG 1979 deckt sich in den wesentlichen Passagen mit jenem der Weisung, welche nach Angaben der Behörde lediglich eine DA-Pause und nicht eine BDG-Pause wäre.

Die somit vom Beschwerdeführer erbrachten Dienstleistungen waren daher im gesetzlichen Ausmaß von 30 Minuten pro Tag anzurechnen.

Die Behörde legte in der Verhandlung die Auswertung der Stundenaufzeichnung des Beschwerdeführers vor, aus der sich 493 volle Zustelltage ergeben, an denen er unstrittig jeweils eine halbe Stunde Mittagspause konsumiert hat, die nicht in die Dienstzeit eingerechnet wurde, woraus sich aus Sicht der Behörde 246,5 Stunden Mehrdienstleistungen ergeben.

Demgegenüber macht der Beschwerdeführer 497 Zustelltage geltend, an denen ihm jeweils eine halbe Stunde Mehrdienstleistung (somit 248,5) gebühren würde. Die vier abweichenden Tage ergeben sich aus den Kalendertagen 12.12.2014, 26.03.2015, 16.07.2015 und 22.12.2015.

Wie sich aus der Beweiswürdigung ergibt, hat die belangte Behörde auch an diesen strittigen Tagen die 30-minütige Pause nicht auf die Arbeitszeit des Beschwerdeführers angerechnet, was entsprechende Auswirkungen auf sein Zeitsaldo hatte. Die 30 minütige Pause ist daher auch an diesen Tagen als Mehrdienstleistung festzustellen.

Gemäß § 16 Abs. 1 GehG 1956 gebührt dem Beamten für Überstunden, die nicht in Freizeit ausgeglichen werden, eine Überstundenvergütung. Diese umfasst gemäß Abs. 2 die Grundvergütung und den Überstundenzuschlag, soweit die Werktagsüberstunden nicht in Freizeit abgegolten werden.

Ein Freizeitausgleich kommt im vorliegenden Fall zufolge § 49 Abs. 8 BDG 1979 nicht mehr in Betracht.

Dem Beschwerdeführer gebührt daher gemäß § 16 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 Z 1 GehG 1956 eine Überstundenvergütung, die die Grundvergütung und den Überstundenzuschlag umfasst.

Der Überstundenzuschlag beträgt gemäß § 16 Abs. 4 Z 1 lit. a GehG 1956 50% der Grundvergütung.

Die Grundvergütung für Jänner 2013 bis Juni 2013 beträgt laut den vorgelegten Gehaltszetteln € 11,19.

Das ergibt somit für den Zeitraum Jänner 2013 bis Juni 2013 bei 43,5 Stunden an Mehrdienstleistungen für 87 Arbeitstage einen Betrag von € 730,80 (43,5x11,20x1,5).

Die Grundvergütung für Juli 2013 bis Juni 2014 beträgt laut den vorgelegten Gehaltszetteln € 11,49.

Das ergibt somit für den Zeitraum Juli 2013 bis Juni 2014 bei 41,5 Stunden an Mehrdienstleistungen für 83 Arbeitstage einen Betrag von € 715,25 (41,5x11,49x1,5).

Die Grundvergütung für Juli 2014 bis Juni 2015 beträgt laut den vorgelegten Gehaltszetteln € 12,02.

Das ergibt somit für den Zeitraum Juli 2014 bis Juni 2015 bei 102 Stunden an Mehrdienstleistungen für 204 Arbeitstage einen Betrag von € 1.839,06 (102x12,02x1,5).

Die Grundvergütung für Juli 2015 bis Februar 2016 beträgt laut den vorgelegten Gehaltszetteln € 12,25.

Das ergibt somit für den Zeitraum Juli 2015 bis Februar 2016 bei 61,5 Stunden an Mehrdienstleistungen für 123 Arbeitstage einen Betrag von € 1.130,06 (61,5x12,25x1,5).

Aus diesem Grund wird aufgrund des Zuständigkeitsüberganges festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 01.01.2013 bis 29.02.2016 an 497 Arbeitstagen insgesamt 248,5 Stunden an Mehrdienstleistungen erbracht hat, wofür ihm eine Überstundenvergütung gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 GehG 1956 in der Höhe von € 4.415,17 gebührt.

Zu A.III.)

Der Beschwerdeführer stellte am 13.11.2017 den Antrag auf Feststellung, dass die im Zeitraum Jänner 2013 bis Februar 2016 angeordneten Mehrdienstleistungen anspruchsbegründende Nebengebühren seien. Diesen Antrag wies die belangte Behörde mit Spruchpunkt I. 3) b) in Ermangelung angeordneter Mehrdienstleistungen ab.

Wie bereits unter A.II.) begründend dargelegt, gebührt dem Beschwerdeführer für die geleisteten Mehrdienstleistungen eine Überstundenvergütung gemäß § 16 GehG 1956.

Dass die unter A.II.) festgestellte Überstundenvergütung eine anspruchsbegründende Nebengebühr ist, ergibt sich aus § 59 Abs. 1 Z 1 PG 1965.

Es ist somit insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

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**



Dienstzeit ersatzlose Behebung Feststellungsantrag Fristablauf Gebührlichkeit von Mehrdienstleistungen  
Mehrdienstleistung Mittagspause Nachholung des Bescheides Nebengebühr Parteistellung Postbeamter Ruhepause  
Säumnisbeschwerde Überstundenabrechnung Überstundenvergütung unzuständige Behörde Zuständigkeitsübergang

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W221.2209320.1.00

**Im RIS seit**

06.10.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

06.10.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

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