

# TE Bvwg Erkenntnis 2016/6/14 W188 2105825-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.06.2016

## Entscheidungsdatum

14.06.2016

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

PVG §25 Abs1

PVG §25 Abs2

VwGVG §28 Abs3 Satz2

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. PVG § 25 heute
2. PVG § 25 gültig ab 01.01.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2025
3. PVG § 25 gültig von 24.12.2020 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2020
4. PVG § 25 gültig von 19.08.2009 bis 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2009
5. PVG § 25 gültig von 01.11.2004 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2003
6. PVG § 25 gültig von 01.04.1992 bis 31.10.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 179/1992
7. PVG § 25 gültig von 05.03.1983 bis 31.03.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 138/1983

1. PVG § 25 heute
2. PVG § 25 gültig ab 01.01.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2025
3. PVG § 25 gültig von 24.12.2020 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2020
4. PVG § 25 gültig von 19.08.2009 bis 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2009
5. PVG § 25 gültig von 01.11.2004 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2003
6. PVG § 25 gültig von 01.04.1992 bis 31.10.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 179/1992

7. PVG § 25 gültig von 05.03.1983 bis 31.03.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 138/1983

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

## **Spruch**

W188 2105825-1/2E

## **BESCHLUSS**

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Dr. Hermann RENNER als Einzelrichter über die Beschwerde des Bezirksinspektors XXXX, geb. am XXXX, wohnhaft in XXXX, gegen den Bescheid der Vollzugsdirektion vom 02.02.2015, GZ: XXXX, betreffend Feststellung über die Einteilung zum Nachtdienst den Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Dr. Hermann RENNER als Einzelrichter über die Beschwerde des Bezirksinspektors römisch 40, geb. am römisch 40, wohnhaft in römisch 40, gegen den Bescheid der Vollzugsdirektion vom 02.02.2015, GZ: römisch 40, betreffend Feststellung über die Einteilung zum Nachtdienst den Beschluss:

A)

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG behoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde erster Instanz zurückverwiesen. Der angefochtene Bescheid wird gemäß Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG behoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde erster Instanz zurückverwiesen.

B)

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

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG:**

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit an die belangte Behörde gerichtetem Schreiben vom 27.08.2014 teilte der Beschwerdeführer (BF) im Wesentlichen mit, eine von ihm veranlasste Prüfung habe ergeben, dass er zu weniger Nachtdiensten als seine Kollegen eingeteilt worden sei, obwohl er als Personalvertreter nicht schlechter gestellt werden dürfe, weniger krankheitsbedingte Abwesenheiten als seine Kollegen aufweise und auch seine Tätigkeit bei der Einsatzgruppe nicht als Begründung herangezogen werden dürfe. Trotz der Zusage einer Kontrolle betreffend eine gleichmäßige Diensterteilung und allenfalls vorzunehmender Korrekturen sei ein nach seiner Suspendierung erfolgtes Gespräch betreffend die Angleichung der Nachtdienste mit der Begründung ergebnislos verlaufen, dass solche enorm belastende Dienste krankheitsbedingte Abwesenheiten zur Folge haben könnten. Weiters würden die näher bezeichneten Kollegen der Personalvertretung mehr Krankenstände, Sonderurlaube, Pflegefreistellungen und Kuraufenthalte aufweisen als er. Auch im Monat September 2014 seien für ihn weniger Nachtdienste vorgesehen gewesen als für seine Mitarbeiter. Er sehe sich durch diese Vorgangsweise diskriminiert, weshalb eine Überprüfung und Feststellung des gegebenen Sachverhaltes in Form eines Bescheides beantragt werde.

2. Über Auftrag der Vollzugsdirektion vom 17.11.2014 wurde dem BF seitens der Justizanstalt (JA) XXXX deren Ermittlungsergebnis dahingehend zur Kenntnis gebracht, dass der BF zur Erfüllung seiner umfangreichen Dienstreisen und aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheiten von diversen Nachtdienstleistungen und vorgeplanten Nachtdienstreserven enthoben worden sei, wobei es zu keiner Benachteiligung gekommen sei. Weiters sei er aufgrund der Aufzeichnungen im Diensterteilungsprogramm im Jahr 2012 zu 39 Nachtdienstleistungen herangezogen worden, und diese Anzahl liege unter Berücksichtigung seiner aufgrund von 3 Dienstreisen und einer krankheitsbedingten Abwesenheit verfügten Enthebung von solchen Dienstleistungen vergleichsweise im guten Durchschnitt hinsichtlich der von den Kolleginnen und Kollegen innerhalb der Nachtdienstgruppe einerseits als auch in der JA insgesamt andererseits erbrachten Nachtdienste. Im Jahr 2013 sei der BF mit den von ihm erbrachten 47 Nachtdienstleistungen

in beiden genannten Bereichen im Spitzenfeld gelegen. Im laufenden Kalenderjahr sei er bis November 2014 zu 33 Nachtdienstleistungen eingeteilt worden, dies entspreche im Hinblick auf seine Abwesenheiten dem Durchschnitt der auf der JA erbrachten Nachtdienstleistungen. Insgesamt sei sohin weder eine Benachteiligung noch eine Schlechterstellung zu erkennen. Abschließend wurde der BF zu einer Stellungnahme verhalten.<sup>2</sup> Über Auftrag der Vollzugsdirektion vom 17.11.2014 wurde dem BF seitens der Justizanstalt (JA) römisch 40 deren Ermittlungsergebnis dahingehend zur Kenntnis gebracht, dass der BF zur Erfüllung seiner umfangreichen Dienstreisen und aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheiten von diversen Nachtdienstleistungen und vorgeplanten Nachtdienstreserven enthoben worden sei, wobei es zu keiner Benachteiligung gekommen sei. Weiters sei er aufgrund der Aufzeichnungen im Diensteteilungsprogramm im Jahr 2012 zu 39 Nachtdienstleistungen herangezogen worden, und diese Anzahl liege unter Berücksichtigung seiner aufgrund von 3 Dienstreisen und einer krankheitsbedingten Abwesenheit verfügbaren Enthebung von solchen Dienstleistungen vergleichsweise im guten Durchschnitt hinsichtlich der von den Kolleginnen und Kollegen innerhalb der Nachtdienstgruppe einerseits als auch in der JA insgesamt andererseits erbrachten Nachtdienste. Im Jahr 2013 sei der BF mit den von ihm erbrachten 47 Nachtdienstleistungen in beiden genannten Bereichen im Spitzenfeld gelegen. Im laufenden Kalenderjahr sei er bis November 2014 zu 33 Nachtdienstleistungen eingeteilt worden, dies entspreche im Hinblick auf seine Abwesenheiten dem Durchschnitt der auf der JA erbrachten Nachtdienstleistungen. Insgesamt sei sohin weder eine Benachteiligung noch eine Schlechterstellung zu erkennen. Abschließend wurde der BF zu einer Stellungnahme verhalten.

3. In der hierauf ergangenen Stellungnahme vom 27.11.2014 an die Vollzugsdirektion teilte der BF mit, er habe aufgrund dreier Dienstreisen und einer krankheitsbedingten Abwesenheit nur 39 Nachtdienste leisten dürfen. Ihm sei bestätigt worden, dass dies nicht dem guten Durchschnitt entsprechen würde. Die im Jahr 2013 erbrachten Nachtdienstleistungen könnten nicht dem Spitzenfeld zugeordnet werden, vielmehr seien diese normal, gesetzlich legitimiert und unter Berücksichtigung der krankheitsbedingten Abwesenheit erfolgt. Die im Jahr 2014 geleisteten 33 Nachtdienste bewegten sich nicht im Durchschnitt. Abschließend ersuchte der BF, auf seine Argumente, wie z.B. den Vergleich mit den angeführten Kolleginnen und Kollegen und die Vorplanung betreffend September 2014, einzugehen und ihm diesbezügliche Informationen schriftlich zukommen zu lassen.

4. In der Folge stellte die belangte Behörde mit Bescheid vom 02.02.2015 im Hinblick auf das Ansuchen des BF vom 25.08.2014 und die darin angeregte Überprüfung seiner Einteilung zum Nachtdienst in der JA fest, dass keine Benachteiligungen seiner Person gegeben seien. In der Begründung wurden im Wesentlichen die Ausführungen im Schreiben der belangten Behörde vom 17.11.2014 inhaltlich wiedergegeben und bezüglich des Jahres 2014 präzisierend festgestellt, dass der BF zu 37 Nachtdienstleistungen herangezogen worden sei und dieser Wert unter Berücksichtigung seiner Suspendierung im Durchschnitt der von den anderen Bediensteten der JA erbrachten Nachtdienstleistungen liege.

5. In seiner Beschwerde vom 06.03.2015 weist der BF zunächst darauf hin, dass nach dem Bundes-Personalvertretungsgesetz (PVG) und dem Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG) eine Schlechterstellung seinerseits zu unterlassen und der Dienst gleichmäßig einzuteilen sei. Die belangte Behörde sei nicht darauf eingegangen, dass er in den genannten Jahren seinen Erholungsurlaub nicht zur Gänze konsumiert habe, und die im Bescheid erwähnten Aufzeichnungen würden seine ins Treffen geführte Schlechterstellung bzw. Diskriminierung nicht entkräften. Weiters entsprächen die im Jahr 2012 geleisteten Nachtdienste nicht dem guten Durchschnitt, hinsichtlich des Jahres 2014 werde lediglich auf eine Abwesenheit (gemeint offenbar: Suspendierung) Bezug genommen, wobei kein Ausgleich erfolgt sei, obwohl die Disziplinarkommission gegen die Dienstbehörde entschieden habe. Schließlich sei seiner Stellungnahme vom 27.11.2014 keine Bedeutung zugemessen worden. Es werde daher die Überprüfung und Aufhebung des Bescheides der Vollzugsdirektion beantragt.

6. Mit Schreiben vom 13.04.2015 legte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde und die Verwaltungsakten vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der BF steht als Beamter des Exekutivdienstes der Verwendungsgruppe E 2a in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und wird in der JA verwendet.

Im angefochtenen Bescheid wurden zur Frage, zu wie vielen Nachtdiensten insbesondere die vom BF namentlich genannten Bediensteten unter Berücksichtigung welcher Art von gerechtfertigten Abwesenheiten vom Dienst bzw. auftragsgemäß erbrachter Dienstleistungen (z.B. Dienstreisen) in welchem jeweiligen zeitlichen Ausmaß vergleichsweise herangezogen wurden, keine konkreten Feststellungen getroffen.

## 2. Beweiswürdigung:

Die für die vorliegende Entscheidung maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich unmittelbar aus den vorgelegten Verwaltungsakten, dem angefochtenen Bescheid und der Beschwerde.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 2, VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde jedoch notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. Diese Vorgangsweise setzt voraus, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht nicht im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde jedoch notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. Diese Vorgangsweise setzt voraus, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht nicht im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Im Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063, hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG insbesondere dann in Betracht kommen wird, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (etwa im Sinn einer "Delegierung" der Entscheidung an das Verwaltungsgericht, vgl. Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in: Holoubek/Lang [Hrsg], Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, erster Instanz, 2013, S. 127 und S. 137; siehe schon Merli, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in: Holoubek/Lang [Hrsg], Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 2008, S. 65 und S. 73 f.). Im Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063, hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur

Durchführung notwendiger Ermittlungen nach Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG insbesondere dann in Betracht kommen wird, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (etwa im Sinn einer "Delegierung" der Entscheidung an das Verwaltungsgericht, vergleiche Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in: Holoubek/Lang [Hrsg], Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, erster Instanz, 2013, S. 127 und S. 137; siehe schon Merli, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in: Holoubek/Lang [Hrsg], Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 2008, S. 65 und S. 73 f.).

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 EMRK noch Art. 47 GRC entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK kann eine mündliche Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Äußerungen der Parteien angemessen entschieden werden kann (EGMR 12.11.2002, 28.394/95, Döry vs. Schweden; 08.02.2005, 55.853/00, Miller vs. Schweden). Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6, Absatz eins, EMRK noch Artikel 47, GRC entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 6, EMRK kann eine mündliche Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Äußerungen der Parteien angemessen entschieden werden kann (EGMR 12.11.2002, 28.394/95, Döry vs. Schweden; 08.02.2005, 55.853/00, Miller vs. Schweden).

Zu Spruchpunkt A):

Gemäß § 47a BDG 1979 ist im Sinne dieses Abschnittes Gemäß Paragraph 47 a, BDG 1979 ist im Sinne dieses Abschnittes

#### 1. Dienstzeit die Zeit

- a) der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden (dienstplanmäßige Dienstzeit),
- b) einer Dienststellenbereitschaft,
- c) eines Journaldienstes und
- d) der Mehrdienstleistung,

#### 2. Mehrdienstleistung

- a) die Überstunden,
- b) jene Teile des Journaldienstes, während derer der Beamte verpflichtet ist, seiner dienstlichen Tätigkeit nachzugehen,
- c) die über die dienstplanmäßige Dienstzeit hinaus geleisteten dienstlichen Tätigkeiten, die gemäß § 49 Abs. 2 im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 durch Freizeit ausgeglichen werden, c) die über die dienstplanmäßige Dienstzeit hinaus geleisteten dienstlichen Tätigkeiten, die gemäß Paragraph 49, Absatz 2, im selben Kalendervierteljahr im Verhältnis 1 : 1 durch Freizeit ausgeglichen werden,
- d) [...]

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

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

Gemäß § 48 Abs. 1 erster Satz hat der Beamte die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden einzuhalten, wenn er nicht vom Dienst befreit oder enthoben oder gerechtfertigt vom Dienst abwesend ist. Gemäß Paragraph 48, Absatz eins, erster Satz hat der Beamte die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden einzuhalten, wenn er nicht vom Dienst befreit oder enthoben oder gerechtfertigt vom Dienst abwesend ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur

dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann (VwGH 31.03.2006, 2005/12/0161). Nichts anderes gilt für abgesonderte Entscheidungen in Ansehung von Begründungselementen, die in Feststellungsverfahren, die zwar nicht kraft Gesetzes vorgezeichnet, jedoch auf Grund der hierzu ergangenen Rechtsprechung als zulässig angesehen werden, von Bedeutung sind (VwGH 29.11.2005, 2005/12/0076).

Zum Verständnis des Begriffes "Dienstplan" im Sinne des § 48 Abs. 1 BDG führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.05.2010, 2010/12/0001, Folgendes aus: "Unter dem im BDG nicht näher definierten Begriff des Dienstplanes versteht die Rechtsprechung die für den Bediensteten vorhersehbare Einteilung seiner Dienstzeit; es handelt sich dabei um eine Dienstanweisung, in der angeordnet wird, während welcher Zeit der Beamte grundsätzlich und generell Dienst zu versehen hat. Der Dienstplan ist von der nach Gegenstand und Sachzusammenhang bestimmten Geschäftseinteilung und von der individuell verfügbaren Diensterteilung zu unterscheiden, aus der sich ergibt, welche Angelegenheiten der einzelne Beamte zu erledigen hat (VwGH 27.11.1996, 95/12/0090, 03.09.2002, 99/09/0118; und 26.05.1999, 94/12/0299). Dies entspricht im Wesentlichen auch dem Verständnis der RV zum Personalvertretungsgesetz, BGBl. Nr. 133/1967 (208 BlgNR 11. GP, 17), die unter dem Dienstplan die grundsätzliche Diensterteilung wie etwa die generelle Einteilung des Turnusdienstes bei der Exekutive und nicht die Einteilung im Einzelnen (z.B. Bestimmung, welcher Bedienstete eine Angelegenheit zu bearbeiten und an bestimmten Tagen oder zu bestimmten Stunden Dienst zu versehen hat), welche letztere zu den Dienstaufträgen zähle, verstand (vgl. hierzu Schragel, PVG, Rz 9 zu § 9)." Zum Verständnis des Begriffes "Dienstplan" im Sinne des Paragraph 48, Absatz eins, BDG führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.05.2010, 2010/12/0001, Folgendes aus: "Unter dem im BDG nicht näher definierten Begriff des Dienstplanes versteht die Rechtsprechung die für den Bediensteten vorhersehbare Einteilung seiner Dienstzeit; es handelt sich dabei um eine Dienstanweisung, in der angeordnet wird, während welcher Zeit der Beamte grundsätzlich und generell Dienst zu versehen hat. Der Dienstplan ist von der nach Gegenstand und Sachzusammenhang bestimmten Geschäftseinteilung und von der individuell verfügbaren Diensterteilung zu unterscheiden, aus der sich ergibt, welche Angelegenheiten der einzelne Beamte zu erledigen hat (VwGH 27.11.1996, 95/12/0090, 03.09.2002, 99/09/0118; und 26.05.1999, 94/12/0299). Dies entspricht im Wesentlichen auch dem Verständnis der Regierungsvorlage zum Personalvertretungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 133 aus 1967, (208 BlgNR 11. GP, 17), die unter dem Dienstplan die grundsätzliche Diensterteilung wie etwa die generelle Einteilung des Turnusdienstes bei der Exekutive und nicht die Einteilung im Einzelnen (z.B. Bestimmung, welcher Bedienstete eine Angelegenheit zu bearbeiten und an bestimmten Tagen oder zu bestimmten Stunden Dienst zu versehen hat), welche letztere zu den Dienstaufträgen zähle, verstand vergleiche hierzu Schragel, PVG, Rz 9 zu Paragraph 9.)."

Darüber hinaus führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.05.1999, 94/12/0299, zum Rechtscharakter des Dienstplanes u.a. Folgendes aus: "Aus § 48 BDG ergibt sich, dass der konkrete Bedarf bezüglich der Erfüllung von Aufgaben, deren Besorgung einer Arbeitsstätte zugewiesen ist, Ausgangspunkt für die Erstellung eines Dienstplanes für diese Organisationseinheit ist. In Verbindung mit der Personalausstattung bestimmt das Ausmaß der für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Dienstleistungen die generelle Entscheidung darüber, welche Art von Dienstplan vorzusehen sowie an welchen Tagen der Woche und zu welchen Stunden Dienst zu versehen ist. Diese generelle Entscheidung (allgemeiner Dienstplan) ist dann bezüglich der zugewiesenen Bediensteten konkret durch individuelle Dienstplananordnungen umzusetzen, was wiederum für die besoldungsrechtlichen Ansprüche der Beamten von Bedeutung sein kann, setzt doch z.B. die Qualifizierung einer Dienstleistung als Überstunde voraus, dass der Beamte diese außerhalb seiner Normaldienstzeit erbracht hat. Der Konkretisierungsspielraum für die Umsetzung der allgemeinen Entscheidung ist dabei unterschiedlich; er wird z.B. bei einem Schicht- und Wechseldienstplan in der Regel wesentlich höher sein als bei einem Normaldienstplan für eine Fünf-Tage-Woche. Für die generelle sowie die individuellen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Dienstplanung, die in Weisungsform vorzunehmen ist, ist - unbeschadet der Weisungsmöglichkeit von Vorgesetzten - der

Dienststellenleiter nach § 45 Abs. 1 und 2 BDG zuständig."Darüber hinaus führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.05.1999, 94/12/0299, zum Rechtscharakter des Dienstplanes u.a. Folgendes aus: "Aus Paragraph 48, BDG ergibt sich, dass der konkrete Bedarf bezüglich der Erfüllung von Aufgaben, deren Besorgung einer Arbeitsstätte zugewiesen ist, Ausgangspunkt für die Erstellung eines Dienstplanes für diese Organisationseinheit ist. In Verbindung mit der Personalausstattung bestimmt das Ausmaß der für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Dienstleistungen die generelle Entscheidung darüber, welche Art von Dienstplan vorzusehen sowie an welchen Tagen der Woche und zu welchen Stunden Dienst zu versehen ist. Diese generelle Entscheidung (allgemeiner Dienstplan) ist dann bezüglich der zugewiesenen Bediensteten konkret durch individuelle Dienstplananordnungen umzusetzen, was wiederum für die besoldungsrechtlichen Ansprüche der Beamten von Bedeutung sein kann, setzt doch z.B. die Qualifizierung einer Dienstleistung als Überstunde voraus, dass der Beamte diese außerhalb seiner Normaldienstzeit erbracht hat. Der Konkretisierungsspielraum für die Umsetzung der allgemeinen Entscheidung ist dabei unterschiedlich; er wird z.B. bei einem Schicht- und Wechseldienstplan in der Regel wesentlich höher sein als bei einem Normaldienstplan für eine Fünf-Tage-Woche. Für die generelle sowie die individuellen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Dienstplanung, die in Weisungsform vorzunehmen ist, ist - unbeschadet der Weisungsmöglichkeit von Vorgesetzten - der Dienststellenleiter nach Paragraph 45, Absatz eins und 2 BDG zuständig."

Aus dem zuletzt vom Verwaltungsgerichtshof dargetanen Charakter des Dienstplanes als Weisung folgt, dass in Bezug auf einen konkreten Dienstplan die allgemein im Zusammenhang mit Weisungen zulässigen Feststellungsbescheide, nämlich betreffend die (fehlende) Befolgungspflicht (Wirksamkeit) derselben bzw. betreffend ihre Unrechtmäßigkeit infolge Verletzung subjektiver Rechte zulässig sind (VwGH 10.03.2009, 2008/12/0066, 28.01.2010, 2009/12/0211; siehe dazu insgesamt VwGH 17.10.2011, 2010/12/0150).

Gemäß § 25 Abs. 1 zweiter Satz des Bundes-Personalvertretungsgesetzes (PVG) dürfen die Leiterinnen oder Leiter der Dienststellen die Personalvertreterinnen oder Personalvertreter in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränken und sie aus diesem Grunde auch nicht benachteiligen. Gemäß Paragraph 25, Absatz eins, zweiter Satz des Bundes-Personalvertretungsgesetzes (PVG) dürfen die Leiterinnen oder Leiter der Dienststellen die Personalvertreterinnen oder Personalvertreter in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränken und sie aus diesem Grunde auch nicht benachteiligen.

Der Bestimmung des § 25 Abs. 1 und 2 PVG zufolge wird zu verhindern sein, dass ein Personalvertreter schlechter als die anderen Bediensteten behandelt wird. Das gilt vor allem für den Berufsweg des Personalvertreters (Pragmatisierung, Überstellung, Beförderung, usw.). Die Hintanhaltung jedweder Benachteiligung darf aber zum anderen nicht zu einer einseitigen Bevorzugung des Personalvertreters ausarten. Da den Personalvertretern die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten notwendige freie Zeit zusteht und auf die zusätzliche Belastung als Personalvertreter Rücksicht zu nehmen ist, wird die Übertragung von dienstlichen Obliegenheiten (Festlegung des dienstlichen Plansolls) unter diesem Gesichtspunkt zu erfolgen haben (siehe Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 15.07.1975, Zahl: 920250/26-II/1/75, abgedruckt in Szymanski/Steiner, Bundes-Personalvertretungsgesetz, Loseblattsammlung, Grenz-Verlag, Anm. 3 zu § 25 PVG). Der Bestimmung des Paragraph 25, Absatz eins und 2 PVG zufolge wird zu verhindern sein, dass ein Personalvertreter schlechter als die anderen Bediensteten behandelt wird. Das gilt vor allem für den Berufsweg des Personalvertreters (Pragmatisierung, Überstellung, Beförderung, usw.). Die Hintanhaltung jedweder Benachteiligung darf aber zum anderen nicht zu einer einseitigen Bevorzugung des Personalvertreters ausarten. Da den Personalvertretern die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten notwendige freie Zeit zusteht und auf die zusätzliche Belastung als Personalvertreter Rücksicht zu nehmen ist, wird die Übertragung von dienstlichen Obliegenheiten (Festlegung des dienstlichen Plansolls) unter diesem Gesichtspunkt zu erfolgen haben (siehe Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 15.07.1975, Zahl: 920250/26-II/1/75, abgedruckt in Szymanski/Steiner, Bundes-Personalvertretungsgesetz, Loseblattsammlung, Grenz-Verlag, Anmerkung 3 zu Paragraph 25, PVG).

In casu legte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zwar die Anzahl der vom BF in den Jahren 2012, 2013 und 2014 geleisteten Nachtdienste unter Hinweis auf die Gründe für die Enthebung von solchen Diensten aufgrund von Dienstreisen und krankheitsbedingten Abwesenheiten dar, traf jedoch offenkundig keine Feststellungen dahingehend, in welchen Quantitäten insbesondere die vom BF genannten Bediensteten im genannten Zeitraum zu Nachtdiensten herangezogen wurden und welche gerechtfertigten Abwesenheiten vom Dienst bzw. andere kraft Auftrages zu erbringende Dienstleistungen in welcher Anzahl und Dauer (wie z.B. Dienstreisen) bei der Dienstplanung Berücksichtigung fanden. Die solcherart gewählte Vorgangsweise ermöglicht keinen wie immer gearteten Vergleich

zwischen den vom BF einerseits und von anderen Bediensteten andererseits geleisteten Nachtdiensten und das Resümee, die Anzahl der vom BF erbrachten Nachtdienste lägen vergleichsweise im guten Durchschnitt, über diesem bzw. im Spitzenfeld, bildet für die Beurteilung, ob dessen Vorbringen Berechtigung zukommt, kein ausreichendes Tatsachensubstrat. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid hinsichtlich des Jahres 2013 48 Nachdienstleistungen des BF auswies, während in ihrem Schreiben vom 17.11.2014, zu welchem diesem Parteiengehör gewährt wurde, diesbezüglich (abweichend) von 47 Nachdienstleistungen die Rede ist.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangte daher resümierend zur Ansicht, dass schwierige Ermittlungen und für die Beurteilung des Sachverhaltes erforderliche, konkrete und entscheidungswesentliche Feststellungen unterblieben und die belangte Behörde solcherart allenfalls bloß ansatzweise und daher unzureichend ermittelte. Somit ist der Sachverhalt in wesentlichen Punkten ergänzungsbedürftig geblieben. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Bundesverwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden wäre, zumal dem Bundesverwaltungsgericht im Gegensatz zur belangten Behörde beispielsweise weder vollständige Personalakten noch fallspezifische und valide Zahlengerüste vorliegen. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 VwGVG sind somit im gegenständlichen Beschwerdefall nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht gelangte daher resümierend zur Ansicht, dass schwierige Ermittlungen und für die Beurteilung des Sachverhaltes erforderliche, konkrete und entscheidungswesentliche Feststellungen unterblieben und die belangte Behörde solcherart allenfalls bloß ansatzweise und daher unzureichend ermittelte. Somit ist der Sachverhalt in wesentlichen Punkten ergänzungsbedürftig geblieben. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Bundesverwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden wäre, zumal dem Bundesverwaltungsgericht im Gegensatz zur belangten Behörde beispielsweise weder vollständige Personalakten noch fallspezifische und valide Zahlengerüste vorliegen. Die Voraussetzungen des Paragraph 28, Absatz 2, VwGVG sind somit im gegenständlichen Beschwerdefall nicht gegeben.

Der Bescheid war daher nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG zu beheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Der Bescheid war daher nach Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG zu beheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

Im fortzusetzenden Verfahren werden daher die oben aufgezeigten Ermittlungen umfassend und abschließend durchzuführen und dem BF hierzu Parteiengehör zu gewähren sein.

Anhand der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens wird unter der Annahme, dass die Bestimmung des § 25 Abs. 1 zweiter Satz PVG ein subjektives Recht am Unterbleiben jeglicher Benachteiligung von Personalvertreterinnen und Personalvertretern aus dem Grunde der Ausübung ihrer Tätigkeit seitens der Leiterin oder des Leiters der Dienststelle einräumt, im Sinne der oben aufgezeigten Judikatur festzustellen sein, ob der BF durch die im in Rede stehenden Zeitraum erstellten Dienstpläne bzw. Diensterteilungen in eben diesem Recht verletzt wurde. Anhand der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens wird unter der Annahme, dass die Bestimmung des Paragraph 25, Absatz eins, zweiter Satz PVG ein subjektives Recht am Unterbleiben jeglicher Benachteiligung von Personalvertreterinnen und Personalvertretern aus dem Grunde der Ausübung ihrer Tätigkeit seitens der Leiterin oder des Leiters der Dienststelle einräumt, im Sinne der oben aufgezeigten Judikatur festzustellen sein, ob der BF durch die im in Rede stehenden Zeitraum erstellten Dienstpläne bzw. Diensterteilungen in eben diesem Recht verletzt wurde.

Abschließend wird auf das in einem anderen Zusammenhang ergangene Erkenntnis des VwGH vom 16.09.2013, 2012/12/0150, nach dem ua. die dort angeführten Entscheidungen bzw. Personalmaßnahmen nicht willkürlich, unsachlich oder diskriminierend erfolgen dürften, hingewiesen.

Da sich der Sachverhalt aus den Akten ergibt, konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - die vom BF auch nicht beantragt wurde - abgesehen werden.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt B):

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. Gemäß

Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil der vorliegende Fall keinerlei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft: Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil der vorliegende Fall keinerlei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft:

Die hier anzuwendenden Regelungen erweisen sich als klar und eindeutig (vgl. dazu auch OGH 22.3.1992/5 Ob 105/90). Die dargestellte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist auf den vorliegenden Fall übertragbar und liegt auch keine anders lautende Rechtsprechung vor. Somit weicht die gegenständliche Entscheidung weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung. Sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor. Die hier anzuwendenden Regelungen erweisen sich als klar und eindeutig (vergleiche dazu auch OGH 22.3.1992, 5 Ob 105/90). Die dargestellte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist auf den vorliegenden Fall übertragbar und liegt auch keine anders lautende Rechtsprechung vor. Somit weicht die gegenständliche Entscheidung weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung. Sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor.

### **Schlagworte**

Diensteinteilung, Dienstplan, Personalvertreter, subjektive Rechte, Ungleichbehandlung

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

ECLI:AT:BVWG:2016:W188.2105825.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

29.06.2016

**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)