



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick sowie die Hofrätinnen Mag.^a Nussbaumer-Hinterauer und MMag. Ginhör als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers MMag. Dr. Gotsbacher, über die Revision des Personalamts Klagenfurt der Österreichischen Post AG, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermann-gasse 2, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Jänner 2021, Zl. W128 2166257-1/26E, betreffend Versetzung (mitbeteiligte Partei: H M in S), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Der Mitbeteiligte steht als Beamter der Verwendungsgruppe PT8 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen und wurde bis zum 15. März 2016 in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg im Zustelldienst verwendet.
- 2 Mit Schreiben vom 13. März 2016 wurde dem Mitbeteiligten mitgeteilt, dass er mit Wirksamkeit vom 16. März 2016 für die Dauer von drei Monaten auf einem Arbeitsplatz „Fachlicher Hilfsdienst/Distribution“, Verwendungscode 0840, Verwendungsgruppe PT8, Zustellbasis 9400 Wolfsberg verwendet werde.
- 3 Mit Wirksamkeit vom 24. Oktober 2016 wurde der Mitbeteiligte für die Dauer von 90 Tagen zum Verteilzentrum Brief Villach mit Dienstort in M dienstzugeteilt und auf einem Arbeitsplatz „Fachlicher Hilfsdienst/Logistik“, Verwendungscode 0841, Verwendungsgruppe PT8, verwendet.
- 4 Nachdem eine diesbezügliche Mitteilung gemäß § 38 Abs. 6 BDG 1979 an den Mitbeteiligten ergangen war und dieser in einer Stellungnahme Einwendungen gegen die geplante Personalmaßnahme erhoben hatte, sprach die Dienstbehörde mit Bescheid vom 4. Mai 2017 aus, der Mitbeteiligte werde gemäß § 38 Abs. 1, Abs. 2 und 3 sowie § 40 Abs. 1 und 2 Z 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2017 von der



Zustellbasis 9400 Wolfsberg zum Verteilzentrum Brief 9000 Villach mit Dienstort M versetzt und dort dauernd auf einem Arbeitsplatz „Fachlicher Hilfsdienst/Logistik“, Verwendungscode 0841, Verwendungsgruppe PT8, verwendet.

- 5 Begründend hielt die Behörde zusammengefasst fest, der Mitbeteiligte sei in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg im Zustelldienst bis zum 15. März 2016 (dauernd) verwendet worden. Zwischen der Österreichischen Post AG und dem Zentralausschuss der Post- und Fernmeldebediensteten sei am 3. September 2012 eine „Betriebsvereinbarung über die Flexibilisierung der Normalarbeitszeit sowie über die Verwendung eines EDV - unterstützten Zeiterfassungssystems sowie über begleitende Entgeltregelungen in den Zustellbasen der Division ‚Brief‘ der österreichischen Post AG“ (Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“) abgeschlossen worden. Mit dieser Betriebsvereinbarung sei ein neues, flexibel gestaltetes Normalarbeitszeitmodell im Zustelldienst eingeführt worden, welches auf Grund des Gleitzeitspielraumes die Möglichkeit eröffne, auf die täglichen Schwankungen der taggleich zuzustellenden Sendungsmengen zu reagieren. In der organisatorischen Umsetzung der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ sei auch die neue Verwendung „Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell“, Verwendungsgruppe PT8, Dienstzulagengruppe A, Verwendungscode 8722, eingerichtet worden. Gleichzeitig seien alle bisherigen regulären Zusteller-Arbeitsplätze einer Zustellbasis auf die neue Verwendung (Code 8722) umgestellt bzw. aufgewertet worden. Für Beamte, die wie der Mitbeteiligte bis zur Einführung der „IST-Zeit“ im Landzustelldienst verwendet worden seien, habe daher die Möglichkeit bestanden, für das neue „IST-Zeitmodell“ zu optieren und einen entsprechenden Antrag auf (Höher-)Verwendung im „Briefzustelldienst in einem Gleitzeitdurchrechnungsmodell“ zu stellen. Der Mitbeteiligte habe von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht und sei daher nach Neuverteilung der Zustellrayone ab 1. Mai 2013 in der Personalreserve der Zustellbasis 9400 Wolfsberg eingesetzt worden, weil dort die Verwendung von Mitarbeitern mit einer starren 8-Stunden-Arbeitszeit grundsätzlich weiterhin möglich gewesen sei. Entsprechend der Beurteilung der



Regionalleitung Distribution für Kärnten und Salzburg sei der Mitbeteiligte allerdings bei seiner Tätigkeit als Zusteller überfordert gewesen. Eine Überprüfung habe ergeben, dass für den Mitbeteiligten im Zeitraum von 1. Jänner 2013 bis 15. März 2016 - ohne Berücksichtigung der Mehrdienstleistungen für Samstagsdienste und Mitbesorgung - überdurchschnittlich viele, nämlich 725 Überstunden angefallen und ausbezahlt worden seien. Da andere Zusteller, die vertretungsweise auf denselben Rayonen eingesetzt worden seien, ohne oder mit weitaus weniger Mehrdienstleistungen ausgekommen seien, stehe fest, dass der Mitbeteiligte den anfallenden Arbeitsaufwand nicht in der dafür durchschnittlich vorgesehenen Zeit habe bewältigen können und somit in dieser Verwendung ständig überlastet gewesen sei.

- 6 Auswertungen hätten ergeben, dass der Mitbeteiligte im fraglichen Zeitraum Zeitausgleich lediglich im Ausmaß von elf Stunden konsumiert habe. Durch den Abzug des Mitbeteiligten vom Zustelldienst habe eine deutliche Reduktion seiner Überstunden erzielt werden können. Während seiner Verwendung im Innendienst in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg von 16. März bis 23. Oktober 2016 sei lediglich eine Überstunde angefallen. Anders als bei Mitarbeitern, die am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnähmen, würden für den Mitbeteiligten die Mehrdienstleistungen nicht automatisch durch Eingabe am „Handheld“ in einen Gleitzeitkorridor gebucht, sondern seien händisch zu administrieren. Ein allfälliger Zeitausgleich sei bei Mitarbeitern, die nicht am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnähmen, gesondert zu vereinbaren. Dies bedeute insbesondere, dass sowohl sämtliche Mehrdienstleistungen als auch sämtliche Zeitausgleiche im Fall des Mitbeteiligten täglich zu „pflegen“ und händisch zu erfassen gewesen seien, was mit einem erheblichen administrativen Mehraufwand von 640 Geschäftsfällen im Zeitraum von 1. Jänner 2013 bis 15. März 2016 verbunden gewesen sei. Konkret seien 628 Geschäftsfälle aus der Eingabe von Überstunden und zwölf Geschäftsfälle aus der Pflege von Zeitausgleichen resultiert. Allein aus der Summe von zwölf erforderlichen Datensätzen für insgesamt lediglich elf Stunden Zeitausgleich lasse sich ableiten, wie aufwendig eine händische Erfassung der Zeitkontingente sei. Bei der Zustellbasis 9400 Wolfsberg sei „Teamwork 2018“



bereits mit Juni 2015 umgesetzt worden. Im Zuge dieser Organisationsänderung seien allfällig noch vorhandene Zustellarbeitsplätze im alten Zeitmodell mit den Verwendungscodes 0802 und 0801 aufgelassen worden. Für einen Arbeitsplatz „Briefzustelldienst im Gleitzeitdurchrechnungsmodell“, Verwendungscodes 8722, erfülle der Mitbeteiligte nicht die systemimmanenten Voraussetzungen, weil er nicht am Gleitzeitdurchrechnungsmodell teilnehme. Damit bestehe für den Mitbeteiligten in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg keine weitere Verwendungsmöglichkeit.

- 7 Da sich in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg auch zwei nicht dem Gleitzeitdurchrechnungsmodell angehörende Zusteller befänden, die als Mitglieder des Vertrauenspersonenausschusses Wolfsberg einen besonderen Versetzungsschutz genössen, sei der Arbeitsplatz, auf dem der Revisionswerber von 16. März bis 23. Oktober 2016 auf seiner Stammdienststelle verwendet worden sei, für einen dieser Mitarbeiter benötigt worden.
- 8 Es hätten alle „Gleitzeitmitarbeiterinnen und -mitarbeiter“ der Zustellbasis 9400 Wolfsberg seit Einführung des Gleitzeitdurchrechnungsmodells mit 1. Jänner 2013 (mit Ausnahme von „Samstags- und Mitbesorgungsstunden“) die Normalarbeitszeit von 40 Stunden sogar unterschritten. Die Überforderung des Mitbeteiligten sei daher nicht auf betriebliche Umstände wie überhöhtes Sendungsaufkommen bzw. auf die für den Mitbeteiligten neue Tätigkeit als Springer, sondern auf die Grenzen von dessen Leistungsfähigkeit zurückzuführen. Es sei daher ein Gebot der Fürsorgepflicht, den Zustand der dauernden Überlastung des Mitbeteiligten durch dessen Abzug vom Zustelldienst und der Zuweisung einer geeigneten neuen Verwendung zu beenden. Dem sei der Dienstgeber durch Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes „Fachlicher Hilfsdienst/Logistik“, Verwendungscodes 0841, im Verteilzentrum Brief 9000 Villach nachgekommen, wo der Mitbeteiligte im Team seine dienstlichen Aufgaben innerhalb der vorgesehenen Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden erledigen könne. Das Verteilzentrum Brief 9000 Villach sei vom Wohnsitz des Mitbeteiligten ca. 80 Kilometer entfernt und der dessen Wohnort nächstgelegene freie Arbeitsplatz im Innendienst. Die beabsichtigte



Maßnahme stelle somit die schonendste Variante dar und entspreche im Hinblick auf den Wegfall des erwähnten monetären und administrativen Mehraufwandes für Überstunden den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.

- 9 Beim Verteilzentrum 9000 Villach herrsche entgegen der Annahme des Mitbeteiligten keineswegs ein Personalüberschuss, weil zwischen August und Oktober 2016 zwei Vollzeitkräfte in den Ruhestand versetzt worden seien, eine Teilzeitkraft mit 30 Wochenstunden ihr Dienstverhältnis einvernehmlich gelöst habe und zwei teilzeitbeschäftigte Leasingkräfte „weggefallen“ seien. Diese vakanten Arbeitsplätze seien wieder zu besetzen gewesen, woraus sich ein Zuweisungsinteresse ergeben habe.
- 10 Wenn der Mitbeteiligte ausführe, dass er bei seiner Tätigkeit als Zusteller nicht überfordert gewesen sei, sei dem entgegenzuhalten, dass Erhebungen ergeben hätten, dass der durchschnittliche Zusteller im Gleitzeitdurchrechnungsmodell der Zustellbasis 9400 Wolfsberg im Jahr 2016 eine Tagesleistung von 7 Stunden und 58 Minuten erbracht habe, wobei die Gesamtheit der Gleitzeitzusteller ein Minus von 460 Stunden aufweise. Der Mitbeteiligte habe hingegen seit der Einführung der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ mit 1. Jänner 2013 bis zu seinem Abzug aus der Zustellung mit Ablauf des 15. März 2016 durchschnittlich mehr als eine Überstunde täglich für seine Dienstverrichtung benötigt. Dass mit der Verwendung des Mitbeteiligten als Springer ein erhöhter Zeit- und Befassungsaufwand verbunden sei, erkläre diese eklatante Überschreitung der Sollarbeitszeit daher nicht. Auch ein Vergleich mit zwei anderen Springern habe ergeben, dass der Mitbeteiligte wesentlich langsamer als seine Kollegen gewesen sei. Bereits am 15. Juli 2014 habe der Distributionsmanager Herr R seiner Fürsorgepflicht folgend ein anlassbezogenes Mitarbeitergespräch mit dem Mitbeteiligten geführt. Gegenstand dieses Gespräches sei die signifikante Überschreitung der Sollarbeitszeit des Mitbeteiligten gewesen. Aus dem Gesprächsprotokoll gehe hervor, dass weder das saisonale Postaufkommen noch die Witterungsbedingungen oder der zu besorgende Zustellbezirk Auswirkungen auf die Performance bzw. die tägliche Arbeitszeit des Mitbeteiligten gehabt



hätten. Das Mitarbeitergespräch habe auch zu keiner Änderung des Arbeitstempos des Mitbeteiligten geführt. Überdies sei auch der Anstieg der Krankenstandstage des Mitbeteiligten seit 2011 ein Hinweis auf dessen Überforderung als Zusteller. So sei der Mitbeteiligte im Jahr 2011 an zwölf Kalendertagen, im Jahr 2013 an 39 Kalendertagen, im Jahr 2014 an 50 Kalendertagen, im Jahr 2015 an 49 Kalendertagen und in den ersten beiden Monaten des Jahres 2016 an weiteren 15 Kalendertagen im Krankenstand gewesen. Im Jahr 2012 habe er sich nicht im Krankenstand befunden. Sein Abzug vom Zustelldienst bzw. seine Dienstzuteilung auf einen Arbeitsplatz im Innendienst habe zu einem Rückgang der Krankenstände geführt. So sei ab dem 16. März 2016 für das Jahr 2016 lediglich von 19. Dezember bis 22. Dezember 2016 ein (neuerlicher) Krankenstand angefallen.

- 11 Gemäß § 17a Abs. 9 Poststrukturgesetz (PTSG), BGBl. Nr. 201/1996, seien in Dienstrechtsangelegenheiten der der Österreichischen Post AG zugewiesenen Beamten auch betriebliche Interessen als dienstliche Interessen zu berücksichtigen. Aus wirtschaftlicher und betrieblicher Sicht sei es geboten, den Anfall von Überstunden tunlichst zu vermeiden und die Mitarbeiter so einzusetzen, dass diese ihr Arbeitspensum in der dafür vorgesehenen Zeit erfüllen könnten, um zusätzliche Personalkosten in Form von Überstundenzahlungen zu vermeiden. Daraus folge, dass ein dienstliches und betriebliches Interesse am Abzug des Mitbeteiligten vom Zustelldienst und der Zuweisung einer geeigneten neuen Verwendung bestehe.
- 12 Zum Einwand des Mitbeteiligten, dass derzeit eine Leasingkraft auf dem Arbeitsplatz im Innendienst der Zustellbasis 9400 Wolfsberg eingesetzt werde, sei festzuhalten, dass lediglich während der Zeiträume von 24. Oktober bis 9. November 2016 und von 1. Dezember 2016 bis 9. Februar 2017 temporär eine Leasingkraft auf diesem Arbeitsplatz eingesetzt worden sei. Mit 10. Februar 2017 sei der Arbeitsplatz dauernd einem Beamten der Zustellbasis 9400 Wolfsberg, welcher aufgrund eines Vertrauenspersonenausschussmandats einen besonderen Versetzungsschutz aufweise, zugewiesen worden.
- 13 Zum Vorbringen des Mitbeteiligten, dass seine persönlichen Verhältnisse bei der Versetzung zum Verteilzentrum 9000 Villach nicht berücksichtigt worden



seien, weil er aufgrund der sich jeweils für die Dauer einer Woche wiederholenden Nachtdienste nicht mehr in der Lage sei, seinen 17-jährigen Sohn zu beaufsichtigen, sei festzuhalten, dass der Sohn des Mitbeteiligten ausgehend vom Zeitpunkt der Bescheiderlassung in wenigen Monaten das 18. Lebensjahr vollenden und damit die Volljährigkeit erlangen werde. Es sei daher anzunehmen, dass der Sohn des Mitbeteiligten nicht mehr dessen ständige Aufsicht benötige, zumal der Mitbeteiligte nicht Alleinerzieher sei und dessen Ehegattin ebenfalls Aufsichtspflichten übernehmen könne. Bezüglich der vom Mitbeteiligten ins Treffen geführten finanziellen Nachteile durch den nunmehr längeren Weg zu seinem Dienstort sei auszuführen, dass laut Judikatur in Zeiten erhöhter Mobilität einem Beamten ein gewisser zeitlicher Mehraufwand für die Fahrt zu seiner Dienststelle zumutbar sei. Zur Abfederung der finanziellen Mehrbelastung durch den längeren Anfahrtsweg könne der Mitbeteiligte einen Antrag auf Pendlerpauschale stellen. Bei Gewährung der Pendlerpauschale könne in weiterer Folge ein Fahrtkostenzuschuss beantragt werden.

- 14 Die Behörde habe auch überprüft, ob freie Arbeitsplätze vorhanden seien, die näher zum Wohnort des Mitbeteiligten lägen. Diese Überprüfung habe das gesamte Distributionsgebiet Kärnten und Steiermark, das Verteilzentrum 8000 Graz sowie Bereiche des Filialnetzes und „PLÖ“ in diesen Bundesländern umfasst. Da außer dem freien Regelarbeitsplatz im Verteilzentrum Brief 9000 Villach derzeit kein freier geeigneter Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe PT 8 im Innendienst vorhanden sei, stelle die Versetzung des Mitbeteiligten zum Verteilzentrum Brief 9000 Villach die schonendste Variante dar.
- 15 Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte Beschwerde.
- 16 Mit dem angefochtenen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis hob das Bundesverwaltungsgericht den dienstbehördlichen Bescheid vom 4. Mai 2017 auf. Die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das Gericht für nicht zulässig.



- 17 Das Verwaltungsgericht stellte fest, der Mitbeteiligte sei seit Beginn seines Dienstverhältnisses als Zusteller in der Zustellbasis 9400 Wolfsberg tätig gewesen und habe einen Arbeitsplatz innegehabt, der mit einem fixen Rayon (9130) verbunden gewesen sei. Dieser Rayon existiere immer noch. Außer der planmäßigen Systemisierung (Umcodierung) habe keine Organisationsänderung stattgefunden, die sich auf den bisherigen Arbeitsplatz des Mitbeteiligten ausgewirkt hätte. Allfällige Arbeitsplatzänderungen in örtlicher Hinsicht oder betreffend den Arbeitsanfall hätten die Grenze zur Erheblichkeit nicht überschritten, weil die mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben und deren Gewichtung nahezu unverändert an der bisherigen Dienststelle des Mitbeteiligten existierten. An der bisherigen Dienststelle des Mitbeteiligten sei abgesehen von dem in der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ vorgesehenen Gleitzeitdurchrechnungsmodell kein anderes Gleitzeitdurchrechnungsmodell im Sinn der Post-Zuordnungsverordnung 2012, nämlich z.B. das in § 48 Abs. 3 BDG 1979 vorgesehene, vorwiegend dem Interesse der freien Zeiteinteilung des Beamten dienende Gleitzeitdurchrechnungsmodell eingerichtet worden. Es habe nicht festgestellt werden können, dass der Mitbeteiligte auf seinem ehemaligen Arbeitsplatz überlastet gewesen sei. Es habe hingegen festgestellt werden können, dass der Mitbeteiligte seine Arbeit gewissenhaft und mit einer sehr geringen Fehlerquote erledigt habe. Das im Vergleich zu Kollegen langsamere Arbeitstempo des Mitbeteiligten sei dessen Gewissenhaftigkeit geschuldet und noch im vertretbaren Bereich. Der vermehrte Anfall von Überstunden sei durch die Verwendung des Mitbeteiligten als Springer erklärbar, weil damit häufig (täglich) wechselnde Rayons mit Fahrtstrecken von bis zu 80 km und rund 600 Haushalten verbunden gewesen seien. Dabei sei zu berücksichtigen, dass zum damaligen Zeitpunkt weder ein Navigationsgerät vorhanden gewesen sei, noch in allen Gemeinden des ruralen Gebiets Straßenzüge mit einheitlicher Nummerierung existierten, sodass der Mitbeteiligte häufig gezwungen gewesen sei, nach der Karte zu fahren und bestimmte Ortshausnummern bei Anwohnern zu erfragen.
- 18 Die gegenständliche Versetzung sei als Retorsionsmaßnahme erfolgt, weil der Mitbeteiligte nicht in das „IST-Zeit-Modell“ optiert habe. Die



Personalmaßnahme verfolge den Zweck, den Mitbeteiligten dazu zu bewegen, in ein Arbeitszeitregime zu „optieren“, das mit den Bestimmungen des BDG 1979 nicht im Einklang stehe und aufgrund dessen dem Mitbeteiligten Nachteile insbesondere im Zusammenhang mit der ihm gebührenden Mittagspause gemäß § 48b BDG 1979 entstünden. Die Personalmaßnahme sei folglich aus unsachlichen Gründen erfolgt.

- 19 In der öffentlichen mündlichen Verhandlung sei das Vorbringen der Parteien eingehend erörtert und es seien sechs Zeugen vernommen worden. Darüber hinaus hätten die Parteien noch schriftlich zu den weiteren Beweisergebnissen Stellung genommen. Dass die Überlastung des Mitbeteiligten ein bloß „vorgeschobenes“ Argument der Behörde sei, habe vor allem durch die schlüssigen und widerspruchsfreien Aussagen des Zeugen X, des ehemaligen direkten Vorgesetzten des Mitbeteiligten, belegt werden können. Der Mehraufwand, der als Springer entstehe, stehe mit den übrigen Zeugenaussagen im Einklang. Auch die von der Behörde vorgelegten Daten dokumentierten einen erhöhten Überstundenanfall bei „Nichtoptanten“ in der Alterskohorte des Mitbeteiligten, wobei auch auffalle, dass der Mitbeteiligte nicht den höchsten Überstundenanfall aufweise. Aus den Aussagen der Zeugen lasse sich auch widerspruchsfrei ableiten, dass der Mitbeteiligte nahezu fehlerfrei seine Zustellungen vorgenommen habe und dass bei dessen Kolleginnen und Kollegen mit höherem Arbeitstempo auch eine erhöhte Fehlerquote auftrete. Das Beweisverfahren habe ergeben, dass sich gegenständlich nicht mehr als 25 % der Aufgabeninhalte (unabhängig von ihrem Charakter) geändert hätten. In der Begründung ihres Bescheides verweise die Behörde selbst darauf, dass der Einsatz des Mitbeteiligten auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich sei, weil er nicht in das „IST-Zeit-Modell“ „optiert“ habe. Die Behörde habe keinen plausiblen Grund geltend gemacht, weshalb durch das gesetzliche Dienstzeitregime, insbesondere die gleitende Dienstzeit gemäß § 48 Abs. 3 BDG 1979, der weitere Einsatz des Mitbeteiligten verunmöglicht werde bzw. zu einer finanziellen Mehrbelastung führe. Die Personalmaßnahme sei „für die rund 80 Beamten der Klägergruppe“, zu der der Mitbeteiligte gehöre, von Personalverantwortlichen vorab medial angekündigt worden.



- 20 Gegenständlich sei bereits die Sachlichkeit der Organisationsänderung in Frage zu stellen. Wie von der Behörde in ihrem Bescheid ausgeführt war es das Ziel, die Zustellarbeitsplätze an der Zustellbasis 9400 in das neue Gleitzeitmodell überzuführen. Dazu habe der Verwaltungsgerichtshof bereits festgehalten, dass die hier in Rede stehenden Bestimmungen der §§ 48 ff BDG 1979 durch Betriebsvereinbarungen nicht mit Wirksamkeit für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis modifiziert werden könnten. Gesetzlich zwingend zuerkannte Rechtspositionen könnten durch eine Betriebsvereinbarung nicht verschlechtert werden. Inwieweit der Abschluss einer solcherart unwirksamen Vereinbarung Einfluss auf die Zuweisung von Arbeitsplätzen habe, sei daher nicht nachvollziehbar. Insofern könne schon aus diesem Grund kein dienstliches Interesse an einer Versetzung des Mitbeteiligten bestehen.
- 21 Weiters habe das Beweisverfahren ergeben, dass der Arbeitsplatz des Mitbeteiligten nicht durch eine Organisationsänderung weggefallen sei und nach wie vor an dessen bisheriger Dienststelle existiere. Darüber hinaus liege die von der Behörde ins Treffen geführte „ständige Überlastung“ des Mitbeteiligten nicht vor.
- 22 Es sei somit der Behörde nicht gelungen, das wichtige dienstliche Interesse an der gegenständlichen qualifizierten Personalmaßnahme zu begründen.
- 23 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Amtsrevision, in der inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften verbunden mit dem Antrag geltend gemacht werden, das angefochtene Erkenntnis aus den genannten Gründen aufzuheben.
- 24 Zur Begründung ihrer Zulässigkeit bringt die Amtsrevision vor, das Verwaltungsgericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen eines wichtigen betrieblichen (§ 17a Abs. 9 PTSG) Interesses für eine Versetzung gemäß § 38 Abs. 3 BDG 1979 abgewichen bzw. bedürfe die dazu ergangene hg. Rechtsprechung einer Weiterentwicklung. Vorliegend sei die besondere „Zuweisungskonstruktion“ bei der Österreichischen Post AG



zu berücksichtigen, die u.a. bedinge, dass die Verantwortung für die betriebliche Organisation beim Vorstand als Leitungsorgan liege, dem auch die Dienstgeberfunktion zukomme. Die Dienstbehörden hätten keine Ingerenz hinsichtlich der Leitung des Unternehmens.

25 Das Gericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, soweit es aufgrund des Fortbestehens des bisherigen Zustellrayons des Mitbeteiligten davon ausgegangen sei, dass der in Rede stehende Arbeitsplatz nicht durch eine Organisationsänderung weggefallen sei. Das Verwaltungsgericht hätte im Einklang mit der Rechtsprechung beurteilen müssen, ob die Organisationsänderung sachlich begründet sei und ob die daraus resultierende Änderung der Tätigkeit in grundlegender Weise erfolgt sei.

26 Das Gericht komme in seiner rechtlichen Beurteilung nicht zum eindeutigen Ergebnis, dass durch das Gleitzeitdurchrechnungsmodell nach der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ gesetzlich zwingend zuerkannte Rechtspositionen des Mitbeteiligten verschlechtert worden seien. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das wesentliche Kriterium für die Beurteilung der Sachlichkeit der Organisationsmaßnahme. Selbst wenn man die rechtliche Beurteilung des Gerichts dahin verstehen wollte, dass nach Ansicht des Verwaltungsgerichts durch die Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ zwingend eingeräumte Rechtspositionen verschlechtert würden, fehle es für diese dislozierte rechtliche Beurteilung in den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses an Feststellungen betreffend den Inhalt des Gleitzeitdurchrechnungsmodells.

27 Das Gericht hätte feststellen müssen, dass auch der Arbeitsplatz des Mitbeteiligten auf das Gleitzeitmodell umgestellt worden und somit von der Organisationsänderung erfasst gewesen sei. Die Feststellung, dass alle Zustellarbeitsplätze im Unternehmen der Österreichischen Post AG auf das neue Gleitzeitmodell umgestellt worden seien, wäre erforderlich gewesen, um die Sachlichkeit der Organisationsmaßnahme beurteilen zu können. Das neue Gleitzeitmodell bewirke, dass für alle im Bereich der Zustellung tätigen Personen die gleichen Arbeitszeitregelungen gälten. Das Auseinanderfallen der Organisationskompetenz und der Diensthoheit sei die rechtliche Folge der



Ausgliederung der Post aus der staatlichen Verwaltung durch das PTSG. Die Österreichische Post AG sei berechtigt, sämtliche Zustellarbeitsplätze in ihrem Unternehmen nach der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ zu gestalten. Die Organisationsänderung und die darauf aufbauenden Maßnahmen wären nur dann unzulässig, wenn sie ausschließlich den Zweck verfolgten, die betreffende Personalmaßnahme aus unsachlichen Gründen zu setzen bzw. den der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesenen Beamten einen Nachteil zuzufügen. Das Gericht habe den Zweck der Organisationsänderung und der Personalmaßnahme nicht beurteilt. Hätte das Gericht die Feststellung getroffen, dass bereits seit dem Jahr 2014 nahezu alle Zusteller der Gleitzeitregelung nach der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ unterlägen, wäre es zum Ergebnis gelangt, dass es sich bei nahezu allen auf den Zustellarbeitsplätzen eingesetzten Personen um Dienstnehmer handle, die dem Gleitzeitmodell nach der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“, wie von den Sozialpartnern vorgesehen, zugestimmt hätten. Die Organisationsänderung zielle auf eine einheitliche Arbeitszeitregelung im Zustellbereich ab und sei daher als sachlich zu beurteilen. Mit diesem Aspekt habe sich der Verwaltungsgerichtshof bislang nicht auseinandergesetzt.

- 28 Es habe sich auch die Art der Tätigkeit des Mitbeteiligten aufgrund der Umstellung auf das neue Gleitzeitmodell grundlegend geändert. Das neue flexibel gestaltete Normalarbeitszeitmodell im Zustelldienst eröffne aufgrund des Gleitzeitspielraumes die Möglichkeit, auf die täglichen Schwankungen der taggleich zuzustellenden Sendungsmengen zu reagieren. Es bestünden daher wichtige betriebliche Gründe für die Versetzung der auf den Zustellarbeitsplätzen eingesetzten Beamten, damit für alle auf den Zustellarbeitsplätzen eingesetzten Personen die gleiche Gleitzeitregelung angewendet werden könne.
- 29 Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit der Versetzung wegen organisatorischer Veränderungen liege eine Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch insofern vor, als das Gericht die mit der Versetzung des Mitbeteiligten verbundenen Einsparungen von Überstunden nicht berücksichtigt habe. Die Österreichische Post AG, die



die Personalkosten wirtschaftlich zu tragen habe, könne infolge der Versetzung des Mitbeteiligten eine erhebliche Einsparung durch die Vermeidung des Anfalls von Überstunden erzielen. Selbst wenn die Springertätigkeit des Mitbeteiligten, wie vom Verwaltungsgericht festgestellt, die Ursache für den Überstundenanfall gewesen sei, könne diese Ursache mit der in Rede stehenden Versetzung behoben werden. In einem erheblichen Einsparungspotential liege ein wichtiger betrieblicher Grund im Sinn des § 17a Abs. 9 PTSG. Daher sei es auch unerheblich, ob der Mitbeteiligte als Zusteller überlastet gewesen sei. Das Gericht hätte feststellen müssen, dass die Österreichische Post AG durch die Versetzung des Mitbeteiligten monatlich rund 28 Überstunden einspare. Die Anzahl der vermeidbaren Überstunden gehe deutlich über jene hinaus, die dem vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilenden Sachverhalt im hg. Beschluss vom 10. Dezember 2018, Ra 2018/12/0053, zugrunde gelegen sei, und komme nahe an die Grenze der zulässigen Wochendienstzeit gemäß § 48a Abs. 3 BDG 1979.

Mit diesem Vorbringen wird die Zulässigkeit der Revision nicht dargetan:

- 30 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 31 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Hat das Verwaltungsgericht - wie im gegenständlichen Fall - ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.



- 32 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof hingegen nur im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 33 1. Zunächst tritt die Zulässigkeitsbegründung der Revision den beweismäßigenden Erwägungen des Gerichts, das nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und eines ausführlichen Ermittlungsverfahrens zur Auffassung gelangte, dass nicht die Überlastung des Mitbeteiligten oder die Anzahl der von ihm an seinem bisherigen Arbeitsplatz erbrachten Überstunden, sondern dessen unterbliebene Zustimmung zur Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ der Grund für die betreffende Personalmaßnahme gewesen sei, nicht substantiiert entgegen. Somit wirft die Zulässigkeitsbegründung auch insofern, als sie sich auf ein durch die Reduktion von Überstunden begründetes dienstliches bzw. betriebliches Interesse am Abzug des Mitbeteiligten von seinem bisherigen Arbeitsplatz beruft, in Anbetracht der der Beurteilung des vorliegenden Revisionsfalls zugrunde zu legenden verwaltungsgerichtlichen Feststellungen, wonach der Grund für die Versetzung des Mitbeteiligten nicht die Reduktion von Überstunden gewesen sei, keine fallbezogen relevante Rechtsfrage im Sinn von Art. 133 Abs. 4 B-VG auf.
- 34 2. Darüber hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt festgehalten, dass im öffentlichen Recht begründete Verpflichtungen durch privatrechtliches Handeln nicht gestaltbar sind. Auch Betriebsvereinbarungen vermögen bei Kollision mit zweiseitig oder absolut zwingenden Gesetzesbestimmungen niemals, bei einseitig zwingendem Gesetz nur bei Günstigkeit durchzudringen. Die hier in Rede stehenden Bestimmungen der §§ 48 ff BDG 1979 können daher durch Betriebsvereinbarung nicht mit Wirksamkeit für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis modifiziert werden. Maßnahmen der Dienstbehörde (bzw. Ansprüche des öffentlich-rechtlichen Bediensteten gegenüber seinem Dienstgeber) sind daher an den das jeweilige öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis ausgestaltenden



gesetzlichen (allenfalls auf einer Verordnung beruhenden) Vorschriften zu messen. Gesetzlich zwingend zuerkannte Rechtspositionen können durch eine Betriebsvereinbarung nicht verschlechtert werden. Inwieweit der Abschluss einer solcherart unwirksamen Vereinbarung Einfluss auf die Zuweisung von Arbeitsplätzen haben dürfte, ist nicht nachvollziehbar (vgl. VwGH 3.10.2018, Ra 2017/12/0091, Rn 22).

- 35 Wenn die Revision in diesem Zusammenhang Feststellungsmängel rügt, weil das Bundesverwaltungsgericht den Inhalt der in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Regelungen hätte näher feststellen müssen, macht sie einen Verfahrensfehler geltend, hinsichtlich dessen in der Zulässigkeitsbegründung jedoch eine taugliche Relevanzdarstellung fehlt. Die Zulässigkeitsbegründung zeigt insbesondere nicht auf, aufgrund welcher konkret zu treffender Feststellungen sich ergeben hätte, dass entgegen der im angefochtenen Erkenntnis zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts das in der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ vorgesehene Gleitzeitdurchrechnungsmodell mit den Bestimmungen des § 48b BDG 1979 zu vereinbaren wäre (vgl. zu der dem Beamten nach dieser Bestimmung einzuräumenden Pause z.B. VwGH 8.3.2018, Ra 2017/12/0133, Rn 13; betreffend die Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ siehe auch VwGH 19.2.2018, Ra 2017/12/0022, Rn 50 ff).
- 36 Die Zulässigkeitsbegründung lässt auch gänzlich offen, weshalb für den Fall, dass die in der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ getroffenen Regelungen mit den Bestimmungen des BDG 1979 im Einklang stünden und in dieser Betriebsvereinbarung in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht ausschließlich Regelungen getroffen würden, die auch nach den §§ 48 ff BDG 1979 zulässig wären, die Optionserklärung eines Beamten überhaupt gewichtige Vorteile für den Dienstgeber mit sich brächte (vgl. auch dazu VwGH 10.12.2018, Ra 2018/12/0053, Rn 17) und - so die Ausführungen im Bescheid des Amtsrevisionswerbers - eine solche Erklärung des Mitbeteiligten erforderlich wäre, um ihn auf seinem bisherigen Arbeitsplatz weiterzuverwenden (weil er anderenfalls nicht die „systemimmanenten Voraussetzungen“, nämlich die Teilnahme am Gleitzeitdurchrechnungsmodell, erfülle). Unter der Annahme,



dass die Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ keine von §§ 48 ff BDG 1979 abweichenden Regelungen vorsähe, bestünde für den Dienstgeber nämlich jederzeit die Möglichkeit, das in der Betriebsvereinbarung vorgesehene Gleitzeitdurchrechnungsmodell unmittelbar unter Berufung auf die Bestimmungen des BDG 1979 einzuführen, ohne hierfür auf in der Betriebsvereinbarung getroffene Vorschriften und diesbezügliche Optionserklärungen der Bediensteten zurückgreifen zu müssen (siehe auch VwGH 10.12.2018, Ra 2018/12/0053, Rn 17).

- 37 Wie bereits erwähnt und auch schon mehrfach durch den Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, wäre im Übrigen eine etwaige gegenüber dem Bund als Dienstgeber erteilte Zustimmungserklärung des Beamten zu einem derartigen Gleitzeitmodell ohnedies unwirksam (z.B. VwGH 20.11.2018, Ra 2017/12/0125, Rn 27; 3.10.2018, Ra 2017/12/0091, Rn 22). Wie viele der der Österreichischen Post AG nach § 17 Abs. 1 PTSG zugewiesenen Beamten einem solchen, zwar nach der Intention des Dienstgebers für alle Bediensteten einheitlichen, aber einer wirksamen Zustimmungserklärung der betroffenen Beamten nicht zugänglichen Gleitzeitmodell zugestimmt haben, kann daher nicht entscheidungsrelevant sein. Der in diesem Zusammenhang in der Zulässigkeitsbegründung der Amtsrevision geltend gemachte Feststellungsmangel liegt nicht vor.
- 38 3. Dass die Einführung eines Gleitzeitmodells, das - wovon fallbezogen, da zu diesem Gesichtspunkt in der Zulässigkeitsbegründung keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dargelegt wird - in die durch die Bestimmungen der §§ 48 ff BDG 1979 garantierten Rechtspositionen zum Nachteil der Bediensteten eingreift, ungeachtet dessen, dass mit diesem Modell allenfalls die Einsparung von Personalkosten erreicht werden könnte, nicht als wichtiges dienstliches oder betriebliches (§ 17a Abs. 9 PTSG) Interesse im Sinn von § 38 Abs. 2 und 3 BDG 1979 verstanden werden kann, liegt auf der Hand. Eine Organisationsänderung, die an unwirksam erteilte „Optionserklärungen“ bzw. an eine Betriebsvereinbarung anknüpft, deren Regelungen unzulässige Abweichungen von zwingenden gesetzlichen Bestimmungen vorsieht, ist



demnach nicht geeignet, ein wichtiges dienstliches Interesse im Sinne von § 38 Abs. 2 und Abs. 3 BDG 1979 zu begründen (VwGH 20.11.2018, Ra 2017/12/0125). Wenn daher das Verwaltungsgericht zum Ergebnis gelangte, dass die Durchsetzung des in Rede stehenden Gleitzeitmodells kein schützenswertes (dienstliches oder betriebliches) Interesse darstellt, so wirft dies jedenfalls keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. Die behauptete Abweichung von der hg. Judikatur (VwGH 28.4.2008, 2005/12/0059) liegt demnach nicht vor.

39 4. Im Übrigen sei im Hinblick auf das Vorbringen des Amtsrevisionswerbers, wonach das Auseinanderfallen der Organisationskompetenz und der Diensthoheit die rechtliche Folge der Ausgliederung der Post aus der staatlichen Verwaltung durch das PTSG sei, die Dienstbehörden keine Ingerenz auf die Leitung des Unternehmens hätten und die Österreichische Post AG berechtigt sei, sämtliche Zustellarbeitsplätze nach der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ zu gestalten, in Erinnerung gerufen, dass der von der gegenständlichen Versetzung betroffene Mitbeteiligte in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht und gemäß § 17 Abs. 1 PTSG der Anwendungsbereich von Rechtsvorschriften des Bundes in ihrer jeweils geltenden Fassung, die auf Rechtsverhältnisse der im ersten Satz dieser Bestimmung genannten Beamten (somit auch des Mitbeteiligten) abstellen, (mit einer hier nicht relevanten Maßgabe) unberührt bleibt. Welche Bedeutung der in der Zulässigkeitsbegründung ins Treffen geführten „Zuweisungskonstruktion“ für die im vorliegenden Kontext zu beurteilenden und in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bereits geklärten Rechtsfragen zukommen sollte, ist nicht ersichtlich. Dass die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs einer Weiterentwicklung bedürfte, kann somit anhand des Zulässigkeitsvorbringens nicht nachvollzogen werden.

40 5. Da schon die Annahme des Verwaltungsgerichtes, wonach die von der amtsrevisionswerbenden Partei ins Treffen geführte, auf der Einführung des in Rede stehenden Gleitzeitmodells basierende organisatorische Umgestaltung einer sachlichen Grundlage entbehre, keine grundsätzlichen Rechtsfragen



aufwirft, kann eine Auseinandersetzung mit dem übrigen Vorbringen der Zulässigkeitsbegründung, das sich darauf stützt, dass der bisherige Arbeitsplatz des Mitbeteiligten (anders als vom Verwaltungsgericht angenommen) aufgrund der in Rede stehenden aus der Betriebsvereinbarung „IST-Zeit“ erfließenden organisatorischen Maßnahmen weggefallen sei, unterbleiben. Lediglich sachliche Organisationsänderungen können ein wichtiges dienstliches Interesse an der Vornahme einer Versetzung begründen (VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0043).

- 41 6. Aus den dargelegten Gründen liegen die Voraussetzungen nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht vor, weshalb die Revision gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen war.

W i e n , am 29. Juli 2021

