

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.12.2012

Geschäftszahl

2012/12/0049

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Hinterwirth, Dr. Thoma und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des J L in S, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 9. Februar 2012, Zl. PM/PR- 621894/10-A01, betreffend Versagung von Überstundenvergütung, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Beamter in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist der Österreichischen Post Aktiengesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen, wo er als Zusteller in der Zustellbasis S verwendet wird.

Aufgrund organisatorischer Änderungen an dieser Zustellbasis mit Beginn des Jahres 2005 erachtete sich der Beschwerdeführer mit zeitlichen Mehrdienstleistungen belastet. In einer - in den vorgelegten Verwaltungsakten nicht enthaltenen - Eingabe vom 13. Februar 2008 stellte er unstrittig folgende Anträge:

"1. Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zur Feststellung der ... im Zeitraum Jänner 2005 bis Mai 2006 an Arbeitstagen tatsächlich erbrachten Mehrleistungen auf Basis von schriftlichen Aufzeichnungen und Personalbedarfsermittlungsverfahren;

2. Vorladung von informierten Vertretern aus dem Fachbereich 'Personal' und 'Distribution' der Österreichischen Post AG zur zeugenschaftlichen Einvernahme;

3. schriftliche Mitteilung der Beweisaufnahme ...;

4. bescheidmäßige Anerkennung der erbrachten Mehrleistungen als Überstunden und Festlegung der bezugsrechtlichen Liquidierung;

5. aufgrund der besoldungsrechtlichen Änderung lt. P. 4, bescheidmäßige Richtigstellung der Beitragsgrundlagen bzw. Nebengebührenwerte im Sinne der pensionsrechtlichen Bestimmungen."

Mit Bescheid vom 11. August 2008 gab das Personalamt S dem Antrag vom 13. Februar 2008 auf "Nachverrechnung von Überstunden ... gemäß § 49 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979" nicht statt, wogegen der Beschwerdeführer Berufung erhob. In seiner zur Zl. 2009/12/0106 protokollierten Säumnisbeschwerde machte er geltend, die belangte Behörde habe ihre Pflicht zur Entscheidung über diese Berufung verletzt, worauf der Verwaltungsgerichtshof mit Verfügung vom 22. Juni 2009 das Vorverfahren über diese Säumnisbeschwerde einleitete.

Mit Bescheid vom 4. September 2009 gab die belangte Behörde dieser Berufung dahingehend Folge, dass der Bescheid vom 11. August 2008 behoben und die Angelegenheit zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Dienstbehörde erster Instanz zurückverwiesen wurde. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde in diesem Bescheid u. a. tragend aus:

"§ 16 Abs. 1 GehG normiert eine Überstundenvergütung nur vor dem Hintergrund der die Überstunden regelnden Bestimmungen des BDG 1979 (VwGH vom 15. April 2005, Zl. 2004/12/0096).

Nach § 49 Abs. 1 BDG 1979 hat der Beamte auf Anordnung über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst zu versehen (Mehrdienstleistung).

Den auf Anordnung erbrachten Mehrdienstleistungen sind Mehrdienstleistungen gleichzuhalten, wenn

1. der Beamte einen zur Anordnung der Mehrdienstleistung Befugten nicht erreichen konnte,
2. die Mehrdienstleistung zur Abwehr eines Schadens unverzüglich notwendig war,
3. die Notwendigkeit der Mehrdienstleistung nicht auf Umstände zurückgeht, die von dem Beamten, der die Mehrdienstleistung erbracht hat, hätten vermieden werden können, und
4. der Beamte diese Mehrdienstleistung spätestens innerhalb einer Woche nach der Erbringung schriftlich meldet; ist der Beamte durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne sein Verschulden verhindert, diese Frist einzuhalten, so verlängert sie sich um die Dauer der Verhinderung.

Voraussetzung für das Vorliegen einer abzugeltenden Überstunde ist daher, dass über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst versehen wird und dass diese Dienstleistung entweder angeordnet ist oder dass die Voraussetzungen der Z. 1 bis 4 des § 49 Abs. 1 BDG 1979 erfüllt sind.

Eine anspruchsbegründende Anordnung im Sinne des § 49 Abs. 1 erster Satz BDG 1979 von Mehrdienstleistungen kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aber nicht nur ausdrücklich unter Verwendung des Wortes 'Überstundenanordnung' erfolgen. Sie liegt vielmehr auch dann vor, wenn der Auftrag auf die Ausführung von Arbeiten eines bestimmten Ausmaßes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gerichtet war und schon im Zeitpunkt der Erteilung (und nicht erst infolge von Umständen, die nachträglich eingetreten sind und daher bei Erteilung des Auftrages nicht vorhersehbar waren) von vornherein feststand, dass die Erfüllung dieses Auftrages die Leistung von Überstunden unumgänglich notwendig macht.

Die Qualifikation eines Verhaltens als konkludente Anordnung kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein zur Anordnung von Überstunden befugtes Organ ein Verhalten setzt, bezüglich dessen kein vernünftiger Grund besteht, daran zu zweifeln, dass damit die Anordnung von Überstunden verbunden ist. Daher rechtfertigt allein der Umfang der einem Beamten übertragenen dienstlichen Aufgaben nicht die Annahme, dass in der Übertragung dieser Arbeiten bereits eine (generelle) konkludente Anordnung von Überstunden zu sehen ist. (VwGH vom 28. April 2008, Zl. 2005/12/0148).

Allein der Umstand, dass sich Bedienstete über die dienstplanmäßig, vorgesehene Zeit hinaus, aus welchen Gründen immer, länger im Amtsgebäude aufhalten, begründet keinen Anspruch auf Zeitausgleich bzw. Überstundenvergütung. (VwGH vom 12. Dezember 1995, Zl. 94/12/0118)

Um unter Bedachtnahme auf diese Gesichtspunkte zweifelsfrei über die Anträge absprechen zu können, fehlen zunächst Feststellungen darüber, dass trotz Ihrer Einwände der Rayon entsprechend den betriebsinternen Vorgaben der Auslastung einer Vollzeitarbeitskraft entsprochen hat und dieses Ergebnis auch durch die von Ihnen wie von den Vorgesetzten angeführten Überprüfungen, bestätigt worden ist. Anders ausgedrückt, waren die wesentlichen Parameter der Systemisierung für jedermann ersichtlich unrichtig erhoben bzw. wurden diesbezügliche Fehler bei den offensichtlich in weiterer Folge mit Ihnen vorgenommenen Begehungen festgestellt?

Hinzu kommt, dass Sie mit Ihrem Antrag vom 13. Februar 2008 ein Feststellungsbegehren über erbrachte Mehrdienstleistungen stellten. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. beispielsweise das Erkenntnis vom 19. März 1990, Zl. 88/12/0103, mit weiteren Hinweisen) sind die Verwaltungsbehörden nur dann berechtigt, im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit Feststellungsbescheide zu erlassen, wenn diese entweder im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei liegen und die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen.

Ein solches Interesse besteht dann nicht, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahren, oder eines gerichtlichen Verfahrens zu entscheiden ist. Im Übrigen ist ein rechtliches Interesse der Partei nur dann zu bejahen, wenn der Feststellungsantrag im konkreten Fall als geeignetes Mittel zur Beseitigung der Rechtsgefährdung angesehen werden kann.

Wenn ein Leistungsbescheid möglich ist, besteht kein Recht auf einen Feststellungsbescheid (vgl. beispielsweise das Erkenntnis des VwGH vom 17. Dezember 1986, Slg. NF Nr.12.354/A).

Die erstinstanzliche Dienstbehörde hätte sie daher auffordern müssen, Ihren Antrag entsprechend zu verbessern und Sie insbesondere anzuhalten gehabt, bekanntzugeben, wann (an welchen Tagen und zu welchen Zeiten) und warum (aus welchen Gründen gerade an diesem Tag Mehrleistungen erforderlich waren, bzw. wer diese angeordnet hat) Sie Mehrdienstleistungen erbracht haben. Weiters fehlen Erhebungen darüber, ob Sie diese von Ihnen behaupteten Mehrdienstleistungen jeweils schriftlich innerhalb einer Woche nach Erbringung gemeldet haben.

Außer Ihrer Behauptung, 'ich habe vorzeitig den Dienst antreten müssen und aufgrund meiner Aufzeichnungen im Schnitt pro Woche 2,5 Überstunden erbracht' fehlen jegliche nähere Hinweise über die Zeiträume der behaupteten Mehrdienstleistungen. Nur aus einem vorzeitigen Dienstantritt allein kann jedenfalls kein Anspruch auf Überstundenvergütung abgeleitet werden.

Da der der Berufungsbehörde vorliegende Sachverhalt daher so mangelhaft ist, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit dem Berufungswerber und Vorgesetzten unvermeidlich erscheint, war

der angefochtene Bescheid daher zu beheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides zurückzuverweisen."

Mit Beschluss vom 14. Oktober 2009 stellte der Verwaltungsgerichtshof das Verfahren über die Säumnisbeschwerde wegen Nachholung des versäumten Bescheides ein.

Die Dienstbehörde erster Instanz ergänzte hierauf ihre Ermittlungen zur Frage zeitlicher Mehrdienstleistungen des Beschwerdeführers und der Anordnung von solchen durch Vorgesetzte und räumte dem Beschwerdeführer hiezu Gehör ein, der seinerseits wiederum die Einvernahme von Zeugen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragte.

Mit (Ersatz-)Bescheid vom 28. Mai 2010 wies das Personalamt S den Antrag vom 13. Februar 2008 auf Nachverrechnung und Auszahlung von Überstunden gemäß § 49 BDG 1979 neuerlich ab. Nach Darstellung des Verfahrensganges, insbesondere der Ergebnisse von Ermittlungen im fortgesetzten Verfahren, begründete die Dienstbehörde erster Instanz ihren (Ersatz-)Bescheid wie folgt:

"Aufgrund der Beweisergebnisse steht fest, dass Ihnen in Form einer ausdrücklichen Anordnung keine Überstunden angeordnet wurden. Sie geben selbst an, dass die Aufforderung zur Leistung von Überstunden dadurch erfolgte, dass der jeweilige Arbeitsanfall des Rayons von Ihnen abzudecken war - sohin eine Aufforderung zur Leistung von Überstunden nicht ausdrücklich erfolgte. Auch von einer konkludenten Überstundenanordnung kann allerdings keine Rede sein: Eine solche läge vor, wenn der Dienstgeber Arbeitsleistungen entgegen nehmen würde, die auch bei richtiger Einteilung der Arbeit nicht in der normalen Arbeitszeit erledigt werden können. Da ihr Zustellbezirk mit 40,33 Wochenstunden systemisiert war, ist von diesem Fall nicht auszugehen.

Die Zeugin M. hat Ihnen klar gesagt, dass Ihr Rayon ohne Mehrleistungen systemisiert war und keine Überstunden verrechnet werden können. Damit musste Ihnen klar sein, dass auch konkludent keine Überstunden angeordnet wurden. Frau M. hat weiters angegeben, die in der Aufstellung angeführten Überstunden nicht angeordnet zu haben. Auch W. konnte ausschließen, Überstunden in diesem Ausmaß angeordnet zu haben. Eine ausdrückliche Überstundenanordnung kann daher ausgeschlossen werden. Auch aus der Bestätigung N. vom 09.07.2007 geht lediglich hervor, dass dieser gehört habe, wie Sie die Bezahlung von Überstunden gefordert hätten, nicht jedoch, dass Ihnen Überstunden angeordnet wurden.

Da somit keine Überstundenanordnung vorlag, war noch zu prüfen, ob Sie innerhalb einer Woche nach (behaupteter) Erbringung von Mehrleistungen diese jeweils schriftlich gemeldet haben. Ihre Vorgesetzten W. und M. haben mit e-mail vom 22. bzw. 23. Februar mitgeteilt, keine schriftlichen Überstundenmeldungen von Ihnen erhalten zu haben. Trotz Aufforderung im Schreiben des Personalamtes S vom 27.10.2009 haben auch Sie keine diesbezüglichen schriftlichen Nachweise beigebracht. Es ist daher als erwiesen zu betrachten, dass keine Meldungen iSd. § 49 Abs. 1 lit. 4 BDG 1979 durch Sie erfolgt sind.

Die aufgenommenen Beweise enthalten sämtliche Aspekte zum Thema Mehrleistungen, die für eine Entscheidungsfindung notwendig sind, sodass sich die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung erübrigt.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass in Ihrem Fall keine Anordnung von Mehrdienstleistungen gab und auch die ausnahmsweise vorgesehene schriftliche Meldung von Mehrdienstleistungen innerhalb einer Woche nach deren Erbringung nicht erfolgte. Ihr Antrag war daher abzuweisen."

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung vertrat der Beschwerdeführer fallbezogen die Ansicht, im gegebenen Zusammenhang sei unstrittig, dass allen Beteiligten klar gewesen sei, dass Mehrleistungen erbracht werden müssten und dieser Umstand von den Vorgesetzten des Beschwerdeführers nicht nur geduldet, sondern auch durch ihr jeweiliges Verhalten als betriebliche Notwendigkeit anerkannt worden sei. Umgekehrt habe er darauf vertrauen dürfen, dass ihm bei der offensichtlichen Überlastung auf seinem Arbeitsplatz entsprechende Unterstützung (Umorganisation, Mithilfe etc. oder eben mehr Arbeitszeit) gewährt werde. In diesem Zusammenhang verweise er auf die ihn treffende, in § 43 Abs. 1 BDG 1979 verankerte Unterstützungspflicht, die ihn dazu zwingt, Mehrleistungen zu erbringen, und es ihm eben nicht freistelle, "Dienst nach Vorschrift" zu machen. Das Verhalten seiner Vorgesetzten habe er nur so interpretieren können, dass er die objektiv notwendigen Mehrleistungen auch erbringen solle. Ein Zeitausgleich sei für Zusteller nicht vorgesehen und sei ihm auch nicht angeboten oder gewährt worden. Unrichtig sei die Feststellung im (Ersatz-)Bescheid, er hätte seine Mehrleistungen nicht zeitgerecht gemeldet. Solche Meldungen seien von ihm sozusagen in Permanenz erfolgt. Schließlich treffe der (Ersatz-)Bescheid keine Feststellungen zu Zeitraum und Umfang der Mehrleistungen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung keine Folge und bestätigte den bekämpften Bescheid mit der Maßgabe, dass der Antrag vom 13. Februar 2008 auf Nachverrechnung und Auszahlung von Überstunden gemäß § 49 BDG 1979 für den Zeitraum Jänner 2005 bis Mai 2006 und auf bescheidmäßige Richtigstellung der Beitragsgrundlagen bzw. Nebengebührenwerte im Sinne der pensionsrechtlichen Bestimmungen abgewiesen werde. Nach Darstellung des Verfahrensganges hielt die belangte Behörde zunächst zum "bemängelten Ermittlungsverfahren" fest:

"Im Zuge des seit 13. Februar 2008 anhängigen Verfahrens wurden von Seiten der Dienstbehörde I. Instanz umfangreiche Ermittlungen geführt, wodurch für Sie allein im ersten Rechtsdurchgang mehrmals die Möglichkeit bestanden hat, im Rahmen des Parteiengehörs Ihre Sicht der Dinge darzulegen. Insbesondere wurden Ihnen alle Niederschriften mit Ihren Vorgesetzten (M. (Einvernahme vom 28. April 2008), W.

(Einvernahme vom 27. Mai 2008) und K. (Einvernahme vom 27. Mai 2008)) die als Zeugen unter Wahrheitspflicht einvernommenen wurden, zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

Die erstinstanzliche Dienstbehörde hat auch im zweiten Rechtsdurchgang sämtliche Vorgaben und Verfahrensschritte, die ihr mit Bescheid der Berufungsbehörde vom 04. September 2009 für das fortgesetzte Verfahren aufgetragen wurden, eingehalten bzw. umgesetzt.

Da zur Durchsetzung Ihrer Ansprüche auf Grund der anzuwendenden Rechtslage ein Leistungsbescheid jedenfalls möglich war, hat Sie die erstinstanzliche Dienstbehörde - wie bereits oben ausgeführt - um Verbesserung bzw. Konkretisierung Ihres Antrags ersucht.

Mit Schreiben vom 11. November 2009 teilten Sie zur Konkretisierung Ihres Mehrleistungsbegehrens mit, dass die explizite Aufforderung zur Leistung von Mehrstunden durch die jeweiligen Dienstvorgesetzten unmissverständlich dadurch zum Ausdruck gebracht worden sei, dass der jeweilige Arbeitsanfall des

Rayons von Ihnen abzudecken sei. Anträge an Ihren Vorgesetzten,

die Arbeitsleistung in Ihrem Rayon anzupassen, seien Ihrerseits regelmäßig erfolgt.

Für die Beurteilung der Anspruchsgrundlagen nach § 49 BDG 1979 hat Ihre Stellungnahme allerdings keine neuen Erkenntnisse gebracht:

Zum Beweis der erfolgten Meldung der Mehrdienstleistungen legten Sie nämlich nur eine Aufstellung von erbrachten Mehrdienstleistungen mit jeweiligem Datum vor. Sie legten weder dar, zu welcher Tages/Uhrzeit und aus welchen Gründen die Mehrdienstleistungen erbracht werden mussten, noch welcher Vorgesetzte Ihnen die Erbringung von Mehrdienstleistungen explizit oder schlüssig angeordnet hat. Ebenso wenig vermochten Sie - im Hinblick auf allfällige ohne Anordnung erbrachte Mehrdienstleistungen - nachzuweisen, dass Sie diese innerhalb einer Woche Ihrem Vorgesetzten schriftlich gemeldet hätten.

In der Folge wurden nochmals Ihre Vorgesetzten M. und W., die wie oben dargestellt bereits im ersten Rechtsgang als Zeugen einvernommen worden waren, mit Ihren Ausführungen vom 11. November 2009 und den dabei vorgelegten Unterlagen konfrontiert und mit Bezug auf die im ersten Rechtsgang aufgenommenen Niederschriften befragt: M. bestätigte mit Mail mit 22. Februar 2010 sowie vom 01. März 2010, dass Sie Ihnen nie Überstunden angeordnet hätte und dass ihr auch die beweisengegenständliche Überstundenmeldung nie vorgelegt wurde. Auch W. stellte in seinen E-Mails vom 23. und 25. Februar 2010 klar, dass er mit Sicherheit ausschließen könne, die fraglichen Überstunden angeordnet zu haben.

Die Berufungsbehörde kann in dem Umstand, dass im fortgesetzten Verfahren die ergänzende Befragung der Zeugen M. und W. ohne Wahrheitserinnerung erfolgte, keinen Mangel im Ermittlungsverfahren erkennen, zumal laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nach dem Grundsatz der Unbeschränktheit und der Gleichwertigkeit aller Beweismittel eine Ergänzung von förmlichen Beweisaufnahmen durch sonstige (formlose) Erhebungen zulässig ist (VwGH 24.2.2006, Zl 2003/12/0070) und darüber hinaus die Zeugen ihre im ersten Rechtsgang getätigten Aussagen im Wesentlichen nochmals bestätigt haben.

Zur Erläuterung der erfolgten Personalbedarfermittlung in der Zustellbasis S wurde Herr G., der als 'Planer Distribution' unter anderem auch für die Systemisierungen in T zuständig war, als Zeuge einvernommen (Einvernahmen vom 08. März 2010 und vom 26. Mai 2010). Die erstinstanzliche Dienstbehörde hat auf Grund der von G. gemachten Aussagen und vorgelegten Unterlagen schlüssig und nachvollziehbar dargestellt, weshalb Ihr Arbeitsplatz auf Basis der mit dem Zentralausschuss akkordierten REFA-Zeitwertmethode als 40 Stunden-Arbeitsplatz bewertet und folglich die Auslastungsberechnung Ihres Arbeitsplatzes korrekt durchgeführt wurde, weiters wann auf diesem Arbeitsplatz ausnahmsweise mengenmäßige Mehrbelastungen auftraten und mit welchen Instrumenten diese regelmäßig vollständig abgegolten wurden. Die Berufungsbehörde sieht zudem auch keine Veranlassung, die Expertenqualität von G. und damit seine Eignung, als Zeuge Aussagen zur Systemisierung und Personalbedarfsermittlung zu machen, in Zweifel zu ziehen.

Zu Ihrem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird festgehalten, dass es sich dabei grundsätzlich um eine Ermessensentscheidung der Behörde handelt, die nach den Kriterien der Verwaltungsökonomie zu treffen ist. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die Parteien keinen Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung haben, insbesondere dann nicht, wenn, wie im anhängigen Fall, in Summe gesehen schon ausreichende Untersuchungsergebnisse vorliegen und alle Aspekte zu Ihrem Vorbringen im Laufe des ersten und zweiten Verfahrensdurchganges geprüft wurden und Ihnen zu allen Untersuchungsergebnissen im Rahmen Parteiengehörs Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wurde."

In rechtlicher Sicht traf die belangte Behörde folgende Ausführungen:

"Der Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ist darin gelegen, dass Personen in einem grundsätzlich lebenslangen Dienstverhältnis in Bindung an das Gesetz tätig werden und bezugsrechtliche Ansprüche nur nach besoldungsrechtlichen Vorschriften (Gesetze bzw. Verordnungen) geltend gemacht werden können (VwGH Zl 96/12/0381 vom 25. Februar 1998). Maßgeblich für Ihren Anspruch ist daher nur, ob die im Gesetz enthaltenen Tatbestandserfordernisse erfüllt sind.

Gemäß § 49 Abs. 1 BDG 1979 hat der Beamte auf Anordnung über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst zu versehen (Mehrdienstleistung).

Den auf Anordnung erbrachten Mehrdienstleistungen sind Mehrdienstleistungen gleichzuhalten, wenn

1. der Beamte einen zur Anordnung der Mehrdienstleistung Befugten nicht erreichen konnte,
2. die Mehrdienstleistung zur Abwehr eines Schadens unverzüglich notwendig war,
3. die Notwendigkeit der Mehrdienstleistung nicht auf Umstände zurückgeht, die von dem Beamten, der die Mehrdienstleistung erbracht hat, hätten vermieden werden können, und
4. der Beamte diese Mehrdienstleistung spätestens innerhalb einer Woche nach der Erbringung schriftlich meldet; ist der Beamte durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne sein Verschulden verhindert, diese Frist einzuhalten, so verlängert sie sich um die Dauer der Verhinderung.

Voraussetzung für das Vorliegen einer abzugeltenden Mehrdienstleistung ist daher, dass über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst versehen wird und dass diese Dienstleistung entweder explizit oder schlüssig angeordnet ist oder dass sämtliche Voraussetzungen der Z. 1 bis 4 der zitierten Gesetzesbestimmung erfüllt sind.

Wie schon erläutert, haben die Ermittlungsergebnisse basierend auf den Zeugenaussagen der Vorgesetzten und den vorliegenden Unterlagen insgesamt ergeben, dass Mehrdienstleistungen weder explizit noch schlüssig angeordnet wurden.

Ihrem Vorbringen, schlüssig angeordnete Mehrdienstleistungen erbracht zu haben, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens basierend auf den Aussagen Ihrer Vorgesetzten gibt es kein Anzeichen dafür, dass im Sinne der Rechtsprechung Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 08. 04. 1992, Zl. 86/12/0283 und 21.04.1999, Zl. 94/12/0110) die Sachlage so gewesen wäre, dass Ihnen die Ausführung von bestimmten Arbeiten eines bestimmten Ausmaßes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes übertragen worden wäre und schon im Zeitpunkt der Erteilung diesen Auftrages von vornherein festgestanden wäre, dass die Erfüllung dieses Auftrages die Erbringung von Mehrdienstleistungen unumgänglich notwendig machen würde.

Da die Ihnen aufgetragenen Arbeiten (im konkreten Fall die Durchführung der Zustellung in Ihrem Rayon in der Zustellbasis S) in Zeiten Ihrer Abwesenheit auch durch andere Zusteller (z.B. Urlaubs- und Krankenersatzkräften) ohne Anfall von abzugeltenden Mehrdienstleistungen erledigt wurden, ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass die unumgängliche Notwendigkeit, Mehrdienstleistungen zu erbringen, schon bei Auftragserteilung festgestanden wäre.

Außerdem kann eine konkludente Anordnung nur dann angenommen werden, wenn ein zur Anordnung von Überstunden befugtes Organ ein Verhalten setzt, bezüglich dessen kein vernünftiger Grund besteht, daran zu zweifeln, dass damit die Anordnung von Überstunden verbunden ist. Daher rechtfertigt allein der Umfang der einem Beamten übertragenen dienstlichen Aufgaben nicht die Annahme, dass in der Übertragung dieser Arbeiten bereits eine (generelle) konkludente Anordnung von Überstunden zu sehen ist. (VwGH vom 28. April 2008, Zl. 2005/12/0148).

Allein der Umstand, dass Sie sich über die dienstplanmäßig vorgesehene Zeit hinaus in der Zustellbasis aufgehalten haben, begründet keinen Anspruch auf Überstundenvergütung (VwGH 12.12. 1995, Zl. 94112/0118).

Insbesondere haben die Ermittlungen auch ergeben, dass Ihnen seitens Ihrer Vorgesetzten auf Grund Ihrer Nachfrage unmissverständlich mitgeteilt wurde, dass Ihnen Mehrdienstleistungen nicht abgegolten werden können. Es musste Ihnen daher in Kenntnis des Verhaltens Ihrer Vorgesetzten bewusst sein, dass Ihnen Mehrdienstleistungen auch nicht konkludent angeordnet wurden.

Da die Berufungsbehörde aus den dargelegten Gründen ausschließt, dass die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung von Überstunden gegeben sind, ist noch zu prüfen, ob im konkreten Fall der Tatbestand des Gleichhaltens von nicht angeordneten zeitlichen Mehrdienstleistungen mit angeordneten Überstunden (§ 49 Abs.1 Ziffer 1 bis 4, BDG 1979) erfüllt war. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 08. 04. 1992, Zl. 86/12/0283) müssen diese Erfordernisse kumulativ vorliegen. Bereits wenn eine der Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 Z 1 bis 4 BDG 1979 nicht gegeben ist, liegt keine gleichzuhaltende Mehrleistung im Sinne des Gesetzes vor (VwGH 21. 04.1999, Zl. 94/12/0110, 11.12.2002, Zl. 97/12/0188 und 22.01.2003, Zl. 97/12/0279).

In diesem Zusammenhang wird auf die ständige Rechtsprechung des VwGH verwiesen, die davon ausgeht, dass eine Wertung als Überstunde die rechtzeitige Meldung der Überstunde voraussetzt, womit eine zeitnahe Überprüfung der Voraussetzungen ermöglicht wird. Nur eine Eintragung in einem Arbeitszeitnachweis (im konkreten Fall in ein persönliches Verzeichnis), die lediglich Beginn und Ende der Dienstzeit enthält (im konkreten Fall nur Stundenangaben) und keine Begründung anführt, stellt keine Meldung im Sinne der gesetzlichen Vorgaben dar (vgl. VwGH vom 25.6.2003, 98/12/0138).

Das Ermittlungsverfahren hat, wie oben ausgeführt, ergeben, dass Sie Ihrem Vorgesetzten keine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Meldung bezüglich Mehrdienstleistungen gemacht haben.

Zum Personalbedarfsermittlungsverfahren selbst wird festgehalten, dass dieses wie bei allen anderen Arbeitsplätzen auch bei Ihrem Arbeitsplatz regelmäßig durchgeführt wird. Der Systemisierungsprozess wurde im Rahmen des anhängigen Verfahrens unter Beiziehung eines Experten ausführlich dargestellt. Nachvollziehbar ist auch, dass nicht aufgrund jeder durch einen Bediensteten vorgebrachten Auslastungsproblematik ein neuerliches Personalbedarfsermittlungsverfahren nach dessen Vorstellungen eingeleitet werden kann. Die in der Berufung dazu angeführten Bestimmungen der §§ 36, 45 und 48 BDG 1979 samt entsprechender Judikatur sind aus Sicht der Berufungsbehörde daher nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Problematik zu sehen. Ebenso sind die getroffenen Aussagen über die Wertung von Willenserklärungen und die im ABGB normierten Grundsätze über Willensbildung und schlüssige Willenserklärung im konkreten Fall nicht von Bedeutung.

Zusammenfassend gelangt die Berufungsbehörde zur Auffassung, dass Ihnen die in Frage stehenden Mehrdienstleistungen weder ausdrücklich noch schlüssig angeordnet wurden. Da auch der Tatbestand des Gleichhaltens von nicht angeordneten zeitlichen Mehrdienstleistungen mit angeordneten Überstunden nicht erfüllt war, war Ihr Antrag auf Nachverrechnung und Auszahlung von Überstunden und damit einhergehend auch Ihr Antrag auf bescheidmäßige Richtigstellung der Beitragsgrundlagen bzw. Nebengebührenwerte im Sinne der pensionsrechtlichen Bestimmungen abzuweisen."

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde erachtet sich der Beschwerdeführer in seinem Recht auf Überstundenvergütung nach § 16 GehG und § 49 BDG 1979 verletzt; er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gegenstand des angefochtenen Bescheides ist die Versagung einer Überstundenvergütung für den Zeitraum Jänner 2005 bis Mai 2006 und der bescheidförmigen "Richtigstellung der Beitragsgrundlagen bzw. Nebengebührenwerte im Sinne der pensionsrechtlichen Bestimmungen".

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den Bescheid ausschließlich in seinem Recht auf Überstundenvergütung verletzt, weshalb der Bescheid unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen ist.

Zur Darstellung der im Beschwerdefall maßgebenden Rechtslage kann gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG etwa auf das hg. Erkenntnis vom 10. September 2009, Zl. 2009/12/0004, verwiesen werden.

Wie bereits eingangs dargestellt hatte die belangte Behörde mit ihrem Bescheid vom 4. September 2009 den im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 11. August 2008 behoben und die Angelegenheit zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Dienstbehörde erster Instanz zurückverwiesen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Rechtskraft eines solchen Behebungsbescheides nach § 66 Abs. 2 AVG (iVm § 1 Abs. 1 DVG) zur Folge, dass im weiteren Verfahren sowohl die Administrativbehörden als auch -daraus abgeleitet- im Rahmen der ihm obliegenden nachprüfenden Rechtmäßigkeitskontrolle auch der Verwaltungsgerichtshof bei unveränderter Sach- und Rechtslage an die von der belangten Behörde geäußerte, für die Behebung tragende Rechtsansicht gebunden sind (vgl. etwa die in *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum AVG 3. Teilband, RZ 26 ff zu § 66 AVG, wiedergegebene Judikatur).

Zum Verständnis der von der Beschwerde angezogenen Bestimmung des § 16 GehG ist nach dem zur Bindungswirkung nach § 66 Abs. 2 AVG Gesagten auf die eingangs wiedergegebenen, für die Behebung tragenden Gründe des Bescheides vom 4. September 2009 zu verweisen, die zur Frage der Anordnung von Überstunden im Sinn des § 49 Abs. 1 BDG 1979 im Einklang mit der hg. Rechtsprechung stehen (vgl. das dort zitierte hg. Erkenntnis vom 28. April 2008, Zl. 2005/12/0148; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 10. September 2009, Zl. 2009/12/0004).

Von diesem rechtlichen Hintergrund ausgehend kann eine anspruchsbegründende Anordnung von Überstunden nach dem ersten Satz des § 49 Abs. 1 BDG 1979 nicht nur ausdrücklich, etwa unter Verwendung des Wortes "Überstundenanordnung" oder dergleichen erfolgen, sondern auch konkludent. Eine solche konkludente Anordnung liegt etwa dann vor, wenn sie auf die Ausführung von Arbeiten eines bestimmten Ausmaßes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gerichtet war und schon im Zeitpunkt der Erteilung des Auftrages (und nicht erst in Folge von Umständen, die nachträglich eingetreten sind, und daher nicht bei Erteilung des Auftrages nicht vorhersehbar waren), von vornherein feststand, dass die Erfüllung dieses Auftrages die Leistung von Überstunden unumgänglich notwendig macht. Bei der Qualifikation eines Verhaltens als konkludenter Auftrag zur Erbringung von Mehrdienstleistungen ist jedenfalls ein strenger Maßstab anzulegen; eine solche konkludente Anordnung kann nur dann angenommen werden, wenn ein zur Anordnung von Überstunden befugtes Organ ein Verhalten setzt, bezüglich dessen kein vernünftiger Grund besteht, daran zu zweifeln, dass damit die Anordnung von Überstunden verbunden ist. Daher rechtfertigt - wie der Verwaltungsgerichtshof in der von der belangten Behörde zitierten Rechtsprechung festgehalten hat - allein der Umfang der einem Beamten übertragenen

dienstlichen Aufgaben nicht die Annahme, dass in der Übertragung der Aufgaben bereits eine (generelle) konkludente Anordnung von Überstunden zu sehen ist. Reicht die Normalarbeitszeit zur Bewältigung der übertragenen Aufgaben nicht aus, obliegt es zunächst dem Beamten, die ihm vorrangig erscheinenden Aufgaben zu besorgen, ohne dass es ihm zum Vorwurf gereichen könnte, bei bloßer Ausschöpfung seiner Normalarbeitszeit Dienstpflichten zu vernachlässigen (vgl. das von der belangten Behörde in ihrem behebenden Bescheid vom 4. September 2009 zitierte hg. Erkenntnis vom 28. April 2008).

Soweit die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften eine konkludente (stillschweigende) Akzeptanz der Mehrdienstleistungen durch Vorgesetzte darin erblickt, dass er diesen gegenüber vorgelegt hätte, wie viele Stunden er pro Woche und pro Monat zusätzlich geleistet habe und zu welchen Uhrzeiten er seinen Dienst habe antreten müssen, weshalb es ihm nicht notwendig erschienen sei, seine zeitlichen Mehrdienstleistungen näher aufzuschlüsseln, sind dem die nach § 41 Abs. 1 VwGG der Prüfung des angefochtenen Bescheides zugrunde zu legenden Tatsachenannahmen der belangten Behörde entgegenzuhalten, wonach Mehrdienstleistungen weder explizit noch implizit angeordnet worden seien. Auch ist das unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensvorschriften erstattete Vorbringen im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof zukommenden Schlüssigkeitsprüfung der Tatsachengrundlagen nicht geeignet, Bedenken gegen die von der belangten Behörde aus den im fortgesetzten Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnissen gezogene Schlussfolgerung, dass sie keine explizite oder implizite Anordnung von Mehrdienstleistungen zu erkennen vermochte, zu erwecken. Die Beschwerde zeigt weder einen Widerspruch der tragenden Tatsachenannahmen der belangten Behörde zu allgemeiner Lebenserfahrung oder zu den Denkgesetzen noch eine Unschlüssigkeit ihrer Schlussfolgerungen aus den Ermittlungsergebnissen auf.

Ausgehend von den nach dem Gesagten unbedenklichen Sachverhaltsfeststellungen kann der Anwendung der von der belangten Behörde schon in ihrem behebenden Bescheid vom 2. September 2009 zugrunde gelegten tragenden Rechtsansicht auf diese Tatsachenannahmen nicht entgegengetreten werden.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 19. Dezember 2012