

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.01.2015

Geschäftszahl

Ro 2014/12/0029

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok, die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Krawarik, über die Revision des FH in W, vertreten durch Dr. Martin Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 30. Dezember 2013, Zl. BMASK-516118/0009-I/A/3/2013, betreffend Verwendungszulage, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Revisionswerber steht als Beamter der Verwendungsgruppe A2 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine Dienststelle ist die Landesstelle Wien des Bundessozialamtes.

Bis 31. März 2011 hatte der Revisionswerber dort einen Arbeitsplatz in der Abteilung W2 inne. Unstrittig ist, dass er auf diesem Arbeitsplatz sowohl als Referent in Angelegenheiten Kündigungs- und Schlichtungsverfahren (unstrittige Wertigkeit A1) sowie als Referent in Angelegenheiten berufliche Rehabilitation, investive Maßnahmen und Service für Unternehmen (unstrittige Wertigkeit A2) verwendet wurde.

Mit Wirkung vom 1. April 2011 wurde er sodann der Abteilung W5 seiner Dienststelle zugewiesen. Unstrittig ist weiters, dass der Revisionswerber auch auf seinem Arbeitsplatz in der neuen Abteilung als Referent für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren tätig war. Darüber hinaus wurde er als Referent für 24-Stunden-Betreuung zunächst eingeschult und sodann als solcher tätig, wobei es freilich strittig ist, ab wann und für welche Zeiträume ihm die Einschulung bzw. die Tätigkeit als Referent für 24-Stunden-Betreuung aufgetragen worden war und welchen Anteil diese (unstrittig A2-wertigen) Tätigkeiten an den Arbeitsplatzaufgaben des Revisionswerbers insgesamt ausmachten.

Mit Antrag vom 5. Oktober 2011 begehrte der Revisionswerber die Feststellung der Gebührlichkeit einer Verwendungszulage gemäß § 34 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (im Folgenden: GehG).

Mit Bescheid des Bundessozialamtes vom 6. März 2012 wurde dieser Antrag abgewiesen.

Begründend führte das Bundessozialamt - zusammengefasst - aus, der Arbeitsplatz des Revisionswerbers in der Abteilung W2 sei zum 1. Jänner 2011 dahingehend beschrieben gewesen, dass letzterer zu 60 % in Angelegenheiten berufliche Rehabilitation, investive Maßnahmen und Service für Unternehmungen und (nur) zu 40 % in Angelegenheiten der Kündigungs- und Schlichtungsverfahren tätig zu sein habe. Nicht auszuschließen sei, dass der Revisionswerber in der Zeit zwischen dem 15. und dem 31. März 2011 überwiegend im Bereich der Kündigungs- und Schlichtungsverfahren tätig gewesen sei, wodurch freilich kein Anspruch auf Verwendungszulage ausgelöst worden sei, weil in diesem Zusammenhang auf eine Durchschnittsbetrachtung abzustellen sei.

In der Abteilung W5 sei der Revisionswerber in der Zeit vom 1. April bis 30. Juni 2011 zu 49 % in Kündigungs- und Schlichtungsverfahren und zu 51 % im Bereich der 24-Stunden-Betreuung tätig gewesen. Ab 1. Juli 2011 habe sich dieses Verhältnis auf 60 % zu 40 % zu Gunsten der A2-wertigen Tätigkeit geändert.

Mangels Überwiegens einer A1-wertigen Tätigkeit gebühre keine Verwendungszulage.

Der Revisionswerber erhob Berufung, wobei er Folgendes vorbrachte:

"Zutreffend hat die Dienstbehörde festgestellt, dass der BW als Beamter in die Verwendungsgruppe A2 ernannt wurde. Ebenso zutreffend ist die Feststellung, dass der Zeitaufwand des BW im Aufgabenbereich Kündigungs-Schlichtungsverfahren gegenüber dem für 'Angelegenheiten beruflicher Rehabilitation, investive Maßnahmen und Service für Unternehmen' in der Zeit vor dem 1. April 2011 bereits faktisch überwogen hat und dass der BW im März 2011 seine Tätigkeiten im Bereich 'Angelegenheiten beruflicher Rehabilitation, investive Maßnahmen und Service für Unternehmen' abgeschlossen hat und er seitdem sowohl in der Abteilung W2 als auch in der Abteilung W5 bis Ende Juni ausschließlich für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren verwendet wurde. Ebenso zutreffend hat die Dienstbehörde festgestellt, dass die Tätigkeiten 'verantwortliche Durchführung von Kündigungs- und Schlichtungsverfahren, inklusive Verhandlungsleitung' - und somit jene Tätigkeiten, die der BW im Bereich Kündigungs- und Schlichtungsverfahren zu verrichten hatte - mit A1/1 bewertet wurden bzw. zu bewerten sind.

Nicht festgestellt hat die Behörde jedoch, dass ein Wechsel des Tätigkeitsbereichs des BW zu Kündigungs- und Schlichtungsverfahren unter gleichzeitiger Beendigung der bisherigen 'B-wertigen' Tätigkeiten geplant und vereinbart war. Ebenso zu Unrecht nicht festgestellt hat die Dienstbehörde, dass der BW mit dem Wechsel in die Abteilung W5 auch formal als Referent im Kündigungs- und Schlichtungsverfahren eingesetzt und geführt wurde, ohne dass eine Befristung oder ein provisorischer Charakter dieser Verwendung oder eine andere Einschränkung erwähnt worden wäre. Die Vorgesetzten des BW haben ihn dem damaligen Plan entsprechend bereits in W2 zum Referenten für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren hingeführt und jedenfalls bis Juni 2011 nur für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren herangezogen. Es war dem BW nicht erkennbar bzw. war es für den BW zum Zeitpunkt der dauerhaften Betrauung mit dem A1-Arbeitsplatz (spätestens mit 1. April 2011) nicht vorhersehbar, dass die Rechtsfolgen einer solchen Betrauung später als unerwünscht betrachtet würden.

Die Dienstbehörde hätte zu diesem Ermittlungsergebnis gelangen müssen und wäre auch zu diesem Ermittlungsergebnis gelangt, hätte sie die Pflicht zur Wahrheitsforschung entsprechend erfüllt und die Beweisanträge des BW beachtet. An dieser Stelle wird zusätzlich zu den entsprechenden Bestimmungen des AVG noch auf § 8 DVG verwiesen, worin die Pflicht der Dienstbehörde zur objektiven Ermittlung auch jener Tatsachen festgeschrieben ist, die für den Beamten sprechen.

An dieser Stelle wird auf die bisherigen Beweisanträge des BW verwiesen und werden diese aufrechterhalten. Darüber hinaus wird ausgeführt, dass insbesondere Herr Mag. B als unmittelbarer Fachvorgesetzter des BW betreffend Kündigungs- und Schlichtungsverfahren Auskunft über den tatsächlichen Sachverhalt sowohl in der Abteilung W2 als auch in der Abteilung W5 und speziell über den Übergang der Agenda von W2 in W5 Auskunft geben kann und dass Frau A bei den entsprechenden Gesprächen dabei war und somit Auskunft darüber geben kann, was tatsächlich gegenüber dem BW erklärt wurde und dass nicht vereinbart war, dem BW ab seinem Wechsel in W5 B-wertige Tätigkeiten wie etwa die Tätigkeiten betreffend die Zuschüsse zur 24-Stunden-Betreuung (24 HB) oder andere B-wertige Tätigkeiten zuzuweisen. Ebenso bei den Gesprächen dabei war Herr C, der damalige Abteilungsleiter in W2. Er kann auch über den ursprünglichen Plan, den BW zur Tätigkeit des Kündigungs- und Schlichtungsreferenten hinzuführen, Auskunft erteilen, wie zu seinem Auftrag an Herrn Mag. B, in der betreffenden Zeit eine Beurteilung als Dienstvorgesetzter über die Tätigkeit des BW abzugeben. Diese Beurteilung diene der Aufwertung - möglicherweise sogar als Ernennung in A1 wofür der BW alle Ernennungserfordernisse hat. Die Beurteilung des Vorgesetzten Mag. B war positiv und hat Mag. B noch gewünscht, Kündigungsbescheide nachgeliefert zu bekommen, um auch das Können des BW in diesem Bereich bestätigt zu sehen. Diese Bescheide wurden auch erfolgreich nachgeliefert und wurde der BW als fachlich sehr geeignet für die A1-Tätigkeit befunden. Im Zuge dieser (zumindest damals allseitig gewünschten) Personalentwicklung haben die Tätigkeiten des BW in Kündigungsverfahren bereits vor dem Wechsel in W5 50 % erreicht bzw. überstiegen und ist ihm dann zusätzlich noch das Führen von Schlichtungsverfahren zugeteilt worden. ..."

Zum Beweis dieses Vorbringens berief sich der Revisionswerber auf die Einvernahme näher genannter Zeugen sowie auf seine eigene Einvernahme als Partei. Unter einem beantragte der Revisionswerber die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die Berufungsbehörde führte in der Folge Zeugeneinvernahmen durch, die Einvernahme des Revisionswerbers als Partei und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung unterblieb jedoch.

In seinen weiteren im Verwaltungsverfahren erstatteten Stellungnahmen (vom 18. Februar 2013, vom 28. Juni 2013 und vom 16. September 2013) hielt der Revisionswerber sein in der Berufung erstattetes Tatsachenvorbringen und die gestellten Beweisanträge ausdrücklich aufrecht. In der zuletzt genannten Eingabe behauptete er, dass der Plan, ihn als Referent für 24-Stunden-Betreuung einzusetzen, zunächst lediglich "im Stillen entwickelt" worden sei und ihm gegenüber erst nach "bereits erfolgter Verwendung" ausschließlich als Referent für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren entsprechend der Referatseinteilung offengelegt worden sei.

Das spätere Hinzukommen einer - allenfalls - überwiegenden A2- wertigen Tätigkeit auf seinem Arbeitsplatz in der Abteilung W5 hätte als verschlechternde Verwendungsänderung dienstrechtlich wirksam nur in Form eines Verwendungsänderungsbescheides erfolgen können, welcher vorliegendenfalls jedoch nicht ergangen sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 30. Dezember 2013 wurde die Berufung des Revisionswerbers gegen den erstinstanzlichen Bescheid vom 6. März 2012 gemäß § 34 Abs. 1 GehG als unbegründet abgewiesen.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides ging die belangte Behörde im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt aus:

"Der BW war bis Ende März 2011 in der Abteilung W2 der Landesstelle Wien des Bundessozialamtes (zu diesem Zeitpunkt:

Berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen - Dienstgeberangelegenheiten) als Referent für Berufliche Rehabilitation, Investive Maßnahmen und Service für Unternehmen für den 11., 14., 21. und 23. Wiener Gemeindebezirk (mit einer Quantifizierung von 60 %) sowie für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren (mit einer Quantifizierung von 30 % und 10 %) verwendet. Sein Arbeitsplatz war der Verwendungsgruppe A2, Funktionsgruppe 3 zugeordnet.

Mit Wirksamkeit vom 1. April 2011 wurden im Bundessozialamt organisatorische Änderungen vorgenommen, die in der Landesstelle Wien die Abteilungen W2 und W5 betrafen. Die entsprechende Verwendung der Bediensteten wurde mit Dienstrundschreiben Nr. 5/2011 vom 9. März 2011 unter Beilage der Geschäftseinteilungen und Organigramme der Landesstelle Wien sowie der ebenfalls betroffenen Landesstelle Niederösterreich angeordnet.

Ab diesem Zeitpunkt wurde der BW in der Abteilung W5 einerseits als Referent für Kündigungsangelegenheiten (mit einer Quantifizierung von 40 %) und für Schlichtungsangelegenheiten (9 %) sowie andererseits in Angelegenheiten der Zuschüsse zur 24- Stunden-Betreuung aus dem Unterstützungsfonds (51 %) verwendet. Während der BW mit Kündigungs- und auch Schlichtungsverfahren bereits in der Abteilung W2 befasst war, stellte die 24-Stunden-Betreuung für den BW einen neuen Aufgabenbereich dar, worin er zunächst eingeschult werden musste. Der Aufgabenbereich der Beruflichen Rehabilitation verblieb in der Abteilung W2, weshalb der BW diese Tätigkeiten spätestens ab dem Zeitpunkt der Organisationsänderung nicht mehr wahrnahm. Mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2011 änderte sich der Aufgabenbereich des BW insofern, als seine Zuständigkeit für Schlichtungsverfahren endete, während sich seine Tätigkeit im Bereich der 24-Stunden-Betreuung (bzw. seine Einschulung in dieses Aufgabengebiet) im selben Ausmaß erhöhte. Der Arbeitsplatz des BW in der Abteilung W5 war ebenfalls der Verwendungsgruppe A2, Funktionsgruppe 3 zugeordnet. Eine Neubewertung des Arbeitsplatzes erfolgte nicht."

Darüber hinaus gab die belangte Behörde ein von ihr eingeholtes Gutachten eines Bewertungssachverständigen des Bundeskanzleramtes wieder, welches - soweit hier von Interesse - zum Ergebnis gelangte, der Arbeitsplatz des Revisionswerbers sei zu keinem Zeitpunkt der Verwendungsgruppe A1 zuzuordnen gewesen, zumal stets die A2-wertigen Tätigkeiten jene der A1-wertigen Tätigkeit überwogen hätten.

Im Erwägungsteil des angefochtenen Bescheides heißt es (auszugsweise):

"Unbestritten ist, dass der Aufgabenbereich der Beruflichen Rehabilitation, den der BW in der Abteilung W2 ausgeübt hatte, mit seinem Wechsel in die Abteilung W5 mit 1. April 2011 weggefallen sollte, da dieser Aufgabenbereich organisatorisch in der Abteilung W2 verblieb. Dass der BW in den letzten zwei Wochen vor der Organisationsänderung laut seinen Angaben in geringem Ausmaß bzw. gar nicht mehr in diesem Bereich tätig war, kann nicht ausgeschlossen werden und folgerichtig nur aus dem bevorstehenden Übergang der Agenden resultieren, wie dies schon im Bescheid der erstinstanzlichen Behörde dargelegt wurde. Zudem kommt es hinsichtlich der Frage, mit welchen Aufgaben ein Bediensteter auf seinem Arbeitsplatz betraut wurde, auf eine Durchschnittsbetrachtung an. Am Arbeitsplatz des BW in der Abteilung W2 trat mit Wirksamkeit vom 15. März 2011 daher keine grundlegende Änderung ein, die sich auf die Identität des Arbeitsplatzes ausgewirkt hätte. Dass der Arbeitsplatz des BW in der Abteilung W2 schon vor dem 15. März 2011 der Verwendungsgruppe A1 zuzuordnen gewesen wäre, wurde vom BW nicht behauptet.

Maßgeblich ist somit, welche konkreten Aufgaben in welchem Ausmaß dem BW auf seinem Arbeitsplatz in der Abteilung W5 - ab 1. April 2011 - tatsächlich zugewiesen waren.

Die dem BW zugewiesenen Aufgaben ergeben sich zunächst aus der Arbeitsplatzbeschreibung. Demnach war er ab 1. April 2011 mit Kündigungsangelegenheiten im Ausmaß von 40 % und mit Schlichtungsangelegenheiten bis zum 30. Juni 2011 im Ausmaß von 9 % befasst. Ab 1. Juli 2011 war der BW nicht mehr für Schlichtungsangelegenheiten zuständig. Mit dem Aufgabenbereich 'Zuschüsse zur 24-Stunden-Betreuung aus dem Unterstützungsfonds' war der BW von 1. April 2011 bis 30. Juni 2011 im Ausmaß von 51 % und anschließend im Ausmaß von 60 % betraut. Die Arbeitsplatzbeschreibung wurde im Dezember 2011 von den Vorgesetzten des BW erstellt. Während des gegenständlichen Verfahrens hat sich die Quantifizierung der beiden Aufgabenbereiche jedoch deutlich zugunsten der 24-Stunden-Betreuung verschoben.

Zur Frage der ihm zugewiesenen Aufgaben bringt der BW in seiner Berufung vor, er sei bis Ende Juni 2011 ausschließlich für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren verwendet worden. Dem sind die Angaben sämtlicher befragter Zeugen, die zu der Tätigkeit des BW in der Abteilung W5 Angaben machen konnten, entgegen zu halten.

Alle befragten Zeugen gaben zwar übereinstimmend an, es sei der erklärte Wunsch des BW gewesen, A1-wertig verwendet bzw. ausschließlich mit Kündigungs- und Schlichtungsverfahren befasst zu werden. Den Angaben von Dr. T und Mag.a K ist jedoch zu entnehmen, dass der BW tatsächlich zu keinem Zeitpunkt ausschließlich und auch nicht überwiegend mit der Bearbeitung von Kündigungs- und Schlichtungsverfahren beauftragt war, was auch aus der Übersicht der zugeteilten Verfahren in der Abteilung W5 hervorgeht. Sowohl die Vorgesetzten des BW als auch Mag. B gaben an, dass der BW in der Abteilung W5 immer auch mit 24-Stunden-Betreuung befasst war. Dr. T und Mag.a K führten stattdessen glaubwürdig und übereinstimmend aus, den BW angewiesen zu haben, in der 24-Stunden-Betreuung zu arbeiten - und zwar mehrfach und wiederholt, da der BW sich weigerte, den Anweisungen Folge zu leisten und in diesem Aufgabengebiet zu arbeiten oder sich auch nur darin einzuarbeiten bzw. einschulen zu lassen. Dass seine Tätigkeit in der 24-Stunden-Betreuung zunächst - offenbar über Monate hinweg - wenige Ergebnisse brachte, lag somit ursächlich am mangelnden Arbeitseinsatz des BW und nicht daran, dass ihm diese Tätigkeit nicht zugewiesen worden wäre. Dies wird selbst durch die Vorbringen des BW bestätigt, der angibt, er habe gegen die Zuweisung dieser Aufgaben protestiert.

Hinsichtlich der Frage, in welchem Ausmaß dem BW Tätigkeiten aus den beiden Aufgabenbereichen zugewiesen wurden, geben Dr. T und Mag.a K einhellig an, Agenden der 24-Stunden-Betreuung seien ihm zunächst im Ausmaß von 51 %, später im Ausmaß von 60 % zugewiesen worden. In weiterer Folge stieg das Ausmaß dieses Aufgabenbereiches noch an. Auch die Angaben von Mag. B widersprechen dem nicht.

Für die Bewertung des Arbeitsplatzes sind ausschließlich jene Aufgaben maßgeblich, die dem BW tatsächlich zugewiesen wurden. Unbeachtlich in diesem Zusammenhang ist hingegen, wie viel Zeit der BW gleichsam eigeninitiativ für einzelne seiner Aufgabenbereiche aufwendete. Der Bedienstete hat den Aufgabenzuweisungen seiner Vorgesetzten nachzukommen und kann diese nicht dadurch korrigieren, dass er sich ausschließlich mit ihn interessierenden Aufgabenbereichen befasst und die Bearbeitung anderer ihm zugewiesener Aufgaben verweigert - wie dies laut den Angaben des BW bei der 24-Stunden-Betreuung der Fall war.

Für die tatsächliche Zuweisung der Aufgabenbereiche im angegebenen Ausmaß spricht auch die Aufstellung der durchgeführten Kündigungs- und Schlichtungsverfahren in der Abteilung W5, die von Mag.a K, der Leiterin der Abteilung, erstellt wurde. Dieser Aufstellung ist zu entnehmen, dass der BW mit 16 Verfahren nicht einmal halb so viele Verfahren bearbeitete wie die beiden übrigen Referenten, die jeweils 41 Verfahren bearbeiteten - und noch dazu beide mit 32 Wochenstunden teilbeschäftigt waren. Betrachtet man die Aktenzuteilung zwischen 1. April und 30. Juni 2011 - also jenen Zeitraum, für den der BW angibt, ausschließlich mit Kündigungs- und Schlichtungsverfahren befasst worden zu sein - so ist diese Differenz noch größer: In diesem Zeitraum stehen vier Verfahren, die der BW zugeteilt bekam, je 14 Verfahren gegenüber, die den beiden übrigen Referenten übertragen wurden. Dies entspricht auch den Angaben des Dr. T, der im fraglichen Zeitraum provisorischer Leiter der Abteilung war, in der Befragung am 31. Juli 2013, wonach der BW ca. ein Drittel bis 40 % eines Kündigungs- und Schlichtungsreferates zugeteilt bekam. Die Aussage von Mag. B vom 6. August 2013, er habe dem BW anfänglich in der Abteilung W5 etwas weniger Akten zugeteilt, da er noch Kündigungsverfahren aus der Abteilung W2 abarbeiten musste, vermag an dieser Einschätzung ebenfalls nichts zu ändern. Vergleicht man nämlich die Anzahl jener Verfahren, die noch vor dem 1. April 2011, also noch in der Abteilung W2 zugeteilt und noch bis 30. September 2009 weiter bearbeitet wurden, kommt man auf fünf Verfahren auf Seiten des BW im Vergleich zu zehn und 15 Verfahren, die die beiden anderen Referenten (in Teilzeitbeschäftigung) zu bearbeiten hatten.

Es ist somit davon auszugehen, dass diese Arbeitsplatzbeschreibung die dem BW tatsächlich zugewiesenen Aufgaben umfasst und es war daher auf deren Basis die Bewertung des Arbeitsplatzes des BW vorzunehmen.

...

Der BW bringt in seiner Berufung vor, es sei 'geplant und vereinbart' gewesen, ihn in der Abteilung W5 nur noch für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren einzusetzen. Dem ist entgegenzuhalten, dass es nur darauf ankommt, welche Aufgaben dem BW an seinem Arbeitsplatz tatsächlich zugewiesen worden sind - und das waren, wie oben bereits ausgeführt, laut übereinstimmender Zeugenaussagen gerade nicht ausschließlich Kündigungs- und Schlichtungsangelegenheiten, auch nicht in der Zeit vor Juni 2011. Zwar gibt die Zeugin A in der Befragung am 24. Mai 2013 an, Aussagen der Landesstellenleiterin in Gesprächen mit dem BW vor der Organisationsänderung seien wohl so zu verstehen gewesen, dass man sich ansehen werde, ob man für den BW in der Abteilung W5 einen A1-Arbeitsplatz schaffen könne. Die Zeugin gab aber auch an, dass dies abhängig vom Arbeitsanfall im Bereich der Kündigungs- und Schlichtungsverfahren sei und jedenfalls erst nach der Reorganisation entschieden würde. Dass es eine konkrete Vereinbarung gegeben hätte, ist diesen Angaben jedenfalls nicht zu entnehmen. Auch die Angaben aller anderen befragten Vorgesetzten bzw. Kollegen des BW enthielten übereinstimmend keine Ausführungen über eine solche Vereinbarung. Mit welchem Vorgesetzten eine solche Vereinbarung abgeschlossen worden sein soll, gibt der BW im Übrigen nicht an.

Das Vorbringen des BW, Vorgesetzte hätten ihn in der Zeit vor der Organisationsänderung zu einem Referenten für Kündigungs- und Schlichtungsverfahren 'hingeführt', erscheint vor dem Hintergrund, dass der BW schon mehrere Jahre auch mit Kündigungsverfahren befasst war, nicht nachvollziehbar.

...

Dem Vorbringen des BW, erst im Sommer 2011 sei ein Vorgesetzter mit dem Anliegen an ihn herangetreten, er möge auch in der 24-Stunden-Betreuung tätig werden, sind ebenfalls die Angaben von Dr. T, Mag.a K und Mag. B entgegenzuhalten, die übereinstimmend angaben, der BW sei schon ab April 2011 mit Angelegenheiten der 24-Stunden-Betreuung befasst gewesen. Zudem wurde auch vom BW selbst nicht konkretisiert, welcher Vorgesetzte an ihn herangetreten sein sollte. Dass der BW immer wieder - zunächst von Dr. T, später von Mag.a K - mit Angelegenheiten der 24-Stunden-Betreuung befasst wurde, wurde bereits ausgeführt.

...

In seiner Stellungnahme vom 28. Juni 2013 führt der BW weiter aus, Gespräche, die ohne seine Kenntnis über seine Befassung mit Angelegenheiten der 24-Stunden-Betreuung geführt worden seien, hätten für das gegenständliche Verfahren keine Relevanz. Insofern ist dem BW zuzustimmen. Relevant sind aber jedenfalls an ihn gerichtete Weisungen, die laut den übereinstimmenden Angaben von Dr. T und Mag.a K ihm gegenüber geäußert wurden und die ihm auch bekannt gewesen sein mussten, andernfalls er dagegen nicht remonstrieren hätte können, wie zuletzt im Schreiben vom 18. Februar 2013 vorgebracht.

Dem Vorbringen des BW, eine zufriedenstellende Befragung der Zeugen sei nur im Zuge einer mündlichen Verhandlung möglich, da nur so in den entscheidenden Punkten Klarheit erlangt werden könne, ist Folgendes zu entgegnen: Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erscheint aufgrund der übereinstimmenden und glaubwürdigen Angabe der befragten Vorgesetzten und Kollegen des BW im Verfahren nicht erforderlich. ..."

Nach der Aktenlage erfolgte die Genehmigung des angefochtenen Bescheides einschließlich der Verfügung seiner Zustellung an den Revisionswerber zu Händen seines damals ausgewiesenen gewerkschaftlichen Vertreters am 30. Dezember 2013. Die Erledigung wurde auch noch am selben Tag abgefertigt und in der Folge mittels RSa an den Vertreter des Revisionswerbers zuzustellen versucht. Ein Postfehlbericht ergab jedoch, dass der Empfänger bis 10. Jänner 2014 auf Dienstreise sei. Sodann wurde die eigenhändige Zustellung an den Vertreter des Revisionswerbers mit Rückscheinbrief am 13. Jänner 2014 bewirkt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Revisionswerber macht Unzuständigkeit der belangten Behörde, Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, ihn aus diesen Gründen aufzuheben.

Das in das Verfahren eingetretene Bundesverwaltungsgericht legte die Akten des Verwaltungsverfahrens unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift vor.

Die belangte Behörde erstattete über Aufforderung des Verwaltungsgerichtshofes eine Stellungnahme, in welcher sie auf die oben bereits dargestellten Aktenvorgänge im Zusammenhang mit der Veranlassung und Durchführung der Zustellung des angefochtenen Bescheides an den Vertreter des Revisionswerbers verwies.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Zustellung des angefochtenen Bescheides im Verständnis des Zustellgesetzes wurde - infolge der Abwesenheit des Vertreters des Revisionswerbers - erst am 13. Jänner 2014 bewirkt. Aus dem Grunde des § 2 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetzes (VwGbk-ÜG), BGBl. I Nr. 33/2013, gilt ein solcher Bescheid als vor dem Ablauf des 31. Dezember 2013 an die Partei zugestellt, falls die Zustellung vor dem genannten Termin veranlasst wurde. Durch die in der Zustellverfügung zu erblickende behördliche Anordnung der Zustellung (hier an den Revisionswerber zu Händen seines ausgewiesenen gewerkschaftlichen Vertreters) ist - jedenfalls in Verbindung mit der Abfertigung des Schriftstückes - eine "Veranlassung" der Zustellung gegeben. Letzteres erfolgte hier am 30. Dezember 2013, sodass der angefochtene Bescheid vorliegendenfalls als vor Ablauf des 31. Dezember 2013 zugestellt galt. Aus dem Grunde des § 4 Abs. 1 erster Satz VwGbk-ÜG war gegen diesen Bescheid daher die Erhebung einer Revision zulässig. Gemäß § 4 Abs. 2 leg. cit., welcher auch auf Konstellationen gemäß § 2 Abs. 2 leg. cit. Anwendung findet (vgl. den hg. Beschluss vom 29. April 2014, Zl. Ro 2014/04/0040), ist die am 20. Februar 2014 zur Post gegebene Revision auch rechtzeitig. Für die Behandlung derselben gelten mit hier nicht relevanten Ausnahmen die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 in Kraft gestandenen Bestimmungen des VwGG. Dies gilt - gemäß § 3 Z. 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF der Verordnung BGBl. II Nr. 8/2014 - auch für die VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die folgenden Zitate des VwGG in dieser Entscheidung beziehen sich auf dessen mit Ablauf des 31. Dezember 2013 in Kraft gestandene Fassung.

§ 34 Abs. 1 GehG in der Fassung dieses Paragraphen nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 87/2001 lautet:

"Verwendungszulage

§ 34. (1) Dem Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes gebührt eine ruhegenußfähige Verwendungszulage, wenn er dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten

Arbeitsplatz verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Diese Verwendungszulage beträgt 50% des Betrages, um den das Gehalt des Beamten vom Gehalt derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe überschritten wird."

Soweit der Revisionswerber Unzuständigkeit der belangten Behörde zur Bescheiderlassung mit der Begründung geltend macht, der angefochtene Bescheid sei - mangels Veranlassung seiner Zustellung vor Ablauf des 31. Dezember 2013 - erst im Jahr 2014, also nach Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über sein Rechtsmittel auf das Bundesverwaltungsgericht, erlassen worden, genügt es, ihn auf die vorstehenden Ausführungen zur Zulässigkeit seiner Übergangsrevision vor dem Verwaltungsgerichtshof zu verweisen. Hieraus folgt, dass der angefochtene Bescheid aus dem Grunde des § 2 Abs. 2 VwGbk-ÜG schon vor Ablauf des 31. Dezember 2013 als erlassen galt, weshalb auch die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Erledigung der Berufung des Revisionswerbers in ihrer Funktion als oberste Dienstbehörde gemäß § 2 Abs. 2 dritter Satz DVG in seiner bis zum 31. Dezember 2013 in Kraft gestandenen Fassung gegeben war.

Für die Gebührlichkeit der Verwendungszulage gemäß § 34 GehG gilt zunächst Folgendes:

Folgt aus einer Arbeitsplatzbewertung, dass der Arbeitsplatz (der gesamte, ständig wahrgenommene Aufgabenbereich) überwiegend (also zu mehr als 50 %) höherwertige Verwendungen (hier: als sie der Verwendungsgruppe A2 entsprechen) umfasst, dann ist dieser dementsprechend der höheren Verwendungsgruppe zuzuordnen. Wenn der Beamte weiterhin in der niedrigeren Verwendungsgruppe (hier: A2) eingestuft bleibt, hat er Anspruch auf die Verwendungszulage nach § 34 GehG. Dabei ist maßgeblich, mit welchen konkreten Aufgaben der Beamte auf seinem Arbeitsplatz tatsächlich betraut wurde (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 28. März 2008, Zl. 2007/12/0043).

Entscheidend für die tatsächliche Betrauung ist nicht ein nach den Organisationsnormen gesollter Zustand, sondern vielmehr die nach Maßgabe der herrschenden Weisungslage wirksam zugewiesenen Arbeitsplatzaufgaben (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 29. März 2012, Zl. 2011/12/0145).

Darüber hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof etwa im hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, Zl. 2009/12/0112, ausgeführt, dass die dauernde Entziehung von Arbeitsplatzaufgaben, die zu einer schlechteren Bewertung dieses Arbeitsplatzes im Funktionsgruppenschema, also zu einem "Funktionsgruppensprung" zu Lasten des Beamten führt, eine qualifizierte Verwendungsänderung darstellt und bescheidmäßig zu verfügen ist. Entsprechendes würde auch für eine Veränderung der Gewichtung der Arbeitsplatzaufgaben dergestalt gelten, dass einem Beamten, dem bisher allein oder überwiegend Aufgaben der Verwendungsgruppe A1 zugewiesen wurden, in der Folge verstärkt Aufgaben, welche einer niedrigeren Verwendungsgruppe zuzuordnen sind, zugewiesen werden, sodass sodann ein Überwiegen der höherwertigen Aufgaben nicht mehr gegeben wäre. Auch eine solche Verwendungsänderung wäre als "qualifiziert" bescheidförmig zu verfügen.

Darüber hinaus ist im Revisionsfall aber auch zu beachten, dass sich im Laufe der Zeit bisweilen Verschiebungen der Schwerpunkte der jeweils auf einem einheitlichen Arbeitsplatz auftretenden Tätigkeiten ergeben können, ohne dass derartige Verschiebungen sofort zu einer zeitraumbezogenen Neubewertung des Arbeitsplatzes zu führen hätten (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 13. März 2009, Zl. 2007/12/0003).

Für den hier vorliegenden Revisionsfall ergibt sich aus der Anwendung dieser Rechtsprechung Folgendes:

Der von den Verwaltungsbehörden festgestellte Rückgang der A2- wertigen Tätigkeiten des Revisionswerbers auf seinem in der Abteilung W2 inne gehabten Arbeitsplatz in der zweiten Märzhälfte des Jahres 2011 könnte im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung als "Verschiebung der Schwerpunkte" eines einheitlichen Arbeitsplatzes im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung durchaus vernachlässigt werden und führte für sich genommen nicht dazu, dass dem Revisionswerber schon vor dem 31. März 2011 ein Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe A1 zugewiesen gewesen wäre.

Zutreffend erkennt der Revisionswerber somit, dass für die Frage der Gebührlichkeit der Verwendungszulage ab dem 1. April 2011 die Wertigkeit des ihm neu zugewiesenen Arbeitsplatzes in der Abteilung W5 zum 1. April 2011 entscheidend war. Vor dem Hintergrund der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist somit für die Frage, welcher Arbeitsplatz dem Revisionswerber mit 1. April 2011 zugewiesen wurde, maßgeblich, welche Aufgaben er nach der damals herrschenden Weisungslage (zu welchen zeitlichen Anteilen) zu besorgen hatte. Zur Feststellung dieser zum 1. April 2011 herrschenden Weisungslage können somit nur Anordnungen herangezogen werden, die vor bzw. aus Anlass der Betrauung des Revisionswerbers mit dem Arbeitsplatz in der Abteilung W5 seitens der hiefür zuständigen Vorgesetzten abgegeben wurden.

Demgegenüber wären bloß interne - gegenüber dem Revisionswerber nicht spätestens aus Anlass seiner Betrauung mit dem neuen Arbeitsplatz zum Ausdruck gebrachte - Vorstellungen und Vorgaben seiner Vorgesetzten für die Frage, welcher Arbeitsplatz ihm zugewiesen wurde, bedeutungslos. Umgekehrt ist der belangten Behörde dahingehend zu folgen, dass der Revisionswerber eine Änderung seiner Arbeitsplatzaufgaben nicht durch weisungswidriges faktisches Verhalten bewirken könnte, indem er eigenmächtig eine ihm weisungsmäßig vorgegebene Aufteilung seiner Arbeitszeit (seiner Arbeitskraft) auf verschiedene Tätigkeitsbereiche zu Gunsten der höherwertigen Tätigkeit verändert.

Vor diesem Hintergrund ist es aber entscheidungserheblich, ob dem Revisionswerber spätestens anlässlich seiner Betrauung mit dem Arbeitsplatz in der Abteilung W5 auch aufgetragen wurde, sich - zumindest im Wege einer über einen längeren Zeitraum reichenden Durchschnittsbetrachtung - mit mehr als 50 % seiner Arbeitskraft (seiner Arbeitszeit) der Einschulung zum bzw. in der Folge der Tätigkeit als Referent für 24-Stunden-Betreuung zu widmen, oder aber, ob sich die Situation aus Anlass der Betrauung mit dem neuen Arbeitsplatz aus der Sicht des Revisionswerbers dergestalt dargestellt hat, dass er auf Grund der herrschenden Weisungslage - jedenfalls bis auf weiteres - ausschließlich als Referent für Kündigungs- und Schlichtungsangelegenheiten tätig sein sollte und allenfalls auch war. Im letzteren Fall könnte eine erst später erfolgte Betrauung mit A2-wertigen Aufgaben, auch dann, wenn sie nach Maßgabe dieses Auftrages zu überwiegen hätten, durch bloße Weisung keinen Entzug des dann bereits wirksam auf Dauer zugewiesenen A1-wertigen Arbeitsplatzes bewirken.

Vorliegendenfalls hat der Revisionswerber schon in der Berufung und auch im folgenden Verfahren vor der belangten Behörde Vorbringen dahingehend erstattet, dass ihm gegenüber die Absicht, ihn als Referenten für 24-Stunden-Betreuung (nach Einschulung) einzusetzen, erst geraume Zeit nach dem 1. April 2011 überhaupt geäußert wurde und sich zum Beweis dieses Vorbringens u.a. auf seine Einvernahme als Partei berufen.

Die belangte Behörde hat im Zuge ihrer Beweiswürdigung dieses Vorbringen des Revisionswerbers unter Hinweis auf die Angaben näher genannter Zeugen als unglaubwürdig qualifiziert (vgl. Seiten 27 ff des angefochtenen Bescheides).

Zu Recht rügt die Revision als Verfahrensmangel, dass es die belangte Behörde in diesem Zusammenhang unterlassen hat, die vom Revisionswerber beantragte Parteienvernehmung durchzuführen. Die Behörde darf sich nämlich nur in Fällen, die nicht weiter strittig sind, mit schriftlichen Stellungnahmen als Beweismittel begnügen. In Fällen aber, in denen der Glaubwürdigkeit von Personen für die Beweiswürdigung besondere Bedeutung zukommt, ist es im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich, die handelnden Personen förmlich als Zeugen oder Parteien niederschriftlich zu vernehmen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 14. März 2013, Zl. 2010/08/0241). Auch im dienstrechtlichen Verfahren ist zwischen dem Vorbringen der Partei einerseits und dem Beweis durch Einvernahme der Partei andererseits zu unterscheiden. Die Gewährung rechtlichen Gehörs ersetzt somit in strittigen Fällen eine beantragte Einvernahme als Partei als Beweismittel nicht (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 15. November 2007, Zl. 2006/12/0205).

Indem der Revisionswerber vorbringt, bei Vermeidung des Verfahrensmangels hätte sich ergeben, dass er (offenbar gemeint: seit 1. April 2011) bis mindestens September 2012 überwiegend A1- wertig verwendet wurde, wird die Relevanz des der belangten Behörde unterlaufenen Verfahrensmangels aufgezeigt.

Schon aus diesem Grund war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben, weil die von der belangten Behörde getroffene Annahme, der Revisionswerber sei schon ab 1. April 2011 nach der herrschenden Weisungslage überwiegend mit A2-wertigen Tätigkeiten betraut gewesen, auf einem mangelhaften Verwaltungsverfahren beruht.

Vor diesem Hintergrund kann es dahingestellt bleiben, ob die belangte Behörde überdies zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung verpflichtet gewesen wäre (vgl. zur Verhandlungspflicht des im fortzusetzenden Verfahren zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes das hg. Erkenntnis vom 9. September 2014, Zl. Ro 2014/09/0049).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 f VwGG.

Wien, am 21. Jänner 2015