OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-950088/12/SE/BBa

Datum: Linz, 12. Juli 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch die Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von R L, vertreten durch Dr. G W, Rechtsanwalt, S. x, x L., vom 4. November 2016 gegen den Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptmannschaft Linz vom 23. Jänner 2017, GZ: 0069011/2016 MDion RM, wegen Neufestsetzung des Urlaubsanspruches nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Feststellung, dass der Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr 2016 518,75 Dienststunden und ab dem Kalenderjahr 2017 unter Beibehaltung einer Wochenarbeitszeit im Ausmaß von 47,5 Stunden 285 Dienststunden beträgt, als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz erließ gegenüber R L, S. x, x H., (in der Folge kurz: Beschwerdeführer) eine mit 1. Dezember 2016 datierte Erledigung nachstehenden Inhalts:

„Sehr geehrter Herr L!

Im Zusammenhang mit der für Sie ab 1. Dezember 2016 FW-intern neu festgelegten Dienststundenregelung auf Basis von 40 Wochenstunden zuzüglich 7,5 Stunden Bereitschaftszeit (=Zeiten der tgl. Mittagspause) war Ihr derzeitiger Bezug an pauschalierten Nebengebühren – auch unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Punktes 2 im Berufungsbescheid zu Ihrer Dienststundenreduzierung vom 7. Oktober 2016, GZ 0043689/2016 MDion RM (RM-Pers-160196), mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2016 entsprechend anzupassen. Nachstehend informieren wir Sie über diese aus dem neuen Dienstmodell resultierenden Maßnahmen:

a) Die von Ihnen bezogene Dienstvergütung/Gefahrenabgeltung im Betrage von dzt. € 104,79 pro Monat bleibt unverändert, da Sie auch weiterhin lfd. im Branddienst stehen.
b) Der Ihnen bisher gewährte Fahrtkostenzuschuss bleibt ebenfalls unverändert.
c) Die bisher gewährte Schichtdienstvergütung wird mit Ablauf des 30. November 2016 eingestellt, da Sie ab diesem Zeitpunkt in keinem Schichtdienst mehr eingesetzt sind.
d) Für die in Ihren neuen verlängerten Dienstplan fallenden Bereitschaftsstunden im Ausmaß von 7,5 Stunden pro Woche wir Ihnen ab 1. Dezember 2016 eine pauschalierte Bereitschaftsdienstvergütung in Höhe von derzeit € 330,60 monatlich gewährt. diese Vergütung errechnet sich nach der in Pkt. III. Z. 1 des Besonderen Teiles der Bebengebührenverordnung 2004 i.d.g.F. mit 40 ihres jew. individuellen Überstundensatzes für eine (150%-wertige) Wochentagsüberstunde (d.s. 40% von dzt. € 25,44 stdl.) mal 7,5 Stunden pro Woche mal 4,33 Wochen im Monatsschnitt. Im Falle eines tatsächlichen Einsatzfalles während der Bereitschaftszeit besteht für Sie ein diesb. Anspruch auf volle Überstundenvergütung bei gleichzeitiger Gegenrechnung der für diese Zeiten im nunmehr festgesetzten Pauschale vorgesehenen Bereitschaftsdienstvergütung. In derartigen Fällen eist dem PZS eine gesonderte Meldung im Dienstwege vorzulegen, um dann die entsprechenden besoldungsmäßigen Umsetzungen treffen zu können.
e) Die bisher von Ihnen bezogene pauschalierte Sonn- und Feiertagsabgeltung ist mit Ablauf des 30. November 2016 einzustellen, da Sie auf Grund Ihres neuen Dienstzeitmodelles an Sonn- und Feiertagen keinen „Regeldienst“ mehr zu leisten haben.

Die oa. Maßnahmen werden mit Ihrem Bezug für Dezember 2016 umgesetzt.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass sich durch das bei Ihnen ab 1. Dezember 2016 bestehende neue Dienstzeitmodell auch noch eine Änderung bei Ihrer Urlaubsberechnung ergibt. Dies stellt sich wie folgt dar:

Ihr bisher für 2016 bestandenes Urlaubsausmaß von insg. 540 Stunden ist auf 11/12 (= Zeitraum Jänner-November 2016) zu kürzen. Diesem neuen Wert von 495 Urlaubsstunden ist dann für den Leistungsmonat Dezember 2016 1/12 des sich durch Ihr nunmehriges Arbeitszeitmodell ergebenden Jahresurlaubes zuzuschlagen, d.s. 47,5 Stunden x 6 Wochen = 285 Stunden : 12 = 23,75 Stunden. Somit ergibt sich für 2016 ein Urlaubsanspruch von neu 495 Stunden plus 23,75 Stunden = 518,75 Stunden.

Wir ersuchen um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen
B S
(x)
(elektronisch beurkundet)“

I.2. Gegen diese Erledigung erhob der Beschwerdeführer Berufung, wobei lediglich die Punkte c) bis e) sowie die Ausführungen zum Urlaubsausmaß angefochten wurden.

I.3. Mit Berufungsbescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz (in der Folge kurz: belangte Behörde) vom 23. Jänner 2017, GZ: 0069011/2016 MDion RM, wurde der Berufung Folge gegeben und der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert, dass die Punkte c), d) und e) ersatzlos entfallen und der letzte Absatz betreffend die Urlaubsbemessung wie folgt lautet:
„Das Ihnen bisher zustehende Urlaubsausmaß von 540 Stunden pro Jahr wird mit Wirksamkeit ab 1. Dezember entsprechend der von Ihnen angestrebten Dienstzeitreduzierung auf 48 Wochenstunden aliquotiert. Ihr jährlicher Urlaubsanspruch beträgt demgemäß im Jahr 2016 531 Stunden und ab dem Jahr 2017 432 Stunden.“

Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung – soweit für das vorliegende Verfahren maßgeblich – im Wesentlichen wie folgt:

- Die dem Magistrat zuzurechnende Erledigung vom 1. Dezember 2016 sei als Bescheid zu werten, insbesondere aufgrund der normativen Diktion (rechtsgestaltend bzw. rechtsfeststellender Ausspruch) und der Unterfertigung der für dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organwalterin.
- Die vom B am 23.11.2016 per Weisung verfügte Personalmaßnahme ändere nichts am Aufgabenbereich des Beschwerdeführers, weshalb keine Verwendungsänderung vorliege.
- Die in Art. 22 Abs. 1 lit. a AZRL normierte „Öffnungsklausel“ sei richtlinienkonform in § 56 Abs. 4 Oö. STGBG 2002 umgesetzt worden. Als „Nachteil“ sei jede objektivierbare Schlechterstellung in dienst-, besoldungs- oder pensionsrechtlicher Hinsicht zu verstehen, die in einem erkennbaren Kausalzusammenhang mit der Weigerung zur Diensterbringung im Ausmaß von mehr als 48 Wochenstunden stehe. Die Dienstverrichtung im Rahmen eines Tagdienstes stelle für sich allein keinen objektiven Nachteil (aus der Sicht der AZRL) dar.

· Zur Hintanhaltung einer gesetzwidrigen Benachteiligung könne es – ausgehend von dem aus dem bisherigen Zeitmodell (60-Stunden-Woche) resultierenden Urlaubsanspruch von jährlich 540 Stunden – nur zu einer Aliquotierung des Urlaubsausmaßes im Verhältnis 60:48 kommen; d.h. im Ergebnis zu 432 Urlaubsstunden pro Jahr.

I.4. Der Beschwerdeführer, vertreten durch Dr. G W, Rechtsanwalt, S. x, x L., erhob innerhalb offener Frist ausschließlich gegen den Ausspruch betreffend die Urlaubsbemessung fristgerecht Beschwerde und beantragte, der Beschwerde Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass er lautet:
„aa) der Urlaubsanspruch des Beschwerdeführers im Jahr 2016 beträgt 537 Stunden und ab dem Jahr 2017 504 Stunden,
bb) in eventu: der Spruchabschnitt betreffend die Urlaubsbemessung entfällt".

Weiters wurde auch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Zusammenfassend wurde die Beschwerde wie folgt begründet:
· Der Urlaubsanspruch betrage 36 Werktage bzw. 30 Arbeitstage. Das Urlaubsausmaß könne auch in Stunden ausgedrückt werden. Es sei jedenfalls ein Urlaubsausmaß zuzuerkennen, mit dem ein ununterbrochener Erholungsurlaub in der Dauer von sechs Wochen konsumiert werden könne.
· Freischichten dürften nicht für die Konsumation von Urlaub herangezogen werden. Diese würden inhaltlich einen Zeitausgleich darstellen.
· Ein x-bediensteter im Schicht- und Wechseldienst hätte mit fünf Urlaubstagen nur fünf Tage frei, wobei aber ein Verwaltungsbeamten mit fünf Urlaubstagen 7 Tage frei hätte. Daraus ergebe sich eine Divergenz zu Lasten des x-bediensteten von Tagen.
· Dienstfreischichten dürften nicht zur Erreichung des gesetzlich zustehenden Erholungsurlaubes verwendet werden.
· Pro Urlaubswoche müssten 3,5 Schichten als Urlaubszeit gewährt werden. Daraus ergebe sich bei einem Urlaubsanspruch von sechs Wochen ein Urlaubsausmaß in Höhe von 504 Stunden.
· Für das Jahr 2016 würde sich ein Urlaubsausmaß von 537 Stunden ergeben.

I.5. Mit Vorlageschreiben vom 20. Februar 2017, GZ: 0069011/2016 MDion RM, eingelangt am 21. Februar 2017, legte die belangte Behörde die Beschwerde unter Anschluss des gesamten Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und begehrt darin die Abweisung der Beschwerde.

Zudem merkte die belangte Behörde zusammengefasst folgende Punkte an:
· Der erstinstanzlichen Erledigung sei aufgrund des normativen Inhalts Bescheidqualität zuzugestehen.

- Der Prüfungsumfang vor dem LVwG umfasse ausschließlich die Frage der Urlaubsbemessung.
- Abgestellt auf den bisherigen 60-Stunden-Dienstplan seien dem Beschwerdeführer bisher 540 Urlaubsstunden/Jahr zuerkannt worden (=22,5 Schichten zu je 24 Stunden). Die Aliquotierung des Urlaubsausmaßes im Verhältnis von 60:48 entspreche der vom Beschwerdeführer selbst angestrebten Dienstzeitreduzierung auf 48 Wochenstunden.
- Der Beschwerdeführer werde seit 1. Dezember 2016 unstrittig im „Tagdienst“ eingesetzt, weshalb keine Schicht- bzw. Wechseldienste mehr geleistet würden.
- Für die Urlaubsbemessung seien allein die Bestimmungen der §§ 72 Abs. 1 Z 2 und 73 Abs. 3 Z 1 Oö. StGBG 2002 maßgeblich. Bei einer tatsächlichen Dienstleistung von 47,5 Wochenstunden würde sich ein Jahresurlaubsanspruch von 285 Stunden (240:40x47,5) errechnen.
- Um eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes gem. § 56 Abs. 4 leg. cit. zu vermeiden, sei eine Aliquotierung des bisher gewährten Urlaubsanspruches notwendig, weshalb der jährliche Urlaubsanspruchs mit 432 Stunden festzusetzen gewesen wäre.

I.6. Am 25. April 2017 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Es waren alle Parteien anwesend.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beantragte die Einsichtnahme in den von der Akteneinsicht ausgenommenen Aktenvermerk vom 31.8.2012. Dazu führte der Vertreter der belangten Behörde aus, dass dies ein Aktenvermerk über eine interne Besprechung sei. Da aber ein Vertreter der Personalvertretung anwesend war, sei davon auszugehen, dass der Inhalt dieses Aktenvermerks auch dem Beschwerdeführer bekannt sei.

Der Beschwerdeführer gab auf Befragung durch die Verhandlungsleiterin, seines Rechtsvertreters und des Vertreters der belangten Behörde zusammenfassend folgendes an:
Er sei seit 1.12.2016 per Weisung in den Tagdienst ohne Sonn- und Feiertagsdienste mit einer Wochenarbeitszeit von 47,5 Stunden versetzt. Zuvor sei er seit 2.1.1994 im Schichtdienst tätig gewesen. Ab Jänner 2013 habe die durchschnittliche Wochenarbeitszeit 60 Stunden betragen –das gilt für alle x und sei Standard, zuvor seien es durchschnittlich 63,5 Wochenstunden gewesen.
Es gäbe die Dienstgruppen A und B, welche wiederum in 4 Untergruppen unterteilt sind. Die Dienstzeiten seine in einem Jahresdienstplan festgelegt. Der Beschwerdeführer legte einen Kalenderausdruck des Kalenderjahres 2017 mit eingezeichneten Diensten vor.
Für jeden Schichtdienst gebe es eine Tageseinteilung. Nach der Dienstanweisung „800/3“ beginne der Bereitschaftsdienst um 17.00 Uhr und würde um 7.30 Uhr (am darauffolgenden Tag) enden. Eine elektronische Zeiterfassung sei nicht vorhanden. Über jeden Einsatz müsse im Anschluss ein Bericht angefertigt werden,

wobei dies innerhalb der Schicht erfolge. Sollte das Einsatzende mit dem Schichtende zusammentreffen, werde der Bericht in der nächsten Schicht erstellt.

In einem Kalenderjahr gäbe es 52 Dienstfreischichten/Ersatzruhezeiten von jeweils 24 Stunden. Von diesen 52 Dienstfreischichten seien 46 fix im Jahresdienstplan vorgesehen, nämlich immer im Anschluss an die drei Schichtdienste. Die verbleibenden sechs Dienstfreischichten könnten im Laufe eines Kalenderjahres individuell in Anspruch genommen werden unter Bedachtnahme, dass die Mindestbesetzung (47 Mann/Tag) eingehalten werden muss. Können diese individuell festgelegten Dienstfreischichten, wie es regelmäßig vorkommen würde, jedoch nicht zur Gänze in Anspruch genommen werden, würden diese aber nicht verfallen.

Der Urlaubsanspruch des Beschwerdeführers betrage 6 Wochen, das seien 22,5 Schichten bei einer Wochendienstzeit von 60 Stunden.

Die belangte Behörde beantrage die Abweisung der Beschwerde.
Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beantragte wie in der Beschwerde.

I.7. Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2017 legte der Beschwerdeführer noch eine Berechnung über das Vorliegen von 63,17 Dienststunden/Woche sowie die Zeitkonto-Liste hinsichtlich 1. Jänner 2012 bis 30. November 2016 vor.

I.8. Am 29. Juni 2017 teilte die belangte Behörde mit, dass die Ausnahme von der Akteneinsicht betreffend den Aktenvermerk vom 31. August 2012 widerrufen wird.

I.9. Mit E-Mail vom 29. Juni 2017 wurden dem Beschwerdeführer u.a. der Aktenvermerk vom 31. August 2012 mit der Möglichkeit zur Kenntnis gebracht, dazu im Rahmen des Parteiengehörs bis spätestens 7. Juli 2017 Stellung zu nehmen.

In der diesbezüglichen Stellungnahme vom 7. Juli 2017 brachte der Beschwerdeführer jedoch keine für das vorliegende Verfahren relevanten Punkte vor, sondern tätigte vielmehr ausdrücklich Ausführungen zum in einem anderen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich relevanten Thema der Bezügenachforderung.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht in die vorgelegten Verfahrensakten, das Beschwerdevorbringen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25. April 2017.

Der nachstehend festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren. Die einzelnen Sachverhaltselemente blieben im Verfahren unbestritten und erschienen dem Gericht glaubhaft, ausreichend und schlüssig, um eine

rechtliche Beurteilung vorzunehmen, weshalb sie der vorliegenden Entscheidung zugrunde gelegt werden.

II.2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens gilt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist per 1. Jänner 1994 als Vertragsbediensteter in ein Dienstverhältnis zur Stadt Linz eingetreten und seitdem als x bei der städtischen x im Branddienst beschäftigt. Seit 1. Juli 2002 steht er in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Landeshauptstadt Linz. Im Jahr 2003 hat der Beschwerdeführer eine Optionserklärung gemäß § 141 Abs. 1 Oö. StGBG 2002 abgegeben.

Per Mail vom 23. November 2016 informierte der B als Dienstvorgesetzter den Beschwerdeführer über die Diensteinteilung in Umsetzung der maximalen Beschäftigungszeit von 48 Wochenstunden. Diese wurde entsprechend der Dienstanweisung B-800/3 (Dienststundenregelung vom 19.10.1984) beginnend mit 1. Dezember 2016 von Montag bis Freitag, 07:30 – 17:00 Uhr, festgelegt. Die Mittagspause ist Bereitschaftszeit und dauert von 12:00 – 13:30 Uhr. Der Beschwerdeführer verrichtet nunmehr Tagdienst mit einer Wochendienstzeit (inklusive Bereitschaftsdienst) von 47,5 Stunden und ohne Nacht-, Sonn- und Feiertagsdienste.
Die Tätigkeiten des Beschwerdeführers als x sowie als stellvertretender Meister vom Elektrowesen blieben dabei als solche unverändert.

Der Beschwerdeführer hat einen Urlaubsanspruch im Ausmaß von 30 Tage bzw. sechs Wochen. Abgestellt auf den bisherigen 60-Stunden-Dienstplan wurden dem Beschwerdeführer 540 Urlaubsstunden/Jahr zuerkannt (=22,5 Schichten zu je 24 Stunden).

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat über die Beschwerde erwogen:

III.1. Anzuwendende Rechtslage
Das Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002 - Oö. StGBG 2002, LGBl. Nr. 50/2002, in der für den hier maßgeblichen Zeitraum jeweils geltenden Fassung lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1
Anwendungsbereich

(1) Dieses Landesgesetz ist auf alle Beamten und Beamtinnen der Städte mit eigenem Statut anzuwenden.
[...]

§ 71

Anspruch auf Erholungsurlaub

(1) Der Beamte (Die Beamtin) hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub.
(2) Der erstmalige Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht in den ersten sechs Monaten des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses mit Beginn des jeweiligen Monats im Ausmaß von je einem Zwölftel des jährlichen Ausmaßes. Nach einer ununterbrochenen Dauer des Dienstverhältnisses von sechs Monaten entsteht der Anspruch in Höhe des noch für das laufende Kalenderjahr gebührenden restlichen Urlaubsausmaßes. Ab dem nachfolgenden Kalenderjahr entsteht der Urlaubsanspruch jeweils mit Jahresbeginn in voller Höhe.
[...]

§ 72
Ausmaß des Erholungsurlaubs

(1) Das Urlaubsausmaß beträgt in jedem Kalenderjahr
1. 200 Stunden bei Vollbeschäftigung (entspricht 30 Werktagen bzw. 25 Arbeitstagen) bei einem Dienstalter von weniger als 25 Jahren;
2. 240 Stunden bei Vollbeschäftigung (entspricht 36 Werktagen bzw. 30 Arbeitstagen);
   a) bei einem Dienstalter von 25 Jahren,
   b) für die Beamtin oder den Beamten, die oder der das 51. Lebensjahr vollendet und mindestens zehn Jahre im bestehenden Dienstverhältnis zurückgelegt hat,
   c) für die Beamtin oder den Beamten, deren oder dessen Gehalt zuzüglich der ruhegenussfähigen und der einen Anspruch auf eine Zulage zum Ruhegenuss begründenden Zulagen in der Verwendungsgruppe C oder einer vergleichbaren Verwendungsgruppe den Betrag des Gehalts der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V, in der Verwendungsgruppe B oder einer vergleichbaren Verwendungsgruppe den Betrag des Gehalts der Gehaltsstufe 4 der Dienstklasse V, in der Verwendungsgruppe A oder einer vergleichbaren Verwendungsgruppe den Betrag des Gehalts der Gehaltsstufe 5 der Dienstklasse V, erreicht hat oder um höchstens zwei Euro unter diesem Betrag liegt.

[...]

(4) Bei jeder Änderung des Beschäftigungsausmaßes ist das Urlaubsausmaß für das jeweilige Kalenderjahr neu zu berechnen. Das aliquote Ausmaß des Erholungsurlaubs für das Ausmaß des gesamten Erholungsurlaubs eines Kalenderjahres ist zunächst nach den Zeiten mit gleichbleibendem Beschäftigungsausmaß und anschließend nach allen Zeiträumen mit verschiedenen Beschäftigungsausmaßen entsprechend desselben zu aliquotieren. Die Summe aller dementsprechend (doppelt) aliquotierten Teilurlaubsguthaben bilden das Gesamtjahresurlaubsausmaß, von dem wiederum der bereits verbrauchte Erholungsurlaub abzuziehen ist. Nicht verfallene Ansprüche auf Erholungsurlaub aus vergangenen Kalenderjahren bleiben davon unberührt.
(4) Über die Höchstgrenze gemäß Abs. 3 hinaus sind längere Dienstzeiten nur mit Zustimmung des Beamten (der Beamtin) zulässig. Dem Beamten, der (Der Beamtin, die) nicht bereit ist, längere Dienste zu leisten, dürfen daraus keine Nachteile entstehen.

[...]

§ 73
Festlegung des Erholungsurlaubs in Stunden

(1) Die Dienstbehörde kann das Urlaubsausmaß in Stunden bzw., wenn erforderlich, in Bruchteilen davon, oder auch in Werktagen oder Arbeitstagen ausdrücken, wenn dies im Interesse des Dienstes geboten ist.
(2) Wenn die Sechstagewoche gilt oder wenn im Fall eines unregelmäßigen Dienstes ein Samstagfeiertag die Zahl der Tage vermindert, an denen der Beamte (die Beamtin) Dienst zu leisten hat, sind jedoch keine Stunden auf Grund des Samstagfeiertags dazuzurechnen.
(3) Die Stundenzahl
1. erhöht sich entsprechend, wenn der Beamte (die Beamtin) einem verlängerten Dienstplan unterliegt,
2. vermindert sich entsprechend, wenn der Beamte (die Beamtin) eine Teilzeitbeschäftigung nach § 65 in Anspruch nimmt oder dem Beamten (der Beamtin) eine Dienstfreistellung oder eine teilweise Dienstfreistellung gewährt worden ist. abzugelten.

(4) Dem Beamten, dessen (Der Beamtin, deren) Urlaubsausmaß in Stunden ausgedrückt ist, sind für die Zeit seines (ihres) Erholungsurlaubs so viele Urlaubsstunden als verbraucht anzurechnen, als er (sie) in diesem Zeitraum nach dem Dienstplan Dienst zu leisten hätte.
[...]

§ 138
Sonderbestimmungen für Beamte (Beamtinnen), die nach dem 1. Juli 2002 ein Dienstverhältnis zu einer Statutargemeinde begründen

(1) Die §§ 4, 6 Abs. 2 bis 5, 11, 12, 67 letzter Satz, 72 Abs. 1 Z 2 lit. c und Abs. 7 letzter Satz sowie § 86 Abs. 1 und 2 sowie Abs. 4 bis 10 sind nicht anzuwenden.
[...]
(3) § 2 Abs. 2 lautet: ‚(2) Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Dienstverhältnis der Beamten (Beamtinnen) der Städte mit eigenem Statut neben den gehaltsrechtlichen Bestimmungen des Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002 folgende Landesgesetze einschließlich allfälliger auf deren Grundlage erlassenen Verordnungen der Landesregierung nach Maßgabe des § 28 Abs. 2 bis 4 Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 sinngemäß anzuwenden:
- 9. Abschnitt des 4. Hauptstücks des Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002;
- Oö. Landesbeamten-Pensionsgesetz;
- Oö. Pensionsgesetz 2006;
- Oö. Nebengebühren-Zulagengesetz;
- Oö. Mutterschutzgesetz;
- Oö. Väter-Karenzgesetz;
- Oö. Karenzurlaubsgeldgesetz 2000;
- Oö. Landes-Reisegebührenvorschrift.

An die Stelle der Zuständigkeit der Organe des Landes bzw. der Gemeinde tritt die Zuständigkeit der entsprechenden Organe der Stadt.

[...]

§ 141
Optionsrecht

(1) Beamte (Beamtinnen), die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Landesgesetzes bereits im Dienst einer Statutargemeinde stehen, können gegenüber der Dienstbehörde schriftlich erklären, dass für sie § 138 anzuwenden ist. Dies gilt nicht für Beamte (Beamtinnen), auf die das Oö. Kindergarten- und Horte-Dienstgesetz anzuwenden ist. Eine solche schriftliche Erklärung im Sinn des ersten Satzes ist unwirksam, wenn ihr der Beamte (die Beamtin) eine Bedingung beigefügt hat.
[...]“

III.2. Der Beschwerdeführer ist seit 1. Jänner 1994 als x bei der städtischen x im Branddienst beschäftigt. Seit 1. Juli 2002 steht er in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Linz mit eigenem Statut und ist somit „Beamter“ iSd der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Oö. StGBG 2002. Als solcher ist er gemäß § 1 Abs. 1 leg. cit. folglich vom Anwendungsbereich des Oö. StGBG 2002 erfasst.

§ 141 Abs. 1 erster Satz Oö. StGBG 2002 sieht vor, dass Beamte, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Landesgesetzes, das ist der 1. Juli 2002 (vgl. § 144 leg. cit), bereits im Dienst einer Statutargemeinde stehen, gegenüber der Dienstbehörde schriftlich erklären können, dass für sie § 138 leg. cit. anzuwenden ist. Im Jahr 2003 hat der Beschwerdeführer eine wirksame Optionserklärung gemäß § 141 Abs. 1 Oö. StGBG 2002 abgegeben, weswegen auch für ihn die Bestimmungen des § 138 Oö. StGBG 2002 maßgeblich sind.

Daraus ergibt sich, dass für die Festlegung der Urlaubsbemessung das Oö. StGBG 2002 maßgeblich ist.

III.3. Die regelmäßige Wochendienstzeit eines Beamten/einer Beamtin beträgt grundsätzlich 40 Stunden (vgl. § 55 Abs. 2 Oö. StGBG 2002). Fallen aber auf Grund der Eigenart des Dienstes regelmäßig oder in erheblichem Umfang Dienstbereitschaften in die Dienstzeit und können diese durch organisatorische Maßnahmen nicht vermieden werden, kann gemäß § 55 Abs. 6 leg. cit. ein Dienstplan eine längere Wochendienstzeit umfassen.

Ein „Dienstplan“ bedeutet ganz allgemein die für den Bediensteten vorhersehbare Einteilung seiner Dienstzeit. Es handelt sich dabei um eine Dienstanweisung, in der angeordnet wird, während welcher Zeit der Beamte grundsätzlich und generell Dienst zu versehen hat (vgl. etwa VwGH 16.9.2013, 2012/12/0054). Beim gegenständlichen Dienstplan handelt es sich somit um eine Weisung (vgl. etwa VwGH 16.9.2013, 2012/12/0150; VwGH 27.6.2012, 2011/12/0060 mHa VwGH 26.5.1999, 94/12/0299). An die Regelungen über den Dienstplan werden dienstrechtliche (z. B. disziplinarrechtliche) und gehaltsrechtliche (z. B. Beurteilung,

wann eine Überstunde vorliegt) Konsequenzen geknüpft. Auch für die Beantwortung der Frage, ob Schicht- oder Wechseldienst vorliegt, ist der Dienstplan maßgeblich.

Die Regelungen der AZRL, wie z.B. Begriffsbestimmungen, wöchentliche Höchstarbeitszeit, Bezugszeiträume, Abweichungen und Ausnahmen, wurden in den arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen des Oö. StGBG 2002 entsprechend umgesetzt. Bei genauer Prüfung des letzten Satzes des § 55 Abs. 6 Oö. StGBG 2002 („*Soweit die Wochendienstzeit nach dem verlängerten Dienstplan die im Abs. 2 und 4 vorgesehene Wochendienstzeit übersteigt, gilt diese Zeit nicht als Dienstzeit im Sinn dieses Abschnitts.“)* zeigt sich jedoch, dass dieser der AZRL widerspricht:
Art. 2 Z 1 AZRL definiert Arbeitszeit als jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitnehmer zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Ruhezeit wird in Art. 2 Z 2 AZRL definiert als jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit. In Umsetzung dieses Begriffsverständnisses ist gemäß § 54 Z 1 Oö. StGBG 2002 unter „Dienstzeit“ „*die Zeit der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden, der Überstunden sowie jener Teil der Bereitschaft und des Journaldienstes während derer der Beamte (die Beamtin) verpflichtet ist, seiner (ihrer) dienstlichen Tätigkeit nachzugehen, nicht jedoch die Zeit der Ruhepausen nach § 57*“ zu verstehen. Von diesem Begriffsverständnis von „Dienstzeit“ leitet sich auch die Definition der Tages- und Wochendienstzeit ab.

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des EuGH sind auch Bereitschaftszeiten, bei denen die Dienstnehmer am Arbeitsplatz physisch anwesend sein müssen, als Arbeitszeit im Sinne der AZRL und nicht als Ruhezeit zu betrachten: So hat der Europäische Gerichtshof etwa mit Urteil vom 3. Oktober 2000, C-303/98 (*Simap*) Rn 48 f, erkannt, dass die Verpflichtung, sich zur Erbringung der beruflichen Leistungen am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, als Bestandteil der Wahrnehmung der Aufgaben anzusehen ist, auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt. So sei das Ziel der AZRL, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden, gewährleistet. Würde der Bereitschaftsdienst nicht unter den Begriff Arbeitszeit fallen, wäre dieses Ziel ernsthaft gefährdet (vgl. idS etwa weiters EuGH 01.12.2005, C-14/04 [Dellas u.a.] Rn 41 ff, insb Rn 46 ff mwN auf Vorjudikatur; EuGH 11.01.2007, C-437/05 [Vorel/Krumlov] Rn 24 ff, insb Rn 27 f)

Die Festlegung eines „verlängerten Dienstplans“ in § 55 Abs. 6 Oö. StGBG 2002 ist daher per se nicht unionsrechtswidrig. Diese Regelung über einen verlängerten Dienstplan steht grundsätzlich in keinem Widerspruch mit der in der AZRL festgelegten Begriffsbestimmung von Arbeitszeit. Wenn aber im letzten Satz noch normiert wird, dass soweit die Wochendienstzeit nach diesem verlängerten Dienstplan die in § 55 Abs. 2 oder Abs. 4 Oö. StGBG 2002 vorgesehene Wochendienstzeit

übersteigt, diese Zeit ex lege nicht als „Dienstzeit“ im Sinne dieses Abschnitts gilt, liegt, eindeutig ein Widerspruch zum Begriffsverständnis von Arbeitszeit nach der AZRL vor. Eine richtlinienkonforme Auslegung dieser Bestimmung des Oö. StGBG 2002 scheitert aufgrund des eindeutigen Wortlauts und entsprechenden Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu die Materialien zu § 64 Abs. 6 Oö. LBG). Die AZRL ist in diesem Punkt auch hinreichend konkret und unbedingt, weshalb der letzte Satz des § 55 Abs. 6 Oö. StGBG 2002 wegen Widerspruchs zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht nicht anzuwenden ist. Folglich sind unter Beachtung des Anwendungsvorrangs die im verlängerten Dienstplan enthaltenen Bereitschafts- und Wartezeiten, selbst wenn zu diesem Bereitschaftsdienst, den der Beamte in Form persönlicher Anwesenheit leistet, notwendig auch Zeiten der beruflichen „Inaktivität“ gehören, zur Dienstzeit zu zählen und auch auf die Höchstgrenzen der Dienstzeit anzurechnen (vgl. in diesem Sinne ebenfalls bereits z.B. VwGH 11.10.2007, 2006/12/0121).
Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich Gegenteiliges regeln wollte, indem er ausführt, dass diese Regelung im Sinn des Dienstzeitbegriffs davon ausgeht, dass sich der Beamte während der im verlängerten Dienstplan enthaltenen Bereitschafts- und Wartezeiten zwar in der Verfügung des Dienstgebers befindet, er aber in diesen Zeiten nicht verpflichtet ist, seiner dienstlichen Tätigkeit nachzugehen und diese Zeiten daher aus dem Begriff der Dienstzeit ausgenommen und nicht auf die Höchstgrenzen der Dienstzeit anzurechnen sein sollen (vgl. dies ausdrücklich im Hinblick auf die Anfügung des nunmehr mit § 55 Abs. 6 letzter Satz Oö. StGBG 2002 identen letzten Satzes des § 64 Abs. 6 Oö. LBG durch die LBG-Novelle 2000 klarstellend ErlAB 994/2001 BlgLT XXV. GP, 6 deren Erläuterungen wie bereits dargelegt auch zur Auslegung des Oö. StGBG 2002 heranzuziehen sind).

Aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt geht hervor, dass der Bereitschaftsdienst – entgegen dem klaren und insofern gegenteiligen Wortlaut des § 55 Abs. 6 letzter Satz Oö. StGBG 2002 – ohnedies immer als Dienstzeit iSd Oö. StGBG 2002 anerkannt worden ist, weshalb hier stets unionsrechtskonform gehandelt wurde. Auch im angefochtenen Bescheid ging die belangte Behörde davon aus, dass der Bereitschaftsdienst als Dienstzeit anzusehen ist. Somit liegt im Fall des Beschwerdeführers eine Wochendienstzeit von 47,5 Stunden vor.

III.4. Der Beschwerdeführer hat – wie unbestritten geblieben ist – einen Anspruch auf sechs Wochen Erholungsurlaub. Seine Wochendienstzeit von 1. Jänner 2016 bis 30. November 2016 betrug durchschnittlich 60 Stunden. Er war in diesem Zeitraum im Schichtdienst tätig. Mit einem Urlaubsausmaß von 22,5 Schichten wird ein 6-wöchiger Urlaubsanspruch gewährleistet. Das sind umgerechnet in einem Kalenderjahr 540 Stunden (22,5 Schichten x 24 Stunden). Der Beschwerdeführer verrichtete im Kalenderjahr 11 Monate Schichtdienst, weshalb ihm daher aliquot für den Zeitraum 1. Jänner 2016 bis 30. November 2016 ein Urlaubsausmaß von 495 Stunden zusteht.

Seit 1. Dezember 2016 beträgt die wöchentliche Dienstzeit nunmehr 47,5 Stunden. Der Beschwerdeführer ist nicht mehr im Schichtdienst, sondern verrichtet Tagdienst. Bei einer Tagesarbeitszeit von 9,5 Stunden und einer Wochenarbeitszeit von 47,5 Stunden ergibt sich ein Urlaubsanspruch in der Höhe von 285 Stunden (6 x 47,5 Stunden). Der aliquote Anteil für ein Monat beträgt 23,75 Stunden.

Somit beträgt der Urlaubsanspruch im Kalenderjahr 2016 518,75 Stunden und ab dem Kalenderjahr 2017 (bei gleichbleibender Wochenarbeitszeit) 285 Stunden.

III.5. Die belangte Behörde argumentiert, dass zur Hintanhaltung einer gesetzwidrigen Benachteiligung es – ausgehend von dem aus dem bisherigen Zeitmodell (60-Stunden-Woche) resultierenden Urlaubsanspruch von jährlich 540 Stunden – nur zu einer Aliquotierung des Urlaubsausmaßes im Verhältnis 60:48 kommen könne und gewährte dem Beschwerdeführer ab 2017 432 Urlaubsstunden pro Jahr.

Es ist richtig, dass § 56 Abs. 4 Oö. StGBG 2002 u.a. festlegt, dass BeamtInnen keine Nachteile daraus entstehen dürfen, wenn sie nicht bereit sind, längere als durchschnittlich 48 Wochenstunden-Dienste zu verrichten. Gleiches bestimmt bereits Art. 22 Abs. 1 lit b der AZRL, wonach eine der Voraussetzungen für eine Abweichung von Art. 6 AZRL (wöchentliche Höchstarbeitszeit von maximal 48 Stunden) ist, dass keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen dürfen, wenn er nicht bereit ist, mehr als 48 Stunden/Woche zu arbeiten. Diese Bestimmung soll betroffene Arbeitnehmer nicht nur vor Entlassungen, sondern auch anderen Formen der Benachteiligung wie beispielsweise verpflichtende „Versetzungen“ gegen den Willen des Arbeitnehmers in andere Abteilungen oder Positionen (Konkret etwa im Falle EuGH 14.10.2014, C-243/09 [Fuß] eine „Umsetzung“ gegen den Willen des Feuerwehrmanns auf einen anderen Dienstposten, nämlich in diesem Fall vom Einsatzdienst in das Einsatzleitzentrum, in Reaktion auf den Wunsch, nur mehr 48 Stunden pro Woche zu arbeiten; vgl. zum Begriff des „Nachteils“ iSd AZRL auch aktuell die Communication der Europäische Kommission vom 26.4.2017, „Interpretative Communication on Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4. November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time“, C [2017] 2601 final, insb. 71). Ein derartiger Nachteil im Sinne dieser Bestimmung liegt jedoch im vorliegenden Fall gerade nicht vor:

Der Beschwerdeführer ist seit Begründung seines Dienstverhältnisses als x im Branddienst beschäftigt. Seine Tätigkeiten als x sowie als stellvertretender Meister vom Elektrowesen blieben auch nach dem 1. Dezember 2016 unverändert. Geändert hat sich nur das Ausmaß der maximalen Beschäftigungszeit und die Aufteilung dieser Stunden auf eine Woche. Der Beschwerdeführer hat einen gesetzlichen Anspruch auf 6 Wochen Erholungsurlaub. Mangels Ausübung seines Dienstes in Form

eines 24-stündige Schichtdienst, ist als Berechnungsgrundlage für das Urlaubsausmaß dieser nicht mehr heranzuziehen. Aufgrund der neuen Dienstzeiten werden mit dem Urlaubsausmaß von 285 Stunden nach wie vor 6 Wochen Erholungsurlaub gewährleistet. Eine Benachteiligung durch die Reduzierung der Wochendienstzeit iSd § 56 Abs. 4 Oö. StGBG 2002 bzw. der AZRL liegt für den Beschwerdeführer somit nicht vor. Vielmehr würde bei Beibehaltung der gleichen Höhe an Urlaubsstunden eine gesetzlich nicht vorgesehene „Bevorteilung“ des Beschwerdeführers bestehen, wenn dieser nunmehr für die Konsumation von 6 Wochen Urlaub pro Jahr nicht mehr so viele Stunden Urlaub wie bisher in Anspruch nehmen muss. Ginge man von einem Urlaubsanspruch in Höhe von 423 Stunden aus, so könnte der Beschwerdeführer 9,09 Wochen bzw. 45,47 Tage Urlaub konsumieren.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III.6. Die Einwendungen des Beschwerdeführers hinsichtlich des Urlaubsausmaßes bei Schichtdienst und einer durchschnittlichen Wochendienstzeit von 60 Stunden gehen ins Leere, da der Beschwerdeführer nunmehr Tagdienst bei einer Wochendienstzeit von 47,5 Stunden verrichtet.

Abschließend wird aber noch angemerkt, dass nach den Berechnungen des Beschwerdeführers bei Vorliegen eines Schichtdienstes mit einer durchschnittlichen 60-Stunden-Woche bei einem sechswöchigen Urlaubsanspruch ein Jahresurlaub von 21 Schichten bzw. 504 Stunden zustehen würde. Tatsächlich werden aber 540 Stunden (22,5 Schichten x 24 Stunden) gewährt.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw.

einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer