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

Geschäftszeichen:
LVwG-950123/8/SE

Datum:
Linz, 8. Juli 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von R. L., vertreten durch Dr. G. W., Rechtsanwalt, L., gegen den Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz vom 9. Oktober 2018, GZ: 0043689/2016 MDion RM, betreffend Neubemessung von Nebengebühren nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. Mai 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid vom 7. Juli 2016, GZ: 0046329/2015 PerS, sprach der Magistrat Linz über den Antrag von R. L., vertreten durch Dr. G. W., Rechtsanwalt, L., (in der Folge kurz: Beschwerdeführer) vom 13. Juli 2015 ab, seine Arbeitszeit ab 1. Oktober 2015 von derzeit 60 Wochenstunden auf 48 Wochenstunden zu reduzieren.

In Spruchpunkt 2. wurden die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan und die Sonn- und Feiertagsgebühr entsprechend der Dienstzeitreduzierung aliquotiert.

I.2. Aufgrund der dagegen eingebrachten Berufung behob der Stadtsenat der Landeshauptstadt Linz (in der Folge kurz: belangte Behörde) mit Berufungsbescheid vom 7. Oktober 2016, GZ: 0043689/2016 MDion RM, in Spruchpunkt I. den Spruchpunkt 1. des bekämpften Bescheides ersatzlos und änderte mit Spruchpunkt II. den Spruchpunkt 2. dahingehend ab, dass die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan und die Sonn- und Feiertagsabgeltung entsprechend der Dienstzeitreduzierung aliquotiert werden und dies mit dem Tag der Dienstzeitreduzierung wirksam ist.

I.3. Gegen diesen Berufungsbescheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde ausschließlich gegen Spruchpunkt II., wodurch Spruchpunkt I. und III. in Rechtskraft erwachsen sind. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in der Folge mit Beschluss vom 12. Juli 2017, GZ: LVwG-950074/12/SE/BBa, der Beschwerde stattgegeben, Spruchpunkt II. des angefochtenen Berufungsbescheides aufgehoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückverwiesen.

I.4. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an den VfGH, der aber die Behandlung mit Beschluss vom 11. Oktober 2017, GZ: E2951/2017-5, ablehnte, und außerordentliche Revision an den VwGH.
Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017, GZ: Ra 2017/12/0114-3, wies der VwGH die außerordentliche Revision zurück.

I.5. Mit Berufungsbescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz vom 9. Oktober 2018, GZ: 0043689/2016 MDion RM, wurde Spruchpunkt 2. des Bescheides des Magistrates Linz, Geschäftsbereich Personal und Zentrale Services, vom 7. Juli 2016, GZ: 0046329/2015 PerS, abgeändert und lautet wie folgt (wörtliche Wiedergabe ohne Hervorhebungen):
„Die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan und die Sonn- und Feiertagsabgeltung werden für den Zeitraum 01.12.2016 bis 31.01.2018 wie folgt neu bemessen:

Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan:
Von 01.12.2016 bis 31.12.2016: € 415,48 monatlich
Von 01.01.2017 bis 31.12.2017: € 436,58 monatlich
Von 01.12.2018 bis 31.12.2018: € 463,85 monatlich

Sonn- und Feiertagsabgeltung:
Von 01.12.2016 bis 31.01.2018: € 0,00“

Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung im Wesentlichen damit, dass im maßgeblichen Bemessungszeitraum 1. Dezember 2016 bis 31. Jänner 2018 der Beschwerdeführer seinen Dienst im Rahmen eines verlängerten Dienstplanes mit einer Wochendienstzeit von 47,5 Stunden ausgeübt habe. Nacht-, Sonn- und Feiertagsdienste seien nicht mehr geleistet worden. Es sei auch unerheblich, dass der per Weisung des B. erlassene und bis 31. Jänner 2018 gültige Dienstplan für rechtswidrig erklärt worden sei, da die Bemessung der verfahrensgegenständlichen Nebengebühren alleine von der tatsächlichen Verwendung abhängig sei.
Die Sonn- und Feiertagsabgeltung stehe mangels tatsächlicher Dienstverrichtung an Sonn- und Feiertagen nicht mehr zu.
Die Bemessung erfolge ohne den in Teil B. V. Z 2 der NVG 2004 inkludierten Nachtarbeitszuschlag und angepasst an das durchschnittliche Ausmaß der Dienststunden.

I.6. Dagegen erhob R. L., vertreten durch Dr. G. W., Rechtsanwalt, L., binnen offener Frist Beschwerde. Er beantragte, der Beschwerde Folge zu geben, den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass alle in diesem Verfahren begehrten Beträge in voller Höhe zuerkannt werden sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

In der Beschwerde führte er zusammenfassend Folgendes aus:
- Die rechtswidrige Versetzung habe von 1. Dezember 2016 bis 31. Jänner 2018 angedauert. Dies dürfe dem Beschwerdeführer nicht zur Last fallen.
- Bei der Festlegung der Bezüge seien ausnahmslos die Grundsätze der Bestimmtheit, der Klarheit und der Äquivalenz der Normen sowie das innerstaatliche und das unionsrechtliche Nachteilsverbot zu beachten.
- Die Kürzung der Bezüge des Beschwerdeführers seien diskriminierend und rechtswidrig. Die Bezüge stünden in der Höhe zu, die er ohne die rechtswidrige Versetzung gehabt hätte.
- Der Antrag des Beschwerdeführers habe ausschließlich die Dienstzeitreduzierung umfasst. Über die Kürzung der Nebengebühren hätte nicht erkannt werden dürfen.
- Die tatsächliche Verwendung sei der (unions-)rechtswidrige Einsatz des Beschwerdeführers im Tagdienst gewesen.

- Tatsächlich sei im Bereich der Berufsfeuerwehr der Stadt L. kein verlängerter Dienstplan wirksam.
- Es gebe das Alimentationsprinzip, das den Dienstgeber eines Beamten dazu verpflichte, diesem die durch eine (unions-)rechtswidrige Versetzung vorenthaltenen Bezüge ungeschmälert zumindest in der bisherigen Höhe zuzuerkennen.

I.7. Mit Vorlageschreiben vom 12. November 2018, GZ: 0043689/2016 MDion RM, eingelangt am 13. November 2018, legte die belangte Behörde die Beschwerde unter Anschluss des gesamten Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und begehrte darin die Abweisung der Beschwerde.

Die belangte Behörde merkte darin an, dass die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan ab 1. Dezember 2016 abgestimmt auf das Ausmaß der – auf Basis eines verlängerten Dienstplans – über die 40-Stunden-Wochendienstzeit hinausgehenden Mehrleistungen unter Berücksichtigung, dass ausschließlich Tagdienst und kein Dienst an Sonn- und Feiertagen sowie in Nachtstunden geleistet werde, neu zu bemessen gewesen sei.
Der Beschwerdeführer habe die kassatorische Entscheidung des LVwG vom 12. Juli 2017 mit außerordentlicher Revision beim VwGH bekämpft, welcher mit Beschluss vom 20. Dezember 2017, GZ: Ra 2017/12/0114-3, diese als unzulässig zurückgewiesen hat. Der VwGH habe am Vorliegen eines verlängerten Dienstplanes, welches „condicio sine qua non“ für die Formulierung des die Aufhebung „tragenden Grundes“ im Kassationsbeschluss des LVwG vom 12. Juli 2017, keine Bedenken gehabt. Auf das Thema „verlängerter Dienstplan“ bei der L. Berufsfeuerwehr brauche daher im vorliegenden Verfahren nicht mehr eingegangen werden.

I.8. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 21. Mai 2019 eine mündliche Verhandlung durch, an der alle Parteien teilnahmen.

Der Beschwerdeführer war der Ansicht, dass die Einstufung einer zweistündigen Mittagspause als Bereitschaftsdienst nicht zulässig sei. Diese hätten als Überstunden ausbezahlt werden müssen. Im Übrigen wurde, wie schon schriftlich vorgebracht, argumentiert.

Der Vertreter der belangten Behörde verwies darauf, dass die Gebührlichkeit von Nebengebühren von der tatsächlichen Verwendung und nicht davon, ob die Anordnung der Verwendung rechtmäßig war, abhänge.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führte aus, dass die AZRL unmittelbar anzuwenden sei. Mit der Versetzung in den Tagdienst sei der Beschwerdeführer zweifach diskriminiert worden. Durch die 5-Tage-Woche habe sich die gesamte

bisherige Lebensplanung verändert. Es sei ein großer Aufwand der Umorganisation zu bewältigen gewesen. Hinzu sei die Kürzung der Bezüge gekommen, welche primär bzw. ausschließlich als Reaktion auf das Ersuchen des Beschwerdeführers, seine Arbeitszeit auf 48 Wochenstunden zu reduzieren, erfolgt sei.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 21. Mai 2019.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

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

Von 2. Jänner 1994 bis 30. November 2016 war der Beschwerdeführer im Schichtdienst eingeteilt. Der im Branddienst der Berufsfeuerwehr L. geltende Dienstplan sieht einen 24-stündigen Schichtdienst vor, der von 7:30 Uhr bis 7:30 Uhr des darauffolgenden Tages dauert.

Am 27. Dezember 2012 gab der Beschwerdeführer eine „Zustimmungserklärung zur ‚Opting-Out' Lösung der Feuerwehr der Stadt L. mit nachfolgendem Wortlaut ab:
„Hiermit stimme ich ausdrücklich einer Dienstplangestaltung zu, die zu einer durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von mehr als 48 Stunden pro Woche führt. Insbesondere erkläre ich mich bereit, aufgrund der Bereitschaftsdienste innerhalb eines Bezugszeitraumes von einem Kalenderjahr im Durchschnitt 60 Stunden pro Woche zu arbeiten.
Die nachstehende Belehrung nehme ich zustimmend zur Kenntnis."

Die unter der Unterschrift des Beschwerdeführers auf der Zustimmungserklärung angeführte Belehrung lautet wie folgt:
„Sie können die Zustimmungserklärung jederzeit widerrufen. Bei Widerruf ist der Dienstgeber verpflichtet, Sie im Rahmen der arbeitszeitrechtlichen Höchstgrenzen zu beschäftigen. Auf eine bestimmte Verwendung haben Sie im Falle eines Widerrufs Ihrer Zustimmung keinen Rechtsanspruch; nach gehaltsrechtlichen Bestimmungen sind Bezugskürzungen mögliche Folgen eines Widerrufs."

Mit Eingabe vom 13. Juli 2015 beantragte der Beschwerdeführer bei der Dienstbehörde erster Instanz eine Änderung seiner Arbeitszeit von durchschnittlich 60 auf 48 Wochenstunden ab 1. Oktober 2015.

Per Mail vom 23. November 2016 informierte der B. als Dienstvorgesetzter des Beschwerdeführers diesen 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. Der Beschwerdeführer verrichtete ab diesem Zeitpunkt bis 31. Jänner 2018 Tagdienst mit einer Wochendienstzeit von 47,5 Stunden und ohne Nacht-, Sonn- und Feiertagsdienste. Die Tätigkeiten des Beschwerdeführers als Gruppenkommandant sowie als stellvertretender Meister vom Elektrowesen blieben unverändert. Gesetzliche Feiertage waren im Rahmen dieser Regelung als dienstfrei zu betrachten. Der Beschwerdeführer remonstrierte jedoch gegen diese Anweisung am 28. November 2016 gegenüber dem B., welcher die Anordnung mit E-Mail vom 29. November 2016 wiederholte.

Mit rechtskräftigem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 19. Jänner 2018, GZ: LVwG-950099/6/SE/BBa, wurde festgestellt, dass die Befolgung der Weisung des B., mit der der Beschwerdeführer für den Tagdienst eingeteilt worden war, nicht zu seinen Dienstpflichten zählte und diese Weisung rechtswidrig war.

Es liegt ein Schicht- bzw. Wechseldienst vor.

II.3. Der festgestellte entscheidungsrelevante Sachverhalt blieb unbestritten, insbesondere der hier maßgebliche Zeitraum von 1. Dezember 2016 bis 31. Jänner 2018, dass dem Beschwerdeführer auch nach dem 1. Dezember 2016 die Gehaltsbestandteile „Gehalt, Gehaltszulage, Dienstvergütung für Feuerwehrmänner, Kinderbeihilfe und Fahrtkostenzuschuss im bisherigen Anspruchsumfang gebührte und auch erhielt sowie, dass ein Schicht- bzw. Wechseldienst vorliegt.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Anzuwendende Rechtslage, in der für den hier maßgeblichen Zeitraum jeweils geltenden Fassung:

III.1.1. Das Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002 - Oö. StGBG 2002, LGBl. Nr. 50/2002, idgF, lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1
Anwendungsbereich

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

## § 54
## Begriffsbestimmungen zur Dienstzeit

Im Sinne dieses Abschnitts ist:

1. Dienstzeit: die Zeit der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden, der Überstunden sowie jener Teile 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;
2. Tagesdienstzeit: die Dienstzeit innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von 24 Stunden;
3. Wochendienstzeit: die Dienstzeit innerhalb eines Zeitraums von Montag bis einschließlich Sonntag.

## § 55
## Dienstzeit

(1) Der Beamte (Die Beamtin) hat die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden einzuhalten, wenn er (sie) nicht vom Dienst befreit oder enthoben oder gerechtfertigt vom Dienst abwesend ist.

(2) Die regelmäßige Wochendienstzeit des Beamten (der Beamtin) beträgt 40 Stunden. Die Wochendienstzeit ist unter Berücksichtigung der dienstlichen Erfordernisse und der berechtigten Interessen der Beamten (Beamtinnen) durch einen Dienstplan möglichst bleibend auf die Tage der Woche aufzuteilen (Normaldienstplan). Soweit nicht zwingende dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, sind Sonntage, gesetzliche Feiertage und Samstage dienstfrei zu halten.

[...]

(4) Bei Schicht- oder Wechseldienst ist ein Schicht- oder Wechseldienstplan zu erstellen. Dabei darf die regelmäßige Wochendienstzeit im mehrwöchigen Durchschnitt nicht über- oder unterschritten werden. Schichtdienst ist jene Form der Dienstzeit, bei der aus organisatorischen Gründen an einer Arbeitsstätte der Dienstbetrieb über die Zeit des Normaldienstplans hinaus aufrechterhalten werden muss und ein(e) Beamter (Beamtin) den (die) andere(n) ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte ablöst. Bei wesentlichen zeitmäßigen Überschneidungen liegt Wechseldienst vor.

(5) Ist im Rahmen eines Schicht- oder Wechseldienstplans oder eines Normaldienstplans regelmäßig an Sonn- oder Feiertagen Dienst zu leisten und wird der Beamte (die Beamtin) zu solchen Sonn- und Feiertagsdiensten eingeteilt, ist eine entsprechende Ersatzruhezeit festzusetzen. Der Dienst an Sonn- oder Feiertagen gilt in diesem Fall als Werktagsdienst. Wird der Beamte (die Beamtin) während der Ersatzruhezeit zur Dienstleistung herangezogen, gilt dieser Dienst als Sonntagsdienst. Dieser Absatz gilt nicht für Beamte (Beamtinnen), die in Betrieben im Sinn des Art. 21 Abs. 2 B-VG beschäftigt sind.

(6) Für Beamte (Beamtinnen), in deren Dienstzeit auf Grund der Eigenart des Dienstes regelmäßig oder in erheblichem Umfang Dienstbereitschaft bzw. Wartezeiten fallen und diese durch organisatorische Maßnahmen nicht vermieden werden können, kann der Dienstplan eine längere als die im Abs. 2 und 4 vorgesehene Wochendienstzeit umfassen (verlängerter Dienstplan). Soweit die Wochendienstzeit nach dem verlängerten Dienstplan die im Abs. 2 oder 4 vorgesehene Wochendienstzeit übersteigt, gilt diese Zeit nicht als Dienstzeit im Sinn dieses Abschnitts.

[...]

§ 56
Höchstgrenzen der Dienstzeit

(1) Die Tagesdienstzeit darf 13 Stunden nicht überschreiten.
(2) Von der Höchstgrenze gemäß Abs. 1 kann bei Tätigkeiten abgewichen werden,
[...]
f) bei der Berufsfeuerwehr,
wenn die Ruhezeit des (der) betroffenen Beamten (Beamtin) innerhalb der nächsten 14 Kalendertage verlängert wird. Die Ruhezeit ist um das Ausmaß zu verlängern, um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat.
(3) Die Wochendienstzeit darf innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von 17 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden nicht überschreiten. Bei der Ermittlung der zulässigen Wochendienstzeit bleiben jene Zeiten außer Betracht, in denen der Beamte (die Beamtin) vom Dienst freigestellt, außer Dienst gestellt, suspendiert oder sonst gerechtfertigt vom Dienst abwesend ist.
(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.
[...]

§ 63
Überstunden

(1) Der Beamte (Die Beamtin) hat auf Anordnung über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus Dienst zu versehen (Überstunden). [...]
(2) Überstunden sind je nach Anordnung
1. im Verhältnis 1:1,5 in Freizeit auszugleichen oder
2. nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten oder
3. im Verhältnis 1:1 in Freizeit auszugleichen und zusätzlich nach besoldungsrechtlichen Vorschriften abzugelten.

[...]

§ 86
Gehaltsrechtliche Bestimmungen

(1) Hinsichtlich der Ansprüche des Beamten (der Beamtin) auf Bezüge sind, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt wird, die Vorschriften gemäß § 2 maßgeblich.
[...]

(3) Die Nebengebühren und Zulagen sind durch Verordnung des Stadtsenats festzusetzen, wobei auf die für Landesbeamte (-beamtinnen) geltende Regelung Bedacht zu nehmen ist.
[...]

§ 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.1.2. Das Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 - Oö. GDG 2002, LGBl. Nr. 52/2002, idgF, lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 196
Überstundenvergütung und Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan

[...]
(9) Bediensteten, für die ein Dienstplan gemäß § 96 Abs. 6 gilt, gebührt für die über die 40-stündige Wochendienstzeit hinausgehende, in den Dienstplan fallende Zeit eine monatliche Pauschalvergütung.
[...]“

III.1.3. Die Nebengebührenverordnung 2004 - NGV 2004 vom 24. Juni 2004, kundgemacht an der Amtstafel vom 30. Juni 2004 bis 15. Juli 2004, in der Fassung für den maßgeblichen Zeitraum geltenden Fassung lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1
Anwendungsbereich

1) Dies Verordnung ist auf BeamtInnen der Stadt Linz anzuwenden, die
1. ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zur Stadt Linz begründen oder
2. die Option gem. § 141 Oö. StGBG 2002 wirksam erklären.

[...]

3) Für die unter den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden BeamtInnen der Stadt Linz ist die Nebengebührenverordnung des Stadtsenates (NGV 1999) in der jeweils geltenden Fassung nicht anwendbar.

§ 2
Nebengebühren

1) Für die Beamtinnen gelten folgende Nebengebühren:
1. Überstundenvergütung und Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan (§ 4)
2. Sonn- u. Feiertagsabgeltung (§ 5)
3. Journaldienstvergütung, Bereitschaftsentschädigung (§ 6)
4. Aufwandsvergütung (§ 7)
5. Dienstvergütung (§ 8)

2) Dem Beamten/Der Beamtin werden Nebengebühren nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen des Allgemeinen Teiles sowie des Besonderen Teiles dieser Verordnung gewährt. Die im Besonderen Teil (Teil A, Teil B) genannten Prozentsätze beziehen sich auf den Betrag von 1.836,08 Euro. Dieser Betrag erhöht sich im Fall einer Erhöhung der Beträge nach § 191 Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 im gleichen Ausmaß wie sich der Gehalt eines Beamten/einer Beamtin der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V nach dem Oö. Landes-Gehaltsgesetz erhöht.
Ein Anspruch auf eine Nebengebühr besteht nur für Zeiträume, für die auch ein Anspruch auf Gehalt besteht. § 166 Abs. 1, 2, 3 und 5, § 167 Abs. 1 und § 178 Oö. Gemeinde-Dienstrechts-und Gehaltsgesetz 2002 gelten sinngemäß.

§ 3
Pauschalierung der Nebengebühren

1) Die in § 4 Abs. 1 bis 5 und 7, § 5 Abs. 1 bis 4 und § 6, § 7 und § 8 angeführten Nebengebühren können pauschaliert werden, wenn die Dienstleistungen, die einen Anspruch auf eine solche Nebengebühr begründen, dauernd oder so regelmäßig erbracht werden, dass die Ermittlung monatlicher Durchschnittswerte möglich ist. Die Festsetzung einheitlicher Pauschalen für im Wesentlichen gleichartige Dienste ist zulässig. Bei pauschalierten Überstundenvergütungen ist zu bestimmen, welcher Teil der Vergütung den Überstundenzuschlag darstellt.

2) Das Pauschale hat den ermittelten Durchschnittswert unter Bedachtnahme auf Abs. 4 angemessen zu sein und ist festzusetzen:

1. bei der Überstundenvergütung und der Sonn- und Feiertagsvergütung in einem Prozentsatz des Monatsbezuges,
2. bei der Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan, der Journaldienstvergütung, der Bereitschaftsentschädigung, [...] in einem Prozentsatz des Betrages von 1.836,08 Euro. Dieser Betrag erhöht sich im Fall einer Erhöhung der Beträge nach § 191 Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 im gleichen Ausmaß wie sich der Gehalt eines Beamten/einer Beamtin der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V nach dem Oö. Landes-Gehaltsgesetz erhöht.

3) Pauschalierte Nebengebühren sind mit dem jeweiligen Monatsbezug auszuzahlen.

4) Der Anspruch auf pauschalierte Nebengebühren wird durch einen Urlaub, währenddessen der Beamte/die Beamtin den Anspruch auf Monatsbezüge behält, oder eine Dienstverhinderung auf Grund eines Dienstunfalles nicht berührt. Ist der Beamte aus einem anderen Grund länger als 30 Kalendertage vom Dienst abwesend, so ruht die pauschalierte Nebengebühr von dem auf den Ablauf der Frist folgenden Kalendertag bis zu dem Kalendertag, der dem Wiederantritt des Dienstes vorangeht.

5) Die pauschalierte Nebengebühr ist neu zu bemessen, wenn sich der ihrer Bemessung zu Grunde liegende Sachverhalt wesentlich geändert hat. Für die Neubemessung sind die Bestimmungen des Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 maßgebend.
[...]

§ 4

Überstundenvergütung und Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan

[...]

8) BeamtInnen, für die ein verlängerter Dienstplan im Sinne des § 196 Abs. 9 Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz 2002 gilt, gebührt für die über die 40-stündige Wochendienstzeit hausgehende, in den Dienstplan fallende Zeit eine monatliche Pauschalvergütung.

9) Bei der Festsetzung der Pauschalvergütung ist auf das Ausmaß und die Intensität der Inanspruchnahme Bedacht zu nehmen. Eine einheitliche Festsetzung der Höhe der Pauschalvergütung für BeamtInnen gleicher Funktionslaufbahn (FL) ist zulässig.
[...]

§ 5

Sonn- und Feiertagsabgeltung

[...]

3) Ist bei Schicht- oder Wechseldienst regelmäßig an Sonn- und Feiertagen Dienst zu leisten und wird der Beamte/die Beamtin turnusweise zu solchen Sonn- und Feiertagsdiensten unter Gewährung einer entsprechenden Ersatzruhezeit eingeteilt, so gilt der Dienst an dem Sonn- und Feiertag als Werktagsdienst; wird der Beamte/die Beamtin während der Ersatzruhezeit zur Dienstleistung herangezogen, so gilt dieser Dienst als Sonntagsdienst.

4) Dem Beamten/Der Beamtin, der/die auf Grund eines Schicht- oder Wechseldienstplanes an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag Dienst leistet, gebührt für jede Stunde einer solchen Dienstleistung eine Sonn- und Feiertagsgebühr.

[...]

§ 6
Journaldienstvergütung, Bereitschaftsentschädigung

1) Dem Beamten/Der Beamtin, der/die außerhalb der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden zu einem Journaldienst herangezogen wird, gebührt für die im Journaldienst enthaltene Bereitschaftszeit und Dienstleistung anstelle der Vergütung nach § 4 Abs. 1 bis 5 und 7 und § 5 Abs. 1 bis 4 eine Journaldienstvergütung.

2) Die Höhe der Journaldienstvergütung ist unter Bedachtnahme auf die Dauer des Dienstes und die durchschnittliche Inanspruchnahme während dieses Dienstes festzusetzen.

3) Dem Beamten/Der Beamtin, der/die sich außerhalb der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden auf Anordnung in einer Dienststelle oder an einem bestimmten anderen Ort aufzuhalten hat, um bei Bedarf auf der Stelle seine/ihre dienstliche Tätigkeit aufnehmen zu können, gebührt hiefür an Stelle der in den §§ 4, 5 Abs. 1 bis 4 und § 6 Abs. 1 und 2 bestimmten Nebengebühren eine Bereitschaftsentschädigung, bei deren Bemessung auf die Dauer der Bereitschaft Bedacht zu nehmen ist.
[...]

Besonderer Teil

[...]

Teil A
(Allgemeine Nebengebühren)
[...]

II. Pauschalvergütungen für den verlängerten Dienstplan (§ 4) und Journaldienstvergütung (§ 6 Abs. 1 und 2)

1. Schichtdienstvergütung für Feuerwehrbedienstete

(sh. Teil B. V Pkt.2)
[...]

Teil B
(Berufs- bzw. funktionsspezifische Nebengebühren)
[...]

V. Nebengebühren für Feuerwehrbedienstete

1. Dienstvergütung für Feuerwehrbedienstete

[...]

2. Schichtdienstvergütung

Die Bediensteten der Feuerwehr der Stadt Linz erhalten monatlich als Abgeltung für die aus dem 24-stündigen Dienst resultierenden Mehrleistungen eine Schichtdienstvergütung. Diese beträgt in

ab 1. Jänner 2016 in
Stufe 1 73,53 %
Stufe 2 56,09 %
Stufe 3 47,12 %

ab 1. Jänner 2017 in
Stufe 1 75,23 %
Stufe 2 57,64 %
Stufe 3 47,12 %

ab 1. Jänner 2018 in
Stufe 1 76,92 %
Stufe 2 59,18 %
Stufe 3 47,12 %

In diesen Beträgen ist jeweils ein monatlicher Nachtarbeiterzuschlag von derzeit € 271,94 enthalten.

3. Sonn- und Feiertagsabgeltung

Die Bediensteten der Feuerwehr der Stadt Linz, die aufgrund ihres Schichtdienstes an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag Dienst leisten, erhalten eine Sonn- und Feiertagsgebühr von € 151,-- monatlich. Dieser Abgeltung liegen 442 geleistete Sonn- und Feiertagsstunden jährlich zugrunde.“

Der Teil B der NGV 2004 lautet für den hier maßgeblichen Zeitraum wie folgt:

„V. Nebengebühren für Feuerwehrbedienstete

1.Dienstvergütung für Feuerwehrbedienstete
[...].

2. Schichtdienstvergütung
Die Bediensteten der Feuerwehr der Stadt L.erhalten monatlich als Abgeltung für die aus dem 24-stündigen Dienst resultierenden Mehrleistungen eine Schichtdienstvergütung. Diese beträgt

ab 1. Jänner 2016 in
Stufe 1 73,53 %
Stufe 2 56,09 %

| | |
|---|---|
| Stufe 3 | 47,12 % |

ab 1. Jänner 2017 in

| | |
|---|---|
| Stufe 1 | 75,23 % |
| Stufe 2 | 57,64 % |
| Stufe 3 | 47,12 % |

ab 1. Jänner 2018 in

| | |
|---|---|
| Stufe 1 | 76,92 % |
| Stufe 2 | 59,18 % |
| Stufe 3 | 47,12 % |

In diesen Beträgen ist jeweils ein monatlicher Nachtarbeitszuschlag von derzeit € 271,94 enthalten.

3. Sonn- und Feiertagsabgeltung

Die Bediensteten der Feuerwehr der Stadt L., die aufgrund ihres Schichtdienstes an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag Dienst leisten, erhalten eine Sonn- und Feiertagsgebühr von € 151,-- monatlich. Dieser Abgeltung liegen 442 geleistete Sonn- und Feiertagsstunden jährlich zugrunde."

III.1.4. Die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (kurz: AZRL), kundgemacht im Amtsblatt der Europäischen Union L 299/9 vom 18. November 2003 lautet auszugsweise wie folgt:

„Artikel 1
Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.
(2) Gegenstand dieser Richtlinie sind
a) die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, der Mindestjahresurlaub, die Ruhepausen und die wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie
b) bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus.
(3) Diese Richtlinie gilt unbeschadet ihrer Artikel 14, 17, 18 und 19 für alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsberichte im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 89/391/EWG. […].

Artikel 2
Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie sind:
1. Arbeitszeit: jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt;
2. Ruhezeit: jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit;
[…]

5. Schichtarbeit: jede Form der Arbeitsgestaltung kontinuierlicher oder nicht kontinuierlicher Art mit Belegschaften, bei der Arbeitnehmer nach einem bestimmten Zeitplan, auch im Rotationsturnus, sukzessive an den gleichen Arbeitsstellen eingesetzt werden, so dass sie ihre Arbeit innerhalb eines Tages oder Wochen umfassenden Zeitraums zu unterschiedlichen Zeiten verrichten müssen;
[…]

Artikel 6
Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer:

a) die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird;
b) die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

[…]

Artikel 16
Bezugszeiträume

Die Mitgliedstaaten können für die Anwendung der folgenden Artikel einen Bezugszeitraum vorsehen, und zwar
[…]
b) für Artikel 6 (wöchentliche Höchstarbeitszeit) einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten.
[…]

Artikel 17
Abweichungen

[…]
(2) Sofern die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten, kann im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern gemäß den Absätzen 3, 4 und 5 abgewichen werden.
(3) Gemäß Absatz 2 dieses Artikels sind Abweichungen von den Artikeln 3, 4, 5, 8 und 16 zulässig:
[…]
c) bei Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und zwar insbesondere bei
[…]
iii) […], Feuerwehr- oder Katastrophenschutzdiensten,
[…]

Artikel 19
Grenzen der Abweichungen von Bezugszeiträumen

Die in Artikel 17 Absatz 3 und in Artikel 18 vorgesehene Möglichkeit der Abweichung von Artikel 16 Buchstabe b) darf nicht die Festlegung eines Bezugszeitraums zur Folge haben, der länger als sechs Monate ist.

Den Mitgliedstaaten ist es jedoch mit der Maßgabe, dass sie dabei die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer wahren, freigestellt zuzulassen, dass in den Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern aus objektiven, technischen oder arbeitsorganisatorischen Gründen längere Bezugszeiträume festgelegt werden, die auf keinen Fall zwölf Monate überschreiten dürfen.
[…]

Artikel 22
Sonstige Bestimmungen

(1) Es ist einem Mitgliedstaat freigestellt, Artikel 6 nicht anzuwenden, wenn er die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass

a) kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Artikel 16 Buchstabe b) genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt;
b) keinem Arbeitnehmer Nachteile daraus entstehen dass er nicht bereit ist, seine solche Arbeit zu leisten;

[…]“

III.2. Zum Einwand des Beschwerdeführers, dass sein Antrag vom 13. Juli 2015 ausschließlich die Dienstzeitreduzierung umfasst habe und daher nicht über die Kürzung der Nebengebühren erkannt hätte werden dürfen, ist festzuhalten, dass die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan sowie die Sonn- und Feiertagsabgeltung von Amts wegen aufgrund der Dienstzeitreduzierung und der damit wesentlich geänderten Sachlage (§ 3 Abs. 5 NGV 2004) anzupassen und mit Bescheid neu vorzuschreiben war.

III.3. Zur Anwendbarkeit des Oö. StGBG 2002, der NGV 2004 sowie des Oö. GDG 2002:
Der Beschwerdeführer ist seit 1. Jänner 1994 als Feuerwehrmann bei der städtischen Berufsfeuerwehr im Branddienst beschäftigt. Seit 1. Juli 2002 steht er in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt L. mit eigenem Statut und ist somit „Beamter“ iSd der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Oö. StGBG 2002. Als solcher ist er folglich gemäß § 1 Abs. 1 leg. cit. 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 dem Beschwerdeführer für seinen im Branddienst verrichteten Dienst zustehenden Nebengebühren das Oö. StGBG 2002, die NGV 2004 und subsidiär die gehaltsrechtlichen Bestimmungen des Oö. GDG 2002 maßgeblich sind.

III.4. Vorliegen eines Schicht- bzw. Wechseldienstes
Das Vorliegen eines Schicht- bzw. Wechseldienstes blieb in der Beschwerde unbestritten. Im Übrigen wird dazu auf das rechtskräftige Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 12. Juli 2017, GZ: LVwG-950074/12/SE/BBA, Punkt III.4. verwiesen.

III.5. Zum Einwand des Beschwerdeführers, dass kein verlängerter Dienstplan vorliegt:
Die regelmäßige Wochendienstzeit eines Beamten/einer Beamtin beträgt grundsätzlich 40 Stunden. 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 aber gemäß § 55 Abs. 6 Oö. StGBG 2002 ein Dienstplan eine längere Wochendienstzeit umfassen.

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 anwendbaren 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).

Die belangte Behörde hat den Bereitschaftsdienst – entgegen dem klaren und insofern gegenteiligen Wortlaut des § 55 Abs. 6 letzter Satz Oö. StGBG 2002 – immer als Dienstzeit iSd Oö. StGBG 2002 anerkannt, weshalb hier stets unionsrechtskonform gehandelt wurde.
Da der Dienstplan des Beschwerdeführers somit mit 47,5 Dienststunden eine längere als die im Abs. 2 und 4 vorgesehene Wochendienstzeit von 40 Stunden umfasste, lag auch im maßgeblichen Zeitraum ein verlängerter Dienstplan vor.

III.6. Anspruch auf Nebengebühren aufgrund reduzierter Dienststunden

III.6.1. Tatsächlich leistete der Beschwerdeführer unstrittiger Weise von 1. Dezember 2016 bis 31. Jänner 2018 47,5 Wochenstunden.

Die Vergütung für geleistete Arbeit ist nach dem verlängerten Dienstplan bzw. den tatsächlich geleisteten Stunden des Beschwerdeführers zu bemessen und ist insofern von der Frage der (unions-)rechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Dienstplangestaltung zu trennen. Während der Beschwerdeführer ausschließlich besoldungsrechtliche Ansprüche geltend macht, findet die AZRL, wie sowohl aus ihrer Zielsetzung als auch aus dem Wortlaut ihrer Bestimmungen hervorgeht, jedoch grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung von Arbeitnehmern; besoldungsrechtliche Ansprüche sind vom Anwendungsbereich der AZRL nicht erfasst (vgl. idS bereits VwGH 25.06.2003, 98/12/0138; VwGH 26.06.2002, 99/12/0301). Die AZRL ist vielmehr darauf beschränkt, bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung zu regeln, sodass sie – soweit die besoldungsrechtlichen Regelungen uneingeschränkt die praktische Wirksamkeit der den Arbeitnehmern durch die AZRL gewährten Rechte im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer gewährleisten – eben grundsätzlich nur die arbeitsschutzrechtliche Seite des verlängerten Dienstplans betreffen kann (vgl. EuGH 01.12.2005, C-14/04 [Dellas] Rn 38; 11.01.2007, C-437/05 [Vorel] Rn 32). Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinien im Hinblick auf besoldungsrechtliche Fragen ist folglich (abgesehen von der Bestimmung hinsichtlich die finanzielle Vergütung des Jahresurlaubs in Art 7 Abs. 2 AZRL) grundsätzlich nicht denkbar. Für die Frage der Abgeltung der geleisteten Dienste kommt der AZRL somit keine Bedeutung zu, weil diese selbst für den Fall, dass dem Beschwerdeführer Dienste in einem Ausmaß auferlegt wurden, die über das durch die AZRL für zulässig erklärte Ausmaß hinausgehen, an der Gebührlichkeit der in Rede stehenden Nebengebühren nichts ändern (vgl. VwGH 11.10.2007, 2006/12/0121).

Für die Frage der Gebührlichkeit von Nebengebühren ist es nicht ausschlaggebend, ob eine rechtmäßige Verpflichtung zur Dienstleistung vorliegt, sondern ist dies abhängig von der tatsächlichen Verwendung (vgl. VwGH vom 20.12.2017, GZ: Ra 2017/12/0114-3, mwN).

III.6.2. Unbestritten ist, dass dem Beschwerdeführer im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Gehaltsbestandteile im bisherigen Anspruchsumfang gebühren: Gehalt, Gehaltszulage, Dienstvergütung für Feuerwehrbedienstete, Kinderbeihilfe und Fahrtkostenzuschuss. Eine Kürzung der Bezüge und eine damit einhergehende Diskriminierung, liegt demnach nicht vor.

Die Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan ist eine „Entschädigung" für die über die 40-stündige Wochendienstzeit hinausgehende, in den Dienstplan fallende Zeit.

Die Schichtdienstvergütung für Feuerwehrbedienstete [aktuelle Bezeichnung „Vergütung für verlängerten Dienstplan"] ist als eine derartige Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan zu qualifizieren. Danach erhalten die Bediensteten der Feuerwehr der Stadt Linz diese Vergütung monatlich als Abgeltung für die aus dem 24-stündigen Dienst resultierenden Mehrleistungen.

Wie sich aus dem Verordnungsakt zeigt, war die für Feuerwehrbedienstete vorgesehene Schichtdienstzulage im Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung auf einen durchschnittlichen 63,5-Wochenstunden-Schichtdienst (inklusive Bereitschaftsdienst) ausgelegt. Denn zu diesem Zeitpunkt fand der Verordnungsgeber ausschließlich dieses Regel-Dienstzeitmodell vor und wollte genau für dieses eine pauschalierte Vergütung vorsehen. Im Zuge der beabsichtigten Änderung des Zeitmodells auf 60 Wochenstunden ergibt sich aus dem Verordnungsakt, dass der Verordnungsgeber sich bewusst dafür entschied, die Höhe der Vergütung trotz des nunmehr geänderten Sachverhalts beizubehalten. Es ist daher davon auszugehen, dass durch die Schichtdienstvergütung für Feuerwehrbedienstete gemäß Teil B. V. Pkt. 2 der NVG 2004 eine Abgeltung für zumindest durchschnittlich 20 Mehrstunden pro Woche im Rahmen des 24-Stunden-Schichtdienstes inklusive eines Nachtarbeitszuschlages erfolgen soll.

Nach § 3 Abs. 5 NGV 2004 sind pauschalierte Nebengebühren neu zu bemessen, wenn sich der ihrer Bemessung zu Grunde liegende Sachverhalt wesentlich geändert hat, wobei gemäß § 4 Abs. 9 leg. cit. bei der Festsetzung der Pauschalvergütung auf das Ausmaß und die Intensität der Inanspruchnahme Bedacht zu nehmen ist. Für diese Neubemessung sind die Bestimmungen des Oö. Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetzes 2002, insbesondere § 196, zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer übte von 1. Dezember 2016 bis 31. Jänner 2018 seinen Dienst von Montag bis Freitag, 07:30 – 17:00 Uhr, im Rahmen eines verlängerten Dienstplanes mit einer Wochendienstzeit von 47,5 Stunden aus. Nacht-, Sonn- und

Feiertagsdienste sowie 24-Stunden-Schichtdienst wurden nicht mehr geleistet. Konkret hat sich daher der „zu Grunde liegenden Sachverhalt“ wesentlich geändert und die dem Beschwerdeführer zustehende Pauschalvergütung für den verlängerten Dienstplan war entsprechend § 3 Abs. 5 NGV 2004 nach dem Oö. GDG 2002 neu zu bemessen.

III.6.3. Die belangte Behörde hat die Neubemessung unter Zugrundelegung der geänderten Sachlage (sh. oben) und unter Heranziehung der Bestimmungen im Besonderen Teil, Teil B, V. Z 2, der NGV 2004 durchgeführt.

Der für den gesamten Zeitraum festgelegte Nachtarbeitszuschlag von monatlich 271,94 Euro wurde mangels geleisteter Nachtdienste von der errechneten Schichtdienstzulage bei einer 60-Stunden-Woche abgezogen. Der Restbetrag stellt die Abgeltung für die zumindest durchschnittlich 20 Mehrstunden pro Woche dar. Dieser Betrag wurde aliquot für 7,5 Mehrstunden pro Woche dem Beschwerdeführer zugesprochen.
Die konkret durchgeführte Berechnung und (Neu-)Festlegung der Schichtdienstvergütung ist plausibel und nachvollziehbar.

III.7. Sonn- und Feiertagsabgeltung
Mangels tatsächlicher Dienstverrichtung an Sonn- und Feiertagen im Rahmen des verlängerten Dienstplanes stand dem Beschwerdeführer im maßgeblichen Zeitraum die Sonn- und Feiertagsabgeltung gem. Teil B. V. Z 3 NGV 2004 nicht zu.
Dazu wird nochmals auf die ständige Judikatur des VwGH hingewiesen, wonach der (besoldungsrechtliche) Anspruch auf pauschalierte Nebengebühren von der tatsächlichen Verwendung abhängig ist (vgl. E 23. Juni 2014, 2013/12/0231 oder VwGH vom 25.5.2016, 2015/12/0032). Konkret ist maßgeblich, dass die die Nebengebühren begründende Tätigkeit faktisch nicht (mehr) ausgeübt wurde.

III.8. § 56 Abs. 4 Oö. StGBG 2002 legt u.a. fest, 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 verrichtete im maßgeblichen Zeitraum nach wie vor seinen Dienst im Branddienst der Berufsfeuerwehr L. Überdies blieben seine Tätigkeiten als Gruppenkommandant (Einsatzdienst) sowie als stellvertretender Meister im Elektrowesen unverändert. Diesbezüglich liegt kein Nachteil vor.
In besoldungsrechtlicher Hinsicht liegt ein derartiger Nachteil auch nur dann vor, wenn trotz faktischer Ausübung einer Nebengebühren begründenden Tätigkeit die zustehende Nebengebühr nicht (mehr) gewährt wird. Dies ist aber konkret nicht der Fall.

Insgesamt betrachtet entstehen dem Beschwerdeführer somit keine Nachteile iSd § 56 Abs. 4 Oö. StGBG 2002.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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 diese Entscheidung 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 Eingabengebühr 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer