

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.09.2010

Geschäftszahl

2009/12/0207

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde des K H in W, vertreten durch Mag. Thomas Nitsch und Dr. Sacha Pajor, Rechtsanwältin in 2340 Mödling, Hauptstraße 48, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung und Sport vom 16. Oktober 2009, Zl. P756302/20-PersC/2009, betreffend Feststellungen i.A. Schichtdienst nach § 48 Abs. 4 BDG 1979 und Gebührlichkeit einer Sonn- und Feiertagszulage nach § 17 Abs. 4 GehG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Berufsmilitärperson in der Verwendungsgruppe M BO 2 im militärischen Dienstgrad eines Hauptmannes in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und beim Kommando Luftraumüberwachung als Flugsicherungsoffizier und Flugverkehrsleiter im "Military Control Center - MCC" in Verwendung.

In seiner Eingabe vom 13. Februar 2009 brachte der Beschwerdeführer vor, er verrichte bei der Luftraumüberwachung einen sogenannten Schicht- und Wechseldienst, obwohl ein solcher tatsächlich nicht vorliege, da die Voraussetzungen für diesen Schicht- und Wechseldienst nach § 48 Abs. 4 BDG 1979 nicht vorlägen. Auf Grund der Eingliederung im gegenständlichen Schicht- und Wechseldienst werde er um die ihm rechtmäßig zustehende Entlohnung der Sonn- und Feiertagszulagen verkürzt. Sihin stelle er den Antrag "auf bescheidmäßige Feststellung des Anspruches ... auf rechtmäßige Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste nach dem Gehaltsgesetz 1956".

Mit Erledigung vom 6. März 2009 forderte das Streitkräfteführungskommando als Dienstbehörde erster Instanz den Beschwerdeführer auf, eine Darstellung bzw. Äußerung dahingehend abzugeben, warum in gegenständlicher Angelegenheit kein Schicht- und Wechseldienst vorliege. Hiezu nahm der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 24. März 2009 unter Zitierung des § 48 Abs. 4 BDG 1979 dahingehend Stellung, dem Wesen des Schicht- und Wechseldienstes sei immanent, dass diese Dienstform sogenannte Ablösen habe, was allerdings auf die Dienstform des Beschwerdeführers eindeutig nicht zutreffe. Vielmehr sei er an den Sonn- und Feiertagen von Dienstbeginn (etwa 7.45 Uhr) bis Dienstende (etwa 20.00 Uhr) durchgehend in seiner Arbeitsposition, ohne dass das charakteristische Merkmal eines Schicht- und Wechseldienstes, die Ablöse, statfinde. Ergänzend werde angemerkt, dass einzelne Einheiten innerhalb des Verbandes die Sonn- und Feiertagszulagen erhielten. Der Beschwerdeführer sei ohne das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in die Dienstform des Schicht- und Wechseldienstes übernommen worden, um dadurch die ihm rechtmäßig zustehende Entlohnung der Sonn- und Feiertage nach dem Gehaltsgesetz 1956 zu umgehen.

Mit ihrem Bescheid vom 27. Juli 2009 sprach die Dienstbehörde erster Instanz wie folgt ab (Schreibung - auch im Folgenden - im Original):

"Bescheid

Auf Grund Ihres Antrages vom 13. Februar 2009 um bescheidmäßige Feststellung Ihres Anspruches auf Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste nach dem Gehaltsgesetz wird festgestellt,

1. dass bei Ihnen ein Schichtdienst gemäß § 48 Abs. 4 und 5 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979, BGBl. Nr. 333, in der gültigen Fassung, vorliegt und
2. dass Ihre im Rahmen dieses Schichtdienstes erbrachten Sonn- und Feiertagsdienste durch die Sonn- und Feiertagszulage gemäß § 17 Abs. 4 des Gehaltsgesetz 1956 - GehG, BGBl. Nr. 54, in der gültigen Fassung abzugelten waren."

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Zitierung der von ihr herangezogenen gesetzlichen Grundlagen aus, strittig sei in diesem Verwaltungsverfahren die Frage, welche Dienstplanform vorliege. Daraus ableitend könne die rechtliche Frage beantwortet werden, welche Art der Abgeltung für die Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen zulässig sei.

"1. Zur Frage der Dienstplanform:

Der Dienstbetrieb der MCC ist Teil der Luftraumüberwachung, die ganzjährig sowie 24 Stunden am Tag sichergestellt wird. Die MCC hat - aus militärischen Gründen - eine 'Betriebszeit' von täglich (auch über das Wochenende) von 0800 Uhr bis zum Ende der bürgerlichen Abenddämmerung (ECET) bzw. 2000 Uhr Lokalzeit (es gilt dabei der jeweils frühere Zeitpunkt). Zusätzlich wird den Bediensteten eine geringfügige Vor- und Nachbereitungszeit zugestanden. Somit ergibt sich eine Betriebszeit der MCC in den Sommermonaten von 84 Stunden pro Woche.

Nach Ansicht der Dienstbehörde ist dieses Modell der klassische Anlassfall für einen Schichtdienst: Mit der für Soldaten gültigen Wochenarbeitszeit von 41 Stunden ist nicht das Auslangen zu finden - die Betriebszeit der Dienststelle geht weit über die Zeit des Normaldienstplanes des einzelnen Bediensteten hinaus und entspricht in etwa der doppelten Wochenarbeitszeit. Der Normaldienstplan verlangt eine auf die Tage der Woche (Fünf-Tage-Woche!) regelmäßig und bleibend aufgeteilte Wochendienstzeit, wobei in Ihrem Fall sowohl die Kriterium der Regelmäßigkeit und Gleichbleibigkeit der Aufteilung nicht zutreffen. Der Gleitzeitdienstplan scheidet schon von der Definition her aus.

Die Voraussetzungen für einen Schichtdienst (der Wechseldienst kann außer Betracht bleiben, da unstrittig jedenfalls keine Überschneidung einer Ablöse stattfindet) sind: a) aus organisatorischen Gründen muss der Dienstbetrieb an einer Arbeitsstätte über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrechterhalten werden und b) eine Ablöse eines Beamten durch einen anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung wird durchgeführt. Das Kriterium des Dienstbetriebes über die Normaldienstzeit hinaus wurde bereits oben als erfüllt dargestellt. Strittig ist nun, ob eine Ablöse eines Beamten stattfindet. Ihre Dienststelle ist im Organisationsplan in 4 Betriebsschichten (im bis zum 30. Juni 2009 gültigen Organisationsplan waren es 3 Schichten) gegliedert. Dies zeigt sich nicht nur aus der Gliederung des Organisationsplanes, sondern auch in der Bezeichnung von Arbeitsplätzen (Diensthabender Leiter Betriebsschicht). Charakteristisch ist dabei die Festschreibung von funktionalen Arbeitsplätzen, wobei eine Schicht aus dem 'Diensthabenden Leiter der Betriebsschicht' und mehreren 'Flugsicherungsoffizieren und Flugverkehrsleitern' besteht. Dazu ist anzumerken, dass auch die Infrastruktur an Ihrer Dienststelle nicht auf die Gesamtbedienstetenanzahl, sondern auf die Anzahl der funktionalen Arbeitsplätze ausgerichtet ist, d. h. es sind (neben Ersatz- und Verstärkungsgeräten) nur jene Konsolen (funktionale Arbeitsplätze) vorhanden, die für das Schichtpersonal notwendig sind. Die Anzahl der Arbeitsplätze einer Schicht ist auch stets gleich. Der Dienstgeber stellt auf Grund von Weisungen und schließlich mit dem Monatsdienstplan fest, in welcher Anzahl und zu welchen Zeiten wie viele Schichten Dienst zu versehen haben (bei Anlassfällen wird eine Verstärkung der Schichten bzw. eine Verlängerung der Betriebszeiten angeordnet). Die von Ihnen bestrittene Ablöse ist nach Ansicht der Dienstbehörde dabei funktional auf den Arbeitsplatz bezogen zu sehen. Eine Schicht (die u.U. den ganzen Tag gedauert hat) verlässt am Vorabend den Arbeitsplatz und wird am nächsten Tag auf demselben physischen Flugverkehrsleiterarbeitsplatz (Konsole) durch eine andere Schicht abgelöst. Der Gesetzgeber spricht von einer Ablöse 'ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte'. Diese Formulierung schließt nach h.o. Ansicht jedoch nicht explizit eine funktionale Ablöse ohne zeitmäßige Überschneidung aus (nur eine wesentliche Überschneidung würde ausgeschlossen sein). Abschließend sei noch angemerkt, dass man in der Umgangssprache durchaus auch von einem Ein-Schicht-Betrieb spricht. Schließlich wurde über die Art Ihres Dienstplanes seitens Ihrer Dienststelle - gesetzeskonform - mit den zuständigen Personalvertretungsorganen das Einverständnis hergestellt und danach mittels Befehls vom 20. April 2005 ... angeordnet

('... wird für (...) das MCC, (...) die Dienstform 'Schichtdienst'

gem. § 48 Abs. 4/BDG 1979 angeordnet.').

Die Dienstbehörde ist daher der Ansicht, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Schichtdienstplan gegeben sind.

Die von Ihnen behauptete Ungleichbehandlung innerhalb des Verbandes kann durch die Dienstbehörde nicht nachvollzogen werden. Es gibt zwar für einzelne Komponenten der Luftraumüberwachung unterschiedliche Dienstplanarten, die jedoch sachlich zu rechtfertigen sind. Angesichts der neuen Herausforderungen des einzuführenden Luftraumüberwachungsflugzeuges Eurofighter, die Sie offensichtlich ansprechen, werden zukünftig (nach Erreichen der jeweiligen Einsatzbereitschaftsstufe der Verbände) sicherlich Änderungen in den Dienstplanarten mit sich bringen. Jedenfalls sind diese nicht verfahrensrelevant.

2. Zur Frage der Abgeltung:

Sie haben seit Einteilung auf Ihrem Arbeitsplatz in der MCC - unter Berücksichtigung aller Abwesenheiten wie Urlaub, Krankenstände etc. - genau jene Mehrdienstleistungen finanziell abgegolten bekommen, die über Ihre Wochenarbeitszeit von 41 Stunden hinausgeht. Für alle Dienste an Sonn- und Feiertagen im Rahmen des Schichtdienstplanes wurden gemäß § 17 Abs. 3 und 4 GehG der Sonn- und Feiertagszuschlag gewährt bzw. ein Ersatzruhetag festgelegt.

Auch von Ihnen wird die ordnungsgemäße Besoldung nur unter der Voraussetzung, dass kein Schichtdienst vorliegt, bestritten. Da dieser für die Dienstbehörde unzweifelhaft vorliegt, wurden alle Ansprüche auf Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste ordnungsgemäß abgegolten."

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung hielt der Beschwerdeführer im Wesentlichen seinen Standpunkt aufrecht, dass nach § 48 Abs. 4 BDG 1979 für das Bestehen eines Schichtbetriebes die Ablösung eines Beamten durch einen anderen gefordert werde. Einer Ablöse sei immanent, dass ein Beamter den anderen in zeitlicher Aufeinanderfolge ablöse, sowie, dass die verschiedenen "Schichten" innerhalb eines Tages ihre Arbeit absolvierten, was allerdings in der gegenständlichen Dienstform des Beschwerdeführers nicht gegeben sei. In der vorliegenden Dienstform verlasse eine sogenannte "Schicht", welche unter Umständen den ganzen Tag gedauert habe, am Vorabend den Arbeitsplatz und werde erst am nächsten Tag durch eine andere "Schicht" ersetzt, das heiße, dass weder eine Ablöse der Beamten in einer zeitlichen Aufeinanderfolge vorliege, da unter Umständen bis zu 12 Stunden vergingen, bis sich der nächste Beamte am Arbeitsplatz einfinde, noch verrichteten die verschiedenen Schichten innerhalb eines Tages ihre Arbeit.

In seiner zu einem Behördenvorhalt erstatteten Stellungnahme vom 18. September 2009 brachte der Beschwerdeführer u.a. vor, dass es an Wochenenden/Feiertagen zu gar keiner Ablöse komme. Vielmehr nehme der gleiche Flugverkehrsleiter vom Vortag am Folgetag wieder seinen Dienst auf.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde diese Berufung ab und bestätigte den Erstbescheid. Begründend führte sie ihrerseits nach Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens und Zitierung der von ihr herangezogenen Rechtsgrundlagen aus, die Feststellung der Dienstbehörde erster Instanz, dass an der Dienststelle des Beschwerdeführers ein Schichtdienst gemäß § 48 Abs. 4 BDG 1979 vorliege und somit seine im Rahmen dieses Schichtdienstes erbrachten Sonn- und Feiertagsdienste durch die Sonn- und Feiertagszulage gemäß § 17 Abs. 4 GehG abzugelten seien, erfolge mit dem Erstbescheid zu Recht. Wie bereits im erstinstanzlichen Bescheid ausgeführt, sei im vorliegenden Verwaltungsverfahren strittig, welche Dienstplanform vorliege. Erst nach Klärung der Dienstplanform könne in weiterer Folge die Art der Abgeltung für die Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen beurteilt werden. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Schichtdienstes seien:

- "1. aus organisatorischen Gründen muss der Dienstbetrieb an einer Arbeitsstätte über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrechterhalten werden und
2. es wird eine Ablöse eines Beamten durch einen anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung durchgeführt.

Nach Auffassung der Berufungsbehörde ist der Dienstbetrieb an Ihrer Dienststelle (das MCC ist Teil der Luftraumüberwachung, die ganzjährig sowie bis zu 24 Stunden am Tag sichergestellt wird) ein klassisches Beispiel für einen Schichtdienst. Dies deshalb, weil mit der für Soldaten gültigen Wochenarbeitszeit von 41 Stunden nicht das Auslangen zu finden ist sowie weil die Betriebszeit Ihrer Dienststelle weit über die Zeit des Normaldienstplanes des einzelnen Bediensteten hinaus geht und etwa der doppelten Wochenarbeitszeit entspricht. Das MCC hat - aus militärischen Gründen - eine 'Betriebszeit' von täglich (auch über das Wochenende, sodass regelmäßig Dienst an Samstagen und Sonntagen geleistet wird und hierfür Ersatzruhezeiten festgelegt werden) von 08.00 Uhr bis zum Ende der bürgerlichen Abenddämmerung (ECET) bzw. 20.00 Uhr Lokalzeit (es gilt dabei der jeweils frühere Zeitpunkt). Zusätzlich wird den Bediensteten eine geringfügige Vor- und Nachbereitungszeit zugestanden. Somit ergibt sich eine Betriebszeit im MCC in den Sommermonaten von 84 Stunden pro Woche. Der Normaldienstplan verlangt eine auf die Tage der Woche (Fünf-Tage-Woche) gleichmäßig und bleibend aufgeteilte Wochendienstzeit. Im vorliegenden Fall trifft jedoch - wie bereits oben ausgeführt - keines der beiden Kriterien (weder eine gleichmäßige noch eine bleibende Aufteilung der Wochendienstzeit) zu.

In weiterer Folge ist nun zu prüfen, ob eine Ablöse eines Beamten durch einen anderen ohne wesentliche zeitliche Überschneidung stattfindet. Ihre Dienststelle ist im Organisationsplan in 4 Betriebsschichten (im bis zum 30. Juni 2009 gültigen Organisationsplan waren es 3 Schichten) gegliedert. Dies geht nicht nur aus der Gliederung des Organisationsplanes, sondern auch aus der Bezeichnung der Arbeitsplätze hervor (Diensthabender Leiter Betriebsschicht). Charakteristisch ist dabei die Festschreibung von funktionalen Arbeitsplätzen, wobei eine Schicht aus dem 'Diensthabenden Leiter der Betriebsschicht' und mehreren 'Flugsicherungsoffizieren und Flugverkehrsleitern' besteht. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch die Infrastruktur an Ihrer Dienststelle nicht auf die Gesamtbedienstetenanzahl, sondern auf die Anzahl

der funktionalen Arbeitsplätze ausgerichtet ist. Dies bedeutet, dass (neben Ersatz- und Verstärkungsgeräten) nur jene Konsolen (funktionale Arbeitsplätze) vorhanden sind, die das Schichtpersonal benötigt. Die Anzahl der Arbeitsplätze einer Schicht ist auch stets gleich. Der Dienstgeber stellt auf Grund von Weisungen und schließlich mit dem Monatsdienstplan fest, in welcher Anzahl und zu welchen Zeiten wie viele Schichten Dienst zu versehen haben (bei Anlässfällen wird eine Verstärkung der Schichten bzw. eine Verlängerung der Betriebszeiten angeordnet).

Die Ablöse ist dabei funktional auf den Arbeitsplatz bezogen zu sehen. Eine Schicht - die womöglich den ganzen Tag gedauert hat - verlässt am Abend den Arbeitsplatz und wird am nächsten Tag auf demselben physischen Flugverkehrsleiterarbeitsplatz (Konsole) durch eine andere Schicht abgelöst. Die Bestimmung des § 48 Abs. 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 geht von einer Ablöse 'ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte' aus. Durch diese gesetzliche Formulierung wird nach h. Ansicht jedoch eine funktionale Ablöse, die ohne zeitmäßige Überschneidung stattfindet, nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber geht nämlich nur dann davon aus, dass kein Schichtdienst (sondern ein Wechseldienst) vorliegt, wenn eine wesentliche zeitliche Überschneidung vorliegt, nicht jedoch, wenn gar keine Überschneidung gegeben ist.

Auch der Umstand, dass sich eine Schicht selbst wieder ablöst, widerspricht nach Ansicht der Berufungsbehörde nicht dem Charakter des Schichtdienstes und es ist darüber hinaus unerheblich, wie sich die Schichteinteilung auf die konkreten Arbeitstage verteilt. Maßgeblich ist vielmehr die Tatsache, dass die Gesamtarbeitszeit an Ihrer Dienststelle auf mehrere Einzelschichten aufgeteilt wird. Auf Grund dessen, dass der Organisationsplan nicht vollständig befüllt ist, bleiben oft nur zwei volle Betriebsschichten übrig, die einander entweder täglich oder erst nach zwei Tagen funktional ablösen.

Es überwiegen somit eindeutig die für einen Schichtdienst im Sinne des § 48 Abs. 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 typischen Merkmale. Die Dienstverrichtung an Sonn- und Feiertagen löst demzufolge gemäß § 48 Abs. 5 leg. cit. in Verbindung mit § 17 Abs. 3 des Gehaltsgesetzes 1956 keinen Anspruch auf Sonn- und Feiertagsvergütung im Sinne des § 17 Abs. 1 und 2 leg. cit. aus, sondern nur einen solchen auf Sonn- und Feiertagszulage gemäß § 17 Abs. 4 leg. cit., weshalb die Art der Abgeltung Ihrer Sonn- und Feiertagsdienste zu Recht erfolgte.

Dass für den Dienst im MCC nicht Schichtdienst rund um die Uhr vorgesehen ist, vermag am Charakter eines Schichtdienstes nichts zu ändern. Der Umstand, dass es für einzelne Komponenten der Luftraumüberwachung unterschiedliche Dienstplanarten gibt, stellt auch keine Ungleichbehandlung dar, wie Sie in Ihrer Berufung ausführen. Diese Differenzierung ist nämlich sachlich gerechtfertigt. Es ist im Sinne der heute erwünschten Flexibilität auch rechtlich nicht unzulässig, Mischformen des Dienstplanes vorzusehen. Die Grenze der rechtlichen Zulässigkeit wird erst dann überschritten, wenn dem Beamten keine Möglichkeit auf Planung seiner Freizeit zukommt (vergleiche dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. November 1996, SlgNF 14.569 A).

...

Soweit sich Ihr Vorbringen auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes zur Definition des Schichtdienstes bezieht, ist diesem entgegen zu halten, dass nicht der Oberste Gerichtshof - sondern der Verwaltungsgerichtshof - zur Entscheidung über behauptete Rechtswidrigkeiten von Bescheiden der Verwaltungsbehörden berufen ist und somit im konkreten Fall dafür zuständig ist, den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich des Begriffes 'Schichtdienst' im Sinne des § 48 Abs. 4 des Beamten-Dienstrechtes 1979 zu klären.

Eine nähere Erörterung Ihres sonstigen Berufungsvorbringens konnte im Hinblick auf die oben ausgeführten Erwägungen unterbleiben, zumal sie zu keiner anderen Entscheidung als zur Abweisung Ihrer Berufung hätte führen können.

..."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem gesetzlich gewährleisteten subjektiven Recht auf rechtmäßige Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste nach §§ 16 sowie 17 GehG verletzt.

Wie schon im Verwaltungsverfahren so vertritt er auch vor dem Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass die Ablöse eines Beamten durch einen anderen die in § 48 Abs. 4 BDG 1979 ausdrücklich normierte Voraussetzung für das Bestehen eines Schichtbetriebes sei. Eine solche erfolge tatsächlich an Wochenenden oder Feiertagen nicht. Des Weiteren entspreche die von der belangten Behörde erwähnte Einteilung in vier Betriebsschichten gemäß Organisationsplan nicht der tatsächlichen Einteilung und den realen Gegebenheiten, zumal keine einzige sogenannte "Betriebsschicht" annähernd vollständig besetzt sei. Tatsächlich werde der

Dienstplan nicht anhand der erwähnten Betriebsschichten erstellt, sondern würden die einzelnen Bediensteten, also auch der Beschwerdeführer, individuell eingeteilt, sodass eindeutig kein Schichtdienst vorliege, zumal eben die in § 48 Abs. 4 BDG 1979 vorgesehene Ablöse nicht erfolge.

Der Beschwerde kommt schon aus folgendem Grund Erfolg zu:

Der Beschwerdeführer hatte in seiner Eingabe vom 13. Februar 2009 die bescheidmäßige Feststellung seines Anspruches auf rechtmäßige Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste nach dem Gehaltsgesetz 1956 beantragt. Hierüber hatten die Dienstbehörden - die belangte Behörde dadurch, dass sie der Berufung nicht Folge gab und sich dadurch den Spruch der Dienstbehörde erster Instanz zu eigen machte - in Form eines Feststellungsbescheides dahingehend abgesprochen, dass

1. beim Beschwerdeführer ein Schichtdienst gemäß § 48 Abs. 4 und 5 BDG 1979 vorliege und
2. seine im Rahmen dieses Schichtdienstes erbrachten Sonn- und Feiertagsdienste durch die Sonn- und Feiertagszulage gemäß § 17 Abs. 4 GehG abzugelten gewesen seien.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann. Die bescheidförmige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist überdies nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zulässig (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2009/12/0170, mwN).

Die in Spruchpunkt 1. erfolgte bescheidmäßige Feststellung einer rechtserheblichen Tatsache - im Beschwerdefall das Vorliegen von Schichtdienst im Sinn des § 48 Abs. 4 BDG 1979 - wäre im Sinn der wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zulässig. Eine solche ist jedoch weder den von der belangten Behörde zitierten noch anderen Bestimmungen zu entnehmen.

Soweit die Dienstbehörden in Spruchpunkt 2. auf das besoldungsrechtliche Begehren des Beschwerdeführers in dessen Antrag vom 13. Februar 2009 antworten wollten - er hatte dort die bescheidmäßige Feststellung seines Anspruches auf "rechtmäßige Abgeltung der Sonn- und Feiertagsdienste nach dem Gehaltsgesetz 1956" beantragt -, erweist sich eine solche Feststellung deshalb als nicht zulässig, weil die strittige Rechtsfrage der Abgeltung von Sonn- und Feiertagsdiensten im besoldungsrechtlichen Streit durch einen Bescheid über die (Nicht-)Gebührlichkeit von bestimmten Nebengebühren auf Grund von an Sonn- oder gesetzlichen Feiertagen geleisteten Diensten zu klären ist, womit die von den Dienstbehörden getroffene allgemeine Feststellung über die Abgeltung geleisteter Dienste als subsidiär und damit unzulässig zurücktritt.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass das vom Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 13. Februar 2009 erhobene Begehren vorerst einer näheren Konkretisierung nach Art und Umfang des Anspruchs - gegebenenfalls nach Anleitung durch die Dienstbehörde erster Instanz - bedurft hätte, um einem konkreten bescheidförmigen Abspruch über die Gebührlichkeit bestimmter Nebengebühren für bestimmte Dienste zugänglich zu sein.

Da die belangte Behörde zu Unrecht die Zulässigkeit der in Rede stehenden bescheidförmigen Feststellungen unterstellte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben ist.

Für das fortzusetzende Verfahren ist Folgendes festzuhalten:

Nach § 48 Abs. 4 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 - BDG 1979, in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, ist bei Schicht- oder Wechseldienst ein Schicht- oder Wechseldienstplan zu erstellen. Dabei darf die regelmäßige Wochendienstzeit im Durchschnitt der Wochen des Kalenderjahres 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 Normaldienstplanes hinaus aufrecht erhalten werden muss und ein Beamter den anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte ablöst. Bei wesentlichen zeitmäßigen Überschneidungen liegt Wechseldienst vor.

Für die Beantwortung der Frage, ob Schicht- oder Wechseldienst vorliegt, ist sohin der Dienstplan maßgeblich. Nähere Feststellungen über den für den Beschwerdeführer maßgeblichen Dienstplan enthält der angefochtene Bescheid nicht.

Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gehen übereinstimmend davon aus, dass jedenfalls keine wesentlichen zeitmäßigen Überschneidungen von Beamten an der Arbeitsstätte vorliegen, sodass unter

diesem Gesichtspunkt nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens Wechseldienst im Sinn des § 48 Abs. 4 letzter Satz BDG 1979 auszuschneiden ist.

§ 48 Abs. 4 dritter Satz BDG 1979 definiert Schichtdienst als jene Form der Dienstzeit, bei der aus organisatorischen Gründen an einer Arbeitsstätte der Dienstbetrieb über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrecht erhalten werden muss und ein Beamter den anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte ablöst. Für das Vorliegen des Schichtdienstes sind daher kumulativ die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus und die Ablöse eines Beamten durch einen anderen (ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung - dies ist unstrittig im vorliegenden Fall gegeben); dies heißt, dass die Ablöse eines Beamten durch einen anderen an der Arbeitsstätte während des (über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus) aufrecht erhaltenen Dienstbetriebes erfolgen muss.

Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Ablöse eines Beamten durch einen anderen an der Arbeitsstätte während des Dienstbetriebes des "Military Control Center" erfolgt, enthält der angefochtene Bescheid jedoch nicht. Er sieht eine Subsumtion des dortigen Dienstes unter den Begriff des Schichtdienstes dadurch gegeben, dass einerseits der Dienstbetrieb über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrecht erhalten wird und andererseits - nach Unterbrechung des Dienstbetriebes nach Ende der bürgerlichen Abenddämmerung oder 20.00 Uhr Lokalzeit, je nachdem, welcher Zeitpunkt früher eintritt, am darauf folgenden Tag, sohin ohne jegliche zeitmäßige Überschneidung - die Ablöse des Beamten vom Vortag durch einen anderen Beamten erfolgt. Darin liegt jedoch nach dem bisher Gesagten jedenfalls nicht die Ablöse während des (über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrecht erhaltenen) Dienstbetriebes vor, sondern allenfalls ein Wechsel in der Besetzung nach der Wiederaufnahme des Dienstbetriebes, sodass in einer solchen, von der belangten Behörde offenbar ins Auge gefassten Fallkonstellation kein Schichtdienst gegeben wäre.

Dies gilt umso mehr für die in dieser Fallkonstellation offenbar fallweise auch vorkommende "Selbstablösung" am Folgetag.

Die für die Entscheidung des Beschwerdealles maßgebliche Frage, ob ein Schichtplan iSd § 17 Abs. 3 GehG iVm § 48 Abs. 4 BDG 1979 vorliegt oder nicht, wird in der Begründung des Bescheides nachvollziehbar darzulegen sein.

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

Wien, am 16. September 2010