

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/8/7 2001/08/0219

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.08.2002

## Index

L22003 Landesbedienstete Niederösterreich;  
60/02 Arbeitnehmerschutz;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §44 Abs1 ;  
ASVG §44 Abs1 Z1;  
ASVG §49 Abs1;  
LVBG NÖ 1982 §14 Abs4;  
LVBG NÖ 1982 §14 Abs5;  
LVBG NÖ 1982 §14a Abs1;  
LVBG NÖ 1982 §14a Abs3;  
LVBG NÖ 1982 §25 Abs4;  
LVBG NÖ 1982 §25 Abs5;  
LVBG NÖ 1982 §36 Abs1;  
LVBG NÖ 1982 §36 Abs3;  
LVBG NÖ 1982 §40 Abs1;  
LVBG NÖ 1982 §40 Abs8;  
MSchG 1979 §14 Abs1;

## Beachte

OLG Wien 10.10.2003, 7 Ra 72/03i (ARD 5468/6/2004)

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde des Landes Niederösterreich, vertreten durch die Niederösterreichische Landesregierung, in St. Pölten, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 25. Oktober 2001, Zl. GS8-9731-2001, betreffend Beitragsnachverrechnung (mitbeteiligte Parteien: 1. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 3100 St. Pölten, Dr. Karl-Renner-Promenade 14- 16; 2. M in S), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Kostenbegehren der beschwerdeführenden Partei wird abgewiesen.

### **Begründung**

Die Zweitmitbeteiligte steht in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis nach dem Niederösterreichischen Landes-Vertragsbedienstetengesetz (LVBG) zur beschwerdeführenden Partei. Sie arbeitet seit 1. Juli 1999 als Diplom-, Gesundheits- und Krankenschwester im NÖ Landes-Pensionisten- und Pflegeheim S. Seit 1. Oktober 1999 übt sie diese Beschäftigung als Teilzeitbeschäftigung mit 20 Wochenstunden aus. Von Anbeginn ihrer Tätigkeit an leistet sie Turnusdienst im Sinne des § 14 Abs. 4 LVBG; seit 1. Oktober 1999 bezieht sie deswegen die halbe Turnusdienstzulage gemäß § 71 Abs. 5 der Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 (DPL 1972) im Ausmaß von S 842,- monatlich.

Am 19. April 2000 hat die Zweitmitbeteiligte der beschwerdeführenden Partei als Dienstgeber ihre Schwangerschaft schriftlich bekannt gegeben. Darin ist der Geburtstermin mit 4. Dezember 2000 und der Beginn des Beschäftigungsverbotes mit 9. Oktober 2000 angegeben worden.

Die beschwerdeführende Partei hat der Zweitmitbeteiligten ab Bekanntgabe der Schwangerschaft bis zum Ende der Beschäftigung am 8. Oktober 2000 die Turnusdienstzulage nicht bezahlt. Für ihren siebenstündigen Dienst an einem Feiertag (1. Mai 2000) hat die Zweitmitbeteiligte eine Feiertagszulage gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972 in der Höhe von S 260,- bekommen.

Mit Schreiben an die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse vom 15. August 2000 hat die Zweitmitbeteiligte die bescheidmäßige Feststellung der für sie in Betracht kommenden Beitragsgrundlagen begehrt. Darin hat sie geltend gemacht, die beschwerdeführende Partei als Dienstgeber habe entgegen dem § 14 Mutterschutzgesetz (MSchG) vom 20. April 2000 bis 8. Oktober 2000 die Turnusdienstzulage im halben Ausmaß nicht weiter bezahlt. Darüber hinaus sei die Feiertagsvergütung gemäß § 71 Abs. 4 DPL 1972 für die Arbeit am 1. Mai 2000 zu gering berechnet worden.

Mit Bescheid vom 19. Februar 2001 hat die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die beschwerdeführende Partei zur Zahlung von Beiträgen für die im Zeitraum April bis Oktober 2000 nicht oder unrichtig gemeldeten Beitragsgrundlagen verpflichtet. In der Begründung hat die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse ergänzend zum eingangs dargestellten Sachverhalt angenommen, die Zweitmitbeteiligte sei ab Bekanntgabe der Schwangerschaft vom Turnusdienst abgezogen worden. Ab 16. April 2000 sei sie im Wechseldienst bei einer Teilzeitbeschäftigung von 20 Wochenstunden eingesetzt worden. Die Arbeitsleistung am Feiertag (1. Mai 2000) sei auf die um den Feiertag verringerte Sollarbeitszeit angerechnet worden; die Zweitmitbeteiligte habe für diese Arbeitsleistung auch die Feiertagszulage bekommen. Wegen des Verbotes von Nachtdiensten habe die Zweitmitbeteiligte ab 16. April 2000 bis zum Beginn des Mutterschutzes einen Zulagenersatzbetrag erhalten. Dieser sei auf Basis der in den letzten 13 Wochen geleisteten Nachtdienste und der damit verbundenen Zulagen berechnet worden.

Die Zweitmitbeteiligte habe die in Rede stehende Turnusdienstzulage für April (zur Hälfte) und für Mai 2000 (zur Gänze) zunächst erhalten, diese sei jedoch wieder abgezogen worden. Für die Zeit Juni bis 8. Oktober 2000 habe sie ebenfalls keine Turnusdienstzulage bekommen.

Die beschwerdeführende Partei habe den Entfall der Turnusdienstzulage damit begründet, dass es sich um eine quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung handle. Dieser Auffassung könne jedoch nicht gefolgt werden. Die Zweitmitbeteiligte habe gemäß § 14 Abs. 1 MSchG vom 20. April bis 8. Oktober 2000 den Anspruch auf das Entgelt, das dem Durchschnittsverdienst während der letzten 13 Wochen vor der Bekanntgabe der Schwangerschaft entspricht. Die Zweitmitbeteiligte habe in den letzten 13 Wochen vor dem 20. April 2000 die Turnusdienstzulage von monatlich S 842,- bezogen. Nach der genannten Gesetzesstelle sei daher diese Zulage auch für die Zeit vom 20. April bis 8. Oktober 2000 weiter zu bezahlen.

Turnusdienst im Sinne des § 14 Abs. 4 LVBG liege dann vor, wenn der Vertragsbedienstete regelmäßig ohne Rücksicht auf die Tageszeit und auf Sonn- und Feiertage eine fortlaufende Dienstleistung zu erbringen habe. Von Mehrdienstleistungen bzw. Überstunden sei in dieser Bestimmung nicht die Rede. Bei Mehrdienstleistungen nach § 71 Abs. 1 DPL 1972 handle es sich hingegen um Dienstleistungen, die über jenes Ausmaß an Arbeitsleistung hinausgehen, welches vom Beamten innerhalb der Dienstzeit gemäß § 30a Abs. 1 DPL 1972 normalerweise zu erbringen sei. Nach § 25 Abs. 4 LVBG ruhe der Anspruch auf pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigung (§ 71 Abs. 4 und 8 DPL 1972) bei einer ununterbrochenen Dienstverhinderung durch Krankheit oder einen Urlaub zur Wiederherstellung der Gesundheit von dem Zeitpunkt, der vier Wochen nach dem Eintreten der Dienstverhinderung beginne, bis zum

Wiederantritt des Dienstes. Die Turnusdienstzulage gemäß § 71 Abs. 5 DPL 1972 sei in dieser Regelung nicht erwähnt. Offenbar sei diese Zulage ein ganz normaler Entgeltbestandteil, der fortgezahlt werden müsse. Auf Grund dieser Bestimmungen ergebe sich, dass die in Rede stehende Turnusdienstzulage keine quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung sei. Es handle sich vielmehr bei dieser Zulage um einen Entgeltbestandteil, der nach § 14 MSchG weiter zu bezahlen sei. Die Beitragsgrundlagen von April bis Oktober 2000 seien daher um diese Zulage zu erhöhen gewesen.

Die Zweitmitbeteiligte habe am 1. Mai 2000, einem Feiertag, sieben Stunden gearbeitet. Sie sei im NÖ Landes-Pensionisten- und Pflegeheim S tätig gewesen, also in einem Betrieb, in dem ununterbrochen mit Schichtwechsel gearbeitet werde. Das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit ist daher ihrer Beschäftigung nicht entgegengestanden. Sie hat hierfür die für Bedienstete im Turnusdienst vorgesehene Feiertagszulage nach § 71 Abs. 7 DPL 1972 von S 260,-- bekommen. Die Zweitmitbeteiligte habe aber auf Grund ihrer Schwangerschaft ab 20. April 2000 nicht mehr im Turnusdienst beschäftigt werden dürfen und sie hätte daher für die Arbeit am 1. Mai die Feiertagsvergütung gemäß § 71 Abs. 4 DPL 1972 bekommen müssen. Diese Feiertagsvergütung belaufe sich bei einer siebenstündigen Tätigkeit auf S 1.700,30. Abzüglich der ausbezahlten Feiertagszulage von S 260,-- ergebe sich der Differenzbetrag von S 1.440,30, um den die Beitragsgrundlage zu erhöhen gewesen sei.

In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch hat die beschwerdeführende Partei ausgeführt, die Zweitmitbeteiligte habe seit ihrer Teilzeitbeschäftigung eine Turnusdienstzulage von monatlich S 842,-- erhalten. Zusätzlich habe sie für jeden Nachtdienst eine Zulage von S 303,47 pro Dienst und für geleistete Sonn- und Feiertagsdienste eine Sonn- und Feiertagszulage von S 37,15 pro Stunde erhalten. Auf Grund der Mitteilung der Schwangerschaft seien die Dienstpläne ab 20. April 2000 umgestellt worden. Demnach sei kein Sonntagsdienst und nur ein Feiertagsdienst vorgesehen gewesen. Die Turnusdienstzulage von monatlich S 842,-- sei per 15. April 2000 eingestellt worden. Gemäß § 14 MSchG habe sie ab 15. April 2000 einen Zulagenersatzbetrag von monatlich S 803,-- bezogen. Damit sei der finanzielle Nachteil durch den Entfall der Nachtarbeit und der damit verbundenen Zulage ausgeglichen worden.

Bei der Turnusdienstzulage handle es sich um eine pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigung, die nicht weiter zu bezahlen sei. Diese Auffassung habe auch die mit dem Streitfall befasste NÖ Gleichbehandlungskommission vertreten. Das weiter zu zahlende Arbeitsentgelt sei daher korrekt berechnet und ausbezahlt worden.

Die Dienstleistung am Feiertag (1. Mai 2000) sei auf die um den Feiertag verringerte Sollarbeitszeit angerechnet worden. Darüber hinaus sei der Zweitmitbeteiligten die Feiertagszulage für diesen Tag ordnungsgemäß ausbezahlt worden. Vor diesem Hintergrund werde die ersatzlose Behebung des bekämpften Kassenbescheides beantragt.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde dem Einspruch keine Folge gegeben und den bekämpften Bescheid bestätigt. In der Begründung hat sie nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und des unstrittigen - oben dargestellten - Sachverhaltes ausgeführt, strittig sei, ob die Zweitmitbeteiligte für ihren Dienst am 1. Mai 2000 die Feiertagszulage gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972 oder die Feiertagsvergütung gemäß § 71 Abs. 4 leg. cit. zu bekommen habe und ob es sich bei der Turnusdienstzulage im Hinblick auf § 14 MSchG um eine quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung oder um ein weiter zu zahlendes Arbeitsentgelt handle.

Bei Berechnung des Entgeltes für den Feiertagsdienst am 1. Mai 2000 gehe der beschwerdeführende Dienstgeber davon aus, dass die Zweitmitbeteiligte ab Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft im Wechseldienst eingesetzt gewesen sei. Demnach hätte sie lediglich Anspruch auf die auch tatsächlich ausbezahlte Feiertagszulage gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972 gehabt.

Gemäß § 14 Abs. 5 LVBG liege Wechseldienst dann vor, wenn der Vertragsbedienstete regelmäßig an Sonn- und Feiertagen außerhalb der Nachtzeit eine fortlaufende Dienstzeit zu erbringen habe. Der beschwerdeführende Dienstgeber halte selbst fest, dass die Dienstpläne der Zweitmitbeteiligten vom 20. April 2000 bis 9. Oktober 2000 keine Sonntagsdienste und nur einen Feiertagsdienst vorgesehen hätten. Es sei aber davon auszugehen, dass eine regelmäßige Sonn- und Feiertagsarbeit bei einem vollbeschäftigten Bediensteten (40 Stunden pro Woche) drei bis vier Sonn- oder Feiertagsdienste im Monat beinhalte, bei einer mit 20 Stunden Teilzeitbeschäftigten zumindest ein bis zwei solcher Dienste im Monat. Die tatsächliche durchschnittliche Verrichtung von Sonn- und Feiertagsdiensten in einem Pensionisten- und Pflegeheim liege erfahrungsgemäß deutlich höher und betrage in der Regel bei Vollzeitbeschäftigten

bis zu sieben Sonn- und Feiertagsdiensten im Monat und bei mit 20 Stunden pro Woche Teilzeitbeschäftigten noch bis zu vier Sonn- und Feiertagsdiensten im Monat. Im Beschwerdefall liege somit die definitionsgemäß verlangte regelmäßige Dienstleistung an Sonn- und Feiertagen eindeutig nicht vor. Die Dienstleistung der Zweitmitbeteiligten könne daher nicht als im Wechseldienst beurteilt werden. Im gegenständlichen Zeitraum sei die Zweitmitbeteiligte im "Normaldienst" tätig geworden, weshalb ihr für den Feiertagsdienst am 1. Mai 2000 die Feiertagsvergütung nach § 71 Abs. 4 DPL 1972 i. V.m. § 36 Abs. 1 LVBG gebühre. Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse habe daher zu Recht die Beiträge für den Differenzbetrag zwischen der ausbezahlten Feiertagszulage und der tatsächlich zustehenden Feiertagsvergütung nachverrechnet.

Darüber hinaus sei auch auf die ebenfalls anwendbare Bestimmung des § 9 Abs. 5 Arbeitsruhegesetz (ARG) hinzuweisen. Demnach habe der Arbeitnehmer, der während der Feiertagsruhe beschäftigt werde, außer dem fortzuzahlenden Entgelt nach § 9 Abs. 1 ARG Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, es sei denn, es werde Zeitausgleich im Sinne des § 7 Abs. 6 leg. cit. vereinbart. Dieses Feiertagsruheentgelt wäre, weil § 71 Abs. 13 DPL 1972 erst am 1. Juni 2001 in Kraft getreten sei, sogar zusätzlich zur Feiertagsvergütung nach § 71 Abs. 4 DPL 1972 zu bezahlen gewesen. Nach dieser neuen Bestimmung des § 71 Abs. 13 DPL 1972 seien u.a. die für Dienstleistungen an Feiertagen gebührende Mehrdienstleistungsentschädigung nach § 71 Abs. 4 leg. cit. (also die Feiertagsvergütung) und die für Dienstleistungen an Feiertagen gebührende Feiertagszulage nach § 71 Abs. 7 leg. cit. auf das für Dienstleistungen an einem Feiertag gemäß § 9 Abs. 5 ARG gebührende Feiertagsarbeitsentgelt anzurechnen. Nach § 9 Abs. 5 ARG würde sich das Entgelt der Zweitmitbeteiligten für den Feiertagsdienst am 1. Mai 2000 wie folgt berechnen: Im Mai 2000 sei eine Normstundenanzahl im Normaldienst von 176 Stunden festgelegt gewesen, für einen 20- Wochen-Dienst habe daher die Stundenanzahl 88 betragen. Der Dienstbezug der Zweitmitbeteiligten habe ausgehend von ihrer Teilzeitbeschäftigung monatlich S 10.524,50 betragen. Daraus (dividiert durch die Normstundenanzahl von 88 Stunden) errechne sich ein Stundensatz von S 119,60, sodass sich für die sieben Stunden ein Arbeitsruheentgelt von S 837,20 ergebe. Dieser Betrag liege zwar unter der der Zweitmitbeteiligten nach § 71 Abs. 4 DPL 1972 zustehenden Feiertagsvergütung, aber deutlich über der ausbezahlten Feiertagszulage nach § 71 Abs. 7 leg. cit. Wenngleich Angelegenheiten des "Arbeitnehmerschutzes" verfassungsmäßig in die Bundeskompetenz fielen, bliebe es dem Land Niederösterreich auf Grund seiner Dienstrechtskompetenz unbenommen, über das Mindestentgelt des § 9 Abs. 5 ARG hinaus weitere Zulagen (z.B. die Feiertagsvergütung nach § 71 Abs. 4 DPL 1972) zu gewähren.

Zur Turnusdienstzulage sei Folgendes auszuführen:

Die Zweitmitbeteiligte sei als Vertragsbedienstete des Dienstzweiges "gehobener Dienst für allgemeine Gesundheits- und Krankenpflege" im NÖ Landes-pensionisten- und Pflegeheim beschäftigt gewesen. Die einschlägigen Bestimmungen des MSchG seien auf eine in einem solchen Betrieb des Landes beschäftigte Diplom-Gesundheits- und Krankenschwester anzuwenden. Die Zweitmitbeteiligte habe während der Schwangerschaft bis 22 Uhr beschäftigt werden dürfen, sofern im Anschluss an die Nachtarbeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden gewährt worden sei.

In diesem Betrieb werde ununterbrochen mit Schichtwechsel gearbeitet. Für die Beschäftigung in einem solchen Betrieb gelte auch nach dem Mutterschutzgesetz nicht das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit. Das Verbot der Nachtarbeit habe aber eine Änderung der Beschäftigung der Zweitmitbeteiligten erforderlich gemacht. Sie habe daher gemäß § 14 Abs. 1 MSchG Anspruch auf das Entgelt, das dem Durchschnittsverdienst gleichkomme, den sie während der letzten 13 Wochen des Dienstverhältnisses vor dieser Änderung bezogen habe.

Wäre die Turnusdienstzulage - wie der beschwerdeführende Dienstgeber behaupte - eine Abgeltung für zeitliche Mehrdienstleistungen wegen auf einen Tag zwischen Montag bis Freitag fallender Feiertage, wäre die Einstellung der Turnusdienstzulage rechtsgrundlos bzw. willkürlich erfolgt, weil die Zweitmitbeteiligte weiterhin Sonn- und Feiertagsarbeit habe leisten dürfen und auch - wenn auch nur einmalig - geleistet habe. Mangels Erforderlichkeit der Hinderung der Beschäftigung im Betrieb werde die Turnusdienstzulage somit auch im Schwangerschaftsfall weiter zu bezahlen gewesen.

Es sei davon auszugehen, dass die Turnusdienstzulage als Folge der Leistung von Turnusdiensten ausbezahlt werde. Turnusdienst liege nach der Begriffsbestimmung des § 14 Abs. 4 LVBG dann vor, wenn der Vertragsbedienstete regelmäßig ohne Rücksicht auf die Tageszeit und auf Sonn- und Feiertage eine fortlaufende Dienstleistung zu

erbringen habe. Als Tageszeit im Sinne dieser Bestimmung ist auch die Nachtzeit von 22 Uhr bis 6 Uhr zu verstehen. Beamte, die Turnusdienst leisten, erhielten gemäß § 71 Abs. 5 DPL 1972 eine Turnusdienstzulage. Die Zweitmitbeteiligte habe gemäß § 6 Abs. 1 und 2 MSchG von 22 Uhr bis 6 Uhr nicht mehr beschäftigt werden dürfen. Ab Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft sei daher eine Änderung der Beschäftigung im Betrieb insofern notwendig geworden, als sie ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im Turnusdienst habe arbeiten dürfen. Das dadurch entfallende Arbeitsentgelt sei ihr nach § 14 Abs. 1 MSchG weiter zu bezahlen gewesen. Bei der fortlaufenden Dienstleistung an Sonn- und Feiertagen sei für die Zweitmitbeteiligte keine Änderung eingetreten, weil sie diese Dienstleistungen nach dem MSchG habe vornehmen können.

Die Zweitmitbeteiligte habe in den letzten 13 Wochen vor dem 20. April 2000 eine Turnusdienstzulage von monatlich S 842,- bezogen. Diese sei daher gemäß § 14 Abs. 1 MSchG auch für die Zeit vom 20. April bis 8. Oktober 2000 weiter zu bezahlen gewesen. Der Auffassung des beschwerdeführenden Dienstgebers, bei der Turnusdienstzulage handle es sich um eine quantitative Mehrdienstleistungsentschädigung, könne nicht gefolgt werden. Von Mehrdienstleistungen bzw. Überstunden sei in der den Turnusdienst definierenden Bestimmung des § 14 Abs. 4 LVBG nicht die Rede. Es gehe bei der Leistung von Turnusdienst lediglich darum, dass der Bedienstete regelmäßig, ohne Rücksicht auf die Tageszeit (also Tag und Nacht) und schließlich auch an Sonn- und Feiertagen Dienst habe. Ganz anders stelle sich die Definition von Mehrdienstleistungen nach § 71 Abs. 1 DPL 1972 dar. Demnach handle es sich hiebei um Dienstleistungen, die über jenes Ausmaß an Arbeitsleistung hinausgehen, welches von Beamten innerhalb der Dienstzeit gemäß § 30a Abs. 1 DPL 1972 normalerweise zu erbringen sei. Dem entspreche auch die Bestimmung des § 27 Abs. 2 zweiter Satz LVBG, wonach für einen teilzeitbeschäftigten Vertragsbediensteten ein Anspruch auf Mehrdienstleistungsentschädigung erst dann entstehe, wenn die Arbeitszeit 40 Stunden pro Woche übersteige. Bei Mehrarbeit - über das vereinbarte Beschäftigungsausmaß hinaus - erhielten teilzeitbeschäftigte Vertragsbedienstete den entsprechenden Teil des Monatsgehaltes.

Nach § 25 Abs. 4 LVBG ruhe der Anspruch auf pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigung (§ 71 Abs. 4 und 8 DPL 1972) bei einer ununterbrochenen Dienstverhinderung durch Krankheit oder einen Urlaub zur Wiederherstellung der Gesundheit von dem Zeitpunkt, der vier Wochen nach dem Eintreten der Dienstverhinderung beginnt, bis zum Wiederantritt des Dienstes. Die Turnusdienstzulage gemäß § 71 Abs. 5 DPL 1972 sei in dieser Regelung nicht erwähnt, offenbar weil diese ein ganz normaler Entgeltbestandteil ist, der fortgezahlt werden müsse. Dem Hinweis des beschwerdeführenden Dienstgebers auf § 52 Abs. 3 DPL 1972, wonach die Turnusdienstzulage als pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigung bezeichnet werde, sei entgegenzuhalten, dass die Bestimmung des § 25 Abs. 4 LVBG die speziellere Norm sei. Weiters werde auch im § 25 Abs. 5 LVBG die Turnusdienstzulage nicht als pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigung bezeichnet. Treffe die Auffassung des beschwerdeführenden Dienstgebers zu, müssten zwei Fehlzitate, nämlich im § 25 Abs. 4 und Abs. 5 LVBG vorliegen. Dies sei zwar denkmöglich, jedoch äußerst unwahrscheinlich. Es sei davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber die Entgeltfortzahlungsansprüche für Vertragsbedienstete und Beamte offensichtlich unterschiedlich geregelt habe. Darüber hinaus sei auf § 71 Abs. 13 DPL 1972 hinzuweisen. Diese erst am 1. Juni 2001 in Kraft getretene Bestimmung unterscheide zwischen Mehrdienstleistungsentschädigungen, der Sonn- und Feiertagszulage nach § 71 Abs. 7 DPL 1972 und der Turnusdienstzulage nach § 71 Abs. 5 leg. cit. Die Turnusdienstzulage werde in dieser Bestimmung also nicht als Mehrdienstleistungsentschädigung bezeichnet. § 71 Abs. 1 DPL 1972 definiere eindeutig die Mehrdienstleistungsentschädigungen. Pauschalierte Mehrdienstleistungsentschädigungen seien ausschließlich im 9. Absatz dieser Bestimmung geregelt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und beantragt unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift die Abweisung der Beschwerde. Die mitbeteiligten Parteien beantragen in ihren Gegenschriften die Abweisung der Beschwerde als unbegründet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 44 Abs. 1 erster Satz ASVG in der hier zeitraumbezogen anzuwendenden Fassung ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte, sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende auf volle Schilling gerundete Arbeitsverdienst mit

Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinn gilt nach § 44 Abs. 1 Z. 1 ASVG bei den pflichtversicherten Dienstnehmern und Lehrlingen das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6. Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG (eine Anwendung der Abs. 3, 4 und 6 scheidet im Beschwerdefall aus) sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder einem Dritten erhält.

Auf das Dienstverhältnis der Beschwerdeführerin ist das NÖ Landesvertragsbediensteten-Gesetz (LVBG) anzuwenden.

Gemäß § 14a Abs. 1 leg. cit. beträgt die regelmäßige Wochendienstzeit (Normalleistung) 40 Stunden. Gemäß § 14a Abs. 3 dieses Gesetzes ist das im Abs. 1 festgesetzte Ausmaß der Dienstzeit im Turnus- und Wechseldienst im mehrwöchigen Durchschnitt zu erbringen. Bei Turnus- und Wechseldienst ist ein Dienstplan zu erstellen.

Wird ein Vertragsbediensteter im Turnusdienst an Sonntagen oder ein Vertragsbediensteter im Wechseldienst an Sonn- oder Feiertagen zum Dienst herangezogen, so ist ein Ersatzruhetag zu bestimmen. Der Dienst an Sonn- oder Feiertagen gilt als Werktagsdienst, der Dienst am Ersatzruhetag als Sonn- oder Feiertagsdienst; dies gilt nicht für die Berechnung der Sonn- oder Feiertagszulage gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972.

Turnusdienst (§ 14 Abs. 4 LVBG) liegt vor, wenn der Vertragsbedienstete regelmäßig ohne Rücksicht auf die Tageszeit (also auch zur Nachtzeit) und auf Sonn- und Feiertage eine fortlaufende Dienstleistung zu erbringen hat.

Wechseldienst (§ 14 Abs. 5 leg. cit.) liegt vor, wenn der Vertragsbedienstete regelmäßig an Sonn- und Feiertagen außerhalb der Nachtzeit eine fortlaufende Dienstleistung zu erbringen hat. Als Nachtzeit gilt die Zeit von 22 bis 6 Uhr.

Gemäß § 36 Abs. 1 dieses Gesetzes gilt u.a. § 71 (Mehrdienstleistungsentschädigung) DPL 1972 sinngemäß für Vertragsbedienstete, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt wird. Gemäß § 71 Abs. 4 DPL 1972 erhalten demnach auch Vertragsbedienstete, die Turnusdienst leisten, eine Turnusdienstzulage in der Höhe von 8 % des um die Kinderzulage verminderten Dienstbezuges. Dem Vertragsbediensteten im Turnus- oder Wechseldienst, der an einem Sonn- oder Feiertag Dienst leistet, gebührt gemäß § 36 Abs. 3 LVBG für jede Stunde einer solchen Dienstleistung die Sonn- oder Feiertagszulage gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972. Nach der zuletzt genannten Gesetzesstelle beträgt diese Zulage 1,5 v.T. des Gehaltes der Dienstklasse V Gehaltsstufe 2 einschließlich einer gebührenden Teuerungszulage. Im Übrigen ("Soweit im Abs. 7 nichts anderes bestimmt wird") gebührt Vertragsbediensteten auf Grund des sinngemäß anzuwendenden § 71 Abs. 4 DPL 1972 für jede Stunde der Dienstleistung an einem Sonn- oder Feiertag an Stelle der Mehrdienstleistungsvergütung gemäß Abs. 3 eine Sonn- und Feiertagsvergütung, bestehend aus der Grundvergütung gemäß Abs. 3 und einem Zuschlag in der Höhe von 100 v.H. für Dienstleistungen bis einschließlich der achten Stunde und von 200 v.H. der Grundvergütung ab der neunten Stunde.

Im Beschwerdefall ist erstens strittig, ob der Dienstnehmerin während der Schwangerschaft ein Entgelt im Sinne der Turnusdienstzulage ungeachtet dessen zustand, dass sie keine Nachtdienste leisten durfte, und zweitens, ob ihr für die Dienstleistung am 1. Mai die (höhere) Zulage gemäß § 71 Abs. 4 DP oder nur jene gemäß § 71 Abs. 7 DP zustand.

Zur in erster Linie zu untersuchenden Frage, ob der Dienstnehmerin während ihrer Schwangerschaft die Fortzahlung der Turnusdienstzulage zustand, hat der Verwaltungsgerichtshof Folgendes erwogen:

§ 14 des Mutterschutzgesetzes lautet:

"Weiterzahlung des Arbeitsentgelts

§ 14. (1) Macht die Anwendung des § 2b, des § 4, des § 4a, des § 5 Abs. 3 und 4 oder des § 6, soweit § 10a Abs. 3 nicht anderes bestimmt, eine Änderung der Beschäftigung im Betrieb erforderlich, so hat die Dienstnehmerin Anspruch auf das Entgelt, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie während der letzten 13 Wochen des Dienstverhältnisses vor dieser Änderung bezogen hat. Fallen in diesen Zeitraum Zeiten, während derer die Dienstnehmerin infolge Erkrankung oder Kurzarbeit nicht das volle Entgelt bezogen hat, so verlängert sich der Zeitraum von dreizehn Wochen um diese Zeiten; diese Zeiten bleiben bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes außer Betracht. Die vorstehende Regelung gilt auch, wenn sich durch die Änderung der Beschäftigung der Dienstnehmerin eine Verkürzung der Arbeitszeit ergibt, mit der Maßgabe, dass der Berechnung des Entgelts die Arbeitszeit zu Grunde zu legen ist, die für die Dienstnehmerin ohne Änderung der Beschäftigung gelten würde. Bei Saisonarbeit in einer im § 4 Abs. 2 Z 9 bezeichneten Art ist der Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen nur für die Zeit weiterzugewähren, während der solche Arbeiten im Betrieb verrichtet werden; für die übrige

Zeit ist das Entgelt weiterzugewähren, das die Dienstnehmerin ohne Vorliegen der Schwangerschaft erhalten hätte.

(2) Dienstnehmerinnen, die gemäß § 3 Abs. 3 nicht beschäftigt werden dürfen, und Dienstnehmerinnen, für die auf Grund des § 2b, des § 4, des § 4a, des § 5 Abs. 3 und 4 oder des § 6 keine Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb besteht, haben Anspruch auf ein Entgelt, für dessen Berechnung Abs. 1 sinngemäß anzuwenden ist.

(3) Der Anspruch nach Abs. 1 und 2 besteht nicht für Zeiten, während derer Wochengeld oder Krankengeld nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz bezogen werden kann; ein Anspruch auf einen Zuschuss des Dienstgebers zum Krankengeld wird hiedurch nicht berührt.

(4) Die Dienstnehmerin behält den Anspruch auf sonstige, insbesondere einmalige Bezüge im Sinne des § 67 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, in den Kalenderjahren, in die Zeiten des Bezuges von Wochengeld nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz fallen, in dem Ausmaß, das dem Teil des Kalenderjahres entspricht, in den keine derartigen Zeiten fallen."

Die Dienstnehmerin war unbestrittenermaßen in einem Betrieb beschäftigt, in welchem ununterbrochen im Schichtwechsel gearbeitet wurde. Für einen solchen Betrieb gilt gemäß § 7 Abs. 2 Z. 1 MSchG das in Abs. 1 der zitierten Gesetzesstelle normierte Verbot für werdende Mütter, an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen beschäftigt zu werden, nicht. Es kann daher auf sich beruhen, ob die Turnusdienstzulage - wie dies das beschwerdeführende Land behauptet - (auch) eine Abgeltung für Dienste an Sonn- und Feiertagen beinhaltet, weil die Vertragsbedienstete aus Gründen des Mutterschutzes jedenfalls nicht von Sonn- und Feiertagsarbeit ausgeschlossen gewesen ist. Dem Umstand, dass § 7 MSchG nicht in der Entgeltschutzbestimmung des § 14 MSchG erwähnt ist, kommt daher im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zu. Dass der Entfall von Dienstleistungen in quantitativer Hinsicht im Übrigen nicht einmal dann zu einer Entgeltschmälerung führen darf, wenn es zu einer mutterschutzbedingten Verkürzung der Arbeitszeit kommt, zeigt mit aller Deutlichkeit die Bestimmung des § 14 Abs. 1 dritter Satz MSchG, sodass das Argument der beschwerdeführenden Partei, es widerspreche der Absicht des "Mutterschutzgesetzgebers", nicht mehr erbrachte quantitative Mehrleistungen abzugelten, zwar für Ausfälle der Sonn- und Feiertags- sowie Überstundenentgelte als Folge der Verbote der §§ 7 und 8 MSchG, nicht aber allgemein zutrifft.

Die Dienstnehmerin hat wegen des Nachtarbeitsverbotes im Sinne des § 6 Abs. 1 und 2 MSchG keinen Turnusdienst mehr verrichtet. § 14 Abs. 1 MSchG sieht ausdrücklich vor, dass die Dienstnehmerin, sofern wegen des § 6 eine Änderung der Beschäftigung im Betrieb erforderlich ist, Anspruch auf das Entgelt hat, das dem Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen des Dienstverhältnisses vor dieser Änderung gleichkommt. Dies bedeutet, dass die Dienstnehmerin deswegen, weil wegen des mutterschaftsbedingten Nachtarbeitsverbotes eine Änderung der Beschäftigung im Betrieb erfolgte, ab dieser Änderung Anspruch auf den Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen hat, wozu auch die Turnusdienstzulage (als Teil dieses Durchschnittsverdienstes) zählt.

Allerdings darf die beschwerdeführende Partei auf diesen Anspruch all jene zusätzlichen Entgeltansprüche anrechnen, welche die Dienstnehmerin zwischenzeitig allenfalls im Hinblick darauf bereits erhalten hat, dass sie nicht im Bezug der Turnusdienstzulage gestanden ist, da sie nicht mit Recht geltend machen kann, ohne die Erbringung von Turnusdienstleistungen Entgeltansprüche zu haben, die Dienstnehmern im Turnusdienst im Hinblick auf die Turnusdienstzulage nicht zustehen.

Die dagegen vorgebrachten weiteren Beschwerdeargumente überzeugen nicht:

§ 14 Abs. 1 MSchG knüpft nicht daran an, ob und welche Mehrleistungen durch das mutterschaftsbedingt entfallene Entgelt abgegolten werden sollten, sondern nur daran, ob (erstens) durch eine mutterschaftsbedingte Verwendungsänderung eine Entgeltminderung unter den Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen vor dieser Verwendungsänderung eingetreten ist und ob (zweitens) diese Entgeltminderung Folge der Anwendung einer oder mehrerer der in § 14 Abs. 1 erster Satz MSchG genannten Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes (über Beschäftigungsverbote) gewesen ist.

Dem beschwerdeführenden Land ist auf dem Boden seiner Rechtsauffassung daher entgegenzuhalten, dass das Vertragsbedienstetenrecht des Landes hinsichtlich der Turnusdienstzulage keine nach den allfälligen Zwecken der Abgeltung differenzierende, sondern eine streng formale "Alles oder Nichts"-Regelung vorsieht: Entfällt eine Zulage als Folge des Eintrittes eines Nachtarbeitsverbotes (nämlich: auf Grund der dadurch erforderlichen Verwendungsänderung) nach dienstrechtlichen Vorschriften ungeachtet dessen zur Gänze, dass diese Zulage teilweise

- oder allenfalls auch zur Gänze - andere Momente der Dienstleistung (und nicht - bloß - die Nachtarbeit) abgelten soll, so ist sie auf Grund dieses - sich letztlich aus dem Dienstrecht ergebenden - Kausalzusammenhanges zur Gänze von der Entgeltsicherung des § 14 MSchG umfasst. Es kommt daher auch nicht darauf an, wie das LVBG diese Zulage bei krankheitsbedingter oder sonstiger Dienstverhinderung behandelt (§ 25 Abs. 4 und 5 LVBG); im Übrigen wird in § 40 Abs. 8 letzter Satz LVBG ausdrücklich klargestellt, dass die Zeit, für die ein Beschäftigungsverbot besteht, nicht als Dienstverhinderung im Sinne der - auch für § 25 Abs. 4 und 5 LVBG maßgeblichen - Definition des § 40 Abs. 1 LVBG gilt.

Letztlich vermag der Verwaltungsgerichtshof auch das Beschwerdeargument nicht zu teilen, es komme bei dem so erzielten Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung zwischen Dienstnehmerinnen, die sich im Zeitpunkt des Eintrittes der Schwangerschaft im Wechseldienst befinden, und jenen im Turnusdienst. Nach dem klaren Wortlaut des § 14 MSchG kommt es nämlich nicht darauf an, welche Dienstleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt verrichtet wurde. Maßgeblich ist vielmehr der Durchschnittsverdienst während der letzten dreizehn Wochen vor der erforderlichen Änderung. Sollte daher eine Dienstnehmerin während dieser Zeit nicht stets Turnusdienst verrichtet haben, so käme das im zu errechnenden Durchschnittsverdienst entsprechend zum Ausdruck.

Daraus folgt somit, dass der angefochtene Bescheid in der Frage der Fortzahlung der Turnusdienstzulage im Ergebnis frei von Rechtsirrtum ist, allerdings hinsichtlich der der Dienstnehmerin zustehenden Feiertagsabgeltung für den 1. Mai mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes behaftet ist: § 71 Abs. 7 DPL 1972 ist eine Entgeltbestimmung für Beamte im Turnus- oder Wechseldienst. Dadurch, dass sich die Turnusdienstzulage auf das Entgelt der Dienstnehmerin nach den obigen Darlegungen auswirkt, muss die Dienstnehmerin bei verfassungskonformer Interpretation als im Sinne dieser Bestimmung im Turnusdienst stehend angesehen werden. Sonst hätte eine Dienstnehmerin, die bloß das Entgelt für den Turnusdienst bezieht, höhere Ansprüche auf Feiertagsentgelt als eine solche, die tatsächlich auch im Turnusdienst beschäftigt ist. Für diesen Tag gebührte der Dienstnehmerin daher nur das Entgelt gemäß § 71 Abs. 7 DPL 1972, wie die beschwerdeführende Partei mit Recht geltend macht.

Der angefochtene Bescheid war aber mangels Trennbarkeit des Spruchs zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenbegehren des beschwerdeführenden Bundeslandes war abzuweisen, weil der Schriftsatzaufwand nur dann gebührt, wenn der Beschwerdeführer tatsächlich durch einen Rechtsanwalt vertreten war (§ 49 Abs. 1 letzter Satz VwGG).

Wien, am 7. August 2002

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:2001080219.X00

**Im RIS seit**

29.11.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

22.09.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)